



VNIVERSITAT
E VALÈNCIA  Facultat de Dret

Programa de Doctorado:
Derecho, Ciencia Política y Criminología

TESIS DOCTORAL

Responsabilidad penal de la empresa adquirente:
análisis del artículo 130.2 del Código Penal

Presentada por:
Sandra Silvana Schuller Ramos, LLM

Dirigida por:
Prof. Dr. José Luis González Cussac
Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia

Valencia, diciembre 2022

Programa de Doctorado:
Derecho, Ciencia Política y Criminología

TESIS DOCTORAL

Responsabilidad penal de la empresa adquirente:
análisis del artículo 130.2 del Código Penal

Presentada por:
Sandra Silvana Schuller Ramos, LLM

Dirigida por:
Prof. Dr. José Luis González Cussac
Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia

Valencia, diciembre 2022

*A mi buen amigo Quico,
a mis padres,
y muy especialmente, a Nasta*

Índice

RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xiv
METODOLOGÍA.....	xv
ABREVIATURAS.....	xvi
INTRODUCCIÓN.....	1
BLOQUE I: PRESUPUESTOS DE DERECHO PRIVADO	4
1. Responsabilidad penal del adquirente de una empresa	4
1.1 Introducción.....	4
1.2 La empresa.....	4
1.3 El proceso de adquisición. La auditoría o <i>due diligence</i>	5
1.4 Procedimientos jurídicos de adquisición de empresas	7
1.5 Conclusiones.....	8
2. Presupuesto subjetivo del art. 130.2 CP: concepto de persona jurídica	10
2.1 Introducción.....	10
2.2 Antecedentes históricos	11
2.3 La personalidad jurídica	12
2.4 Clases de personas jurídicas y requisitos para su reconocimiento	14
2.4.1 Sociedad civil	14
2.4.2 Sociedad mercantil	15
2.4.3 Sociedad irregular.....	18
2.5 La persona jurídica en el Derecho penal europeo.....	20
2.6 Persona jurídica en el Código Penal.....	21
2.6.1 Planteamiento	21
2.6.2 Criterio formal	23
2.6.3 Criterio extensivo	24

2.6.4	Criterio restrictivo	25
2.6.5	Sociedades pantalla. Doctrina del levantamiento del velo	31
2.7	Pérdida de la personalidad jurídica.....	41
2.8	Personas jurídicas que pueden fusionarse o escindirse	48
2.8.1	Sociedades mercantiles.....	48
2.8.2	Asociaciones, fundaciones y cooperativas.....	50
2.8.3	Personas jurídicas extranjeras.....	51
2.9	Conclusiones.....	51
2.9.1	Personalidad jurídica, atributo esencial de la persona jurídica.....	51
2.9.2	Ámbito subjetivo de aplicación del art. 130.2 CP	51
3.	Presupuesto objetivo del art. 130.2 CP primer párrafo.....	53
3.1	Fusiones, escisiones y transformaciones como “modificaciones estructurales” ..	53
3.1.1	Introducción.....	53
3.1.2	Características.....	54
3.1.3	Subrogación de la sociedad adquirente	56
3.1.4	Ámbito de aplicación de la LME.....	57
3.2	Finalidad del régimen establecido para fusiones y escisiones.....	57
3.3	Procedimiento específico de transmisión	58
3.4	Momento en que se producen los efectos de la modificación estructural	59
3.5	Modificaciones estructurales: <i>¿Numerus clausus o apertus?</i>	60
3.6	Calificación.....	62
3.7	La LME ¿régimen imperativo u opcional?.....	62
3.8	Conclusiones.....	65
4.	Transformación.....	66
4.1	Concepto.....	66
4.2	Consecuencias de la transformación	67
4.3	Motivos de la exclusión del objeto de estudio.....	69

5. Fusión	70
5.1 Introducción.....	70
5.2 Concepto de fusión	70
5.2.1 Concepto de fusión en Derecho mercantil.....	70
5.2.2 Concepto de fusión en Derecho tributario.....	72
5.2.3 La fusión en el Derecho de la competencia (concentración).....	73
5.2.4 Fusión como “sucesión de titularidad” en el ámbito laboral	75
5.3 Ámbito subjetivo	76
5.4 Clases de fusiones.....	77
5.4.1 Fusión por absorción	77
5.4.2 Fusión por constitución de una nueva entidad.....	77
5.4.3 Fusiones especiales simplificadas	78
5.4.4 Fusión transfronteriza intracomunitaria	79
5.4.5 Fusión internacional	79
5.5 Carácter obligatorio o potestativo del régimen	79
5.6 Delimitación de la fusión de otras operaciones	80
5.6.1 Compraventa de títulos.....	80
5.6.2 Compraventa de activos.....	80
5.6.3 Cesión global de activo y pasivo	81
5.7 Conclusiones.....	81
5.7.1 La fusión como forma de adquirir una empresa	81
5.7.2 La fusión como proceso típico.....	81
5.7.3 Finalidad de la normativa europea sobre fusiones y escisiones	82
6. Escisión.....	83
6.1 Introducción.....	83
6.2 Concepto.....	84

6.3 Efectos de la escisión.....	85
6.4 Partícipes	85
6.5 Clases.....	85
6.5.1 Escisión total	86
6.5.2 Escisión parcial.....	86
6.5.3 Segregación	87
6.5.4 Escisión por absorción, por constitución de nueva sociedad o mixta	88
6.5.5 Escisión simétrica o asimétrica (subjativa)	89
6.5.6 Otras clasificaciones	89
6.6 Régimen legal	89
6.6.1 Obligaciones asignadas a las sociedades beneficiarias. Límite.....	89
6.6.2 Obligaciones no asignadas	91
6.7 Declaración de nulidad de la escisión. Causas y plazo.....	91
6.8 Conclusiones.....	92
7. Cesión global de activo y pasivo	94
7.1 Régimen legal.....	94
7.2 Ámbito subjetivo	94
7.3 Ámbito objetivo.....	95
7.4 Requisitos	96
7.5 Responsabilidad por incumplimiento de una cesionaria	96
7.6 Asimilación a la fusión	96
7.7 Posible encaje en alguno de los apartados del art. 130.2 CP.....	97
7.7.1 Exclusión de la regla prevista para la fusión y escisión	97
7.7.2 Disolución encubierta o meramente aparente.....	98
7.8 Conclusiones.....	101
BLOQUE II: ANÁLISIS DEL ART. 130.2 CP	102
1. Origen del artículo 130.2 del Código Penal	102

1.1	Tratados internacionales y normativa UE.....	102
1.2	Objetivos que justifican la introducción de la RPPJ	107
1.3	La “sucesión” de empresas	108
1.4	Conclusiones.....	108
2.	Antecedentes del art. 130.2 CP	109
2.1	Italia: El Decreto legislativo 231/2001	109
2.1.1	Introducción.....	109
2.1.2	Responsabilidad de las PJ en caso de modificaciones estructurales	110
2.1.3	Determinación de la sanción aplicable	111
2.1.4	Reincidencia	112
2.1.5	Consecuencias procesales de las modificaciones estructurales.....	112
2.1.6	Otros supuestos de adquisición de empresa	113
2.2	Portugal.....	113
2.3	Chile	115
2.4	Holanda.....	116
2.5	Influencia del CP español (art. 130.2)	117
2.5.1	Argentina	117
2.5.2	México	118
2.5.3	Perú.....	118
3.	Posiciones de la doctrina española sobre el art. 130.2 CP.....	122
3.1	Introducción.....	122
3.2	Posible inconstitucionalidad del precepto	123
3.3	Interpretación restrictiva, limitada a los supuestos de fraude.....	131
3.4	Posiciones que no limitan el precepto a supuestos fraudulentos	136
4.	Doctrina de la <i>successor liability</i> en Estados Unidos.....	144
4.1	Introducción.....	144

4.2 Modelo de imputación del <i>Respondeat superior</i>	144
4.3 Régimen legal de las fusiones y otras formas de adquisición de empresas.....	146
4.4 Monopolio en el ejercicio de la acción penal	147
4.5 Doctrina de la “successor liability”	147
4.5.1 Concepto.....	147
4.5.2 Fundamento de la doctrina	148
4.5.3 Evolución jurisprudencial.....	149
4.6 Responsabilidad en caso de compra de activos (<i>asset deal</i>)	154
4.7 Estado actual de la cuestión.....	156
4.8 Voces críticas al sistema	157
4.9 La Foreign Corrupt Practices Act	159
4.9.1 Principio general: responsabilidad de la <i>successor company</i>	159
4.9.2 Criterios de aplicación de la FCPA.....	160
4.9.3 Recomendaciones	162
4.9.4 Aplicación extraterritorial.....	163
4.9.5 Responsabilidad de la matriz por delitos de las filiales en el extranjero	164
4.9.6 Procedimientos para reducir el riesgo	165
4.10 Conclusiones.....	169
5. Doctrina de la “continuidad económica y funcional” y principio de culpabilidad...	172
5.1 Principio de culpabilidad	172
5.2 Concepto de “empresa” e “identidad” de empresas	179
5.3 STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13). Caso Modelo Continente	181
5.4 STEDH de 1 de octubre de 2019. Caso Carrefour France.....	184
5.4.1 Planteamiento	184
5.4.2 Análisis	185
5.5 Sentencia del Tribunal de Casación francés de 25 de octubre de 2020.....	186
5.5.1 Planteamiento	186

5.5.2 Legislación aplicable	186
5.5.3 Nueva doctrina.....	188
5.5.4 Fundamento de la decisión	189
5.5.5 Aplicación limitada del nuevo criterio jurisprudencial.....	190
5.5.6 Irretroactividad del cambio jurisprudencial.....	190
5.5.7 Conclusiones de la sentencia	191
5.6 Conclusiones sobre la aplicación de la doctrina	193
6. Doctrina del “levantamiento del velo” como fundamento de la RP de la entidad adquirente	195
6.1 Planteamiento	195
6.2 Concepto.....	195
6.3 Doctrina jurisprudencial	197
6.4 Conclusión: mecanismo alternativo a la sucesión universal	199
BLOQUE III.....	201
1. La sucesión universal, fundamento de la RP de la empresa adquirente	201
1.1 Introducción.....	201
1.2 Concepto.....	202
1.3 Teorías sobre la naturaleza de la sucesión universal en las ME	203
1.3.1 Teoría traslativa	204
1.3.2 Teoría modificativa.....	205
1.4 La sucesión universal en caso de fusión o escisión.....	205
1.4.1 Fundamento del régimen de sucesión universal en las ME.....	206
1.4.2 Efecto.....	207
1.5 Límites de la sucesión universal.....	208
1.6 Caracteres	208
1.6.1 Ex lege y excepcional.....	208
1.6.2 Ipso iure	209

1.6.3 Erga omnes	209
1.7 Sucesión universal y teoría del título y el modo.....	209
1.8 Reconocimiento legal del principio de sucesión universal.....	210
1.8.1 Derecho mercantil.....	210
1.8.2 Derecho civil.....	213
1.8.3 Derecho administrativo	213
1.8.4 Derecho laboral.....	214
1.8.5 Derecho fiscal.....	217
1.8.6 Derecho concursal	218
1.8.7 Derecho penal.....	220
1.9 Ámbito objetivo de la sucesión universal.....	222
1.9.1 RP como elemento del patrimonio (STJUE Modelo Continente)	222
1.9.2 Crítica a la consideración de la RP como elemento del patrimonio	225
1.9.3 La sociedad con su pasado, no solo su patrimonio.....	226
1.10 ¿Efecto automático en el ámbito sancionador?	227
1.11 Conclusiones.....	228
2. Supuestos de aplicación del art. 130.2 CP.....	231
2.1 Premisas y precisiones terminológicas	231
2.1.1 Primera premisa.....	231
2.1.2 Segunda premisa.....	231
2.1.3 Tercera premisa.....	232
2.1.4 Interpretación propuesta	233
2.2 Responsabilidad penal en caso de fusión	238
2.2.1 Planteamiento	238
2.2.2 Fusión por absorción	241
2.2.3. Fusión por consolidación.....	242
2.2.4 Propuesta	242

2.3 Responsabilidad penal en caso de escisión.....	243
2.3.1 Planteamiento	243
2.3.2 Escisión parcial.....	248
2.3.3 Segregación	261
2.3.4 Escisión parcial o segregación fraudulenta	264
2.3.5 Escisión total	265
2.4 Escisión seguida de fusión por absorción con varias sociedades beneficiarias..	274
2.5 Fusión o escisión de entidades en concurso	275
2.6 Disolución encubierta o meramente aparente.....	276
2.6.1 Concepto de disolución	277
2.6.2 Disolución encubierta.....	285
2.6.3 Disolución meramente aparente	289
2.6.4 Disolución fraudulenta en un grupo de empresas.....	296
2.6.5 Liquidación de la empresa concursada mediante transmisión de la empresa	301
2.7 Pena aplicable.....	306
2.7.1 Título de imputación (art. 31 bis o 130.2 CP)	306
2.7.2 Pena de multa, “neutralidad” y principio de proporcionalidad	307
2.7.3 Facultad de moderación de la pena de multa.....	310
2.7.4 Penas distintas a la pena de multa	313
3.Posibles límites a la aplicación del art. 130.2 CP	316
3.1 Adquisiciones acordadas en un MUR.....	317
3.1.1 Propuesta	317
3.1.2 Justificación	318
3.1.3 Principios de primacía, eficacia e interpretación conforme	321
3.2 Transmisión de empresa en procedimiento concursal	322
4. Validación de la tesis	327

4.1 El plano político criminal	327
4.2 El plano constitucional	329
4.3 El plano técnico-jurídico	331
4.4 Conclusión.....	331
BLOQUE IV. CASOS DE APLICACIÓN DEL ART. 130.2 CP	333
1. Popular Santander (fusión por absorción)	333
1.1 Procedimiento penal	333
1.2 Comentario. Postura del TJUE	336
1.2.1 Marco legal.....	337
1.2.2 Hechos	338
1.2.3 STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C 410/20)	339
1.2.4 Sentencias del Tribunal General de la UE.....	344
1.3 Conclusión.....	345
2. Caixa d' Estalvis del Penedès - Banco de Sabadell (STS n.º 530/2019)	347
2.1 Hechos	347
2.2 Fallo.....	347
2.3 Comentario	349
3. Caso Bankia-BFA (SAN 13/2020)	350
3.1 Hechos	350
3.2 Comentario	351
4. Banco de Valencia-Caixabank (STS 6/2022 de 12-01-2022).....	352
BLOQUE V	354
1. Conclusiones.....	354
2. Propuestas.....	360
LISTADO DE FIGURAS (Elaboración propia).....	362
1. Diagrama del art. 130 CP	362
2. Interpretación del art. 130.2 CP primer párrafo.....	362

3. Interpretación del art. 130.2 CP segundo párrafo como disolución encubierta.	363
4. Supuestos de escisión parcial	364
5. Supuestos de escisión de escisión total	365
6. Límites al ámbito de aplicación del art. 130.2 CP párrafo 1º	366
7. Secuencia temporal.....	367
BIBLIOGRAFÍA	369
ANEXO I. LEGISLACIÓN	385
1. Internacional	385
2. Unión Europea.....	385
2.1 Tratados	385
2.2 Reglamentos	385
2.3 Directivas.....	386
2.4 Decisiones marco.....	387
3. España.....	388
4. Legislación extranjera.....	391
4.1 Argentina	391
4.2 Chile	391
4.3 EE. UU.	391
4.4 Francia	391
4.5 Holanda.....	392
4.6 Italia	392
4.7 México	392
4.8 Perú.....	392
4.9 Portugal.....	392
ANEXO II. RESOLUCIONES JUDICIALES	394
1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	394

2. Jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea	394
3. Jurisprudencia Constitucional.....	394
4. Jurisprudencia ordinaria	395
4.1 Tribunal Supremo	395
4.2 Audiencia Nacional.....	396
4.3 Audiencias Provinciales.....	397
5. Jurisprudencia extranjera.....	397
5.1 EE. UU	397
5.2 Francia	398
5.3 Holanda.....	398
ANEXO III. DOCUMENTOS	399
1. España.....	399
2. Internacional	399
2.1 Unión Europea y organizaciones internacionales.....	399
2.2 Alemania.....	399
2.3 EE. UU	399
2.4 Francia	400

RESUMEN

El presente trabajo analiza la responsabilidad penal de la empresa adquirente por los delitos “cometidos” por la empresa adquirida antes de la adquisición, esto es, aquellos delitos de los que resultaría originariamente responsable la empresa adquirida. Para ello, se diferencian los distintos supuestos en los que resulta aplicable el artículo 130.2 CP:

- a) la fusión,
- b) la escisión y
- c) la adquisición seguida de la disolución fraudulenta de la empresa adquirida.

A partir de la sucesión universal, como fundamento que legitima el traslado o extensión de la responsabilidad penal a la empresa adquirente, proponemos para cada supuesto las opciones interpretativas del art. 130.2 CP que, dentro del tenor literal del precepto, resultan conformes con los principios constitucionales que rigen en Derecho penal.

La sucesión universal es una institución bien arraigada en nuestra doctrina, en virtud de la cual la empresa beneficiaria de la fusión o escisión se subroga en la posición jurídica de la empresa cedente. En virtud de la transmisión que tiene lugar como resultado de la fusión o escisión, la empresa sucesora no es “otra” persona jurídica, distinta de la entidad originariamente responsable del delito; en estos casos, por el contrario, se considera que esta última continúa, pervive, en la nueva entidad.

ABSTRACT

This research deals with the criminal liability of the acquiring company for the crimes "committed" by the acquired company prior to the acquisition, thus, crimes for which the target company would have been initially liable. We consider the various situations in which Article 130.2 of the Penal Code may be applicable: merger, demerger and the acquisition followed by the fraudulent dissolution of the acquired company.

Our proposals are based on the doctrine of universal succession, which is the justification for the transfer or extension of criminal liability to the acquiring company. From there, we propose the interpretations for art. 130.2 CP which, within the letter of the law, are in accordance with Spanish constitutional principles governing criminal law.

Universal succession is an institution well rooted in our doctrine, under which the beneficiary company subrogates in the legal position of the transferring company. As a result of the merger or demerger, the successor company is not "another" entity, other than the one originally responsible for the crime, because the latter is deemed to continue within the new entity.

METODOLOGÍA

En la elaboración de esta tesis doctoral hemos seguido una metodología lógico-jurídica consistente en la interpretación de la ley penal desde el rigor que exigen los principios de jerarquía (interpretación conforme a la legislación de la Unión Europea y la Constitución), unidad sistemática (prestando atención a las instituciones a que hace referencia el art. 130.2 CP y, al mismo tiempo, a la responsabilidad de la entidad adquirente por ilícitos cometidos por la entidad adquirida en el resto de ámbitos del Derecho) y dinámico (atendiendo al contexto actual y a la posible modificación del comportamiento de los agentes sociales por una aplicación desproporcionada de la ley penal a las fusiones y adquisiciones de empresas).

En cuanto a los medios utilizados, recurrimos a una interpretación gramatical e histórica (en particular, acudiendo a los antecedentes del art. 130.2 CP en el Derecho de la Unión Europea y otros países que han introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como a la doctrina y jurisprudencia que los han interpretado), lógica (descartando aquellas hipótesis y argumentos que vulneren los principios que rigen en Derecho Penal), teleológica (buscando el fin de las normas analizadas) y sistemática (relacionando los distintos mandatos contenidos en el art. 130.2 CP, poniendo este en relación con el resto de la normativa aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la normativa extra penal que regula las instituciones a que hace referencia el precepto o su aplicación), todo ello con el análisis de la jurisprudencia de los Tribunales, la doctrina (prestando atención a las diversas teorías y señalando las cuestiones en las que no existe unanimidad entre los autores) y, finalmente, las pautas ofrecidas por el mismo legislador.

La metodología propuesta se ha complementado con el método analítico, descriptivo y comparado desde una perspectiva cualitativa.

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AA. VV	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
Art (s)	Artículo(s)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil. Legislación consolidada a 30/06/2022
CCo	Código de Comercio. Legislación consolidada a 30/06/2022
CE	Constitución Española
CFGE	Circular de la fiscalía general del Estado
cit	citada
coord(s)	coordinador(es)
CP	Código Penal de 1995
DA	Disposición Adicional
dir(s)	director(es)
DF	Disposición Final

DOJ	U.S. Department of Justice
DGT	Dirección General de Tributos
DOUE	Diario oficial de la Unión Europea
Ed	Editor
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995)
et al	et alii (y otros)
etc	etcétera
EE. UU	Estados Unidos
F	Federal
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
ibid	ibidem
i.e.	id est
L	Ley
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley General Tributaria
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
LO	Ley Orgánica
LSC	Ley de Sociedades de Capital
ME	Modificación estructural
MUR	Mecanismo unificado de recuperación y resolución de entidades de crédito
n.	nota
n.º/núm.	número
PJ	Persona jurídica
RDLeg	Real Decreto Legislativo
rev	revisada
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RP	Responsabilidad penal
RPPJ	Responsabilidad penal de las personas jurídicas
párr	párrafo

p/pp	Página (s)
pte.	ponente
s.e.o	salvo error u omisión
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
SJP	Sentencia Juzgado de lo penal
SA	Sociedad Anónima
SL	Sociedad Limitada
ss	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
v.g.	<i>verbi gratia</i>
Vid.	<i>Vide</i>
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

El legislador español introdujo en 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis del Código Penal), disponiendo que su responsabilidad no se extinguirá en caso de transformación, fusión o escisión, sino que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión; dispone, asimismo, que tampoco extingue la responsabilidad penal la “disolución encubierta o meramente aparente” (art. 130.2 CP).

En consecuencia, bajo el actual régimen de RPPJ, la empresa adquirente puede resultar responsable, cuando concurren ciertos presupuestos y requisitos, de los delitos de los que era originariamente responsable la empresa adquirida.

El precepto, pese a su indudable impacto en los procesos de reestructuraciones y adquisiciones de empresas, ha sido, todavía a día de hoy, objeto de escasa atención por parte de la doctrina penal. Las voces que se han dejado oír, además, no hacen sino ahondar en la polémica que suscita todo lo relacionado con el régimen de RPPJ, desde su fundamento, encaje constitucional, interpretación o efectos. Las posiciones van desde el abierto rechazo, por considerar que establece un supuesto de responsabilidad objetiva, contrario a los principios constitucionales que rigen en materia penal, a las que proponen una interpretación restrictiva, limitando la aplicación del precepto a las operaciones diseñadas con el propósito de eludir la responsabilidad penal, sin que falten otras que rechazan algunos de los supuestos, pero no todos.

La necesaria integración del precepto con conceptos e instituciones extra penales explica la gran confusión que ha generado hasta el momento y obliga, antes de abordar su análisis, a realizar un recorrido, siquiera breve, por el marco normativo al que hace referencia. El Derecho penal no puede ser ajeno a la “realidad jurídica” (GIERKE, FERRARA, LACRUZ) a la que impone unas obligaciones y, como consecuencia de su incumplimiento, una responsabilidad penal (GONZÁLEZ CUSSAC, CARBONELL MATEU, MORALES PRATS); el Ordenamiento jurídico es un sistema completo, que reconoce derechos e impone deberes, y sus distintas partes deben resultar coherentes entre sí. Como señala VELASCO NÚÑEZ¹, la interpretación del Código Penal no permite exégesis autónomas de los conceptos civiles-mercantiles -art. 3 LECrim-, salvo cuando expresamente así lo indica algún precepto del Código Penal -v.g. el art. 297 CP-.

Por ello, la interpretación del art. 130.2 CP, conforme al art. 3 CC, ha de partir de los conceptos de transformación, fusión, escisión, disolución y extinción² del Derecho mercantil y, en particular, del derecho de sociedades, cuya revisión se aborda en los distintos capítulos que conforman el primer Bloque.

¹ VELASCO NÚÑEZ, E.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021)”, *La Ley compliance penal*, 2022, n.º 8, p. 12.

² Así, la disolución no significa “desaparición” de la sociedad, sino que da nombre al momento inicial del proceso extintivo, durante el cual sociedad debe poner fin a sus relaciones con terceros y, en su caso, con los propios socios (BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 2016, p. 500).

Despejado este marco legal, hemos analizado cuáles son los supuestos de hecho en los que el precepto debe ser aplicado y qué supuestos, por el contrario, no deben dar lugar a la aplicación de la regla de extensión o traslado de la punibilidad que contiene. En ciertos casos el art. 130.2 CP no debe ser aplicado pese a que el supuesto de hecho pudiera considerarse, *prima facie*, que tiene cabida en la literalidad del precepto. Esto ocurre cuando su aplicación no se ajuste al canon de constitucionalidad que es exigible y también cuando resulte innecesaria desde una interpretación sistemática y teleológica que atienda a la *ratio legis* de la norma. Así, la aplicación del precepto resulta admisible en cualquiera de las modalidades que puede revestir una fusión; por el contrario, en caso de escisión, la *ratio legis* del precepto y la doctrina del TJUE aconsejan limitar su aplicación a los supuestos de escisión total, excluyendo de su ámbito tanto la escisión parcial como la segregación. Aun en caso de escisión total, no siempre estará justificado el traslado o extensión de la responsabilidad penal a todas las entidades participantes en la escisión; el traslado o extensión de la responsabilidad penal, tanto en caso de fusión como de escisión, presupone una subrogación por sucesión universal en la posición jurídica de la entidad predecesora, la originariamente responsable del delito, y no en cualquier parte, sino en una parte que haya resultado contaminada por el delito de la persona física.

Bajo estas premisas, analizamos la aplicación del art. 130.2 CP a los supuestos de adquisición de empresas mediante fusión o escisión (primer párrafo) o cuando se trate de operaciones fraudulentas con “disolución” de la entidad contaminada (insolvencia provocada para eludir la responsabilidad penal, al que se refiere el segundo párrafo).

Hay que tener en cuenta que el art. 130.2 CP no es la única vía por la que pueden resultar responsables personas jurídicas formalmente distintas a la entidad originariamente responsable del delito. Junto a la sucesión universal que acompaña a la transmisión de empresas mediante modificaciones estructurales, también es posible declarar la responsabilidad penal de las sociedades pertenecientes a un grupo de empresas cuando concurren los requisitos que justifican la aplicación de la “doctrina del levantamiento del velo”; en este caso, la responsabilidad penal se exige por la vía directa del art. 31 bis CP. La doctrina del levantamiento del velo constituye así un fundamento alternativo al mecanismo de traslado o extensión de la punibilidad previsto en el primer párrafo del art. 130.2 CP y complementa el régimen de responsabilidad previsto en el párrafo segundo.

Bajo estas premisas, dedicamos el primer bloque a la exposición de los presupuestos de Derecho privado en los que se asientan las adquisiciones de empresas y su engarce con el Derecho penal. Dado que esta es una tesis penal, no mercantil, el examen se reduce a las cuestiones básicas que resultan de interés para el estudio del art. 130.2 CP. Al término de cada capítulo sintetizamos aquellas ideas que entendemos más relevantes.

En el segundo bloque revisamos los orígenes y antecedentes del precepto, acudiendo al Derecho comparado para estudiar el tratamiento de la cuestión en otros países cuya experiencia puede resultar de interés; continuamos con un recorrido por las distintas posturas mantenidas por la doctrina española; cerramos el bloque con una referencia a las doctrinas que sirven de fundamento a la responsabilidad penal de la empresa “sucesora” (EE.UU, “*successor liability*”) o que “continúa económica y funcionalmente” la empresa originariamente responsable del delito (TJUE, TEDH y, últimamente, la *Cour de Cassation* en Francia).

El tercer bloque, a partir de la doctrina de la sucesión universal como fundamento y criterio rector interpretativo, concentra el análisis de los supuestos de aplicación del art. 130.2 CP a las adquisiciones que tienen lugar con anterioridad al inicio del procedimiento penal³. Tras ello, sometemos nuestra tesis a un test de validación desde los planos político-criminal, constitucional y técnico-jurídico.

En el cuarto bloque se incluyen las resoluciones judiciales que han abordado la cuestión hasta el momento. El quinto y último bloque recoge nuestras conclusiones y propuestas.

El artículo 130.2 del Código Penal plantea nuevos desafíos a la doctrina penal. Pese a que el tiempo dedicado no ha sido poco, los resultados logrados son escasos comparados con la ardua tarea que todavía queda por delante. Dejamos para posteriores trabajos el análisis de la auditoría previa a la adquisición de una empresa, las medidas de integración de la empresa adquirida en la cultura de cumplimiento de la legalidad de la empresa adquirente, la conexión que ha de existir entre la persona física que comete el delito y la unidad económica transmitida para considerarla “contaminada” y las penas más eficaces en caso de fusión o escisión, cuestiones simplemente esbozadas y que merecen mayor atención.

³ La pena de multa impuesta a la sociedad luego fusionada o escindida se integra en el pasivo y sigue las reglas aplicables a los elementos del patrimonio en caso de fusión o escisión. La ejecución del resto de penas aplicables a las personas jurídicas dependerá de los efectos de las mismas y de la concreta operación de que se trate (*vid.* epígrafe 2.7 del capítulo 2 del Bloque III).

BLOQUE I: PRESUPUESTOS DE DERECHO PRIVADO

1. Responsabilidad penal del adquirente de una empresa

1.1 Introducción

Como anunciábamos, antes de entrar en el estudio del precepto que regula la responsabilidad penal de la empresa adquirente por los delitos cometidos con anterioridad a la adquisición y de los cuales respondería originariamente la empresa adquirida, hemos creído conveniente dedicar un primer bloque a los presupuestos de Derecho privado sobre los que se asienta la regulación penal: qué es una empresa, cómo se puede adquirir una empresa y en qué supuestos de adquisición puede resultar penalmente responsable la empresa adquirente, es decir, cuáles son los presupuestos para que opere el art. 130.2 CP.

1.2 La empresa

Bajo el término “empresa” se hace referencia a cuatro conceptos⁴:

- 1) Empresa/sujeto: el término “empresa” puede ser entendido, en primer lugar, como el sujeto de la actividad empresarial, destinatario de numerosas normas legales (v.g., la “empresa” del art. 129 CE, el sujeto al que el art. 81 RRM obliga a inscribirse, la empresa del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Paulatinamente ha ido sustituyendo el término empresario, que era el propiamente utilizado en Derecho mercantil para calificar al sujeto, como evolución del antiguo “comerciante” del CCo.
- 2) Empresa/establecimiento: la “empresa” puede ser entendida, en segundo lugar, como una organización socioeconómica, objeto de derechos y susceptible de transmisión unitaria y de garantía real, equivalente a “negocio” (art 259 RRM), a “rama de actividad” (art. 76.4 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre (BOE del 28), del Impuesto de Sociedades), “establecimiento” (como objeto de hipoteca en la Ley de diciembre de 1954) o “explotación económica” (art. 1056.2º CC introducido por la Ley 7/2003 de 2 de abril).
- 3) Empresa/patrimonio: “empresa” es también la organización objetiva global de todos los activos y pasivos de la empresa/sujeto, que esta puede transmitir globalmente mediante contratos de transmisión de activos y pasivos (*asset deals*), o mediante transmisión de participaciones en el capital social, o mediante modificaciones estructurales traslativas, que producen su transmisión en bloque: fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo (*share deals* y *mergers*).
- 4) Empresa/actividad: en cuarto lugar, nos podemos referir a “empresa” como la actividad empresarial misma (v.g., el art. 38 CE garantiza la “libertad de empresa”, esto es, la libertad de iniciativa económica privada⁵).

⁴ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, vol. I, 24ª ed., 2022, pp. 614-615.

⁵ FONT GALÁN, J. I. Y PAGADOR LÓPEZ, J.: “Hacia un estatuto material de la empresa. Bases normativas comunes para un concepto jurídico-patrimonial de empresa”, en PILOÑETA ALONSO, L.M.

La empresa, en sentido económico, como “organización de capital y trabajo para producir bienes y servicios para el mercado”, se caracteriza por desarrollar una actividad económica o de producción (no de consumo), relacionada con el exterior (no de producción para el autoconsumo) y en cuyo seno se crea un grupo social (relación societaria, asalariada, etc.). El ánimo de lucro no es atributo esencial de la empresa, no existe en los negocios sin ánimo de lucro, aquellos en los que el “beneficio económico” no está destinado a ser repartido entre socios (una asociación, una fundación y, en cierta medida, una cooperativa). VICENT CHULIÁ⁶ defiende que toda empresa está dirigida a la maximización de resultados y obtención de un incremento patrimonial, pero solo será una sociedad (art. 1.665 CC) si el resultado o beneficio está destinado a ser repartido entre los socios (o asignado al socio único). Por carecer de ánimo de lucro un sector doctrinal considera que no son sociedades ciertas entidades de base asociativa como la asociación o la cooperativa (su patrimonio social no es repartible) ni tampoco la fundación (entidad sin base asociativa), si bien la doctrina de la sociedad no lucrativa (por ejemplo, de iniciativa social) excluye el ánimo de lucro como elemento esencial de la definición legal del contrato de sociedad⁷ (se ha pasado a distinguir entre el ánimo de lucro en sentido objetivo, no excluible, y en sentido subjetivo -los socios no tienen los derechos económicos propios de la sociedad-, que sí es excluible).

1.3 El proceso de adquisición. La auditoría o *due diligence*

El objeto de la adquisición puede ser la empresa o negocio en sus cuatro acepciones, es decir, no solo como empresa-establecimiento o como empresa-patrimonio (con su respectiva actividad), sino también como empresa-sujeto (compra de la totalidad de las acciones o participaciones de la empresa-sujeto), si bien no en todos los casos (no es posible en caso de tratarse de fundaciones, cooperativas o asociaciones). La Ley establece, en determinados ámbitos, otras limitaciones (por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, solo contempla la transmisión de activos que formen una unidad productiva, sin pasivo)⁸.

Antes de adquirir una empresa viene siendo práctica habitual que el comprador encargue auditorías o *due diligence* jurídica y financiera (además de otros campos) del objeto de la adquisición, que deben estar coordinadas y que hoy, como veremos, deben incluir una parte de *compliance* para prevenir riesgos e incurrir en responsabilidad penal. Esta fase, sin embargo, puede venir condicionada por las circunstancias del proceso de adquisición, de tal forma que en ciertos casos puede resultar difícil o imposible realizar una auditoría completa, por ejemplo, si la adquisición se enmarca en un concurso de acreedores o, como en el **Caso Popular- Santander**, en una situación de crisis de una entidad bancaria (el 28 de septiembre de 2018, como consecuencia de una fusión por absorción, Banco Santander sucedió a título universal a Banco Popular⁹, en virtud de la Decisión (UE) 2017/1246 de

y IRIBARREN BLANCO, M. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, 2011, p. 218. La empresa así entendida es una pieza clave en nuestro sistema económico, fundado en la pluralidad de empresarios que ejercen su actividad en y para el mercado en régimen de libre competencia. La Constitución concibe la empresa como una organización económica productiva y eficiente.

⁶ VICENT CHULIÁ, F: “Introducción al Derecho mercantil”, *ibid.*, pp. 616 y 757.

⁷ PAZ-ARES y GIRÓN TENA, exponentes de la doctrina. El RDL 1/2013, de 29 de noviembre (LPDisc) reconoce la sociedad mercantil no lucrativa.

⁸ VICENT CHULIÁ, F: “Introducción al Derecho mercantil”, *ibid.*, pp. 670 y 671.

⁹ El 7 de junio de 2017, la Junta Única de Resolución (JUR) adoptó una Decisión relativa a un Dispositivo de resolución respecto de Banco Popular porque estaba en situación de graves dificultades o probablemente iba a estarlo, no existían otras medidas que pudieran impedir su inviabilidad en un plazo razonable y era

la Comisión, de 7 de junio de 2017, que aprobó el régimen de resolución del Banco Popular Español SA¹⁰).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que este tipo de operaciones está sujeta a especiales requisitos en determinados sectores: por ejemplo, en el caso de entidades aseguradoras y reaseguradoras, se exige que en caso de fusión o escisión (incluso de adquisición o incremento de participaciones significativas¹¹) se notifique la operación con carácter previo a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que valorará “la idoneidad de todas aquellas personas físicas o jurídicas” a fin “de garantizar una gestión sana y prudente en las citadas entidades”, pudiendo oponerse a la operación o formular objeciones¹²; la legislación concursal exige que la venta de la sociedad en concurso sea autorizada por el juez del concurso¹³. Se establece una previsión en términos similares, para las entidades de crédito (arts. 7 y 18 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito) y para las empresas de servicios de inversión (arts. 175 y 176 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el RDL 4/2015, de 23 de octubre).

La valoración de una empresa es compleja, sobre todo cuando no se trata de una sociedad cotizada en Bolsa. Sin entrar en el estudio de los criterios de valoración, basta decir aquí que esta dificultad puede extenderse a la individualización de la responsabilidad de las sociedades participantes en una escisión, en especial cuando no se trate de una escisión simétrica.

necesaria, en aras del interés público, una medida de resolución en forma de instrumento de venta del negocio. La JUR ejerció su competencia de amortización y de conversión de los instrumentos de capital de Banco Popular y decretó que las nuevas acciones resultantes debían transferirse a Banco Santander por el precio de un euro. El caso es objeto de análisis en el capítulo 1 del Bloque IV.

¹⁰ DO 2017, L 178, p. 15.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 85.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; también la Orden ECC/664/2016, de 27 de abril, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras

¹² Artículo 85.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (resaltado nuestro): “*Toda persona física o jurídica que, por sí sola o actuando de forma concertada con otra, haya decidido adquirir, directa o indirectamente, incluso en los supuestos de aumento o reducción de capital, fusiones y escisiones, una participación significativa en una entidad aseguradora o reaseguradora o bien incrementar su participación significativa, (...) lo notificará previamente por escrito a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, haciendo constar la cuantía de dicha participación, los términos y condiciones de la adquisición y el plazo máximo en que se pretenda realizar la operación y aportará la documentación que reglamentariamente se establezca.*

Esta obligación corresponde también a la entidad aseguradora o reaseguradora de la que se adquiriera o aumente la participación significativa referida.

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones **evaluará la idoneidad** de quien se propone adquirir o incrementar la participación y la solidez financiera de la adquisición o del incremento propuesto de acuerdo con los criterios y el procedimiento que se determinen reglamentariamente. La información que se le suministre deberá ser pertinente para la evaluación, y proporcional y adecuada a la naturaleza de quien se propone adquirir o incrementar la participación y a la adquisición propuesta. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones **podrá oponerse a la adquisición o formular objeciones** a la misma”.

¹³ PÉREZ TROYA, A.: “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en ÁNGEL ROJO et al. (coords.): *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2015, p.613.

1.4 Procedimientos jurídicos de adquisición de empresas

La naturaleza del contrato de adquisición de una empresa, civil o mercantil, es discutida¹⁴, si bien la doctrina jurisprudencial (v.g., SSTs n.º 197/2015, de 16 de abril de 2015 y n.º 111/2018, de 5 de marzo de 2018 luego comentadas) viene considerándolo un contrato civil y aplica, en consecuencia, el régimen previsto para la compraventa civil en las cuestiones de materia dispositiva no expresamente reguladas por los contratantes.

La adquisición de una empresa puede ser ejecutada a través de diferentes procedimientos, que son globalmente conocidos como M& A: *merger* (fusión, escisión, cesión global) y *acquisition* (adquisición de activos y pasivos o solo de activos; o de acciones o participaciones suficientes para adquirir el control de la gestión, v.g. una OPA), que pueden realizarse incluso en el curso de un procedimiento concursal¹⁵. La diferencia entre una *merger* y una *acquisition* es que la primera es una operación corporativa, regida por el principio de igualdad de trato entre los socios (principio de proporcionalidad), mientras que la adquisición es un contrato bilateral.

A su vez, una adquisición de negocio se puede llevar a cabo a través de la adquisición del sujeto/empresa (*share deal*, compra de la totalidad de las acciones o participaciones o de un paquete de control, siendo los vendedores los socios o accionistas) o del patrimonio/empresa (*asset deal*, compra de activos y pasivos, donde el transmitente es la persona titular de los mismos, v.g., la sociedad). Cuando se adquiere la totalidad de las participaciones o un paquete que permite el control, el verdadero objeto de la transmisión no son las participaciones, sino la empresa, cosa que no ocurre cuando se adquiere una o algunas participaciones (en este caso, los títulos y los derechos de socio que incorporan). En la jurisprudencia española, sin embargo, solo recientemente (y con vacilaciones, *vid.* SSTs n.º 197/2015, de 16 de abril de 2015 -pte. F.J. ORDUÑA MORENO¹⁶- y n.º 111/2018, de 5 de marzo de 2018 -pte. A. SALAS CARCELLER¹⁷) se ha equiparado el

¹⁴ VICENT CHULIÁ defiende la naturaleza civil del contrato (*ibid.*, p. 664), con apoyo en la jurisprudencia del TS, que siempre ha aplicado las normas del CC y no del CCo; GARRIGUES, URÍA, BROSETA, SÁNCHEZ CALERO, PÉREZ DE LA CRUZ, FONT GALÁN y ROJO postulan la naturaleza mercantil del contrato (*ibid.*, p. 690).

¹⁵ VICENT CHULIÁ, F: “Introducción al Derecho mercantil”, *ibid.*, p. 664.

¹⁶ El caso analizado trataba de un contrato de compraventa de acciones. La sentencia desestima el recurso de la compradora, la mutua DIVINA PASTORA, que había adquirido mediante contrato de compraventa de fecha 20 de junio de 2008 (y posterior novación de 11 de julio del mismo año), suscrito con la demandada, TIRUVÁN, S.L., acciones representativas de un 92,82% de la entidad CISNE ASEGURADORA. Tiene en cuenta que aunque la situación patrimonial de CISNE ASEGURADORA no era la que reflejaban las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2007, la compradora realizó una "due diligence", una investigación para evaluarla, y la documentación evidenciaba su delicada situación patrimonial, lo que motivó que finalmente se transmitiera un porcentaje mayor de acciones (desde el 75 % inicial al 92,82 %) a un precio notablemente inferior al inicialmente previsto. La cuestión que se planteaba era determinar si el objeto del contrato era, simplemente, la adquisición de las acciones de una sociedad cuya situación patrimonial era "delicada" o, como sostenía la recurrente, una empresa aseguradora "viable", que pudiera continuar su actividad, lo que exigía que Cisne Aseguradora reuniese los requisitos necesarios para operar su negocio asegurador. La sentencia confirma el criterio seguido en las anteriores instancias: (i) la parte compradora pudo haber solicitado la inclusión en el contrato de algún mecanismo o garantía que le hubieran podido evitar los perjuicios; (ii) no existió "aliud pro alio" por cuanto lo que buscaba la entidad DIVINA PASTORA, con la adquisición del paquete accionario que TIRUVÁN tenía en CISNE ASEGURADORA, era hacerse con el control de la misma, y no de una compañía aseguradora "viable" (la SAP recurrida establece que "la viabilidad de la empresa era dudosa y este extremo lo sabía DIVINA PASTORA").

¹⁷ Papelera del Besaya S.L., en liquidación, y Besaya Converting S.L. -sociedad posteriormente liquidada y disuelta de la que es sucesora la primera- suscribieron con Nueva Papelera del Besaya S.L. un contrato de compraventa por el que la primera vendía a la segunda el negocio de fabricación de pasta de papel que

régimen de garantías que se otorga al comprador de los activos de una empresa con la que se otorga al comprador de la totalidad o de un paquete de control de las participaciones sociales (lo que supone aplicar el régimen de incumplimiento del Código Civil a la empresa¹⁸, no a los títulos).

1.5 Conclusiones

De todas las formas posibles de adquirir una empresa, el primer párrafo del art. 130.2 CP contempla únicamente dos, la fusión y la escisión. Ambas, fusión y escisión, son consideradas modificaciones estructurales en el régimen establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME).

Lo característico de la fusión y la escisión es el mecanismo mediante el cual el adquirente (sucesor) se subroga en la posición jurídica del transmitente (entidad predecesora), la sucesión universal, mecanismo que está destinado a facilitar las adquisiciones con el objetivo de que las empresas puedan adaptarse a las necesidades del mercado. Sin embargo, la contingencia de asumir riesgos penales puede desalentar este tipo de operaciones en nuestro país, ante la incertidumbre que rodea todo lo relacionado con el “traslado y extensión” de la responsabilidad penal.

En la propuesta que aquí se realiza, el apartado primero del art. 130.2 CP es un mero criterio de atribución de responsabilidad; únicamente se debe traducir en la imposición de una pena si se dan los requisitos que exige el art. 31 bis. Por otra parte, la entidad sucesora debe quedar exenta de pena si concurren los requisitos que justifican la aplicación de la eximente (programa de cumplimiento) o, en su caso, atenuante (con la consiguiente rebaja de pena), teniendo en cuenta, para ello, la situación posterior a la adquisición. Sería conveniente que el legislador arbitrara mecanismos alternativos al

venía explotando, comprendiendo en la venta todos los activos productivos y pasivo laboral, como «partes integradas que forman en su conjunto una unidad patrimonial y productiva en pleno con capacidad de funcionamiento, que es empresarialmente adecuada para la explotación del negocio de forma autónoma». El propósito era conseguir que continuara la actividad productiva de la vendedora, que estaba en proceso de concurso de acreedores y el mantenimiento de los puestos de trabajo. La entidad compradora comenzó la actividad de fabricación, pero cuatro meses después se derrumbó el techo de la nave principal en la que se ubicaba la máquina de fabricación de papel que constituía el elemento principal del negocio. La causa, según informe pericial, fue el fallo de la estructura de la cubierta debido a un proceso de oxidación o corrosión iniciado posiblemente en el momento mismo de la construcción, defecto muy difícil de apreciar antes del derrumbe, que no se manifestaba al exterior ni produjo signos aparentes. La restauración de la nave resultó económicamente inviable y no pudo reanudarse la explotación. El Tribunal tiene en cuenta: (i) que el defecto existía desde el momento de la celebración del contrato; (ii) se trataba de un inmueble que, por su situación de ruina inminente, no resultaba apto para continuar en él la explotación económica; (iii) se da la situación de entrega de cosa distinta o «*aliud pro alio*» cuando es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determina un incumplimiento tal que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato; (iv) la entrega de cosa distinta constituye un incumplimiento objetivo de la obligación de entrega de la cosa vendida en el contrato de compraventa (arts. 1101 y 1124 CC). Declara que “constituye un incumplimiento esencial del contrato de compraventa la entrega de una cosa inhábil para el uso objetivamente contemplado al celebrar el contrato, cuya obtención constituye la causa por la que el comprador satisface o se compromete a satisfacer un precio”.

¹⁸ Por ejemplo, rescisión del contrato por entrega de cosa distinta o vicios, obligación de saneamiento, etc.

sometimiento a un proceso penal en estos casos, a semejanza de los existentes en Estados Unidos o Francia.

Como veremos, el marco legal actual, pese a la posibilidad de archivo de responsabilidades penales en la fase de instrucción¹⁹, es insuficiente para garantizar una mínima seguridad jurídica a los operadores económicos y claramente deficiente comparado con los sistemas legales de otros países. La introducción de ciertas correcciones es urgente.

¹⁹ Auto de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 8/07/21 (pte. MARTEL RIVERO) en el caso INDRA.

2. Presupuesto subjetivo del art. 130.2 CP: concepto de persona jurídica

2.1 Introducción

La aplicación del artículo 130.2 exige delimitar subjetivamente quiénes pueden quedar sometidos al régimen de responsabilidad que establece. Como señala BARONA VILAR²⁰ “solo sabiendo quién es persona jurídica es posible atribuirle, en su caso, capacidad y legitimación pasivas en el proceso penal”.

El Código Penal no contiene una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Se suele entender que persona jurídica es aquella organización a la que el Derecho privado reconoce como tal²¹. Sin embargo, la noción de persona jurídica en las distintas ramas del Derecho no es uniforme, aun compartiendo algunos elementos comunes, y los requisitos para exigir responsabilidad a un ente jurídico varían en sede mercantil, civil, laboral o penal²². Además, tratándose de personas jurídicas, todo, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, desde su concepto a su naturaleza, constituye un debate complejo²³.

La persona jurídica constituye el presupuesto subjetivo de aplicación del art. 130.2 CP, pero no todas las personas jurídicas pueden participar en el supuesto de hecho previsto en el párrafo primero, solo aquellas personas jurídicas que puedan fusionarse, escindirse o transformarse. Para establecer el ámbito subjetivo de aplicación del artículo hay que determinar:

1. En primer lugar, cuál es el concepto de persona jurídica que utilizan el art. 31 bis y 130.2 CP: qué personas jurídicas tienen capacidad y legitimación pasiva en el proceso penal.
2. En segundo lugar, qué personas jurídicas están exentas de responsabilidad penal, es decir, son inimputables a los efectos del art. 31 bis CP.
3. En tercer lugar, qué tratamiento deben recibir las entidades creadas exclusivamente para delinquir.
4. Finalmente, qué personas jurídicas pueden participar en una fusión, escisión o transformación (presupuesto objetivo del art. 130.2 CP).

²⁰ BARONA VILAR, S.: “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España” en ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

²¹ GOMEZ TOMILLO, M.: “Concepto penal de persona jurídica y teoría de la autoría y la participación en el delito. Proyección sobre las uniones temporales de empresas”, en VV.AA.: *El Derecho Penal en el Siglo XXI: Liber Amicorum en honor al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. Web.

²² GOMEZ TOMILLO, M.: “Concepto penal de persona jurídica y teoría de la autoría y la participación”, *ibid.*, p. 76.

²³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en VV.AA.: *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. 1, Madrid, UAM Ediciones, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019, pp. 473-483.

2.2 Antecedentes históricos

El punto de partida del reconocimiento autónomo de los entes colectivos como sujetos del Derecho se encuentra en las necesidades financieras de la colonización de América en el Siglo XV²⁴; el reconocimiento de su personalidad jurídica está vinculada a la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios. Su origen, por tanto, vino a cubrir una necesidad funcional: hacer frente a las inversiones que requerían el comercio y la expansión del imperio, limitando, al mismo tiempo, la responsabilidad al capital aportado por los socios, dejando a salvo el resto de su patrimonio personal.

Persona es un término distinto a ser humano o a individuo. En sentido jurídico, persona es el titular de derechos y deberes²⁵. La persona jurídica está sometida a normas, por lo que puede adecuarse a ellas o infringirlas²⁶ y en todos los ámbitos del Derecho, ahora también del penal, son sujetos de Derecho.

Es célebre la discusión entre los seguidores de la **teoría de la ficción** (SINIBALDO FLISCO, POTHIER y luego SAVIGNY) y los seguidores de la **teoría de la realidad** (GROCIO, PUFFENDORF y, especialmente, OTTO VON GIERKE). Para los primeros, la persona jurídica es una ficción, una creación de la ley, no hay una realidad verdadera, no existe sino para fines jurídicos; su capacidad no se extiende a más de lo expresamente previsto en la ley; solo toma de la personalidad física las atribuciones y posibilidades de acción precisas para su finalidad concreta y coherente con su condición no-humana. Para los segundos, la persona jurídica es una unión de individuos con una personalidad que brota de sí misma, es una efectiva y completa persona, si bien es una persona compuesta; aunque exprese su voluntad por medio de órganos, es la misma persona colectiva la que expresa su voluntad y actúa; no se produce un fenómeno de representación; atribuyen a la persona moral capacidad general jurídica, salvo las excepciones establecidas expresamente por la ley o deducibles de la naturaleza misma de tal persona²⁷. La ulterior tendencia realista (**teoría de la realidad “técnica”**, defendida por FERRARA) resalta la existencia real de una voluntad colectiva distinta de las voluntades individuales: la persona colectiva tiene realidad social o realidad técnica. Siguiendo esta postura ecléctica, LACRUZ afirma²⁸ que la persona jurídica participa de la ficción y de la realidad. No es una persona física, y solo se la podrá equiparar a ella ficticiamente; pero contiene “un substrato real”²⁹.

²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 2019, *ibid.*, p. 476.

²⁵ Definición procedente de KELSEN y aplicada por JAKOBS, G., como señala BORJA JIMÉNEZ, E.: “Animal y víctima: en torno al sujeto pasivo del delito de maltrato animal de asistencia” en GONZALEZ CUSSAC (dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 128.

²⁶ GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “La capacidad de acción de la persona jurídica” en GONZALEZ CUSSAC (dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 437.

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., SANCHO REBULLIDA, F., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J. y LUNA SERRANO, A.: “Elementos de Derecho Civil I. Parte general. Vol. 2. Personas”, 6ª ed. (revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 265-267 y 277.

²⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. et al.: “Elementos de Derecho Civil I”, 2010, *ibid.*, p. 267.

²⁹ Comentando este punto de la investigación, GONZÁLEZ CUSSAC señaló que la discusión actual acerca de la capacidad o no de acción y de culpabilidad de la persona jurídica parece revivir esta vieja polémica.

En el ámbito penal, JAKOBS³⁰, desde una perspectiva sociológico-funcionalista, sostiene que la persona no es un sistema psicofísico prejurídico, sino un sistema social, un constructo social, como el resultado de un proceso de comunicación; para KELSEN³¹, persona – física o jurídica- es un complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa figuradamente con el concepto de persona³².

2.3 La personalidad jurídica

La personalidad no es un dato biológico, sino la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que el legislador reconoce tanto a la persona física (y esto no ha sido así siempre, por ejemplo, no se reconocía a los esclavos) como a otras realidades; lo que determina la existencia de la persona, física o jurídica, es el reconocimiento por el Derecho. Es este reconocimiento el que da existencia al ente como tal sujeto, de tal forma que mientras no se cumplan las formalidades legales no adquiere propia personalidad³³.

En el ámbito mercantil, VICENT CHULIÁ señala que la personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos y de obligaciones³⁴. Para ALFARO ÁGUILA-REAL³⁵, personalidad jurídica y constitución de un patrimonio separado (respecto del patrimonio personal de cada socio) son, en este sentido, sinónimos. Como consecuencia del nacimiento de la personalidad jurídica, la entidad tiene un patrimonio propio, separado del patrimonio de los socios³⁶. Con la

³⁰JAKOBS, “La omisión: Estado de la cuestión”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.): *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), 2000, p.150, por remisión de GÓMEZ MARTÍN, V. “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

³¹GONZÁLEZ DE LA VEGA, R.: “¿Es posible considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas? en ONTIVEROS ALONSO (coord.): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro”, 2014, p. 256.

³² Sobre esta cuestión, vid. ROCA DE AGAPITO, con cita de DÍEZ RIPOLLÉS, en *Jueces y jueces para la Democracia* n.º 73 (2012); DOPICO GÓMEZ-ALLER (*Memento Penal*), quien propone un concepto extrapenal de persona jurídica, excluyendo interpretaciones extensivas o analogías para aplicar el régimen de responsabilidad penal a realidades sociales o económicas similares, pero carentes de personalidad jurídica; para hacer frente a la delincuencia a través de estos otros entes sin personalidad jurídica, el art. 129 CP ha previsto un régimen específico; GÓMEZ MARTÍN, en “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, *ibid.*, p.230.

³³ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil I”, 2010, *ibid.*, p 267; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 57.

³⁴ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, 24ª ed., 2022, *ibid.*, p.782.

³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *InDret*, 1/2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334178&orden=0&info=link>.; Del mismo autor, “Disolución y liquidación societaria: la extinción de la personalidad jurídica y la terminación del contrato de sociedad”, *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en <https://almacenederecho.org/disolucion-liquidacion-societaria-la-extincion-la-personalidad-juridica-la-terminacion-del-contrato-sociedad>, donde razona que “una sociedad es un contrato y una persona jurídica es un patrimonio organizado. De modo que la terminación del contrato de sociedad (la “extinción” de la sociedad) y la extinción de la personalidad jurídica (la desaparición del patrimonio separado) son dos cuestiones que no tienen por qué coincidir”.

³⁶ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, 2022, *ibid.*, p.782.

concesión de personalidad jurídica, el legislador atribuye a un determinado sustrato real la aptitud necesaria para ser titular de derechos y obligaciones (art. 38 párrafo 1 CC)³⁷.

La personalidad jurídica tiene un doble aspecto³⁸: a) organización financiera, con la creación de un patrimonio propio, con su activo y pasivo, separado del patrimonio de los socios; b) organización corporativa, basada en la administración y representación de este patrimonio por unos administradores.

Otras formas de organización, como la mera copropiedad o comunidad de bienes, carecen de personalidad jurídica y de capacidad de obrar (si bien las comunidades de bienes, según la legislación laboral, pueden contratar trabajadores³⁹ y son sujetos responsables de las infracciones y sanciones en el orden social⁴⁰). Los grupos de sociedades no tienen personalidad jurídica. Otras formas jurídicas más evolucionadas carecen de personalidad jurídica, pero tienen capacidad de obrar, como la Unión Temporal de Empresas⁴¹ (y pueden tener obligaciones fiscales⁴²). Tanto las Agrupaciones de Interés Económico (construida en nuestro país sobre la base de la sociedad colectiva, cuyo régimen es supletorio) como las Agrupaciones Europeas de Interés económico, tienen personalidad jurídica.

La STC 50/2011, de 14 de abril de 2011 (pte: F.J. DELGADO BARRIO) declaró que las personas jurídicas “constituyen una creación del legislador, y tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso (así, también, la STC 23/1989, FJ 3).”

Esta diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina que existan actos jurídicos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. De ahí que este Tribunal haya afirmado que "no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas" (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo, ya que la diferente naturaleza de estos sujetos de Derecho puede determinar que existan situaciones en las que sólo pueda encontrarse uno de ellos.

³⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 60.

³⁸ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p.134.

³⁹ Art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁰ Art. 2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁴¹ Art. 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.

⁴² GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I.: “Derecho administrativo sancionador. Parte General”, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 293.

2.4 Clases de personas jurídicas y requisitos para su reconocimiento

El artículo 35 del Código Civil reconoce personalidad jurídica a las corporaciones⁴³, fundaciones⁴⁴ y asociaciones (distinguiendo entre asociaciones de interés público, lo que LACRUZ BERDEJO⁴⁵ asimila a finalidad altruista, y de interés particular, es decir, constituidas con ánimo de lucro⁴⁶, y entre estas últimas, que vienen a ser las sociedades, ex art. 36 CC, entre civiles, mercantiles e industriales). El art. 116 del Código de Comercio⁴⁷ reconoce, a su vez, personalidad jurídica a las compañías mercantiles. Ahora bien, los requisitos que se exigen para la válida constitución de una sociedad difieren según se trate de una sociedad civil o mercantil.

2.4.1 Sociedad civil

Así, para la sociedad civil, el art. 1669 CC tan solo exige que la sociedad se manifieste al exterior, que se contrate en nombre de la sociedad⁴⁸, sin requisito de forma alguno, salvo cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública (art. 1667 CC)⁴⁹. ALONSO UREBA sintetiza los elementos definidores

⁴³ Las “corporaciones” a las que alude el CC son, para LACRUZ BERDEJO (“Elementos de Derecho Civil I”, 2010, p. 271), las personas jurídicas de Derecho público; es decir, el art. 35 CC enumera dos clases de personas de tipo asociacional, las de carácter público (corporaciones) y las de carácter privado (asociaciones); señala, no obstante, que la doctrina dominante distingue entre personas de Derecho público y privado y personas de interés público o privado, no siendo pacífica la adscripción de las entidades a una y otra clase.

⁴⁴ La fundación es una persona privada de interés público (terminología del CC) o general (terminología de la CE y de la LF), mientras que las personas públicas son, en la clasificación del CC, corporaciones; las Administraciones Públicas pueden crear fundaciones, pero no pueden ser titulares de una fundación, como tampoco pueden serlo una persona física o una sociedad (LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil I”, *ibid.*, p. 316).

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. II”, 6ª ed., 2010, *ibid.*, p. 275.

⁴⁶ La mayor parte de la doctrina considera el ánimo de lucro un elemento esencial del concepto de sociedad. Sin embargo, es necesario distinguir entre (i) una interpretación estricta del ánimo de lucro, como el fin de obtener una ganancia o lucro repartible entre los socios (VICENT CHULIA, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, *ibid.*, pp.754-759; STS n.º 1377/2007, de 19 de diciembre de 2007 -pte. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA- y las que se citan) y (ii) una interpretación más amplia, en la que tiene cabida la búsqueda de la satisfacción de los intereses económicos de los asociados, por ejemplo, el uso o disfrute de cosas determinadas, facilitar a los socios cualquier clase de ventaja patrimonial, como evitar pérdidas o ahorro de gastos (STS n.º 882/1994, de 6 de octubre de 1994 -pte. J. SANTOS BRIZ), lo que da pie a considerar que las agrupaciones de personas de base mutualista deben ser consideradas sociedades y no asociaciones. Por otra parte, un sector doctrinal cuestiona que el ánimo de lucro deba ser considerado un elemento esencial del concepto de sociedad, a la vista de la legislación posterior al Código Civil (v.g., la que regula las cooperativas o las agrupaciones de interés económico). Sobre esta cuestión, vid. LACRUZ BERDEJO, “Elementos de Derecho Civil I”, *ibid.*, p. 275; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 38-40.

⁴⁷ Art. 116 del Código de comercio: “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

⁴⁸ Art. 1669 CC: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

⁴⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M. (“La sociedad irregular”, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 20) precisa que la falta de escritura no afecta al nacimiento de la sociedad, sino a la prueba de la aportación.

del concepto general de sociedad de los arts. 1665 y ss. del Código Civil así: origen negocial sin sujeción a forma jurídica especial y fin común con colaboración por los socios. Los elementos definidores del “tipo sociedad civil” se añadirían a los anteriores: publicidad de hecho ligada al carácter de sociedad externa y, por tanto, con capacidad para vincularse en el tráfico con terceros como entidad diferenciada de los socios (actuación en el tráfico como sociedad dotada de personalidad), la existencia de un patrimonio social (elemento ligado a la personalidad), la naturaleza civil y estabilidad del objeto social (consistente en una actividad y no en un acto o negocio aislado), la estructura organizativa contractualista y el carácter lucrativo del fin social⁵⁰.

2.4.2 Sociedad mercantil

En cambio, para la “regular” constitución de una sociedad mercantil, el art. 119 del Código de Comercio (CCo) impone de forma obligatoria el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil⁵¹ (vid., asimismo el art. 20 LSC). El incumplimiento de estos requisitos de forma tiene distinto alcance, dependiendo de que se trate de una sociedad de capital (la inscripción tiene carácter constitutivo, como contrapartida a la responsabilidad limitada de los socios y como vía de control preventivo de la legalidad del proceso fundacional, en especial, la realidad de las declaraciones relativas al capital social e integración del patrimonio) o personalista (la inscripción tiene carácter declarativo, añade tan solo los efectos propios de la inscripción)⁵². Así, sin inscripción no hay sociedad anónima ni sociedad limitada, pero puede haber sociedad, que puede ser mercantil (colectiva) o civil.

El art. 33 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aplicable a la sociedad anónima, sociedad limitada y comanditaria por acciones, dispone que

*Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido*⁵³.

⁵⁰ ALONSO UREBA, A.: “Sociedad en formación versus sociedad irregular. Cuestiones de caracterización y de régimen” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coords.): *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la ley 2/1995*, tomo I, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p.202. Las figuras societarias civiles por su objeto pero atípicas respecto del “tipo sociedad civil” (o no hay patrimonio - sociedad obligacional- o son sociedades no manifestadas en el tráfico – sociedad interna- o constituidas para un único acto o negocio -sociedad ocasional- o dotadas de una estructura estatutaria) se subsumen en el régimen de la sociedad civil porque la sociedad civil cumple una función normativa, como régimen general societario en el tráfico. Por el contrario, el “concepto de sociedad mercantil” es meramente sistemático, permite separar el ámbito societario mercantil (carácter mercantil del objeto social, es decir, ligada al tráfico empresarial) del ámbito societario civil, pero carece de cualquier contenido normativo concreto.

⁵¹ “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17”.

⁵² ALONSO UREBA, A.: “Sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibíd.*, p. 203.

⁵³ Algunas sociedades civiles especiales (v.g. Sociedades Agrarias de Transformación) y las cooperativas exigen también otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro correspondiente para su válida constitución y reconocimiento de personalidad jurídica. También la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, requiere específicamente la formalización del contrato de sociedad en escritura pública (art.7.1) e inscripción en el Registro Mercantil (el art. 8.1 establece que “con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica”). VALPUESTA GASTAMINZA (“La sociedad anónima irregular (‘sociedad devenida irregular’) en la Ley de sociedades de Capital” en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, 2011, pp. 839-855), analizando el art. 33

La sentencia de pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 324/2017, de 24 de mayo, declara sobre estas exigencias:

“(L)a falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1. 3º LEC. Sin perjuicio, además, de los supuestos previstos en el art. 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser demandadas a «las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”.

Es decir, de acuerdo con esta doctrina, la sociedad de capital solo alcanza la personalidad jurídica propia del régimen jurídico aplicable a la forma social elegida (v.g., sociedad anónima) con la inscripción registral, pero esto no impide que antes de que eso ocurra, e incluso, si nunca llega a producirse, tenga personalidad jurídica, si bien será la que corresponda⁵⁴.

LSC y el cambio que supone respecto a la legislación anterior, señala que el precepto recalca que existen varias personalidades jurídicas, tantas como tipos sociales; se da ahora al término personalidad un significado distinto al que tenía hasta entonces. La personalidad se había entendido como la posibilidad de imputación de derechos y obligaciones. En cambio, la LSC identifica personalidad jurídica con régimen jurídico específico de cada tipo social. Cada tipo social tiene una personalidad jurídica específica.

⁵⁴ ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores (A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo)”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. et. al. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, Madrid, Iustel, p. 76. LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp.-59-60 señala que lo que está en juego con la inscripción de las sociedades de capital en el registro mercantil no es la condición de persona jurídica de tales sociedades, sino la determinación de la disciplina legal por la que hayan de regirse. No obstante, como señala ALONSO UREBA (“Sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibid.*, p. 200), un relevante sector doctrinal, siguiendo a GARRIGUES, defiende que si no hay escritura pública, no hay sociedad anónima (o limitada), pero tampoco sociedad de ninguna clase, considerando que la escritura pública es requisito para la validez del contrato de constitución de la sociedad de capital. Así, VICENT CHULIÁ (“Introducción”, *ibid.*, p. 810), se muestra partidario del carácter formal del contrato de constitución de toda sociedad capitalista, si bien señala que no es esta la postura de la jurisprudencia tras la STS de 20 de febrero de 1988, que declaró que, en ausencia de escritura pública, no existía en el caso sociedad anónima, sino sociedad irregular mercantil; señala, asimismo, que la LSC ha suprimido la mención expresa de la escritura pública como requisito para la válida constitución que antes contenía el art. 134.1 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995 para la sociedad limitada nueva empresa (que se interpretaba como confirmación del carácter formal del contrato de constitución de sociedad de capital como norma general, no como una norma excepcional); con todo, el autor mantiene que un mero documento privado no puede ser considerado ni tan siquiera un precontrato o contrato preliminar de sociedad de capital, sino tratos previos, porque si el contrato es formal el precontrato debe cumplir el mismo requisito de forma (*ibid.*, p. 811); considera que la inscripción es constitutiva, al menos para su plena personalidad jurídica (en particular, nacimiento del patrimonio social separado de los socios), si bien algunos efectos se anticipan al momento del otorgamiento de la escritura de constitución: a partir de este momento surge la “sociedad en formación”, como “el paso de la titularidad de los bienes y derechos objeto de aportación social a la sociedad y

En el caso de las sociedades mercantiles personalistas (sociedad colectiva, comanditaria simple y agrupación de interés económico), la inscripción tiene carácter declarativo, no constitutivo, ya que la existencia de la sociedad se inicia con el contrato de constitución, que no precisa de formalidad alguna (arts. 116⁵⁵ y 117 CCo⁵⁶). Así, la inscripción en el Registro Mercantil es necesaria para su “regular” constitución⁵⁷. La omisión de la escritura no determina la nulidad del contrato (*vid.* SSTS n.º 855/1995 de 9 de octubre de 1995⁵⁸ -pte. F. MORALES MORALES-; y n.º 611/1996, de 17 de julio de 1996⁵⁹ -pte. A. VILLAGÓMEZ RODIL-), sino que determina su irregularidad, con las consecuencias asociadas en cuanto al régimen de responsabilidad⁶⁰, y faculta a los socios para compelerse al cumplimiento de dicha formalidad (art. 1.279 CC). Para una sociedad mercantil del tipo colectiva, basta el origen negocial sin forma jurídica específica, el carácter mercantil del objeto social (y ligado a ello, su estabilidad o permanencia) y la publicidad de hecho (actuación en el tráfico como sociedad, art. 126 CCo). Constituye el régimen general subsidiario en el ámbito societario mercantil, de forma que será el aplicable en caso de sociedad mercantil irregular. Si falta alguno de los elementos definidores del tipo sociedad colectiva (carácter interno de la sociedad u ocasionalidad del objeto social, por ejemplo) se aplicaría el régimen de la sociedad civil⁶¹.

La Circular 1/11 de la FGE entiende que tanto las sociedades en formación como las devenidas irregulares⁶² están dotadas de personalidad jurídica y pueden, por tanto, ser

nacimiento en el aportante de un derecho como fundador a obtener acciones o participaciones” (*ibid.*, p. 812).

⁵⁵ Art. 116 CCo: “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”, añadiendo que “(u)na vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

⁵⁶ Art. 117 CCo: “El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código”

⁵⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 51-60.

⁵⁸ La STS señala que “es reiterada doctrina de esta Sala la de que aún cuando no se otorgue escritura pública hay que entender que el precepto del artículo 1667 del Código Civil está subordinado al del 1278 del mismo Cuerpo legal, y que el documento privado obliga a los contratantes, aunque haya bienes inmuebles, por lo que no cabe hablar de la pretendida nulidad del ente societario, que hay que estimarlo válido y operante entre las partes que lo estipularon”

⁵⁹ En el mismo sentido, considera que “se formó sociedad civil entre los actores y don Fernando; conclusión que (...) no desautoriza el hecho de que la sociedad se hubiera constituido prescindiendo de formalidades escritas, pues puede existir por simple acuerdo verbal entre los interesados (sentencia de 8 de Julio de 1.993), siempre que concurra el elemento esencial definidor que es el “animus societatis”, y la antepone a la comunidad de bienes, al integrar de esta manera una sociedad interna, regida por los pactos que hayan acordado los socios, y no lo desvirtúa el hecho de que no se hubieran observado los artículos 1667 y 1668 del Código Civil, en relación a la aportación del bien inmueble (...) dedicado a la actividad negocial que integraba el objeto de la referida sociedad. Esta situación juega frente a terceros, pero no en el ámbito de las relaciones que entre sí vinculaban a los socios participantes, pues el artículo 1667 ha de entenderse subordinado al 1278, también del Código Civil”.

⁶⁰ Vid. art. 120 CCo.

⁶¹ ALONSO UREBA, A.: “Sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibid.*, p. 204.

⁶² La Circular dice que “mientras las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales aunque no se inscriban, las de capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto. Así pues, no es el nacimiento del nuevo ente jurídico lo que está condicionado a la inscripción, sino su subsistencia como tal sociedad de capital”.

potencialmente responsables conforme a las previsiones del art. 31 bis CP⁶³. En contra del criterio de la FGE se han posicionado autores como FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ⁶⁴ y DEL CASO JIMÉNEZ⁶⁵.

Hay que distinguir, sin embargo, entre la sociedad en formación y la sociedad irregular, supuestos distintos a los que se aplican regímenes diferenciados.

- La sociedad en formación es la que se inscribe y que ha actuado antes de la inscripción; se rige por lo dispuesto en los arts. 36 a 38 LSC. Su carácter como tal depende de que se inscriba, por lo que GARCÍA-CRUCES afirma que la sociedad en formación es idéntica a la sociedad inscrita, pero en momento anterior a la inscripción⁶⁶. ALONSO UREBA considera⁶⁷ que para aplicar el régimen de la “sociedad de capital en formación” debe haber habida voluntad electora del tipo (v.g., anónima) en escritura pública con el contenido mínimo exigido; si hay una actuación en el tráfico como sociedad anónima o limitada pero no ha habido escritura fundacional con el contenido legalmente exigido, no será aplicable el régimen de la sociedad en formación previsto para las sociedades de capital.
- Sociedad irregular es la sociedad mercantil no inscrita que realiza una actividad mercantil. Nos detendremos brevemente en este concepto, ya que, aunque solo las sociedades inscritas pueden participar en una fusión o escisión (la inscripción de la operación de que se trate tiene carácter constitutivo, como veremos en el capítulo siguiente), la cuestión es relevante para el análisis de la RPPJ y, en particular, en caso de disolución fraudulenta de una sociedad irregular.

2.4.3 Sociedad irregular

Siguiendo a VALPUESTA⁶⁸, hay que señalar que la sociedad irregular es persona jurídica, es un sujeto de derecho al que debe reconocerse facultad para ser parte activa o pasiva de

⁶³ Se alinea así con el sector doctrinal que interpreta que la sociedad mercantil adquiere la personalidad jurídica de forma progresiva sin necesidad de inscripción, ya que, por ejemplo, la sociedad en formación responde con las aportaciones de los socios y, además, a la sociedad que deviene irregular, por falta de inscripción en el Registro Mercantil, se le aplican las normas de la sociedad colectiva (si desarrolla una actividad mercantil) o civil (art. 39 LSC).

⁶⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.M.: “Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2013, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 164-165.

⁶⁵ DEL CASO JIMÉNEZ, M.T.: “Comentario al art. 31 bis” en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, 4ª ed., Sepin, 2016, p. 346, con cita de la SAN 2/2015, de 23 de enero, que excluyó la aplicación del régimen previsto para las personas jurídicas a una sociedad irregular, considerando aplicables, en su caso, las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

⁶⁶ GRACÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “La sociedad de capital en formación”, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 205. Para el autor, en la sociedad en formación, la ausencia de inscripción es ajena a la voluntad de los fundadores y consecuencia del lapso temporal del normal desarrollo del proceso de fundación (p. 210). Atiende así a la concurrencia o no de una real voluntad de los fundadores de conseguir la inscripción, entendiendo que el plazo de un año que establece el legislador para la inscripción (hoy, en el art. 39 LSC) sienta una presunción de su no concurrencia (p. 38).

⁶⁷ ALONSO UREBA, A.: “Sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibíd.*, p. 204, pp. 221-222.

⁶⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “La sociedad irregular”, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 180-183. El problema de la irregularidad no se plantea respecto de las sociedades civiles, que no están obligadas a cumplir requisitos de forma para su nacimiento y que no son sujetos inscribibles en el Registro Mercantil

una relación jurídica⁶⁹. Se considera sociedad irregular a la sociedad mercantil no inscrita que actúa en el tráfico como tal sociedad, sin voluntad de inscribirse (lo que la distingue de la sociedad en formación). Para calificar el supuesto dado como sociedad irregular deben concurrir las circunstancias siguientes: (i) que exista un contrato social entre varias personas; (ii) que aunque el contrato no se haya inscrito (no hay publicidad de derecho), la sociedad sí actúe como tal (publicidad de hecho); y (iii) que desarrolle una actividad mercantil. Por el contrario, si el socio no actúa en nombre de la sociedad, sino en nombre propio, ocultando su condición de socio, existe sociedad interna (a la que el art. 1669 CC no reconoce personalidad jurídica), no sociedad irregular.

La cuestión de la necesidad de otorgamiento de escritura para que se aplique el régimen dispuesto para la sociedad de capital irregular no es pacífica. ALONSO UREBA considera que la escritura es requisito *ab solemnitate* (se garantiza así la seguridad jurídica)⁷⁰. Por el contrario, para VALPUESTA GASTAMINZA basta con el contrato (no formal)⁷¹.

La solución al problema de la sociedad irregular no puede ser la nulidad absoluta porque, de hecho, la sociedad ha actuado como tal, ha contratado con terceros que se verían desprotegidos. De lo contrario, el socio podría oponer la nulidad de la sociedad, con lo

(*ibid.*, p. 20). Del mismo autor, “La sociedad anónima irregular (‘sociedad devenida irregular’) en la Ley de sociedades de Capital” en PILONETA ALONSO, L.M. y IRIBARREN BLANCO, M. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 839-855.

⁶⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “La sociedad irregular”, *ibid.*, pp. 20, 31, 76, 91-92 y 233. El autor, partiendo de considerar que la sociedad con forma civil que lleve a cabo una actividad mercantil es colectiva a todos los efectos, pese a la forma de sociedad civil, restringe el término “sociedad irregular” a la sociedad con objeto mercantil. Por otra parte, el autor liga la irregularidad a la ausencia de inscripción, no a la falta de otorgamiento de escritura pública, que considera presupuesto de la inscripción, pero no requisito relevante de forma independiente (*ibid.*, p. 93), cuestión controvertida, antes y después de la LSC (en contra, como vemos a continuación, ALONSO UREBA; nos remitimos a las exposiciones de las distintas posturas doctrinales a los autores citados en este apartado, dado que no atañe al punto central de nuestro estudio). VALPUESTA considera que la sociedad irregular no ha sido nunca sociedad en formación, sino que ambas son contradictorias (*ibid.*, pp. 122 y 124). GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (“La sociedad de capital en formación”, *ibid.*, p. 16) rechaza que la personalidad jurídica de la sociedad tenga origen en la publicidad legal (inscripción), pues ello implicaría negar la personalidad jurídica de la sociedad irregular (*ibid.*, p. 19, en general, y pp. 24 y ss. respecto a las sociedades de capital); así, concluye que la inscripción no hace surgir una sociedad anónima, limitada o comanditaria por acciones hasta entonces inexistente, sino que permite la oponibilidad plena frente a los terceros de las características propias de tal tipo social (p. 32).

⁷⁰ ALONSO UREBA, A.: “Sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibid.*, pp. 240-241. Considera la sociedad de capital irregular como frustración del proceso regular de fundación, lo que presupone la existencia de una sociedad de capital en formación en el sentido de la (entonces) LSA. Frente a la tesis de VALPUESTA, considera que sociedad en formación y sociedad irregular son, en la Ley de Sociedades Anónimas (hoy LSC), realidades sucesivas. La sociedad en formación puede devenir en sociedad irregular (aunque si desde un principio no hay voluntad de inscribir, sería directamente irregular). Tras la entrada en vigor de la LSC; VALPUESTA GASTAMINZA (“La sociedad anónima irregular (‘sociedad devenida irregular’) en la Ley de sociedades de Capital”, 2011, *ibid.*, pp. 854-855) señala que la nueva regulación de la sociedad “devenida” irregular adopta la postura contraria a la defendida por él, acogiendo la interpretación de la norma anterior según la cual la sociedad irregular es una sociedad en formación que deviene irregular. Con anterioridad, el art. 16 LSA podía ser interpretado de dos maneras, la sociedad irregular como sociedad en formación que posteriormente deviene irregular y que por tanto es tratada como en formación hasta ese momento, o bien como irregular desde un principio, aplicándose las reglas de la colectiva o civil a todos sus actos, incluida la disolución a causa de la irregularidad. En cambio, los arts. 39 y 40 LSC parecen indicar expresamente que la sociedad irregular es una sociedad en formación devenida irregular. Con todo, considera que el texto legal no aclara las dudas que planteaba la norma refundida y que sigue permitiendo la segunda de las interpretaciones.

⁷¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “La sociedad irregular”, *ibid.*, p. 121.

cual el tercero no tendría a quien reclamar el incumplimiento de las obligaciones. La sanción de nulidad es predicable de un contrato que produzca solo efectos entre las partes; pero si de ese contrato surge un ente distinto, que actúa en el tráfico jurídico frente a terceros, es absurdo predicar que no ha surgido ente alguno. Además, la publicidad que se buscaba con la inscripción en el Registro Mercantil se ha logrado de hecho al haber actuado la sociedad como tal y en su propio nombre. Es necesario, sin embargo, evitar los perjuicios de la falta de publicidad completa, por lo que el régimen de la sociedad irregular debe ser el más exigente de los de las sociedades mercantiles, el de la sociedad colectiva. La solución que acoge la LSC (y antes el art. 16 de la LSA), considera la sociedad irregular como sociedad colectiva, lo que implica su responsabilidad como sociedad personalista (VALPUESTA GASTAMINZA ⁷²) o, como expresa GARCÍA-CRUCES⁷³, la aplicación de los arts. 127 y concordantes CCo o de los arts. 1697 y ss. CC.

2.5 La persona jurídica en el Derecho penal europeo

Las Directivas y Decisiones Marco se remiten, cuando se refieren a la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas, a la legislación de los Estados miembros para determinar qué entes son personas jurídicas. Así, el artículo 2 d) de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, la define como «toda persona jurídica conforme al Derecho interno aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas». La definición excluye a los Estados y a las instituciones de naturaleza pública o que se encuentren en el ejercicio de funciones públicas.

El Derecho comparado ofrece diversos modelos: a) sistemas que permiten sancionar a cualquier clase de organización, como el Código Penal australiano; b) sistemas que establecen qué clase de organización puede ser sancionada penalmente, como el estadounidense a nivel federal; c) modelos donde únicamente se sancionan aquellas organizaciones que se encuentren reconocidas jurídicamente como tales, como el modelo francés. En Holanda, la definición de los entes jurídicos que pueden ser imputados (art

⁷² VALPUESTA (“La sociedad irregular”, *ibid.*, p. 170) defiende la consideración de la sociedad irregular como colectiva a todos los efectos, internos y externos. Ahora bien, los pactos sociales expresos relativos a las relaciones internas prevalecerán sobre las normas legales de la sociedad colectiva, dado que tales normas no son esenciales al tipo sociedad colectiva, y podrán conformar en su caso una sociedad colectiva atípica. Pero tales pactos contrarios a las normas de derecho positivo no podrán ser opuestos a terceros de buena fe. La cuestión, sin embargo, dista de ser pacífica; entre otros, GARCÍA-CRUCES considera que se aplican solo las reglas que rigen las relaciones externas, no las relativas a las relaciones internas entre los socios.

⁷³ GARCÍA-CRUCES (“La sociedad de capital en formación”, *ibid.*, p. 46) considera que la LSA (hoy, la LSC) no califica a la sociedad irregular como colectiva o, en su caso, como sociedad civil, sino que simplemente ordena la aplicación del régimen jurídico correspondiente. Rechaza así la tesis de la conversión-transformación. La inscripción registral es un instrumento de tutela de terceros ajenos al acto sujeto a inscripción, por lo que la ausencia de publicidad legal impone un régimen diferente del aplicable si se hubiera respetado la exigencia de inscripción para asegurar la protección de los terceros (p. 53, definiendo el carácter sancionatorio del régimen, frente a la tesis de la conversión mantenida por VALPUESTA GASTAMINZA). Rechaza igualmente la “conversión” de la sociedad irregular ALONSO UREBA, para quien la aplicación de las normas de la sociedad civil o de la sociedad colectiva deriva del sistema del Derecho de sociedades y de las relaciones entre los distintos tipos societarios; la voluntad electora del tipo expresada en la escritura de constitución no ha sido eficaz o ha devenido ineficaz (“La sociedad en formación versus sociedad irregular”, *ibid.*, p. 250).

51 del Código Penal) es más amplia que la que da el Derecho civil de las personas jurídicas, ya que abarca todos los grupos, con excepción de las empresas de una persona.

2.6 Persona jurídica en el Código Penal

2.6.1 Planteamiento

El CP se refiere a las “personas jurídicas” como entes responsables penalmente (a diferencia de la redacción original del Proyecto de reforma de 2007, que limitaba la responsabilidad a “asociaciones, sociedades y fundaciones”), si bien excluye expresamente a determinadas personas jurídicas (art. 31 quinquies).

El Código Penal no ofrece una definición de persona jurídica, aunque sí contiene una definición de “sociedad” en el art. 297, si bien limitada al capítulo XIII del Título XIII del Libro II. ¿Sería conveniente que lo hiciera? Frente a la certeza que podría proporcionar una definición auténtica del legislador penal⁷⁴, hay que recordar que la función de la ley no es otra que definir presupuestos y establecer consecuencias, y que para ello puede ser necesario fijar conceptos y definir naturalezas, pero solo en la medida en que resulte imprescindible⁷⁵. En todo caso, como señala FEIJOO SANCHEZ⁷⁶, la legislación penal no ofrece dato alguno a partir del cual crear un concepto específicamente jurídico-penal de persona jurídica; ha optado por una distinción **formal** entre las entidades que soportan penas y las que⁷⁷ soportan consecuencias accesorias, sin atender a criterios materiales (como podría ser la capacidad de la organización para afectar a los bienes jurídicos protegidos).

Ante la falta de un concepto jurídico penal específico, para determinar qué entidades son reconocidas por el Derecho como personas jurídicas, habrá que atender a su ley personal, determinada por su nacionalidad⁷⁸.

⁷⁴ GÓMEZ JARA, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2010, Editorial B de f, p. 477.

⁷⁵ CARBONELL MATEU, J.C. “Diálogo sobre accesoriedad” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.): *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, 2020, *ibid.*, p.168, a propósito de la consideración de autores de quienes no lo son. Las conductas son relevantes porque la ley ha decidido que lo sean en atención a su capacidad potencial para producir lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos.

⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 57-58.

⁷⁷ Se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 129 CP, por ejemplo, la sociedad en formación o devenida irregular.

⁷⁸ Art. 9.11 CC: “La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”. FEIJOO SÁNCHEZ, en “La persona jurídica”, reflexiona sobre las posibilidades de imputar a una persona jurídica extranjera con sucursal o establecimiento permanente en España por delitos cometidos en España. VERVAELLE, J. (“Investigaciones en los delitos económicos y financieros: cuestiones jurisdiccionales y protección del principio de *ne bis in idem*” en DEMETRIO CRESPO, E y NIETO MARÍN, A. (dirs.): *Derecho penal económico y derechos humanos*, 2018, pp. 157-190), alerta de la necesidad de crear no solo un marco normativo común en la UE, sino también una base común que supere los problemas derivados de la falta de coordinación en la aplicación de las leyes penales, bis in ídem, conflictos de jurisdicciones, aplicación extraterritorial de la ley (sobre todo, por parte de países no pertenecientes a la UE, como EE.UU.) y otros problemas que plantea la persecución de la actividad delictiva de las empresas.

El art. 31 quinquies excluye expresamente del ámbito de aplicación del art. 31 bis a ciertas personas jurídicas de Derecho público:

- a) El Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales (Cortes Generales, Ministerios, Parlamentos autonómicos, ayuntamientos, una universidad pública).
- b) Los organismos reguladores, entre los que se encuentran el Banco de España, la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia, la CNMV o la Comisión del Sector Postal (podemos encontrar una relación de los mismos en la DA 6ª LJCA).
- c) Las Agencias Estatales –reguladas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se caracterizan por la forma administrativa de su constitución⁷⁹ - tanto de la Administración del Estado como del resto de las Administraciones Públicas (por ejemplo, BOE, Instituto de la Mujer, CSIC, Agencia española de Cooperación Internacional).
- d) Entidades Públicas Empresariales (art. 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas), como AENA, Loterías y Apuestas del Estado, ADIF, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Otras Entidades Públicas Empresariales pueden ser locales⁸⁰ (vid. Art.3.2 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones de la Comunidad Valenciana).
- e) Organizaciones internacionales de Derecho Público.
- f) Organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas⁸¹, lo que constituye una cláusula genérica que engloba aquellas entidades públicas que no han sido mencionadas ya específicamente⁸².
- g) En el caso de Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, no se excluye su responsabilidad penal, si bien se limitan las penas que les pueden ser impuestas a la multa e intervención judicial, salvo que se creen con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (en cuyo caso no operaría tal limitación). Por tanto, el art. 130.2 CP sí es aplicable respecto a fusiones o escisiones de sociedades mercantiles públicas. Para FEIJOO SÁNCHEZ⁸³, el criterio de exclusión no es el desempeño de políticas públicas o de interés general, como parecía desprenderse de la redacción original del art. 31 bis, sino la titularidad pública.

⁷⁹ ZUGALDÍA ESPINAR. J.M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021p. 112.

⁸⁰ Sobre los problemas de inclusión que plantea este precepto, vid. FEIJOO SÁNCHEZ en “La persona jurídica”, *ibid.*

⁸¹ Sobre esta cuestión, vid. GOMEZ TOMILLO, M.: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2ª ed., 2015, pp. 51- 62.

⁸² Circular 1/2011 de la FGE.

⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “La persona jurídica”, *ibid.*, p. 63.

Pues bien, ausente una definición auténtica del término “persona jurídica”, la interpretación dada por doctrina y jurisprudencia no es unánime. Resumimos a continuación las posiciones más representativas acerca del concepto utilizado por el legislador penal⁸⁴.

2.6.2 Criterio formal

La doctrina mayoritaria sigue un criterio formal del término “persona jurídica”, entendiéndolo que no cabe atribuir responsabilidad penal al sujeto al que el Derecho no reconozca formalmente personalidad jurídica⁸⁵. Serán potenciales responsables de ilícitos penales las personas jurídicas privadas de Derecho civil y mercantil y las personas jurídicas públicas que no estén expresamente exentas de responsabilidad en virtud de la previsión contenida en el artículo 31 quinquies CP. La personalidad jurídica constituye un primer filtro para la aplicación del régimen previsto en el artículo 31 bis CP y, por ende, del art. 130.2; para GÓMEZ-JARA, condición necesaria, pero no suficiente⁸⁶. El principio de legalidad impide atribuir capacidad para ser parte pasiva en el proceso penal ni legitimación para ser imputado, acusado o condenado como persona jurídica a un ente que no ostente personalidad jurídica (BARONA VILAR).

En este sentido, para FEIJOO SÁNCHEZ⁸⁷ la personalidad jurídica es lo que diferencia el régimen del art. 31 bis y siguientes, que regula la imposición de penas, del art. 129 CP, que regula la imposición de medidas accesorias. Serán personas jurídicas, por tanto, aquellos entes a los que la legislación reconozca personalidad jurídica propia, distinta de la de las personas o bienes que los componen. En el caso de grupos de sociedades, cada sociedad será responsable por separado y, en el caso de la matriz, podrá responder por los delitos cometidos por las filiales (si concurren los requisitos para ello), pero no será el grupo, que carece de personalidad jurídica, el sujeto de imputación⁸⁸.

⁸⁴ El concepto de ente susceptible de ser sancionado penalmente es, para todos, un concepto más amplio, al que se le aplica el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

⁸⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 106; BLANCO CORDERO señala que “el único criterio para incluir a un ente en el régimen de la responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. (excluidas excepcionalmente las personas jurídicas públicas), es el formal de la personalidad jurídica (...) solo la pérdida de la personalidad jurídica por razón de la disolución (con base en una interpretación a contrario del art. 130.2 CP) motiva que se extinga su responsabilidad penal” en “La disolución como causa de extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica”, en DE VICENTE REMESAL et al. (dirs.): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, 2020, pp.513-522.

⁸⁶ GÓMEZ JARA, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal”, *ibid.*, p. 480. El autor extrae del art. 130.2 CP un ulterior criterio organizativo-material, un sustrato organizativo-empresarial subyacente.

⁸⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2016, *ibid.*, pp. 66 y 298-299.

⁸⁸ Las opiniones se encuentran más divididas en el caso de uniones temporales de empresas y *joint ventures*. La Circular 1/2011 propugna la aplicación del art. 129 CP en estos casos, mientras que autores como NIETO MARTÍN consideran que carece de sentido que los entes que integran las UTE o *joint ventures*, que tienen personalidad jurídica, acaben en el campo de aplicación del art. 129 (FEIJOO SÁNCHEZ, “La persona jurídica”, p. 66).

2.6.3 Criterio extensivo

CARBONELL MATEU y MORALES PRATS propugnan un concepto amplio de persona jurídica, que incluya todas las entidades que pueden actuar jurídicamente⁸⁹. Las personas jurídicas son sujetos de Derecho porque el Ordenamiento jurídico les atribuye tal carácter, les permite adquirir derechos y obligaciones y tienen capacidad para incumplir esas obligaciones y generar responsabilidades. La culpabilidad de la PJ es entendida como la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias personales en que actuó.

GÓMEZ TOMILLO⁹⁰ defiende un concepto de persona jurídica específicamente jurídico-penal, que no utilice la concepción formal de la ley positiva española y “moderadamente expansiva”⁹¹. Pone como ejemplo el artículo 297 CP, que contiene una definición de sociedad propia del Derecho penal, aplicable sólo en el ámbito de los delitos societarios, si bien reconoce que es interpretado mayoritariamente en el sentido de exigir siempre y en todo caso personalidad jurídica. Señala que determinadas entidades carentes formalmente de personalidad jurídica tienen capacidad material de afectar al bien jurídico protegido por determinados delitos. Por ejemplo, las comunidades de bienes, si bien carecen de personalidad jurídica, pueden ser empresarias de acuerdo con el artículo 1.2 del ET; de acuerdo con el art 2 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (RDL 5/2000, de 4 de agosto), “son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley”; las uniones temporales de empresas carecen asimismo de personalidad jurídica (art 7.2 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de las Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional), o las *joint-ventures* y, sin embargo, operan en el mercado; los arts. 53.3 y 11.3 de la Ley General de Subvenciones⁹² permiten hacer responsables a entes sin personalidad jurídica beneficiarios de la percepción de una subvención. La interpretación apuntada solventaría mejor, a juicio de este autor, los casos de sociedades irregulares por falta de algún requisito esencial en su constitución⁹³. Asimismo, señala la incongruencia de un sistema que permite imponer las denominadas “medidas accesorias”, que tienen un contenido material idéntico a las penas, sin garantizar

⁸⁹ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130)” en ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): “Comentarios a la reforma penal de 2010”, 2010, pp. 55-86. CARBONELL MATEU (“Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en CARBONELL MATEU, J.C. et al. (dirs.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, p. 317) sostiene que cualquier sujeto de Derecho puede y debe ser centro de imputación o, en otros términos, de atribución de deberes y de su incumplimiento. A propósito de la amplitud del concepto propugnado por los autores, entendemos, sin embargo, que no basta que la ley reconozca a un ente capacidad procesal, a determinados efectos y en determinados casos (sin reconocerle personalidad jurídica), para que pueda ser considerado sujeto penal (sería el caso de la herencia yacente, comunidad de propietarios o comunidad de bienes).

⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, M.: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

⁹¹ GÓMEZ TOMILLO, M: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 54, alude en este sentido al art. 51 del Código penal holandés, en el que el concepto penal de persona jurídica es más amplio que el civil.

⁹² Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. «BOE» núm. 276, de 18/11/2003.

⁹³ Habría que preguntarse, sin embargo, si se pueden calificar de sociedades irregulares en algún caso, dado que pueden tener cabida en el concepto de sociedad de los arts. 1665 CC y 116 CCo.

a quien las padece el derecho de defensa⁹⁴. Por ello, entiende que deben concurrir tres requisitos para que una entidad resulte imputable⁹⁵: 1) que la organización posea algún tipo de reconocimiento por parte del Derecho positivo, que sea posible imputarle derechos y deberes; 2) que tenga materialmente potencialidad para afectar al fin jurídico protegido por la norma; 3) que posea la capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa, lo que supone la existencia de un patrimonio autónomo.

2.6.4 Criterio restrictivo

Un nutrido sector doctrinal propone un criterio restrictivo del concepto, considerando que no basta con que una entidad tenga personalidad jurídica para que pueda ser considerada sujeto penalmente responsable, incluida en el ámbito de aplicación del art. 31 bis, y propone excluir:

- a) a las sociedades pantalla⁹⁶;
- b) a las empresas de ínfimo tamaño o que no revistan cierta complejidad organizativa (FGE, Circular 1/2011 y 1/2016; recientemente, la STS 894/2022, de 11 de noviembre de 2022⁹⁷);
- c) algunos autores proponen también excluir a las personas jurídicas dedicadas principalmente a la comisión de delitos.

Entre los autores que, con distintos matices, podemos adscribir a esta línea, citamos, por todos, los siguientes:

ZUGALDÍA ESPINAR defiende la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a las sociedades pantalla⁹⁸, que proscribire la prevalencia de la personalidad jurídica si con

⁹⁴ En la primera edición del libro, el autor consideraba que la sociedad en formación, la sociedad irregular, una fundación no constituida en escritura pública o las asociaciones no inscritas sólo pueden ser sujeto de delitos en los supuestos en los que la ley así lo prevea, como ocurre respecto a los delitos societarios en el art. 297 CP.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M.: “Introducción a la responsabilidad penal”, *ibid.*, pp. 53-54.

⁹⁶ En contra, PÉREZ ESTRADA, M.J.: “La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, p. 370. Para la autora, la opción de aplicar penas a una persona jurídica sin ser oída choca con el principio jurídico del proceso penal de que “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”.

⁹⁷ La STS, ponente A. L. HURTADO ADRIAN, revoca la condena de la sociedad por delito de estafa, al considerar que no gozaba de la necesaria estructura interna compleja. Señala que la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal. Se trataba de una sociedad, a efectos reales, de un solo socio administrador, “no es un actor corporativo que pueda cometer delitos corporativos”, como ha dicho algún autor, lo que no significa que quede exenta de todo tipo de responsabilidad, como es la civil subsidiaria”.

⁹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 109, con cita de las STS 20 de mayo de 1996 (tol 73463), STS de 6 de octubre de 2006 (Tol 1014240), STS de 21 de julio de 2005 (tol 703383). Considera que debe aplicarse el régimen de consecuencias accesorias del art. 129 CP a las sociedades de hecho (v.g., grupo de amigos de la buena mesa, que ponen un fondo en común para ir a restaurantes), a las sociedades irregulares (constituidas en escritura pública pero no inscritas) y comunidades de bienes (“Lección 22: La responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en MORENO-

ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio. Además, propone excluir del ámbito de aplicación del artículo 31 bis a las asociaciones ilícitas, organizaciones criminales, grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas, entes creados exclusivamente para delinquir aprovechando la forma societaria, ya que sus delitos no se deben a un defecto de organización, al contrario, se trata de realidades perfectamente organizadas, pero para delinquir. Respecto a ellas se prevé su disolución (arts. 520 y 570 quater CP) y deben aplicarse las medidas del art 129. Considera que cuando el procedimiento penal se dirige contra las personas físicas responsables de la comisión del delito de asociación ilícita del art. 515, se podrá actuar conforme a lo previsto en el art. 520 CP, adoptando, si fueran condenadas las personas físicas, las consecuencias accesorias del art. 129 contra la asociación ilícita, ya que así se prevé expresamente en el art. 520 CP⁹⁹.

Para GOMEZ-JARA DÍEZ¹⁰⁰, el hecho de que una organización empresarial se constituya como persona jurídica en Derecho civil no implica que ostente personalidad jurídico-penal. Por ejemplo, no considera que sean personas jurídico-penales las sociedades pantalla. Lo determinante a estos efectos es la existencia de una organización empresarial con una determinada autorreferencialidad interna. El autor distingue entre personas jurídicas imputables e imputables a los efectos de determinar los criterios de imputación y el tipo de sanción a imponer (penas o medidas de seguridad, o sanciones administrativas). No todas las empresas generan una determinada cultura empresarial o participan en la conformación de las normas. Para considerar que una empresa ostenta la condición de imputable no hay que poner el acento ni en la personalidad jurídica ni en la configuración económica, sino en el sistema social organizativo que subyace. Aboga por un límite normativo a partir del cual se pueda considerar que una organización empresarial es una persona en Derecho penal sujeta a la imposición de una pena.

Para DOPICO GÓMEZ-ALLER, la entidad que sea pura pantalla debe ser tratada como mero instrumento del delito y no como sujeto activo del delito. Argumenta que en caso de sociedades pantalla, no es posible hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica porque el delito no se comete en beneficio de la persona jurídica, sino que es la persona jurídica la que es empleada para el beneficio de quienes cometen del delito¹⁰¹. Para el autor, reconocer como sujeto en Derecho penal a lo que no es sino mera apariencia, cobertura o fachada, para disimular las conductas delictivas, otorgándole los derechos del imputado, es un contrasentido. El proceso penal debe tratar a la entidad de fachada como un instrumento del delito y no como un sujeto responsable. Podrá adoptar contra ella medidas cautelares y, una vez declarado su carácter de mera fachada, proceder a su disolución y al comiso de los activos patrimoniales; pero no declarar su responsabilidad

TORRES HERRERA, M.R. (dir.): *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. p. 398, versión digital).

⁹⁹ Nos planteamos si bajo el término “asociación” del art. 515 CP se debería incluir también a la sociedad. La respuesta debe ser afirmativa si tenemos en cuenta que la primera acepción del significado de asociación de la RAE es “conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada”, y la sociedad civil, como hemos visto antes, presupone una asociación. Llegados aquí, y aunque sea una reflexión con pocos visos de tener una traslación práctica, ¿habría que excluir a las consideradas “asociaciones ilícitas” del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP?

¹⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva regulación española”, Buenos Aires, Bdef, 2010, pp.110-116.

¹⁰¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DE LA MATA BARRANCO et. al.: *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, Dykinson, p. 135.

penal¹⁰². Por todo ello, excluye a las sociedades pantalla del régimen previsto en el art 31 bis CP, considerando que el delito, en estos casos, no es cometido “en beneficio directo ni indirecto de la persona jurídica”¹⁰³. Propone limitar la consideración de persona jurídica imputable a las empresas de cierta complejidad, donde los concretos sujetos que adoptan las decisiones y las ejecutan son fungibles, respecto a las que el Estado espera que se autoorganicen para prevenir la comisión de delitos en su seno¹⁰⁴. De *lege ferenda*, además, propone excluir a las personas jurídicas de tamaño reducido, a las que se refiere, no obstante, el art. 31 ter¹⁰⁵.

DÍEZ RIPOLLÉS¹⁰⁶ realiza la siguiente propuesta *de lege ferenda*: “nuestro legislador ha optado por exigir responsabilidad penal a las sociedades instrumentales, que se han de entender como aquellas creadas o utilizadas por personas físicas para la comisión de delitos o la elusión de responsabilidades penales. Hubiera sido preferible crear para estos casos el delito de testaferría, que hace responder a las personas físicas por servirse de la sociedad para aquellos fines, sin perjuicio de aplicar la medida de seguridad de disolución de la sociedad” y del castigo de los delitos cometidos por las personas físicas sirviéndose de tal instrumento societario”. En cualquier caso, se contemplan dos clases de sociedades instrumentales: Personas jurídicas cuya actividad legal es menos relevante que la ilegal, para las que se prevén penas especialmente graves en el art. 66 bis 2 y 3; y personas jurídicas en principio excluidas como sujeto activo por el art. 31 bis 5, siempre que hayan sido creadas para eludir eventuales responsabilidades penales

La **Circular de la FGE 1/2011** proponía ya un criterio restrictivo del concepto “persona jurídica”:

«Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la

¹⁰² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2012, pp. 182-183. Para el autor, la exclusión de las empresas y fundaciones de pantalla deriva de una interpretación literal del artículo 31 bis CP, en concreto, de la exigencia de que el delito sea cometido en provecho de la persona jurídica. En la mayoría de los casos de puras «pantallas», la persona jurídica interviene en un sentido puramente auxiliar, como cobertura de un delito que aprovecha a otra persona, pero no a ella. Es posible que los beneficios del delito puedan transitoriamente pasar por su patrimonio, pero ello no es en provecho de la persona jurídica, sino de quienes son los destinatarios reales del beneficio ilegal.

¹⁰³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Memento práctico penal*, Lefebvre, 2021, p. 415 (3119).

¹⁰⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2018, *ibid.*, p. 136. En el caso de personas jurídicas muy pequeñas, considera más adecuado sancionar sólo a las personas físicas que cometen el delito, y no también a la persona jurídica. Excluye así a las personas jurídicas de ínfimo tamaño, donde haya una identidad sustancial entre el gestor y la persona jurídica (algo que tendrá lugar en sociedades unipersonales administradas por su titular, pero no únicamente en ellas), pues aquí no existe verdadera alteridad entre la persona jurídica y la persona física del administrador; ello conduciría a un *bis in idem*.

¹⁰⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2018, *ibid.*, p. 136.

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “Política criminal y derecho penal – Estudios-. Tomo I”, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2020.

posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in ídem.»

Criterio que se mantiene en la Circular 1/2016¹⁰⁷ de la FGE:

“Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central

¹⁰⁷ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente”.

La Circular distingue, desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, tres categorías de personas jurídicas:

- a) “Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son **penalmente imputables**.

- b) **Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal.** Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo”. Ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, **son también imputables**.

- c) Finalmente, tendrán la consideración de **personas jurídicas inimputables aquellas** sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, **sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos**” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.”

Este es el criterio seguido en la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016 (ponente: J.M. Maza Martín)

“la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoria” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento” (FJ 11º, p.76)

(...) “No obstante, a la vista de los preceptos correspondientes y en concreto de lo dispuesto en el art. 66 bis, acreditado ese carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante...resulta en este caso procedente, por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución, por otra parte de carácter esencialmente formal puesto que, cumplida y agotada la “misión” delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución”.

(...) estamos ante una “sociedad pantalla”, o meramente instrumental, lo que bastaría para la declaración de su responsabilidad penal, de acuerdo con las previsiones al respecto de nuestro Legislador, y la correcta aplicación de tales penas o, en su caso, con mayor corrección, su tratamiento como “inimputable” y ajena por ello al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al que alude la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, con la consecuencia por supuesto de su disolución”.

La STS nº 264/2022, de 18 de marzo de 2022 (ponente: A. PALOMO DEL ARCO) se refiere, asimismo, a la “inoponibilidad de un formal revestimiento de personalidad jurídica sin existencia material”:

(L)a sociedad Álvarez Manzano Asesores S.L.U se trata de una sociedad unipersonal, sin una organización diferenciada de la voluntad del único socio, que ha sido un mero instrumento de los delitos, cuyas acciones se han llevado a cabo, directa y personalmente por Imanol, cuyo patrimonio se haya confundido

con el de la sociedad, diluyéndose la actuación de esta, ante el comportamiento de su socio y administrador único.

3. Por ende, estamos ante una sociedad instrumental, que si bien formalmente es una persona jurídica, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física, sin que pueda por ende serle de aplicación el art. 31 bis; no sólo ya por la inviabilidad de implantación de los programas de cumplimiento normativo (vid. STS 534/2020, de 22 de octubre); sino muy especial y previamente por el desvelamiento declarado en sentencia de la forma societaria, que hace inoponible su existencia como ente diferenciado de su administrador.

Como fundamento de la exclusión de las sociedades pantalla del ámbito de aplicación del art. 31 bis CP o, directamente, de su condición de sujeto imputable, las Circulares de la FGE invocan la doctrina del levantamiento del velo¹⁰⁸.

Como hemos visto, otros autores prefieren establecer filtros adicionales para delimitar las personas jurídicas destinatarias del régimen penal establecido en el art. 31 bis CP (cierta organización, tamaño, actividad, capacidad de autorregularse) lo que viene a constituir una interpretación finalista de las normas penales, una concepción realista de la persona jurídica, opuesta a una visión “formalista”.

Aprovechamos este punto para detenernos a analizar, brevemente, la doctrina del levantamiento del velo, no solo por las implicaciones procesales que pueden derivarse de su aplicación (negar la consideración de parte a la sociedad pantalla), lo que justifica su inclusión en este primer bloque, sino, fundamentalmente, por su aplicación en el supuesto al que se refiere el segundo párrafo del art. 130.2 CP (disolución fraudulenta), y su invocación por algún autor como fundamento de la “transmisión” de la responsabilidad penal en caso de fusión o escisión. Limitamos ahora la exposición al origen, concepto y aplicación de la doctrina en términos generales, reservando el análisis de las cuestiones expuestas a los capítulos correspondientes (capítulo 6 del Bloque II –doctrina del levantamiento del velo como fundamento de la RP de la empresa adquirente- y capítulo 2.6 del Bloque III -disolución fraudulenta en un grupo de empresas-).

2.6.5 Sociedades pantalla. Doctrina del levantamiento del velo

2.6.5.1 Origen de la doctrina del levantamiento del velo

La doctrina del levantamiento del velo fue inicialmente aplicada por el Tribunal Supremo de los EE.UU. en *Bank of the United States v. Deveaux* (U.S. 1809)¹⁰⁹ para declarar la competencia de los tribunales federales, competencia que se limitaba a “las controversias entre ciudadanos de diferentes Estados”, respecto de las sociedades, para lo cual era

¹⁰⁸ Supone la utilización abusiva de la persona jurídica, es decir, de la forma social y del estatuto propio de la personalidad separada de las personas jurídicas, de tal modo que la persona jurídica se convierte en un mero instrumento para la consecución de fines fraudulentos.

¹⁰⁹ *Bank of the United States v. Deveaux* (U.S. 1809), 5 Chanch 61.

necesario atender a las personas individuales que componían la sociedad ¹¹⁰. Posteriormente se aplicó para combatir casos en que se utilizaba la forma social para eludir la ley o cometer fraude. Más adelante, en casos de grupos de sociedades con poca o ninguna actividad, se considera que las sociedades son un mero instrumento cuando se aprecia confusión de patrimonios entre las sociedades, se utilizan para defraudar a los acreedores, o las sociedades dominantes se sirven de subsidiarias infracapitalizadas para eludir sus obligaciones si el proyecto no tiene éxito¹¹¹.

La aplicación de la doctrina sirve para extender la responsabilidad, en principio separada o limitada de la sociedad, a los socios y a los miembros del grupo, en concreto, en los grupos de sociedades, a la sociedad matriz. Ahora bien, la mera existencia de un grupo de empresas no justifica la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. La legislación mercantil, contable o laboral ya contempla cautelas para salvaguardar los intereses que pueden verse afectados por la pertenencia de una sociedad a un grupo.

Sin ánimo de profundizar en la materia, apuntamos que la persona administradora de una sociedad tiene un deber de evitar situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, en particular, entre otras, realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias hechas en condiciones estándar, o hacer uso de los activos sociales. Los administradores deben comunicar a los demás administradores o, tratándose de un administrador único, a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad (arts. 228 y 229 LSC). El art. 231 LSC define, con carácter general, a las personas que se califican como “personas vinculadas” a los administradores (el art. 529 vicies las define, con carácter especial, en el caso de sociedades cotizadas)¹¹².

Además, las operaciones vinculadas que realice una sociedad cotizada o sociedades de su grupo están sujetas a un régimen especial de publicidad (art. 529-unvicies LSC), si bien hay que resaltar que no tienen la consideración de operaciones con partes vinculadas las operaciones realizadas entre la sociedad y sus sociedades dependientes íntegramente participadas, directa o indirectamente (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 231 bis) ni las que realice una sociedad con sus sociedades dependientes o participadas, siempre que ninguna otra parte

¹¹⁰ BOLDÓ RODA, C: ““Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español”, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2006, p. 124.

¹¹¹ BOLDÓ RODA, C: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 125.

¹¹² Para un análisis del concepto y delimitación de las personas que se consideran vinculadas, *vid.* PAZ-ARES, C. y JORDANO LUNA, M: “El perímetro de vinculación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, mayo-agosto de 2021, pp. 71-114. Los autores señalan que, a efectos societarios, las partes vinculadas son las partes vinculadas activas; es decir, aquellas que, o bien tienen capacidad de influencia sobre la sociedad, o bien están vinculadas o conectadas con quien la tiene.

vinculada a la sociedad tenga intereses en dichas entidades dependientes o participadas” (art. 529 vicies.3 LSC).

En rigor, el art. 42 C de C no ofrece una definición de control, sino más bien una serie de presunciones de cuándo se considera que existe ese control. El concepto de control subyacente fue objeto de desarrollo en las Normas para Formular las Cuentas Anuales Consolidadas.

Los tribunales acuden a distintos fundamentos: *agency*, *alter ego*, *instrumentality*, *identity*, entre otros, para aplicar una solución de equidad cuando se abusa de la forma social, juzgando conforme a la sustancia y no a la forma, como si la sociedad no existiera¹¹³, es decir, como si existiera solo una persona.

2.6.5.2 Marcadores de la utilización abusiva de la persona jurídica

En la tarea de identificar los supuestos en que una sociedad es un mero instrumento y, por tanto, está justificada la aplicación de la solución apuntada, puede servir de referencia el listado de indicios de control abusivo por parte de la sociedad dominante (no es necesario que concurren todos) establecido en EE.UU. en el caso *Fish v. East* (1940)¹¹⁴, que reproducimos a continuación, precisando que no siempre el mero control abusivo es suficiente para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. En algunos Estados (Nueva York, por ejemplo) es necesario probar, además del control abusivo, el propósito fraudulento (si bien este se concibe en términos más amplios que nuestro “fraude de ley”, ya que abarca cualquier hecho destinado a engañar, incluyendo el dolo y la simulación); unos tribunales federales exigen unidad de interés y resultado injusto; en otros, basta acreditar el propósito de eludir fraudulentamente la aplicación de la ley o de una política legislativa concreta¹¹⁵.

- 1) La sociedad dominante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria.
- 2) Las sociedades tienen los mismos administradores y gerentes
- 3) La sociedad dominante financia a la subsidiaria.
- 4) La sociedad dominante es la que constituyó la subsidiaria.
- 5) La sociedad subsidiaria está fuertemente infracapitalizada.

La doctrina de la infracapitalización produce una fractura en el principio de responsabilidad limitada propio de las sociedades de capital y va ligada a la doctrina del capital social. Persigue ampliar la responsabilidad de los socios cuando la dotación de capital resulte insuficiente¹¹⁶.

¹¹³ BOLDÓ RODA, C: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 129.

¹¹⁴ *Fish v. East*, 114 F. 2d. 177, 191 (10th. Cir. 1940). *Vid* BOLDÓ RODA, C: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 146.

¹¹⁵ BOLDÓ RODA, C: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, pp. 163-164 y 222.

¹¹⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “La infracapitalización. Una aproximación contractual” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coords.): *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la ley 2/1995*, tomo I, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 71. La infracapitalización aumenta la

Siguiendo a MARIMÓN DURÁ¹¹⁷, podemos distinguir entre infracapitalización material e infracapitalización nominal.

La infracapitalización material se produce cuando los fondos propios de la sociedad aportados por los socios resultan insuficientes para atender las necesidades financieras que requiere el desarrollo de su objeto social, externalizando así el riesgo de insolvencia, haciéndolo recaer en los terceros que contratan con ella. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad limitada con tres mil euros de capital social que se dedica a la promoción y construcción de edificios. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo permite hacer responder de las deudas sociales a los socios con su propio patrimonio, lo que estará justificado cuando el tercero no sabe de la deficiente capitalización, por ejemplo, en caso de responsabilidad extracontractual de la sociedad o cuando el tercero es un acreedor “ignorante”, en el sentido de que no puede invertir los recursos suficientes para informarse de la verdadera situación financiera¹¹⁸.

La infracapitalización nominal se produce cuando las necesidades financieras de la sociedad no se atienden con cargo a nuevas aportaciones de los socios como contravalor a un aumento de capital, sino con préstamos de los socios o cualquier otra fórmula que permita un reintegro de los fondos prestados sin atender a las normas sobre protección de la integridad del patrimonio social. En el ejemplo anterior, los socios aportan los fondos para la promoción inmobiliaria como préstamos, por lo que la sociedad está obligada a devolverlos en las condiciones que se hayan estipulado, lo que puede perjudicar las opciones de cobro de los “verdaderos” acreedores de la sociedad. La infracapitalización nominal no es menos peligrosa que la material, porque permite dar una falsa apariencia de solvencia económica, estando el patrimonio social afecto a la devolución de los préstamos. Para dar respuesta a esta problemática se utilizan dos modelos: la reclasificación y la subordinación legal.

ratio de los recursos ajenos sobre los recursos propios y, en esa medida, eleva los costes de agencia de los acreedores, es decir, los costes derivados de las divergencias de intereses entre el principal que presta los fondos y el agente que los gestiona (p. 72). No es partidario de la responsabilidad en todo caso de infracapitalización, pero sí en caso de capitalización manifiestamente insuficiente cuando se trata de acreedores no contractuales -que no tienen posibilidad de internalizar los costes por el carácter involuntario de la relación o “acreedores ignorantes” -pequeños acreedores (p. 75). Ahora bien, es muy difícil establecer criterios generales de capitalización adecuada y ratios de equilibrio entre recursos propios y recursos ajenos (p. 77).

¹¹⁷MARIMÓN DURÁ, R.: “La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y otras sociedades de su grupo (del Art. 10 LSRL al Art. 162 TRLSC)”, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 29 y 30.

¹¹⁸ Vid. PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ, C.: “La infracapitalización. Una Aproximación contractual” en *Revista Derecho de Sociedades*, 2004, pp. 253-269. Del mismo autor, “La infracapitalización. Una aproximación contractual” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coords.): *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la ley 2/1995*, tomo I, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 67-86.

En nuestro procedimiento concursal, los créditos concedidos por una de las personas que se consideran “especialmente relacionadas” con la concursada en el artículo 282 LC (concurada persona física) y 283 LC (concurada persona jurídica) son considerados créditos subordinados, lo que significa su postergación en el cobro respecto a los acreedores ordinarios; es un modelo de postergación automática y objetiva del crédito, sin que sea necesaria la existencia de fraude o circunstancia análoga: basta que el crédito haya sido concedido por una persona “especialmente relacionada (art. 281.1.5° LC)”¹¹⁹.

- 6) La sociedad dominante paga los salarios y otros gastos y pérdidas de la subsidiaria.
- 7) La subsidiaria dedica toda su actividad a la sociedad dominante o no posee otro patrimonio que aquel que le transmite la sociedad dominante.
- 8) En la documentación de la sociedad dominante se describe a la subsidiaria como un departamento o división de aquella o a su actividad o responsabilidad financiera como propia de la sociedad dominante.
- 9) Los administradores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan independientemente en interés de la subsidiaria, sino bajo las órdenes de la sociedad dominante y en interés de la sociedad dominante.
- 10) No se cumplen los requisitos formales de la sociedad subsidiaria (por ejemplo, llevanza de contabilidad separada).
- 11) La sociedad dominante utiliza las propiedades de la subsidiaria como propias.

2.6.5.3 Aplicación en Europa

La concepción formalista considera a la persona jurídica como creación del Derecho objetivo, que solo requiere el reconocimiento del Estado, la legitimidad del acto constitutivo o fundacional. Esta reducción de la persona jurídica (dogma del “hermetismo”) lleva a abusos (sobre todo para aprovechar las ventajas de la limitación de la responsabilidad) y a la crisis de la concepción formalista de la persona jurídica¹²⁰.

La reacción más importante frente a esta situación, la doctrina del “*disregard of the legal entity*”¹²¹, creada por la jurisprudencia norteamericana¹²², fue divulgada en Europa por el

¹¹⁹ BUIL ALDANA, I.: “Socios y financiación en tiempos de crisis covid-19 y transposición de la directiva de reestructuración temprana: una propuesta de régimen jurídico”, en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* n.º 1/2021, Cuatrecasas. *Vid.*, sobre esta cuestión, VILLENA CORTÉS, F. B. y NIETO DELGADO, C.: “Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014”, en *Diario La Ley*, n.º 8357, 18 de julio de 2014; y Fernández del Pozo, L.: “El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014”, en *La Ley Mercantil*, n.º 1, abril 2014.

¹²⁰ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 31.

¹²¹ Los jueces pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas que se amparan bajo su cobertura (BOLDÓ RODA, *ibid.*, p. 32).

¹²² En el sistema del Common Law, el concepto de persona jurídica se ajusta más a la teoría de la ficción de SAVIGNY. Carece, sin embargo, del dogmatismo del sistema continental, lo que facilita que los tribunales ejerzan mayor control del cumplimiento de los fines de la persona jurídica (p. 44).

alemán SERICK, que parte de la teoría de la realidad elaborada por GIERKE; propone estimar o desestimar la forma de la persona jurídica dependiendo de si se constata o no un “abuso” de dicha figura¹²³, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso en concreto por falta de adecuación a la realidad. Existe un abuso cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la Ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros. En relación al primer supuesto, se utiliza la persona jurídica para burlar la ley (fraude de ley) cuando el resultado que la Ley rechaza se alcanza por otro camino no previsto, siendo así que la finalidad de la norma era impedir de manera general un resultado determinado, no limitarse a evitar que se alcance por una determinada forma negocial. La personalidad de las personas jurídicas tiene carácter relativo. Aunque hay que partir de la radical separación entre la persona jurídica y sus socios, en el caso concreto quedará descartada si concurren determinadas circunstancias. La persona jurídica tiene carácter instrumental, no es un fenómeno natural previamente dado, sino una figura para la consecución determinados fines jurídicos y, en este sentido, elástica¹²⁴.

2.6.5.4 Críticos de la doctrina del levantamiento del velo

La doctrina del levantamiento del velo tiene sus detractores¹²⁵, entre los que cabe destacar a ASCARELLI y GALGANO, que proponen una revisión del concepto mismo de persona jurídica para volver a una concepción nominalista (determinar cuáles son las condiciones para el uso del concepto). La persona jurídica es un simple nomen iuris para designar un mecanismo de imputación de relaciones jurídicas que, en el caso de sociedades externas, tiene al grupo como centro de imputación¹²⁶.

Desde una concepción “realista” (HAUSSMANN, seguido por MOSSA; en Francia, HAMEL, COULOMBEL), se reivindica una concepción técnica de la persona jurídica, más acorde con la realidad; se considera que la persona jurídica es un sujeto de derecho distinto del conjunto de sus miembros, que la personalidad jurídica es un procedimiento técnico del que hacen uso los juristas para justificar ciertas necesidades¹²⁷.

¹²³ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 32. La autora señala (pp. 39 40) que GIERKE hace depender el reconocimiento de la personalidad de su existencia anterior en la realidad social, del sustrato o supuesto de hecho. Para FERRARA y otros seguidores del formalismo jurídico, el ordenamiento constata dicha existencia en la realidad por el deseo de los particulares de constituir una nueva personalidad, y por lo tanto únicamente concentra su interés en la legitimidad del acto constitutivo o fundacional y, a lo sumo, en el fin social

¹²⁴ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, pp. 45 y 72.

¹²⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, 2013, *ibid.*, pp. 62-64. BOLDÓ RODA (“Levantamiento del velo”, *ibid.*, pp. 46-53), señala que ASCARELLI critica la inseguridad jurídica a que conduce la doctrina del levantamiento del velo, propugnando revisar el concepto mismo de persona jurídica, de tal forma que en lugar de la doctrina del levantamiento del velo, se aplique la disciplina normativa especial de las personas jurídicas si en el caso concreto se dan los presupuestos de aplicación y, si no concurren, se deberá aplicar el Derecho común. Se critica a ASCARELLI que desplaza a un segundo plano el supuesto de hecho que constituye la condición indispensable para que entre en juego el conjunto de normas a que reduce el concepto de persona jurídica.

¹²⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica”, *ibid.*, p. 63. La concepción nominalista propone reconducir los casos a los que se aplica la doctrina del levantamiento a dos grandes grupos, en función de si se plantea la procedencia de imputar a la persona jurídica circunstancias atinentes a sus miembros, o de extender a sus miembros la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica.

¹²⁷ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 43.

2.6.5.5 Recepción de la doctrina en España

En España, la sentencia de referencia, **STS (Sala Civil) de 28 de mayo de 1984**, fundamenta la doctrina en el fraude de ley y el perjuicio de intereses de terceros, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, la equidad y la buena fe: si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a la que constituye la justificación de dicha figura, los Tribunales pueden prescindir de ella o de algunas de las consecuencias jurídicas de la misma, como la separación absoluta entre la persona social y cada uno de sus socios, con la correlativa separación entre sus respectivos patrimonios. Cuando el órgano judicial “levanta el velo” de una persona jurídica pone de manifiesto no ya que la persona jurídica se hubiere constituido de mala fe o con ánimo de defraudar, sino que resulta rechazable poner en práctica, con todas sus consecuencias, algunos de los principios y mecanismos jurídicos que tienen su asiento en la idea de que la persona jurídica goza de una identidad autónoma y diferenciada de la de los miembros que la componen¹²⁸.

En la práctica judicial de la Sala Primera, lo determinante para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo no es tanto o solo las circunstancias de la creación de la persona jurídica, sino la forma en que actúa y funciona; es decir, la aplicación de la doctrina responde a la utilización abusiva de la personalidad jurídica, con independencia de las circunstancias concurrentes en su constitución.

El grupo de sociedades es una figura a la que se ha aplicado la doctrina con mayor facilidad. Aunque el principio es que la mera existencia de un grupo de sociedades no es argumento válido para levantar el velo¹²⁹, se aplica la doctrina si se ha creado una apariencia de unidad en fraude de terceros y se ha producido una actuación en beneficio de todo el grupo. La STS (Sala Civil) de 10 noviembre de 1995 considera, no obstante, que no es necesaria la mala fe para aplicar la doctrina, llegando a convertir la defraudación en un hecho objetivo de confusión de personalidades, en el sentido de que un tercero no puede distinguir una sociedad de otra. Para ÁNGEL YÁGÜEZ, el Tribunal Supremo se desentiende de la personalidad de las sociedades del grupo “cuando se produce – y solo en ese caso – una confusión patrimonial o de actividad jurídica respecto a tercero”, la mera pertenencia de una sociedad a un grupo no la hace responsable de las deudas de las demás (STS de 10 de noviembre de 1995).

En el ámbito penal, aplica la doctrina la SAP Barcelona 5 de abril de 1994¹³⁰, confirmada por la **STS n.º 274/1996 de 20 de mayo de 1996** (pte. BACIGALUPO ZAPATER), declarando que el tribunal puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

Las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace en la sociedad. Las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de

¹²⁸ ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La doctrina del levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia, 6ª ed., 2013, p. 100.

¹²⁹ ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La doctrina del levantamiento del velo”, *ibid.*, pp. 126-7 y pp. 196-197.

¹³⁰ ÁNGEL YÁGÜEZ califica la SAP de *leading case* en esta materia. *Vid.* “La doctrina del levantamiento del velo”, *ibid.*, pp. 490-493.

relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden “correr” el velo tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social

La SAN n.º 52/2000, de 25 de octubre de 2000 (ponente: E. CARDONA MINGUEZ) invoca expresamente la STS Sala 1ª de 28 de mayo de 1984 para afirmar¹³¹

en los hechos que nos ocupan no puede hablarse únicamente de economía de opción, ni tan siquiera de simulación que lo único que conllevaría sería la nulidad del negocio jurídico, ya que existe una voluntad por parte del acusado Aurelio de apropiarse del dinero de sus clientes, aprovechando para ello un grupo de sociedades, legalmente constituidas, pero sin actividad propias y realizando operaciones mediante dichas sociedades sin verdadera causa, y únicamente con el fin de ocultar la falta de liquidez de DIRECCION002 (...) no sólo se da un supuesto típico de simulación en los hechos, sino que esa simulación supera el ámbito del fraude de ley en el tráfico mercantil y adquiere su verdadera dimensión en el ámbito penal, ya que el fin último es apropiarse del capital de los clientes de DIRECCION002.

La STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (Caso Banesto), aplica la doctrina del levantamiento del velo para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades intermediarias. Tras recordar que el proceso penal tiene como finalidad primordial la búsqueda de la verdad material, declara que se puede levantar el velo de las sociedades y establecer la responsabilidad civil subsidiaria de las mismas cuando exista un negocio simulado o ficticio que constituya fraude de ley¹³². Aplica además la doctrina del levantamiento del velo para rechazar el recurso de las sociedades titulares de bienes decomisados, declarando al respecto:

Quien abusa de la persona jurídica está despreciando la institución. Si los elementos directivos de las personas jurídicas violan los límites que ha fijado el ordenamiento jurídico, la radical separación entre la sociedad y los socios pierde toda su razón de ser (FJ V)

¹³¹ Otras sentencias posteriores de la AN se han referido también a la doctrina apoyándose en las SSTS de la Sala Primera antes mencionadas. Así, la SAN 3/2011 de 24 de enero de 2011 (ponente: M.F. FERNÁNDEZ PRADO) aplica la doctrina del levantamiento del velo para ejecutar la pena de multa impuesta al acusado persona física contra los bienes de sus sociedades, al tratarse de “meras sociedades pantalla del condenado Fermín, que utiliza testaferros para ocultar su propiedad”. La condena fue revocada por el TS por falta de prueba de cargo. Más recientemente, la SAN n.º 17/2022, de 5 de septiembre de 2022 (ponente: M.D. HERNÁNDEZ RUEDA), tras constatar que las sociedades utilizadas por los acusados “carecen de cualquier realidad jurídica”, habiendo sido constituidas “a los efectos de ocultar a quienes realizaban los delitos definidos deben considerarse herramientas del delito, por lo que comprobada su inexistencia real deberá comunicarse al registro mercantil para la cancelación de la inscripción correspondiente”.

¹³² Se confirma la RC subsidiaria de la sociedad recurrente porque estaba dominada por los acusados, que disponían de los fondos libremente a su antojo para sus necesidades personales.

Consideramos especialmente relevante en esta cuestión la **STS (Sala Penal, sección 1) n.º 480/2009, de 22 de mayo de 2009** (ponente: J. R. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), dictada con anterioridad a la introducción de la RPPJ, a propósito de la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP y si la persona jurídica afectada debía ser parte en el proceso penal, que declara lo siguiente:

“es evidente que todos aquellos que en uno u otro concepto, penal o civil, resultan sujetos pasivos de pretensiones ejercitadas en el juicio oral, deben ser citados al mismo para permitir el ejercicio del derecho de defensa, pues aunque no puedan equipararse sin más, al responsable penal o civil, ello, no impide que el órgano jurisdiccional está obligado a ofrecerles las posibilidades de contradicción y defensa, quienes desde este momento "podrán" intervenir en el proceso, nombrando letrado y procurador (...) lo esencial no es que haya sido parte en el procedimiento sino que haya tenido la oportunidad de serlo, lo importante es que el órgano jurisdiccional concediera a la persona jurídica oportunidad para contradecir y defenderse” (FJ 193)

“La presencia ante el Tribunal de sus representantes legales personados en la causa, y juzgados en su ámbito, hacen innecesaria a todas luces la audiencia previa de estas personas”, puede entenderse acertado, al resultar evidente que estas empresas conocían por ello, las medidas que contra ellas solicitaban las acusaciones y su no personación en la causa solo les sería imputable a ellas mismas, no pudiendo, por ello, hablarse de indefensión (...) El principio de contradicción constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. De modo que solo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debido a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas”. (FJ 194).

La sentencia citada termina revocando la condena que imponía la consecuencia accesoria de la disolución a una sociedad que no había sido parte en el proceso ni citada para el juicio oral, por vulneración de su derecho fundamental a la defensa, art. 24.2 CE.

La **STS n.º 1504/2003, de 25 de febrero de 2004** (ponente: J. A. MARTÍN PALLÍN) rechaza el motivo alegado por el recurrente, que combatía la aplicación de la teoría del levantamiento del velo para considerar que unas sociedades formaban parte del patrimonio atribuido a unas determinadas personas físicas y no a quienes, en el mundo del derecho, al menos aparente, se presentaban como titulares de su accionariado, denunciando al mismo tiempo que se había negado la personación de determinadas sociedades¹³³. La sentencia declara que “el proceso penal busca la verdad material mientras que el proceso civil se mueve en el mundo de la verdad formal que se desprende

¹³³ El recurrente aducía que aun en la hipótesis de que se insistiese en la existencia de un uso fraudulento del derecho, se tiene que llamar a los representantes de esas sociedades, para que puedan defender su verdadera personalidad.

fundamentalmente, del sustento documental que se aporta a las actuaciones”, y afirma que la teoría del levantamiento del velo

“si bien es el producto del realismo jurídico anglosajón, tiene plena vigencia en cualquier sistema que quiera abortar maniobras en fraude del derecho o con abuso manifiesto del mismo. En materia de sociedades, esta exigencia y rigor es todavía más justificado, en cuanto que el sistema económico y su estabilidad, se asientan sobre la transparencia, fiabilidad y lealtad de la vida mercantil y financiera, lo que obliga a rechazar cualquier conducta falsaria o fraudulenta, tanto por la vía civil como por la penal”.

En otro orden de cosas, la STS (Penal), nº 747/2022 de 27-07-2022 (ponente: A. Moral García), se refiere a la doctrina del levantamiento del velo para evitar el *bis in ídem* a que había dado lugar la sentencia de instancia, en la que habían sido condenados tanto la sociedad unipersonal (con actividad) como su administrador único por un delito contra la Hacienda Pública. Absuelve a la mercantil, manteniendo su condena como responsable civil solidario. Razona así:

El régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable. Cuando el condenado penalmente como persona física es titular exclusivo de la sociedad, no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar; no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas.

Resulta absurdo imponer a la persona física titular única de la mercantil dos penas: una por la comisión del delito: y otra ¡por no haber establecido mecanismos de prevención de sus propios delitos! Opera el principio de consunción.

Algunos autores -y en algún pronunciamiento judicial ha tenido eco esa tesis -prefieren hablar en estos casos de falta de imputabilidad de la persona jurídica (vid, aunque ante sustratos fácticos diferentes al examinado, SSTs 154/2016, de 29 de febrero, 108/2019, de 5 de marzo, o 534/2020, de 22 de octubre) al no contar con una estructura mínimamente compleja. Pero en supuestos como éste de Sociedades unipersonales ese hipotético enfoque podría jugar solo de forma subsidiaria respecto de la perspectiva primaria: identifica un problema de estricto non bis in ídem y de necesidad de levantar el velo. Se produce un bis in ídem si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil.

Resulta más coherente y acorde con los principios que inspiran el derecho penal, -un derecho realista, poco amigo de las meras

apariencias que trata de guiarse por la realidad material-levantar el velo para evidenciar que no hubo dos responsables (la persona física y la persona jurídica) sino un único autor que se valió de un instrumento que no es nadie diferente a él mismo.

Por tanto, debemos excluir la condena de la persona jurídica.

2.6.5.6 Límites a la aplicación de la doctrina

El propio Tribunal Supremo (Sala Segunda) ha señalado que el levantamiento del velo no puede llevarse más allá de su genuino ámbito de aplicación. La STS n.º 933/2010, de 22 de octubre de 2010 (Ponente: M. MARCHENA GOMEZ), por ejemplo, declara que una cosa es neutralizar estrategias de ocultación, concebidas con el fin de facilitar la comisión de hechos delictivos, y otra bien distinta es que esa misma doctrina sirva para impedir el ejercicio de la acción penal a quienes, por tener una personalidad jurídica propia, no resultan afectados por la relación familiar que actúa como presupuesto de la limitación que consagra el art. 103 de la LECrim.

2.6.5.7 Conclusiones

El levantamiento del velo de una sociedad no implica destruir su personalidad o considerar nula su constitución (SSTS de 20 de julio y 31 de octubre de 1996 y las de 23 de enero y 2 de julio de 1998), lo que se hace es prescindir solo circunstancialmente, y a efectos de protección de algunos intereses, de todas o algunas de las consecuencias a las que puede llevar el principio de que la personalidad del ente es distinta e independiente de la de los sujetos – sean a su vez personas físicas o jurídicas- que lo integran¹³⁴.

La doctrina del levantamiento del velo supone imputar los efectos de un acto directamente a sus socios, dejando de aplicar los efectos de la personalidad jurídica, atributo que se reconoce a las personas jurídicas (art. 35 CC), o algunos de sus efectos (en la mayoría de los casos, la responsabilidad limitada ligado a un tipo social).

La doctrina permite identificar los supuestos en que resultará admisible “levantar el velo” de la persona jurídica y, en consecuencia, establecer la suficiencia de la **posibilidad de personación** de la entidad: se trata de supuestos en los que intervienen distintas sociedades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades y sus verdaderos administradores de hecho están personados en la causa, por lo que no cabe apreciar verdadera indefensión.

La doctrina, sin embargo, resulta insuficiente en otros casos para negar la consideración de parte a la sociedad pantalla, aunque se propugne la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

2.7 Pérdida de la personalidad jurídica

Mayor relevancia tiene para nuestro estudio la cuestión de cuándo se produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, ya que la pérdida de la personalidad jurídica supone la pérdida de la capacidad para ser parte en el procedimiento penal. El interrogante que

¹³⁴ ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”, 6ª ed., 2013, p. 122.

surge al hilo de la cuestión, en el ámbito del art. 130.2 CP y que desarrollamos en el capítulo dedicado a los supuestos de aplicación, es si se puede dirigir la acción penal contra una sociedad disuelta y liquidada, cuya actividad es continuada por otra persona bajo la triple identidad a que se refiere el segundo párrafo del art. 130.2 CP.

La cuestión, sin embargo, tiene un alcance más general, ya que resulta relevante incluso aunque nadie continúe la actividad empresarial tras la extinción de la persona jurídica:

- a) ¿Es posible exigir responsabilidad penal a la persona jurídica disuelta, pero no liquidada ni extinguida, por hechos anteriores a la disolución?
- b) ¿Cabe aplicar el art. 31 bis CP y dirigir la acción penal contra la persona jurídica disuelta pero no extinguida por un delito cometido con posterioridad a su disolución?
- c) ¿Cabe aplicar el art. 31 bis CP y dirigir la acción penal contra la persona jurídica tras la cancelación de los asientos registrales, una vez inscrita la escritura de extinción, por el delito cometido antes de su efectiva liquidación?

La doctrina sobre la cuestión en el ámbito mercantil¹³⁵ se puede resumir en la **STS (pleno) n.º 324/2017, de 24 de mayo**¹³⁶, que declaró que la sociedad de capital disuelta y liquidada, cuyos asientos registrales han sido cancelados, sigue manteniendo capacidad para ser parte demandada, representada por el liquidador, en la reclamación de pasivos sobrevenidos. Aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los socios ex art. 399 LSC. Señala que “a estos meros efectos

¹³⁵ Analiza esta cuestión ALONSO ESPINOSA, F.J. en “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores (A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo)”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. et al. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, 2018, pp. 73-80. BOTANA AGRA, M., en “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, 2002, pp. 5123-5146, sostiene la tesis contraria a la actual doctrina jurisprudencial, afirmando que “la extinción del ente societario se produce por consecuencia de la cancelación de los asientos registrales, siempre que se hayan liquidado regularmente el activo y el pasivo computados en el proceso liquidatorio normal y al margen de que con posterioridad a la cancelación aparezcan elementos del activo y/o del pasivo” (p. 5128). En esta misma línea, LARA GONZÁLEZ, R. (“La extinción de la sociedad” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 365-400), considera innecesaria la doctrina de la “liquidación material”, al arbitrar la LSC un mecanismo de protección de los acreedores y socios (cuestión analizada en el apartado dedicado a la disolución, en el capítulo 2 del Bloque III).

¹³⁶La existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones del Tribunal Supremo sobre la capacidad para ser parte de la sociedad de capital disuelta y liquidada, después de la cancelación de todos sus asientos registrales, fue resuelta por la STS del Pleno n.º 324/17, de 24 de mayo de 2017 (pte: Sancho Gargallo), que “se alinea con la postura de las sentencias 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, que a su vez se hacían eco de la doctrina de la Dirección General”, ratificando la posición contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011, y de 20 de marzo de 2013, entendiendo que la sociedad de capital, disuelta, liquidada y con sus asientos registrales cancelados, puede gozar de capacidad para ser parte en ese concreto pleito, en el que se reclamaba la reparación del perjuicio sufrido por un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por la sociedad frente a la demandante.

de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Además, el art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación”. La sentencia considera que, aunque la reclamación acabe dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva la responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, puede requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad, sin que para ello sea necesario “exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación”. En suma, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad no impide la ulterior declaración de responsabilidad de la sociedad¹³⁷.

La razón que justifica el mantenimiento de la personalidad jurídica en estos casos es el hecho de la liquidación incompleta o irregular de la sociedad, dada la existencia de relaciones jurídicas de las que es o era parte y que no han sido liquidadas o bien han sido irregularmente liquidadas.

Si trasladamos esta doctrina a la RPPJ, la sociedad delincente que, sin haber sido juzgada, es “disuelta”, como dice el legislador penal, o liquidada y dada de baja en el Registro, deja atrás una relación jurídica sin liquidar: el pago de la pena de multa que correspondería al delito cometido y, en su caso, la responsabilidad civil *ex delicto* y las costas. El legislador penal se limita a declarar la no extinción de la responsabilidad penal en los casos de “disolución encubierta o meramente aparente”, por lo que la doctrina penal viene entendiendo, *a sensu contrario*, que la disolución no encubierta ni aparente sí extingue la responsabilidad penal, asimilándola a la muerte de una persona.

La cuestión, sin embargo, no está exenta de dificultades, dado que el precepto puede tener un mayor alcance que el que parece deducirse de la lectura hecha hasta ahora, por lo que nos referiremos a ella en el capítulo dedicado a los supuestos de aplicación del art. 130.2 CP (que establece en sus dos párrafos, según nuestra lectura, supuestos de “no-extinción” de la RPPJ, por contraposición al apartado primero, donde establece causas de extinción de la responsabilidad penal). Nos limitamos a adelantar aquí una consideración de carácter general y que puede tener incidencia en el ámbito de aplicación del art. 31 bis CP.

- a) La LSC permite que la sociedad disuelta sea reactivada (art. 370 LSC¹³⁸), que vuelva a la vida activa, paralizándose la liquidación si esta hubiere comenzado. El patrimonio social persiste durante la liquidación; la disolución no tiene como efecto la extinción del patrimonio, sino la apertura del procedimiento de liquidación; el patrimonio, durante la liquidación, está dotado de capacidad jurídica (aunque su capacidad de

¹³⁷ ALONSO ESPINOSA, F.J.: “Pasivo sobrevenido”, *ibid.*, p. 75. De la misma opinión, la mayoría de la doctrina actual y las SSTs 979/2011, de 27 de diciembre; 220/2013, de 20 de marzo, citadas por la de 24 de mayo de 2017, coincidente con la doctrina administrativa de la DGRN en sus resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992, 13 de febrero de 1999 y otras citadas por la STS de 24 de mayo de 2017, recogidas todas ellas por VICENT CHULIÁ, quien pese a considerar que la inscripción de extinción pone fin a la personalidad jurídica por tener carácter constitutivo, considera que esto es sin perjuicio del régimen aplicable a las deudas y activos sobrevenidos (“Introducción al Derecho Mercantil”, 2022, *ibid.*, pp. 3446-3447).

¹³⁸ “La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios”. Además, vid. art. 346.1 c) LSC.

obrar sí experimenta una modificación), se le pueden seguir imputando derechos y obligaciones de los que sean deudores y acreedores respectivamente los terceros que se relacionaron con la persona jurídica¹³⁹.

- b) Consecuentemente, la disolución, contrariamente a la interpretación que se ha venido dando al segundo párrafo del art. 130.2 CP¹⁴⁰, no es causa de extinción de la personalidad jurídica ni de ninguna responsabilidad, tampoco de la responsabilidad penal.
- c) Proponemos, por tanto, que la sociedad disuelta pero todavía no extinguida puede ser, durante el proceso de liquidación, responsable de los delitos que se cometan en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. No solo ha de reconocérsele capacidad procesal para ser juzgada por los delitos que se hubieran cometido con anterioridad a la disolución, sino que incluso deberá responder penalmente ella, la persona jurídica, y no solo las personas físicas que cometieron materialmente el delito, de los delitos cometidos en el período comprendido entre la disolución y su efectiva extinción.

En sentido contrario a nuestra propuesta, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo, de 9 de marzo de 2015, concluye que la responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue en caso de disolución no fraudulenta desde el auto de apertura de la fase de liquidación de la sociedad. Por el interés suscitado¹⁴¹, recogemos el razonamiento de la resolución:

«dicha responsabilidad penal se extinguió con ocasión del Auto de 17 de diciembre de 2013 de apertura de la fase de liquidación dictado en el procedimiento concursal, en el cual, de conformidad con lo que establece el art. 361.2 del Texto Refundido la Ley de Sociedades de Capital y 2400) (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio), se dispuso expresamente la "disolución de la entidad".

El Ministerio Fiscal argumenta que esta disolución no determinó la extinción de su responsabilidad penal por cuanto la entidad, aun disuelta, conservaba personalidad jurídica, tal y como establece el art. 371.2 del citado Texto Refundido según el cual "La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión 'en liquidación'" (en tal

¹³⁹ ALFARO ÁGUILA REAL, J.: "La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 62, 2021. Señala que desde 1995, el régimen de la reactivación es doble: acuerdo mayoritario y derecho de separación para el socio discrepante en el caso de disolución por acuerdo social o resolución judicial, y consentimiento de todos los socios para la reactivación de una sociedad disuelta de pleno derecho. El autor defiende en este trabajo que la sociedad reactivada sucede universalmente a la sociedad disuelta.

¹⁴⁰ Por todos, BLANCO CORDERO, I.: "La disolución como causa de extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica", en DE VICENTE REMESAL et al. (dirs.): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Madrid, Reus Editorial, 2020, pp.513-522.

¹⁴¹ Vid. comentario al art. 130 en FERNÁNDEZ PALMA, R. y ÁLVAREZ FEIJOO, M. (dirs.): *Código Penal con jurisprudencia*, 3ª ed., 2018; también el comentario al artículo en MORALES GARCÍA, O. (dir.): *Código Penal con jurisprudencia*, 2015, 2ª ed., p. 411.

sentido, por Auto de 26 de mayo de 2014 dictado en la presente causa se acordó la sucesión procesal de la entidad ENASTUR S.A. por la entidad ENASTUR EN LIQUIDACIÓN). No obstante, (...) estimamos que por aplicación a sensu contrario de lo que dispone el art. 130.2 párrafo 2º CP la disolución de la sociedad acordada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil sí determinó la extinción de su responsabilidad penal, no de otro tipo de responsabilidades, singularmente la responsabilidad civil derivada del delito (art. 120.4 CP)”.

Concluye que la disolución que no sea encubierta o meramente aparente de la persona jurídica sí debe determinar la extinción de su responsabilidad penal, y que la disolución que se produjo en el caso, acordada en una resolución judicial en cumplimiento de lo que dispone el art. 361.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no puede reputarse aparente o ficticia.

No es pues que la extinción de la responsabilidad penal de la sociedad traiga causa de la extinción de su personalidad jurídica, que ciertamente no se produce por la disolución, sino de lo que dispone el transcrito precepto del Código Penal (...) las personas jurídicas (...) son responsables penalmente, pero solo hasta su disolución salvo que esta sea ficticia. La pervivencia de su personalidad jurídica durante la fase de liquidación determinará que pueda y deba declararse su responsabilidad civil. Pero penalmente, su responsabilidad se extingue con la disolución¹⁴².

MAPELLI CAFFARENA¹⁴³ señala, comentando la sentencia, que “la extinción de la responsabilidad criminal no puede confundirse con la extinción de las consecuencias jurídicas del delito, sino que se refiere exclusivamente a la extinción de la penalidad. No se trata de extinguir el delito, el cual como realidad jurídica seguirá existiendo, sino sólo algunas de sus consecuencias, pero otras, algunas, incluso, de carácter penal, como la

¹⁴² El AJP se apoya en la tesis defendida por, entre otros, el Magistrado A. Del Moral García (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas. culpabilidad y dolo. Problemas de participación. El sujeto activo (Societas puniri potest... sed delinquere non potest)”, ponencia presentada en el curso sobre “Responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal” del CGPJ (Madrid, 27 a 29 de febrero de 2012); Fernando Molina Fernández (para quien aunque el Código no contempla esta causa de forma expresa en el catálogo del apartado primero del art. 130, su virtualidad se deriva del carácter personal de las penas -si no existe ya el sujeto que ha cometido el delito no hay posibilidad de pedir responsabilidades-, y, a contrario sensu, de lo dispuesto en el nuevo apartado segundo del art. 130) y el Magistrado Á. Juanes Peces (“Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en “Reforma Penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa” del CGPJ).

¹⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B.: “Comentario al art. 130 CP” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, p. 520. Señala el autor (p. 523) que la disposición “corroboró la precipitación y generalidad con que se han abordado los problemas derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contempla una especie de prorrateo de las penas impuestas a aquellas cuando se hayan sufrido algún proceso de transformación. Salvo en el caso de la multa, las penas previstas para las personas jurídicas tienen un objetivo prioritario de neutralizar el peligro de la reincidencia. Siendo así, la reducción potestativa prevista en el párrafo que comentamos carece de justificación, si tras la transformación el órgano judicial sigue considerando conveniente la imposición de la pena. Por más empeño que ponga el legislador en eliminar barreras las transformaciones legales de las personas jurídicas en no pocas ocasiones van a exigir un nuevo procedimiento en el que una resolución judicial en vía penal, civil o mercantil declare que, en efecto, la persona inicialmente condenada es otra distinta”.

agravante de reincidencia o de habitualidad, sobreviven a la extinción. Así pues, en un sentido estricto sólo podríamos hablar de extinción cuando se produce la abrogación y la conducta queda despenalizada. Sólo entonces se extinguen todas las consecuencias penales”.

Otras resoluciones también consideran que la liquidación tras concurso extingue la responsabilidad penal: la SAP 1ª Guipúzcoa n.º 77/2017, de 7/04/2017 (pte: MAESO VENTUREIRA), que equipara la disolución real a la muerte de la persona física; la SJP 9 Oviedo de 9/03/2015, o el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Puebla de Sanabria de 1/06/2017 (pte.: GARCÍA GARCÍA)¹⁴⁴. La SAN (Penal) n.º 20/2020 de 25 de noviembre de 2020 (pte.: M. F. GARCÍA PÉREZ), en la pieza valenciana de la trama Gürtel conocida como “visita del Papa” consideró, sin embargo, que tenían legitimación activa y pasiva, como partes civiles, tanto la Fundación V Encuentro de la Familia, no obstante haberse ya publicado en el Diario Oficial de la Generalitat (3 de abril de 2014) el acuerdo de extinción de la Fundación y la asunción por parte de la Generalitat de todos sus derechos y obligaciones (responsable como partícipe a título lucrativo)¹⁴⁵, como de RTVV Sociedad en extinción (perjudicada) y que había acordado “la cesión total de los activos y pasivos de RTVV a la Generalitat Valenciana”¹⁴⁶.

En contra de la postura mantenida por las resoluciones del JP de Oviedo y AP de Guipúzcoa, antes citadas, el magistrado ELOY VELASCO NÚÑEZ¹⁴⁷, partiendo de la jurisprudencia mercantil más arriba citada, señala que la jurisprudencia del TS en materia penal sigue la línea mercantil: la sociedad mantiene la personalidad jurídica, «para todas

¹⁴⁴ VELASCO NÚÑEZ, E.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021)”, *La Ley compliance penal*, 2022, n.º 8, p. 12.

¹⁴⁵ Según el art. 29 de sus Estatutos, “la Fundación se extinguirá cuando se haya cumplido el fin para el cual se ha constituido”, por lo que, habiéndose celebrado los actos los días 8, 9 y 10 de julio de 2006, el Patronato acordó su extinción “en cuanto se liquide y se termine de pagar todos los gastos ocasionados por este evento”. La extinción se produjo el 21 de marzo de 2014.

¹⁴⁶ La cuestión fue resuelta durante la instrucción, confirmando la sección cuarta la desestimación del recurso de la Fundación: la extinción de la Fundación asumiendo la Generalitat las deudas pendientes en la misma no excluye su responsabilidad por el dinero que se ahorró con el coste de los servicios de las pantallas, sonido y megafonía que fue abonado por RTVV y que correspondía a la Fundación como organizadora del acto, ello sin perjuicio de que sea en última instancia la Generalitat quien deba responder de las deudas que se atribuyan a la Fundación V EMF. Hay que señalar que la sentencia comentada justifica la consideración de parte de las entidades no en la doctrina mercantil del mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad hasta su completa liquidación (STS (Sala Primera) n.º 324/2017, de 24 de mayo), sino en la *perpetuatio legitimationis*: “habiéndose seguido la investigación con conocimiento de la Fundación, y habiéndose personado la Abogacía de la Generalitat en su nombre y representación, aun cuando se hubiera acordado por el Consell de la Generalitat su extinción y la cesión de todos sus derechos y obligaciones a la Generalitat por acuerdo publicado el 3 de abril de 2014, ello equivale a una asunción de la deuda pendiente, en la que debe incluirse la posible responsabilidad civil a que pueda ser condenada en este procedimiento por hechos anteriores a su extinción (...). En todo caso, no constando la liquidación de todas sus obligaciones, una de las cuales puede ser la derivada de este procedimiento penal, la Fundación mantiene su personalidad jurídica a efectos de ser parte procesal en esta causa, sin perjuicio de que en caso de condena quien realmente asuma el pago de la cantidad en que se hubiera beneficiado aquella con el contrato de suministro de pantallas sea la Generalitat”. Respecto a la capacidad procesal de RTV, señala “estaba legitimada la RTV, SAU en liquidación cuando presentó escrito de personación el 12 de enero de 2017, como sucesora procesal de la extinta RTVV”. Señala que “ambos entes públicos, tanto la Fundación como RTVV, están extinguidos y sus obligaciones y deudas fueron asumidas por la Generalitat a su liquidación, por lo que ciertamente se produce una situación en que acreedor y deudor son el mismo patrimonio, la Hacienda de la Generalitat Valenciana, supuesto en el que debemos aplicar el instituto de la compensación”.

¹⁴⁷ VELASCO NÚÑEZ, E.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021)”, *La Ley compliance penal*, 2022, n.º 8, p. 12.

las relaciones jurídicas que pervivan» (incluso ser parte penal) a pesar de la cancelación, como refleja la STS 114/19, de 5/03 (pte: MONTERDE FERRER). La Audiencia Provincial había denegado la legitimación activa de la Acusación Particular (una persona jurídica disuelta) por entender que carecía de personalidad jurídica. La sentencia del TS revoca tal decisión, considerando que el auto del Juzgado de lo Mercantil, pese a determinar la conclusión del concurso y la extinción de la mercantil, ordenando la cancelación de la hoja registral, acordó el cese de los administradores concursales, “a salvo la facultad para proseguir actuaciones en defensa de intereses patrimoniales de la concursada”. Ante la posible expectativa de multar a la empresa investigada en un delito comisible por persona jurídica, no basta con acudir al resultado de la liquidación concursal para decretar el sobreseimiento de la causa penal por disolución o «muerte» de la entidad, porque esa sola expectativa ya implica que no se han agotado todas las relaciones crediticias de la misma, y en muchos casos, para poder hacerlo, será necesario continuar la investigación penal.

aunque en muchos casos la disolución formal de la entidad conllevará el cese de la actividad, la extinción real de la persona jurídica, esté o no inscrita en el Registro Mercantil, sólo operará para el Derecho, como iremos viendo más abajo, con la liquidación definitiva.

Las personas jurídicas «en liquidación» que todavía mantengan activos patrimoniales, pueden y deben ser enjuiciadas penalmente, de manera que tan sólo sería baladí hacerlo en los casos en que claramente carezcan de activos o expectativa de lograrlos —no olvidemos que la sanción obligatoria a la persona jurídica delincuente es la económica—, porque hacerlo implicaría un esfuerzo procesal innecesario, y además también cuando al interés social compensase condenar a la corporación a la pena interdictiva, no económica, de la disolución a que se refiere el art. 33.7 CP.

El autor alerta, además, de que aunque el posible crédito por multa contra la corporación no tiene preferencia especial (es un crédito subordinado no privilegiado, art 281.4 LC), debe ser remitido a la masa y al Juez Mercantil como, en su caso, la posible fianza o embargo que lo estén asegurando (art. 54 LC), por lo que no podrá haber liquidación definitiva hasta que ese extremo —imposición o no de la multa penal— se aclare. En definitiva, la fase de liquidación mercantil no termina hasta que no culminan todas las operaciones del Plan de liquidación y se haga el pago del art. 485 LC, concluyendo el concurso. Solo entonces se extingue la sociedad y, con ella su personalidad jurídica¹⁴⁸.

Además, distingue entre la disolución del art. 33.7 b) CP, que solo puede aplicar el Juez de la jurisdicción penal en sentencia, y que produce la extinción de la persona jurídica como sanción penal, y la disolución acordada por otros, por ejemplo, el Juez mercantil, que no es la del art. 33.7 CP. Concluye que no es que los arts. 130.2 y 33.7 CP permitan extraer un concepto penal autónomo de extinción de la personalidad jurídica de las corporaciones por muerte y de su responsabilidad penal, sino que, siendo la extinción un

¹⁴⁸ Sobre esta cuestión, *vid.*, por ejemplo, MADRID PARRA, A.: “Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 740-750.

concepto común a toda jurisdicción, cabe la extinción de la personalidad jurídica de las empresas tanto por causas civiles-mercantiles como por causas penales, y son cuestiones distintas. Las personas jurídicas, reguladas por la normativa civil y mercantil, desaparecen para el Derecho de igual forma, se apliquen sus consecuencias donde se apliquen, también en el proceso penal.

Sobre esta cuestión volvemos en el Bloque III, al estudiar los supuestos de disolución fraudulenta de las personas jurídicas (capítulo 2.6).

2.8 Personas jurídicas que pueden fusionarse o escindirse

La fusión y escisión son operaciones que determinan *ex lege* la subrogación de la entidad adquirente en la posición jurídica de la adquirida, efecto que solo puede producirse por expresa previsión legal. Si la ley no prevé la fusión o escisión del tipo de persona jurídica de que se trate, los derechos y obligaciones solo podrán transmitirse de acuerdo con el régimen de derecho común. La cuestión que se plantea, al delimitar el ámbito de aplicación subjetivo del art. 130.2 CP, es, por tanto, en qué casos está expresamente prevista la fusión y escisión, es decir, respecto a qué personas jurídicas están previstas legalmente estas operaciones.

En el ámbito mercantil, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (arts. 22 y 68), establece que solo pueden participar en una fusión o escisión las sociedades mercantiles inscritas. Ahora bien, la Ley 3/2009 no es la única ley que contempla la fusión y escisión de personas jurídicas¹⁴⁹.

2.8.1 Sociedades mercantiles

En primer lugar, en el régimen previsto por la Ley 3/2009, el tipo de sociedades que pueden participar en una fusión o escisión no han de ser, salvo las excepciones que expresamente se contemplan, necesariamente sociedades de capital (sociedad anónima, sociedad limitada o sociedad comanditaria por acciones), sino que puede participar cualquier tipo de sociedad, siempre que sea mercantil. En la transformación, como veremos, pueden participar todo tipo de sociedades (incluidas las sociedades civiles).

Son sociedades mercantiles:

- a) Las **sociedades de capital**, esto es, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones (art. 1 de la LSC), respecto a las que rige el principio de mercantilidad por la forma (art. 2 LSC), con independencia de cuál sea su objeto social. Tienen como rasgo común que los socios responden de las deudas sociales hasta el límite de sus aportaciones. La LSC da un tratamiento específico a la sociedad anónima europea, a la sociedad nueva empresa y a la sociedad anónima cotizada.

¹⁴⁹ VICENT CHULIÁ, F.: “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *La notaria* (1), 2010, pp. 9-27. *Vid.* sobre esta cuestión EMBID IRUJO, J.M.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, pp. 6-7.

- b) La **sociedad colectiva**¹⁵⁰ y la **sociedad comanditaria simple**¹⁵¹ (art. 122 del CCo) son sociedades personalistas que pueden ser sociedades civiles o mercantiles. La sociedad será mercantil si tiene objeto mercantil, si su actividad constituye ejercicio del comercio. Los socios responden de las deudas sociales, todos (sociedad colectiva) o parte de ellos (sociedad comanditaria), de manera personal, solidaria entre sí (art. 128 CCo, si es mercantil) o mancomunada (art. 1.698 CC, si es civil) y subsidiaria respecto a la sociedad. Las sociedades personalistas son muy minoritarias respecto a las sociedades de capital hoy día, destacando la utilización de la sociedad colectiva en el caso de sociedades profesionales, al amparo de la libertad organizativa prevista en el art. 1.2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales¹⁵², o para establecer un régimen jurídico determinado para la sociedad irregular, por lo menos a efectos de responsabilidad civil.
- c) Otras (agrupación de interés económico¹⁵³, agrupación europea de interés económico, sociedad de garantía recíproca¹⁵⁴ y el resto de compañías que se enumeran en los arts. 123 y 124 del Código de Comercio).
- d) No cabe la sociedad mercantil atípica, porque no sería inscribible en el Registro mercantil; como sociedad irregular se sujetaría a las normas de la sociedad colectiva.

*VALPUESTA GASTAMINZA*¹⁵⁵ distingue los conceptos de forma y tipo social. La forma es el concepto general de sociedad en que se recogen los elementos esenciales mínimos del supuesto de hecho. El tipo es el modelo de operación tenido en cuenta por el legislador en la regulación de las formas societarias. No cabe crear formas distintas de las establecidas en las normas legales, pero sí cabe que dentro de una forma concreta se establezcan cláusulas contrarias al tipo tenido en cuenta por el legislador. Podría en ese sentido hablarse de sociedades atípicas, en cuanto sociedad que sigue la forma colectiva, por ejemplo, pero cuyos pactos entre las partes crean un régimen distinto al del tipo legal. Y esas sociedades atípicas son válidas y lícitas. La cuestión de fondo es “determinar qué es lo que caracteriza a cada forma

¹⁵⁰ Art. 127 CCo: “Todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla”.

¹⁵¹ El art. 148 CCo distingue entre la responsabilidad de los socios comanditarios, limitada, y la de los socios colectivos, ilimitada.

¹⁵² El art. 8.1 LSP dispone que “La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica”.

¹⁵³ El art 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico dispone: “Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza”

¹⁵⁴ *Vid.* art. 4 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

¹⁵⁵ VALPUESTA GASTAMINZA (“La sociedad irregular”, *ibid.*, pp. 124-125) subraya que la doctrina ha destacado cómo la sociedad colectiva es simplemente la sociedad mercantil general, de forma que la figura que cumpla los requisitos de sociedad (origen negocial, fin común y actividad común) y tenga objeto mercantil es sociedad colectiva, mientras que el resto del régimen legal positivo no es esencial para la existencia de esta figura social. El régimen de responsabilidad y representación de la colectiva es de Derecho imperativo por afectar a terceros y, por ello, inderogable por la voluntad de las partes (Girón y Paz-Ares), mientras que el régimen de relaciones internas puede ser libremente determinado por las partes.

social”, qué requisitos mínimos es preciso reunir para ser sociedad colectiva, por ejemplo, cubiertos los cuales podrán realizarse pactos que aun contrarios al tipo legal no hacen nacer una sociedad ilícita sino una sociedad colectiva atípica pero lícita.

2.8.2 Asociaciones, fundaciones y cooperativas

La exigencia de que la fusión o escisión de sociedades mercantiles haya de darse con otras de igual género, es decir, sociedades mercantiles, no excluye la fusión o escisión de otros tipos de entidades, si bien será necesario que una ley expresamente lo prevea. Esto ocurre con las asociaciones, fundaciones y cooperativas¹⁵⁶. El régimen previsto en estos casos ofrece ciertas diferencias con el de la LME.

En el caso de las asociaciones, hay que tener presente que el art. 5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, permite la constitución de las asociaciones en documento público o privado, especificando que con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción para que no opere la responsabilidad personal y solidaria de promotores y socios (art. 10).

La Ley de Fundaciones¹⁵⁷ regula la fusión de fundaciones en ausencia de prohibición de su fundador y si no consta la oposición del Protectorado. Hay que destacar que establece la fusión obligatoria a instancias del Protectorado cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines (art. 30.4). Como señala DOPICO GOMEZ-ALLER¹⁵⁸, la combinación de una fusión obligada por el Protectorado y de un traslado de responsabilidad penal puede resultar “explosiva”; propone que sea el Protectorado, dado el papel relevante que tiene tanto en las fusiones voluntarias como en las obligatorias, el que inste a las fundaciones que se van a fusionar a la realización de una *due diligence* de riesgo legal y, en la medida de lo posible, al aseguramiento de los posibles quebrantos económicos que pudiesen surgir para la entidad resultante derivados de posibles procesos penales por hechos previos a la fusión.

En el caso de las cooperativas hay que estar a su normativa propia (así, por ejemplo, el art. 10 de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, establece que la fusión requerirá autorización administrativa previa, con informe del Banco de España).

¹⁵⁶ VICENT CHULIÁ defiende que las cooperativas no son sociedades mercantiles, si bien no es una cuestión pacífica.

¹⁵⁷ *Vid* art. 30 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, desarrollado por el art. 37 del RD 1337/2005 por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal. Las CCAA han legislado también en esta materia (por ejemplo, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana).

¹⁵⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2012, p. 186.

2.8.3 Personas jurídicas extranjeras

Cuando intervenga en la fusión o escisión una empresa extranjera y resulten competentes los jueces y tribunales españoles (art. 23 LOPJ), el reconocimiento de la personalidad de la entidad vendrá determinado por su ley nacional¹⁵⁹.

2.9 Conclusiones

2.9.1 Personalidad jurídica, atributo esencial de la persona jurídica

Las normas contenidas en los arts. 31 bis y 130.2 CP tienen como destinatarias a las personas jurídicas, y son personas jurídicas aquellos entes a los que su ley nacional reconoce personalidad jurídica (sin perjuicio de que también otros entes morales puedan ser tenidos en consideración por el Derecho a ciertos efectos).

2.9.2 Ámbito subjetivo de aplicación del art. 130.2 CP

El art. 130.2 párrafo primero CP resulta aplicable a aquellas personas jurídicas que pueden transformarse, fusionarse o escindirse, lo que como veremos en capítulos posteriores, requiere una expresa previsión legal, y esto ocurre respecto a:

- a) **Sociedades mercantiles** (inscritas), incluidas las sociedades mercantiles públicas (si bien las penas que pueden ser impuestas se limitarán a multa e intervención judicial, salvo que hayan sido creadas para eludir una eventual responsabilidad penal).
- b) **Fundaciones**. La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública, en la que conste el acuerdo de fusión aprobado por los respectivos patronatos, y su inscripción en el Registro de fundaciones correspondiente.
- c) **Asociaciones**. Así, para las asociaciones de ámbito estatal, se pone a disposición del público un modelo de comunicación de fusión¹⁶⁰. En el ámbito autonómico cabe citar, a título de ejemplo, el art. 60 de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, que prevé la inscripción de la “unión, fusión o absorción con otras asociaciones o con federaciones y de estas en confederaciones”.
- d) **Otras entidades, como las cooperativas**¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sobre la cuestión de la responsabilidad penal de una sucursal en España de empresa extranjera, que carece de personalidad jurídica propia, FEIJOO SÁNCHEZ (“La persona jurídica”, *ibid.*, p. 59, con cita de GARCÍA MOSQUERA) considera que además de imputar a la persona jurídica extranjera el delito cometido por la sucursal, cabe también aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP a la sucursal.

¹⁶⁰ Modelo impreso con código SIA 203003 del Ministerio del Interior disponible en <http://tramites.administracion.gob.es/comunidad/tramites/recurso/inscripcion-de-fusion-de-asociaciones/c6a46ac4-b261-4805-8e73-4cbf0df4dfa7>. Consultado el 27/06/2022.

¹⁶¹ Sobre fusiones heterogéneas, *vid.* VAÑÓ VAÑÓ, M. J.: “Fusiones heterogéneas en el sector bancario”, *Derecho de los negocios*, n.º 120, 2000, pp. 19-36.

En el caso específico de las **fusiones transfronterizas** en las que participen sociedades españolas, solo puede tratarse de sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada (art. 54.2 LSC¹⁶²).

A tener en cuenta, no obstante, que en el caso de sociedades extranjeras habrá que estar a su ley nacional, que puede venir determinada por el lugar de constitución, su sede estatutaria, su administración central o el principal centro de actividad (art 54 TFUE). Para determinar la ley nacional de las personas jurídicas, en España hay que estar a lo dispuesto en los arts. 9.11 y 28 CC, 15 CCo y arts. 8 a 10 de la LSC¹⁶³.

¹⁶² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁶³ Artículo 8 LSC: “Nacionalidad. Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido”. Artículo 9. Domicilio. “1. Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”. Artículo 10: “Discordancia entre domicilio registral y domicilio real. En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos”.

3. Presupuesto objetivo del art. 130.2 CP primer párrafo

3.1 Fusiones, escisiones y transformaciones como “modificaciones estructurales”

3.1.1 Introducción

El art. 130.2 CP delimita su ámbito objetivo de aplicación a la fusiones, escisiones y transformaciones de personas jurídicas. No define qué entiende por tales operaciones. Como señala MORALES PRATS¹⁶⁴, la definición legal es necesaria cuando el legislador quiere alterar el sentido gramatical o usual de un término, o el que tiene en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Aquí no lo ha hecho, lo que resulta comprensible, dado que de otra forma debería “construir” una “realidad jurídica societaria” al margen del Derecho societario.

Transformación, fusión y escisión son operaciones que la **Ley 3/2009**, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, considera “modificaciones estructurales”. Así, su art. 1 define el objeto de la ley como

“la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social”.

La Ley 3/2009 considera «modificaciones estructurales» aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad¹⁶⁵. Incluye, no solo la transformación, la fusión y la escisión, sino también la cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional del domicilio social, operaciones, estas últimas, que el legislador penal ha dejado fuera del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP. Dejamos apuntado ya aquí que respecto a la cesión global de activo y pasivo podemos encontrar voces en doctrina y jurisprudencia partidarios de su inclusión, no obstante no venir expresamente mencionadas en el precepto penal. Sobre ello volveremos en el capítulo dedicado a esta operación.

El concepto de modificación estructural no es equivalente al de reestructuración empresarial o reorganización de la empresa. La modificación estructural puede ser una forma de llevar a cabo la reorganización, como en el caso de una fusión o escisión. Pero también se puede llevar a cabo una reorganización empresarial sin acudir a los mecanismos específicos de la LME (por ejemplo, mediante la compra de acciones de otra empresa, ya sea de la totalidad o de las suficientes para adquirir el control).

¹⁶⁴ MORALES PRATS, F.: “De nuevo sobre las definiciones en el Derecho penal”, en CARBONEL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. (dirs.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 1407.

¹⁶⁵ Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. *Vid.* EMBID IRUJO, J.M.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

Las modificaciones estructurales pueden perseguir fines diversos, como la concentración empresarial para alcanzar un tamaño óptimo, el saneamiento de la empresa, especializarse en determinado mercado u otros. Los dos grandes objetivos perseguidos en la regulación de las modificaciones estructurales son, por un lado, facilitar este tipo de operaciones porque favorece la economía y, por otro, arbitrar unos mecanismos adecuados de protección de los intereses de socios y acreedores¹⁶⁶.

Fusión y escisión son formas posibles de transmitir una empresa, no las únicas¹⁶⁷, pero tienen un régimen propio que proporciona ventajas (la sucesión universal y la neutralidad fiscal, como luego veremos) frente a la normativa general. La normativa de la UE ha impulsado la regulación de las modificaciones estructurales para facilitar la adaptación de las empresas a las cambiantes condiciones del mercado.

Para terminar esta introducción, una precisión terminológica. Dado el estudio conjunto de los tres tipos de modificaciones estructurales, se utilizará la expresión “sociedad adquirente” en referencia tanto a la sociedad absorbente, a la resultante de nueva creación, a la beneficiaria en la escisión y a la cesionaria en la cesión global de activo y pasivo.

3.1.2 Características

La fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, todas ellas modificaciones estructurales, se caracterizan frente a otras posibles formas de reestructuración empresarial por el régimen de transmisión de los elementos patrimoniales, que se realiza por sucesión universal, *uno acto* o *uno ictu*, frente a las normas del derecho civil patrimonial, es decir, a través de un título jurídico traslativo especial y unitario, y con las garantías necesarias para proteger los intereses de los sujetos afectados por la operación¹⁶⁸.

El efecto de la transmisión a través de la sucesión universal no es solo característico, sino también la razón que explica que una sociedad decida seguir el complejo proceso de una modificación estructural en lugar de utilizar otros mecanismos que, a diferencia de la sucesión universal, requieren el consentimiento de todos los terceros que se relacionan con la empresa¹⁶⁹. Los procedimientos establecidos en la LME tratan de facilitar que las empresas se puedan adaptar a las cambiantes necesidades del mercado, protegiendo, al mismo tiempo, los intereses que pueden verse afectados.

Hay que tener en cuenta que el carácter universal de la transmisión no está vinculado a la transmisión de la totalidad del patrimonio o a la extinción de la sociedad transmitente, sino al modo en que el patrimonio o la fracción patrimonial se transmiten. Lo importante no es tanto lo que se transmite sino cómo se transmite.

¹⁶⁶ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)”, Madrid, Fundación Beneficentia et peritia iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 73, con cita de EMBID IRUJO.

¹⁶⁷ Por ejemplo, aportación de rama de actividad, cesión total o parcial de activo y pasivo.

¹⁶⁸ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, *ibid.*, p. 483; CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural”, 2004, *ibid.*, p. 43.

¹⁶⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal en las modificaciones estructurales”, 2017, *ibid.*, p. 18.

La sucesión es universal porque opera en virtud de un único título, sin necesidad de un acto transmisivo de cada una de las relaciones jurídicas singulares¹⁷⁰. Asimismo, el traspaso de las relaciones jurídicas se produce mediante un único modo, la inscripción de la operación en el Registro Mercantil (sin necesidad de cumplir las formalidades requeridas para la transmisión de los distintos elementos del patrimonio transmitido)¹⁷¹. CONDE TEJON razona¹⁷² que la finalidad de la regulación de las modificaciones estructurales es, precisamente, la configuración de un modo especial de transmisión de los elementos patrimoniales, que exime del cumplimiento de las normas particulares de circulación y que provoca una transmisión inmediata, automática y con plenos efectos, tanto inter partes como frente a terceros. Esta es la razón que justifica un procedimiento imperativo y unas normas especiales de tutela de los intereses de los terceros.

En las operaciones de fusión, escisión y cesión global se altera la estructura patrimonial de las sociedades como consecuencia de la transmisión de la totalidad, o de una o varias partes del patrimonio, a otros sujetos¹⁷³. En la fusión y escisión se produce, además, una modificación subjetiva, ya que hay un traspaso de socios de la sociedad transmitente a la sociedad o sociedades resultantes, cosa que no ocurre en la cesión global de activo y pasivo (hay una traslación de patrimonio, pero no de socios)¹⁷⁴. En la fusión y escisión el valor de la contraprestación no se fija libremente, frente a lo que ocurre en los contratos bilaterales de adquisición, ya que la Ley exige que se atienda al valor real de los patrimonios transmitidos¹⁷⁵.

El procedimiento establecido en la LME tiene **carácter imperativo**, en el sentido de que es obligatorio seguirlo para realizar la ME de que se trate¹⁷⁶, sus normas no pueden ser modificadas por la voluntad de los socios o de los acreedores de las sociedades implicadas

¹⁷⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 56, con cita de O’CALLAGHAN y LACRUZ; CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 350-351, con cita de BROSETA PONT, POLO SÁNCHEZ y CALVO ALFAGEME.

¹⁷¹ MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y de la escisión” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I, Aranzadi, 2009, p.1106; CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 404.

¹⁷² CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 399-403. Este modo especial de transmisión no evita el cumplimiento de los requisitos de circulación de determinados elementos patrimoniales, aunque la transmisión ya se haya producido, tales como la inscripción en registros o en libros especiales (p. 405); por ejemplo, será necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad, si bien la nueva titular del bien inmueble será, ya con anterioridad a dicha inscripción, la sociedad beneficiaria, que ha adquirido la titularidad plena en virtud de la operación de, por ejemplo, fusión por absorción. La falta de inscripción puede tener consecuencias negativas para la nueva titular, por ejemplo, frente a un tercero de buena fe que invoque la protección del tercero registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

¹⁷³ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 492.

¹⁷⁴ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 492.

¹⁷⁵ GÁLLEGO LANAU propone la aplicación analógica de este requisito también a las cesiones globales de activo y pasivo en “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 494.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I, 2009, pp. 54-55.

en la operación¹⁷⁷; tiene específicos instrumentos de protección de los intereses afectados (sociedad, socios, terceros y trabajadores). En atención a este objetivo, cuando se trata de modificaciones intragrupo¹⁷⁸ se simplifica el procedimiento (por ejemplo, fusiones especiales, arts. 49 a 52 LME).

A diferencia de otras operaciones de reorganización empresarial, las modificaciones estructurales requieren acuerdo de la Junta de socios (art. 160 apartado g LSC y arts. 8, 40 y 61 LME¹⁷⁹), mientras que en otras reorganizaciones puede bastar la voluntad del órgano de administración (v.g., compra de la totalidad de las acciones de otra empresa).

3.1.3 Subrogación de la sociedad adquirente

En las fusiones y escisiones se produce una subrogación de la sociedad o sociedades adquirentes en la posición jurídica de la sociedad transmitente, respecto a los derechos y obligaciones que no sean intransmisibles. Sin perjuicio de su examen pormenorizado en el capítulo dedicado a la sucesión universal, podemos señalar, a título de ejemplo, lo dispuesto en la legislación tributaria.

Así, la LIS (art. 84.1) dispone:

Cuando las operaciones mencionadas en el artículo 76¹⁸⁰ u 87 de esta Ley determinen una sucesión a título universal, se transmitirán a la entidad adquirente los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente

En concreto, en la fusión y en la escisión total, las obligaciones tributarias y, con carácter general, los derechos tributarios, se transmitirán, con independencia de que se aplique o no el régimen tributario especial. Así, el art. 40.3 LGT dispone:

En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades y entidades con personalidad jurídica, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad y entidad con personalidad jurídica.

Además, el art. 40.5 LGT prevé lo mismo respecto a las multas tributarias:

Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas.

¹⁷⁷ A propósito de la escisión, FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

¹⁷⁸ Art. 42 CCo.

¹⁷⁹ Con la excepción del art. 51 LME.

¹⁸⁰ Fusiones y escisiones, entre otras.

Y el art. 182.3 LGT contiene una previsión similar respecto a las sanciones:

Las sanciones tributarias por infracciones cometidas por las sociedades y entidades disueltas se transmitirán a los sucesores de las mismas en los términos previstos en el artículo 40 de esta ley.

En caso de escisión parcial, la subrogación se condiciona a que la parte escindida constituya una rama de actividad, como veremos en el capítulo dedicado a la escisión¹⁸¹.

3.1.4 Ámbito de aplicación de la LME

El Preámbulo de la Ley 3/2009 LME señala que “aunque el régimen jurídico de estas operaciones societarias tiene como modelo subyacente el de las sociedades de capital, se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de las sociedades”, **aplicable a cualquier sociedad de naturaleza mercantil**, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario, como acontece con las fusiones transfronterizas intracomunitarias”. Es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles¹⁸², bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución (art. 2).

Solo es aplicable a las sociedades mercantiles regulares, es decir, a las inscritas en el Registro Mercantil (arts. 4.1, 22.1 y 81.1 LME), salvo en caso de transformación de una sociedad civil en mercantil¹⁸³. Sin embargo, una sociedad civil no puede intervenir en las demás ME (por ejemplo, en una fusión o escisión)¹⁸⁴.

La posibilidad de aplicar el régimen de transmisión del patrimonio que se produce en una fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo en la LME se limita a las sociedades mercantiles inscritas, salvo que el legislador haya previsto que la LME sea aplicable a un tipo distinto de entidades (así sucede, por ejemplo, con las cajas de ahorros)¹⁸⁵.

3.2 Finalidad del régimen establecido para fusiones y escisiones

Dos son las principales ventajas que ofrece el régimen previsto en la LME:

- 1) Facilita la transmisión del patrimonio: frente a otros instrumentos de reorganización empresarial, la LME permite la transmisión en bloque del patrimonio empresarial por

¹⁸¹ MENÉNDEZ GARCÍA, G., en “El régimen tributario de la fusión y de la escisión”, *ibid.*, p.1106, señala que, en caso de escisión parcial, aunque resulta aplicable lo dispuesto en el art. 84.1 LIS, la DGT ha interpretado que la transmisión de derechos y obligaciones tributarias no conlleva la transmisión proporcional de otras posiciones jurídico-tributarias, es decir, la limita a los bienes y derechos transmitidos.

¹⁸² Sin perjuicio de las particularidades aplicables a ciertos tipos, como las cooperativas, que se rigen por lo dispuesto en el Capítulo VII de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. El art. 67 específicamente prevé la fusión de una cooperativa con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase. Asimismo, el art. 81 se refiere, en materia de cesión global, a “cualquier sociedad inscrita”, por lo que incluye a una sociedad civil profesional.

¹⁸³ Como novedad, la Disposición Adicional 8ª de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, establece que las sociedades civiles por su objeto, que no tengan forma mercantil, constituidas conforme al derecho común, foral o especial que les sea aplicable, podrán inscribirse en el Registro Mercantil.

¹⁸⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales”, *ibid.*, p. 62.

¹⁸⁵ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 495.

sucesión universal, sin sujeción a las normas tradicionales de transmisión individualizada (por ejemplo, art. 347 CCo o art. 1.205 CC), sin perjuicio de la necesidad o conveniencia de respetar las reglas de protección de terceros de buena fe, especialmente en el ámbito registral. La fusión o escisión actúan como título único de la transmisión del conjunto de elementos que componen el patrimonio. La sucesión universal se produce *ipso iure*, de forma automática, permitiendo la continuidad de la empresa mediante su disolución sin liquidación.

- 2) Por otra parte, recibe un tratamiento de **neutralidad fiscal**¹⁸⁶ (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades), es decir, que la operación no produzca por sí ningún efecto, ni positivo ni negativo, en la tributación de las sociedades afectadas, lo que se lleva a cabo mediante dos técnicas tributarias¹⁸⁷:
 - a) Los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos no se integran en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las entidades transmitentes. Se difiere la tributación por ganancias o plusvalías al momento en que se devengue, por ejemplo, por venta del activo; la transmisión por modificación estructural no se considera hecho imponible.
 - b) Las entidades adquirentes deben contabilizar los elementos recibidos por el valor previo a la transmisión.

Se inaplicará el régimen fiscal especial cuando no se cumplan los requisitos de la regulación fiscal (que pueden ser más estrictos que los exigidos por la legislación mercantil¹⁸⁸) o cuando la Administración considere que la operación se realiza con fines de fraude o evasión fiscal¹⁸⁹. Podemos adelantar ya que los conceptos de “fusión” y escisión” o, mejor dicho, los requisitos para que una operación se pueda considerar una “fusión” o una “escisión” a efectos fiscales, si comparamos la legislación mercantil y la fiscal, no resultan totalmente coincidentes.

3.3 Procedimiento específico de transmisión

Las ventajas que otorga la transmisión del patrimonio a través de una fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos, tienen como contrapartida la exigencia de cumplir

¹⁸⁶ El contribuyente continúa en la misma posición jurídico-tributaria que tenía frente a la Administración, evitando así el coste tributario que tendría la fusión/escisión. La Exposición de motivos de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, señala que “no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla”.

¹⁸⁷ Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas.

¹⁸⁸ Por ejemplo, los previstos en los arts. 76 y 81 LIS.

¹⁸⁹ Art. 82.2 LIS: “No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal. Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal”.

unos requisitos imperativos destinados a proteger los derechos de las partes que pueden resultar afectadas por la operación¹⁹⁰. La falta de cumplimiento de los requisitos puede afectar a la validez de la fusión (art. 47 LME)¹⁹¹.

De manera esquemática, se pueden mencionar los siguientes aspectos:

- a) Requisitos de información (proyecto, balances, informes de administradores y expertos, arts. 30 y ss. LME).
- b) Requisitos de publicidad (art. 43, 45 y 46 LME).
- c) Toma de decisiones a través de mayorías reforzadas (art. 40 LME) o necesidad de recabar el consentimiento en el caso de derechos especiales (art. 41 LME).
- d) Derecho de oposición de terceros (art. 44 LME).

3.4 Momento en que se producen los efectos de la modificación estructural

La inscripción de la operación en el Registro mercantil desencadena la constitución o modificación de la sociedad resultante y también su eficacia. Hasta ese momento únicamente existe un negocio (de fusión, escisión, etc.) formalizado en escritura pública¹⁹². La inscripción tiene carácter constitutivo y el Registrador mercantil tiene atribuida la competencia para calificar la operación (arts. 18 y 20 CCo), y a esa calificación la Ley le atribuye una presunción de validez¹⁹³.

Tras la publicación de la LME se suscitó la polémica acerca del momento en el que debían entenderse producidos los efectos de las modificaciones estructurales, si en la fecha del asiento de presentación en el Registro Mercantil o en la fecha de inscripción. Al respecto, el art. 46 LME indica que “[l]a eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente”, mientras que el art. 55.1 RRM considera “como fecha de inscripción la fecha del asiento de presentación”. Se entendía, como en la legislación anterior a la reforma, que la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones estructurales tenía carácter constitutivo¹⁹⁴. La STS de 21 de mayo de 2012 ratificó la vigencia del artículo 55.1 RRM, en un supuesto en el que se debatía la fecha de efectos de una escisión presentada a inscripción el 29 de diciembre e inscrita en marzo del año siguiente. El Tribunal Supremo subraya que “esa previsión legal, estableciendo como tiempo de acceso al Registro el del asiento de presentación, datando en esta fecha la posterior inscripción, responde al principio de seguridad jurídica que debe ofrecer el sistema registral. De no ser así, los efectos frente a terceros de los negocios que tienen acceso al Registro dependerían de la mayor o menor diligencia con la que fueran calificados por el registrador los instrumentos en que se documentan. La calificación es un procedimiento previo y habilitante de la posterior inscripción, que tiene unos márgenes temporales, como

¹⁹⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 40.

¹⁹¹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 40.

¹⁹² SEQUERIA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I, 2009, p. 404.

¹⁹³ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 de mayo de 2011 (Rec. 128/2008).

¹⁹⁴ VIVES RUIZ, F. y TAPIAS MONNÉ, A.: “La Ley de Modificaciones Estructurales. Una norma técnicamente fallida”, *InDret*, 4/2013.

indica el artículo 39 del Reglamento Mercantil, por remisión de su artículo 61; cabe, pues, que se produzcan unas demoras que pueden alcanzar, no sin la responsabilidad del registrador, el plazo de caducidad del asiento de presentación, es decir los dos meses recogidos en el artículo 43 del Reglamento”¹⁹⁵. La sentencia concluye que **la fecha de efectos de la fusión es la del asiento de presentación en el Registro Mercantil**.

3.5 Modificaciones estructurales: *¿Numerus clausus o apertus?*

La LME no define la categoría “modificación estructural”, limitándose a enumerarlas en el art. 1. La doctrina mercantilista no es unánime respecto a si solo son operaciones de modificación estructural las contempladas en la ley (se habla así del “principio de tipicidad” en las modificaciones estructurales, tesis sustentada por la mayoría de la doctrina¹⁹⁶) o bien cabe considerar otras, no incluidas, pero que, por sus efectos, podrían también ser consideradas modificaciones estructurales. De la misma forma, también se ha cuestionado si todas las modificaciones incluidas en la LME tienen efectivamente ese carácter (en especial, en relación con el traslado internacional del domicilio social). Para ello, se analiza qué diferencia las modificaciones estructurales de otras medidas de reestructuración empresarial. Ahora bien, una vez aprobada la LME, la opción por la que se opte no puede desconocer que el efecto de **la sucesión universal, previsto en la LME, solo se produce cuando se sigue el procedimiento establecido al efecto**, que constituye una excepción al régimen de transmisión general¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p.122-128.

¹⁹⁶ EMBID IRUJO, J.M. “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, 2010, *ibid.*, p. 6. CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural”, 2004, *ibid.*, pp. 69 y 77.

¹⁹⁷ CONDE TEJÓN (“La cesión global”, *ibid.*, pp. 76-80), con anterioridad a la LME y dado el carácter incompleto de la regulación entonces existente sobre modificaciones estructurales, se plantea la aplicación analógica de las normas a otras modificaciones estructurales carentes de regulación expresa. Admite el llamado “principio de tipicidad” de las modificaciones estructurales (que asimila al *numerus clausus* ya existente entonces en el derecho alemán, donde dice sí se aplica la prohibición de analogía, pero tan solo respecto a los efectos de las operaciones tipificadas, no de las posibles operaciones de reestructuración empresarial). Rechaza, en contra a la tesis mayoritaria (VINCENT CHULIÁ, LEÓN SANZ, LARGO GIL, CERDÁ ALBERO, GIRÓN TENA) que este principio de tipicidad pueda ser visto como una prohibición de aplicación analógica de las normas de las modificaciones estructurales ya reguladas (es decir, con anterioridad a la LME), en especial, la sucesión universal, a otras operaciones no reguladas, por cuanto, explica, no son leyes penales, ni excepcionales ni de ámbito temporal (art. 4.2 CC) y, por tanto, la exclusión de su aplicación analógica debe ser hecha de forma expresa. Ahora bien, aunque rechazara la prohibición de la aplicación analógica de las normas porque no existía una prohibición expresa en tal sentido (como ocurría en Alemania), sostenía que en España no era posible aplicar los especiales efectos de la sucesión universal a operaciones respecto a las cuales no esté prevista su aplicación porque suponen una excepción a las normas generales del ordenamiento jurídico. No se trata de una prohibición de aplicación analógica de las normas, sino de aplicación del régimen general aplicable en materia de transmisión (es decir, no del excepcional que supone la sucesión universal). Por otra parte, tras la aprobación de la LME, VICENT CHULIÁ (notas finales del artículo “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”), defiende la aplicación por analogía de la fusión y escisión a entidades no mercantiles (sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la LME) en atención a la existencia de una identidad de razón (art. 4.1 CC); nótese, sin embargo, que esto es diferente de aplicar el régimen de la sucesión universal a operaciones distintas a las previstas en la LME. ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, 2002, p. 4933, que se planteaba la tesis contraria cuando todavía no se reconocía la figura de la segregación como modificación estructural, reconocía que, en el común sentir de la doctrina y jurisprudencia (con cita de los trabajos de CERDÁ ALBERO, MASSAGUIER y RUBIO VIENTE), la

Por otra parte, al hilo de esta discusión, la doctrina también se ha ocupado de si los requisitos que establece la LME podrían ser aplicables a operaciones distintas pero que tienen el mismo efecto económico¹⁹⁸, por ejemplo, para declarar que sea la Junta de socios el órgano competente (y no el órgano de administración) para acordar la venta de activos cuando se trate de activos esenciales para la empresa, siendo así que para la fusión, escisión y cesión global, la LME requiere el acuerdo de la junta de socios, que de esta forma pueden proteger sus intereses frente a una actuación de los administradores que consideraran contraria a los mismos. Dicha discusión, en cualquier caso, ha ido perdiendo interés conforme se han ido homogeneizado las medidas de protección en las distintas leyes mercantiles (por ejemplo, el art. 160.f LSC). La doctrina más reciente propone que la LME establece un régimen de transmisión propio, con unos requisitos y unos efectos distintos al común y, por tanto, si no se sigue ese procedimiento no se pueden conseguir sus efectos, pero tampoco resultarán aplicables sus requisitos. El derecho común ya contempla medidas de protección adecuadas, no siendo necesario ni legítimo adicionar las previstas en la LME fuera de los supuestos para los que se prevén.

Sin entrar en el detalle de la discusión, que pocos réditos tendría para nuestro objeto de estudio, dejamos apuntadas las siguientes notas. VICENT CHULIÁ señala que las modificaciones estructurales se rigen por el principio de *numerus clausus*, si bien el art. 4.1 CC permite extender por analogía las modificaciones estructurales a supuestos semejantes a los regulados (por ejemplo, a entidades distintas a las sociedades mercantiles)¹⁹⁹. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA²⁰⁰, defiende el carácter excepcional y *ex lege* de la regulación establecida en la LME, reservando la consideración de operaciones de modificación estructural a aquellas operaciones que están expresamente previstas en la ley; las operaciones no previstas se consideran operaciones genéricas de reorganización empresarial²⁰¹. Para LARGO GIL²⁰², el procedimiento es el presupuesto de la eficacia de la reestructuración, por lo que una operación que no se ajuste al

sucesión universal se considera elemento nuclear de la tipicidad normativa en materia de modificaciones estructurales y que, en cuanto modo excepcional de transmisión de los bienes, impide la aplicación analógica del régimen positivo previsto a otras operaciones distintas.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales”, *ibid.*, pp.56-59, admite la aplicación analógica a situaciones no reguladas que mantengan identidad de razón con aquellas reguladas (art. 4.1 CC) y sean solo “relativamente atípicas”, siempre que no exista prohibición expresa o que el resultado sea contrario al orden público o la moral o perjudique a terceros. A favor de esta postura se muestra también CONTRERAS DE LA ROSA en “Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios”, p. 68, y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA en “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, p. 638, citados por GÁLLEGO LANAU, M. “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, 2016, *ibid.*, p. 484. Por otra parte, CONDE TEJÓN (“La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 53), explica que la doctrina era unánime al negar la sucesión a título universal en un supuesto (segregación) en que no existía norma legal que previera expresamente la aplicación de este efecto (ahora sí se regula la segregación como una modalidad de la escisión), dado que no cabe la aplicación analógica de este efecto.

¹⁹⁹ VICENT CHULIÁ, F.: “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, La notaria (n.º 1), 2010, pp. 2795-2796 y en “Introducción al Derecho Mercantil”, 2022, *ibid.*, p. 1413.

²⁰⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal en las modificaciones estructurales”, 2017, *ibid.*, pp. 21-23, con cita de abundante doctrina.

²⁰¹ Vid. GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, 2016, *ibid.*, p. 479.

²⁰² “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la DGRN” en *Estudios en homenaje al Prof. Justino Duque. F.* Volumen I, 1998, citado por SEQUERIA MARTÍN, A. en “El concepto de fusión y sus elementos componentes” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Aranzadi, 2009, p. 389.

procedimiento legal no generará los efectos típicos (en especial, la sucesión universal²⁰³). Es decir, según estos autores, los efectos asignados a las modificaciones estructurales no resultarían aplicables a otros casos distintos de los regulados en la ley, que no se verían beneficiados del efecto de la sucesión universal, pero que, por otra parte, no estarán sujetos a sus requisitos²⁰⁴.

Mayor interés tiene para nuestro objeto de estudio la cuestión de si una operación no realizada a través del procedimiento establecido en la LME, es decir, que no sea una transformación, fusión o escisión, puede ser considerada como tal a efectos penales o, por el contrario, el juez penal debe atenderse en todo caso al aspecto formal de la operación, con independencia del contenido económico de la misma. Por ejemplo, si se trata de una transformación, los socios tendrían la alternativa de disolver la sociedad y constituir una nueva del tipo social preferido. Si se trata de una fusión por constitución de una nueva, las dos sociedades intervinientes podrían disolverse, liquidando su patrimonio, y los socios de ambas constituir una nueva. Examinamos la cuestión más adelante.

3.6 Calificación

Como hemos señalado anteriormente, es el Registrador mercantil quien tiene encomendada la función de calificar y examinar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la inscripción. Hay que recordar que el contenido del Registro se presume exacto y válido, y que los asientos del Registro producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

3.7 La LME ¿régimen imperativo u opcional?

Se plantea la cuestión, ya anunciada más arriba, de si es imperativo para las partes acudir a los mecanismos previstos en la LME cuando la operación pueda encajar en uno de los supuestos contemplados en la LME. Es decir, si cuando quieren llevar a cabo una operación que podría diseñarse como una fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos o transformación, pueden elegir otra fórmula jurídica (por ejemplo, compra de empresa, establecimiento o rama de actividad y aportación social para constituir una sociedad o suscribir participaciones en un aumento de capital).

En concreto, la discusión se ha planteado en relación con la transmisión en bloque de una parte de patrimonio que constituye una unidad económica. Frente a la tesis mayoritaria en contra, defienden el carácter imperativo RODRÍGUEZ ARTIGAS y SÁNCHEZ ÁLVAREZ²⁰⁵, sin embargo, defiende el carácter imperativo del régimen establecido en la LME, de forma que, si una transmisión puede calificarse como constitutiva de una operación de modificación estructural, dicha transmisión debe sujetarse a lo establecido en la LME; caso contrario, la operación debe considerarse realizada en fraude de ley.

²⁰³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 37.

²⁰⁴ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural”, 2004, *ibid.*, p. 66, señala que “para que se pueda hablar de una operación de modificación estructural es requisito indispensable que la transmisión patrimonial se opere por sucesión universal”, y el reconocimiento de la sucesión a título universal condiciona su régimen jurídico.

²⁰⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural”, *ibid.*, pp.54-55 y 79.

para lo que las partes deberán sujetarse a la LME cuando la operación pueda calificarse como tal, incluso en el caso de que se pretenda renunciar a la sucesión universal, y por supuesto cuando suponga un fraude de ley. La tesis mayoritaria es suscrita, entre otros, por ALONSO LEDESMA²⁰⁶, ALONSO UREBA, VICENT CHULIÁ²⁰⁷, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA²⁰⁸, GÁLLEGO LANAU²⁰⁹ y CONDE TEJÓN²¹⁰, para los que las empresas pueden optar por llevar a cabo el acuerdo según las normas que rigen la contratación y la transmisión de los derechos y obligaciones con carácter general, sin ajustarse a la normativa sobre modificaciones estructurales, que es imperativa en cuanto se opte por utilizarla. La RDGN (22 de julio de 2016, BOE de 19-09-2016) ha confirmado que es posible la aportación de rama de actividad mediante aumento de capital social, sin necesidad de seguir el procedimiento de la segregación, con la diferencia de que no se producirá el efecto de la sucesión universal, si bien si por el volumen de la aportación pudiera considerarse una modificación estructural será necesario seguir el procedimiento de la segregación (lo que contradice su doctrina y crea incertidumbre)²¹¹.

Se ha decantado por la segunda postura la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 de mayo de 2011. Señala que las partes son libres para elegir el tipo de operación societaria (por ejemplo, fusión, compraventa de acciones, etc.), siempre que no se persiga un fin ilícito (por ejemplo, fraude o evasión fiscal o, en nuestro caso, podría tratarse de eludir la responsabilidad penal). La SAN analiza el uso de la cláusula antifraude por la Inspección Tributaria (*la razón fundamental por la que se priva a la recurrente de los beneficios de la LIS es la existencia de otro negocio jurídico, cuyo resultado habría sido más gravoso para la recurrente y, de forma inversa, más favorable para los intereses de la Hacienda Pública*²¹²) y considera que, bajo el **principio de autonomía de la voluntad** (art. 1255 CC), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa, en este caso,

²⁰⁶ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, 2002, p. 4944.

²⁰⁷ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 684, indicando precisamente, como uno de los motivos de la elección de una fórmula al margen de la LME, la responsabilidad penal que impone la aplicación del art. 130.2 CP (p. 685).

²⁰⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 41, citando en el mismo sentido a GONZALES-MENESES. Cita, asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 de mayo de 2011 (Rec. 128/2008), a propósito de la posibilidad de realizar una aportación de rama de actividad como contraprestación de las acciones emitidas en una ampliación de capital, al margen de la LME (art. 71) y, por tanto, sin sujeción al procedimiento establecido para la escisión por segregación, pero también sin sucesión universal.

²⁰⁹ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, pp. 512-513.

²¹⁰ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 79: “Las empresas que desean realizar una modificación estructural son libres de optar entre acordar alguna de las operaciones reguladas por la ley, y por lo tanto a las que se aplicarán los especiales efectos en ella previstos, o bien acordar alguna operación distinta que configuren en base al principio de autonomía de la voluntad, en cuyo caso sus efectos serán los previstos por las normas generales del ordenamiento jurídico”; pp. 344-345: “serán las empresas que acuerden la operación quienes opten entre acordar una modificación estructural (cesión global de activo y pasivo, con transmisión por sucesión universal), o una operación que no goce de esta naturaleza y en la que la transmisión se realice por sucesión particular (...) La elección entre una y otra operación dependerá de las circunstancias de cada caso”. Eso sí, “cuando se acuerde una modificación estructural será preciso seguir el procedimiento imperativo propio de estas operaciones, puesto que esta es la única manera de conseguir una transmisión por sucesión universal”.

²¹¹ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, Vol. I, 2022, *ibid.*, p. 684.

²¹² En el caso, validez de la ampliación de capital con aportación no dineraria de rama de actividad, aunque la operación se hubiera podido realizar como escisión por segregación. La SAN declara que el art. 71 LSC no obliga a que la aportación de rama de actividad se haga solo y siempre mediante segregación.

para elegir el vehículo adecuado para instrumentalizar la operación, no existe una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa, conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses recaudatorios de la Administración (FJ 6º):

“con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales, "...la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal....", pues en nuestro Derecho patrio, además, los motivos e intenciones de los contratantes no tienen la importancia que, como concepto, debe atribuirse a la noción más importante, desde el punto de vista jurídico, de causa, que es el elemento esencial de todo negocio jurídico en un sistema causalista como el nuestro, de suerte que no es relevante ni precisa una indagación en la intención de los contratantes para verificar si en ellos hay, subjetivamente, un designio propiamente económico o no fiscal que justifique la operación sino que, por el contrario, lo importante es que el negocio tenga causa válida, lícita y concorde con la manifestada, aspectos todos ellos que en nuestro Derecho privado se presumen (vid. los artículos 1274 a 1277 del Código Civil, con especial atención hacia el último de ellos, conforme al cual "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario")²¹³.

Aplicando estos principios constitucionales (art. 38 CE) y siguiendo la doctrina mayoritaria (casi unánime), podemos decir que las partes son libres para configurar su adquisición acudiendo al procedimiento que consideren más adecuado a sus intereses; en concreto, pueden elegir entre el procedimiento establecido en la LME para la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo o acudir al Derecho común (por ejemplo, compraventa de acciones, adquisición de activos, suscripción de acciones en una ampliación de capital, etc.). La LME se limita a facilitar la transmisión de empresas mediante el mecanismo de la sucesión universal, estableciendo unos requisitos para garantizar los intereses de aquellos que pueden verse afectados, pero no elimina el recurso a otras opciones legales. Además, la inscripción en el Registro de las ME tiene carácter constitutivo. Todo ello permite descartar que el juez penal pueda aplicar la regla de traslado o extensión de la punibilidad contenido en el primer apartado del art. 130.2 CP a una adquisición que no se haya formalizado como fusión o escisión. Ahora bien, cuando se trate de una adquisición fraudulenta, la operación podría tener encaje en el apartado segundo del art. 130.2 CP (disolución fraudulenta), como veremos en el Bloque III (epígrafe 2.6).

²¹³ Vid. comentario a la sentencia en ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibíd.*, p. 44.

3.8 Conclusiones

- 1) Lo que caracteriza a la fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en la LME es la transmisión del patrimonio (íntegra o parcialmente, en caso de escisión parcial) en bloque, *uno acto*, por **sucesión universal**.
- 2) La transmisión del patrimonio de una empresa o, en su caso, de parte del patrimonio (por ejemplo, en la escisión parcial), por sucesión universal, solo se produce cuando se sigue el procedimiento establecido en la LME para la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, produciéndose dicho efecto tras la inscripción de la operación en el Registro Mercantil, desde la fecha del asiento de presentación²¹⁴.
- 3) La LME incorpora medidas en protección de quienes pueden verse afectados por la operación de que se trate (en general, socios, trabajadores o acreedores), protección que se justifica, precisamente, como contrapartida a la no sujeción a los requisitos y formalidades exigidos en el derecho patrimonial común para la válida transmisión de derechos y obligaciones.
- 4) Siguiendo la doctrina mayoritaria²¹⁵, podemos decir que el mecanismo de la sucesión universal que prevé la LME es **excepcional**, no cabe su aplicación analógica a supuestos distintos de los allí previstos, salvo que una ley expresamente lo prevea, por más que los efectos económicos de las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos (es decir, la transmisión de los elementos que componen el patrimonio) se puedan obtener a través de otros mecanismos jurídicos (eso sí, con sujeción a los requisitos que establece el derecho patrimonial común para la transmisión, en función de la naturaleza de cada uno de los elementos del activo y pasivo).
- 5) La transmisión de responsabilidad que contempla el art. 130.2 CP extiende al ámbito penal los efectos de la sucesión universal inherente tanto a la fusión como a la escisión.
- 6) La elección por las partes de no adquirir una empresa mediante fusión o escisión, optando por otras figuras mercantiles no incluidas en el ámbito del art. 130.2 CP, no implica fraude de ley ni justifica su aplicación por el mero hecho de que el efecto económico obtenido sea el mismo que se hubiera alcanzado a través de una fusión o escisión. Si la ley ofrece distintas opciones, la persona jurídica puede optar por aquella que considere más adecuada a sus intereses, en virtud de la libertad de empresa que protege el art. 38 CE. Un motivo admisible para optar por una opción diferente a la fusión o escisión cuando se quiere adquirir una empresa o parte de ella podría ser, precisamente, evitar la eventual aplicación del art. 130.2 CP²¹⁶.

²¹⁴ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, p. 518.

²¹⁵ Además de todos los ya citados anteriormente, nos referimos aquí a dos autores que han tratado en profundidad la materia, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (“La sucesión universal”, p. 39) y GÁLLEGO LANAU (“La cesión global de activo y pasivo”, p. 520). Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la discusión acerca de la aplicación del mecanismo de la sucesión universal tuvo lugar en un momento en el que ni la cesión global de activo y pasivo ni la segregación habían sido reguladas como modificaciones estructurales y la doctrina se hacía eco de su necesidad.

²¹⁶ No hay que confundir esta opción con la disolución encubierta o aparente mediante la adquisición del negocio de la empresa contaminada (por ejemplo, a través de la compra de los activos más relevantes u otras fórmulas jurídicas). Por otra parte, la normativa tributaria (v.g. art. 89.2 LIS) exige que la operación

4. Transformación

4.1 Concepto

La transformación permite el cambio de tipo de la sociedad sin tener que proceder a la extinción y creación de una nueva sociedad, ya que conserva su personalidad jurídica (art. 3 LME). Como la sociedad continúa, no hay sucesión en la titularidad del patrimonio social. En la transformación la sociedad conserva su personalidad jurídica²¹⁷. Ahora bien, el cambio de forma social en supuestos no contemplados en el art. 4 LME, o en otra disposición normativa, requerirá la disolución, liquidación y constitución de una nueva sociedad con la forma elegida²¹⁸. Como consecuencia de la tipicidad normativa en la transformación, no cabe la extensión de su régimen por analogía a supuestos no regulados.

La relación de supuestos de transformación tiene el carácter de *numerus clausus*. Se admite la transformación entre sociedades mercantiles, entre estas y la agrupación de interés económico y la agrupación europea de interés económico; la transformación de una sociedad civil en cualquier tipo de sociedad mercantil (pero no a la inversa, teniendo en cuenta, no obstante, que puede ser mercantil por el objeto, aunque sea una sociedad colectiva); entre la sociedad anónima y la sociedad anónima europea, entre sociedades mercantiles y sociedades cooperativas, entre estas y una sociedad cooperativa europea.

Así pues, respecto a la transformación, la LME se presenta como una ley general mercantil (apartado II del Preámbulo), que se aplica a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución (salvo que expresamente se disponga lo contrario); además, se permite la transformación de las sociedades mercantiles en agrupaciones de interés económico y en

se efectúe por “motivos económicos válidos”, excluyendo como tal la finalidad de conseguir una ventaja fiscal para aplicar el régimen de neutralidad fiscal (sobre esta cuestión, vid. epígrafe 5.5.2 de este Bloque).
²¹⁷ MADRID PARRA, A. y ALVARADO HERRERA, L.: “Transformación de las sociedades mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 680-681; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal en las modificaciones estructurales”, 2017, *ibíd.*, p. 23. No obstante, como señala MARDONES OSORIO (“División de sociedades y sucesión universal”, *Ius et Praxis*, 2014, vol. 20, n.º 2, pp. 323-324), basándose en la doctrina alemana elaborada sobre la legislación anterior en materia de transformación de sociedades (transformación transmisiva, esto es, transformación por disolución y creación de nueva sociedad), un sector estima que la técnica de la sucesión universal también se presenta en la transformación, convirtiéndose de esta manera en un elemento definitorio de las operaciones que integran la categoría de las modificaciones estructurales. Sostienen así que la sucesión universal opera de diversas formas, todas las cuales integran el género sucesión: en la fusión hay un traspaso de un bloque patrimonial, *in integrum*, a otro titular; en la división, el referido traspaso es parcial; y en la transformación, el traspaso se opera por medio del cambio del tipo social del titular del patrimonio. En virtud de lo anterior se sostiene que los supuestos de fusión y transformación no significan otra cosa que el paso de universalidades patrimoniales al titular de otra empresa o al titular empresarial en otra forma jurídica. Hoy es mayoritaria la doctrina que entiende que, con la sucesión universal, las relaciones jurídicas traspasadas no se extinguen, sino que se produce una subrogación por ministerio de la ley, cambiando sólo el titular de la relación jurídica.

²¹⁸ LEÓN SANZ, F.J.: “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Aranzadi, 2009, p. 110.

cooperativas (lo que hasta la LME solo se permitía para las sociedades de responsabilidad limitada)²¹⁹.

El acuerdo de transformación ha de elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (art. 18 LME y 216 y ss RRN). La inscripción tiene carácter constitutivo (arts. 19 LME y 216 a 222, 224 y 388.1.14 RRM).

4.2 Consecuencias de la transformación

Una vez inscrita la escritura de transformación, la sociedad continúa su actividad bajo la nueva forma social, conservando la titularidad de las relaciones jurídicas con terceros. No existen cambios en los derechos, los créditos o las deudas, lo que hace innecesario el consentimiento de los acreedores²²⁰

Los socios de la sociedad transformada mantienen con ella la misma relación jurídica que tenían antes de su transformación, si bien, la transformación de, y en, sociedades personalistas, tiene efectos sobre el régimen de responsabilidad personal de los socios²²¹. Sintetizamos el régimen legal aplicable:

- (i) Sus derechos políticos y patrimoniales permanecen inalterables, salvo que resulten incompatibles con el nuevo tipo social; la modificación de la participación social de un socio requiere su consentimiento y el de todos los socios que permanezcan en la sociedad²²². Así, los socios han de mantener la misma proporción de participación en el capital social, salvo consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad²²³
- (ii) Subsisten las obligaciones de los socios frente a la sociedad.
- (iii) La LME reconoce el derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de transformación. Distingue si a consecuencia de la transformación los socios asumen una responsabilidad personal por las deudas sociales (el socio que no vota a favor del acuerdo de transformación queda separado de la sociedad si no se adhiere al acuerdo) o no (el socio que no vota a favor del acuerdo puede ejercitar su derecho de separación, pero si no lo ejercita la separación no se lleva a efecto²²⁴).
- (iv) Los acreedores no tienen derecho de oposición a la transformación, por lo que la separación de unos socios y consiguiente reducción del capital social podría afectar su garantía de cobro; para evitarlo, además del derecho a oponerse a la reducción de capital, “salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las

²¹⁹ BOQUERA MATARREDONA, J.: “La transformación de las sociedades mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

²²⁰ BOQUERA MATARREDONA, J.: “La transformación de las sociedades mercantiles”, *ibid.*, p. 23.

²²¹ PALÁ LAGUNA, R.: “Transformación de sociedades personalistas”, *ibid.*, p. 359.

²²² BOQUERA MATARREDONA, J.: “La transformación de las sociedades mercantiles”, *ibid.*

²²³ MADRID PARRA, A. y ALVARADO HERRERA, L.: “Transformación de las sociedades mercantiles”, *ibid.*, p. 684.

²²⁴ MADRID PARRA, A. y ALVARADO HERRERA, L.: “Transformación de las sociedades mercantiles”, *ibid.*, p. 684.

deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad”²²⁵. Esta responsabilidad prescribe a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 21 LME).

La aplicación del art. 130.2 CP en caso de transformación o, lo que es lo mismo, la aplicación del art. 31 bis a la sociedad transformada por delito cometido antes de la transformación, puede plantear interesantes problemas en cuanto a la **responsabilidad civil** derivada del delito: *quid* del derecho de separación de los socios no conformes con la transformación²²⁶, ¿seguirían estos siendo responsables, no obstante haber ejercido su derecho y no formar parte de la empresa?; en caso de transformación de una sociedad personalista (en la que los socios responden personalmente de las deudas de la sociedad) en una capitalista, ¿sería aplicable la limitación de la responsabilidad respecto de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito antes de la transformación, una vez pasado el plazo de cinco años que establece el art. 21 LME?; en caso de transformación de sociedad capitalista en personalista, es decir, cuando los socios en virtud de la transformación asumen responsabilidad personal ilimitada por las deudas sociales, en virtud de la cual “responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación”²²⁷, ¿debemos incluir también la responsabilidad civil derivada del delito cometido con anterioridad a la transformación?

Desde otro ángulo, la transformación puede utilizarse para eludir el depósito y publicidad de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, ya que esta obligación solo rige para las sociedades colectivas y comanditarias simples integradas por socios colectivos que sean sociedades (art. 41 CCo), por lo que podría constituir, en sí mismo, un hecho relevante a efectos penales.

La cuestión se complica, además, cuando participa en la sociedad que se transforma una fundación que recibe por herencia una participación en una sociedad personalista, lo que podría obligarla a la venta en el plazo de un año, salvo que se produzca la transformación en sociedad de capitales (art. 24.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

Por otra parte, la transformación puede darse como paso previo a una fusión o escisión, o como parte de una reestructuración societaria de mayor envergadura. Por ejemplo, en un grupo de sociedades, transformación de la sociedad dominante, sociedad anónima o limitada, en sociedad colectiva o comanditaria simple cuyos socios sean sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

²²⁵ Así, respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el art. 331 LSC dispone: “1. Los socios a quienes se hubiera restituido la totalidad o parte del valor de sus aportaciones responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros. 2. La responsabilidad de cada socio tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social. 3. La responsabilidad de los socios prescribirá a los cinco años a contar desde la fecha en que la reducción fuese oponible a terceros”. Ahora bien, el art. 332 LSC excluye la responsabilidad solidaria cuando, al acordarse la reducción mediante la restitución de la totalidad o parte del valor de las aportaciones sociales, se dotase una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución de la aportación social. El art. 334 establece el derecho de oposición de los acreedores de sociedades anónimas.

²²⁶ Art. 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

²²⁷ Art. 21 de la Ley 3/2009.

4.3 Motivos de la exclusión del objeto de estudio

La transformación no va a ser objeto de nuestro estudio por dos motivos:

- 1) En primer lugar, la transformación no es vehículo hábil para adquirir una empresa, si bien puede dar lugar, como se ha apuntado, a una “desinversión” de los socios que ejerciten su derecho de separación.
- 2) En segundo lugar, la responsabilidad penal de la empresa transformada no plantea los problemas en orden a su constitucionalidad e interpretación que, por el contrario, ofrecen las fusiones y escisiones. Mediante su transformación, la sociedad cambia de forma jurídica, permaneciendo la identidad (aunque sea “transformada”) del titular de la actividad empresarial. No hay un cambio en el sujeto jurídico titular de la empresa por otro sujeto distinto ni, por tanto, transmisión del patrimonio social por sucesión universal²²⁸. No entraña la disolución de la sociedad²²⁹ ni su liquidación²³⁰.

Por estos motivos, como ya anunciábamos en la exposición del objeto de estudio, se ha considerado adecuado excluir el examen de los problemas que este tipo de modificación estructural puede plantear, que reservamos para un estudio futuro.

²²⁸ LEÓN SANZ, F.J.: “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo I, 2009, *ibid.*, p. 121.

²²⁹ Como hemos mencionado anteriormente, la legislación alemana sí que reguló la figura, inicialmente, como un supuesto de disolución y creación de una nueva sociedad.

²³⁰ Un supuesto interesante es abordado en la STS de 30/01/1987 (RJ 1987, 364), descrito en PALÁ LAGUNA, R.: “Transformación de sociedades personalistas”, *ibid.*, p. 331.

5. Fusión

5.1 Introducción

El primer párrafo del art. 130.2 CP contempla la fusión como hecho que activa el traslado de la responsabilidad penal de la entidad fusionada a la resultante de la fusión. En este capítulo analizaremos qué se entiende por fusión, cuándo tiene efectos legales la fusión, qué tipos de fusión existen, efectos que produce y distinción de figuras afines.

5.2 Concepto de fusión

Hay que comenzar señalando que son varias las clases y regímenes aplicables a una fusión, lo que dificulta su comprensión y explica la dispersión normativa. Así, podemos distinguir entre fusión por absorción, fusión por constitución de una sociedad nueva y fusión de una sociedad totalmente participada. Puede tratarse, asimismo, de una fusión nacional, de una fusión transfronteriza intracomunitaria (dentro del ámbito de la UE) o internacional o extracomunitaria. A ello hay que sumar las diferencias impuestas por el tipo de entidades que se fusionen (por ejemplo, si se trata de una sociedad anónima o limitada, o sociedad anónima europea, o fusión entre cooperativas, asociaciones o fundaciones, por ejemplo) y, además, las especialidades cuando se trata de sociedades cotizadas o sometidas a una legislación sectorial. Todas ellas entrarían en el ámbito del art 130.2 CP

Lo que caracteriza un proceso de fusión es la disolución sin liquidación y traspaso de la totalidad del patrimonio, activo y pasivo, de la sociedad o sociedades fusionadas, a otra sociedad, que puede ser o bien una sociedad ya existente (sociedad absorbente) o bien una sociedad de nueva constitución.

Cuando se trata de sociedades, el proceso de fusión termina con la inscripción de la escritura en la que se plasma el acuerdo de fusión en el Registro Mercantil y la cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas.

5.2.1 Concepto de fusión en Derecho mercantil

En España, el art. 22 de la **L3/2009 de 3 de abril**, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, define la fusión por sus efectos²³¹:

“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la

²³¹ La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, modificada por la Directiva UE 2019/2021, regula las operaciones de fusiones nacionales de sociedades anónimas y las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, limitadas y comanditaria por acciones. Define el término fusión aplicable a la fusión nacional de sociedades anónimas, distinguiendo entre fusión por absorción y fusión por constitución de una nueva sociedad. Por otra parte, ofrece una definición auténtica de fusión transfronteriza, aplicable, en el caso de España (art 119 en relación con el Anexo II), no solo a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas, sino también a aquellas que afectan a sociedades limitadas y comanditarias por acciones. Se aplica el régimen, además, a cualquier otra sociedad con capital social que goce de personalidad jurídica, que posea un patrimonio separado que responda por sí solo de las deudas de la sociedad y sujeta por su legislación nacional a condiciones de garantías tales como las previstas por el título I, capítulo II, sección 2, y capítulo III, sección 1, para proteger los intereses de socios y terceros

transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”

A continuación (arts. 23 y ss. L 3/2009) se concretan estos efectos:

La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades.

5.2.1.1 Efectos propios de la fusión

Por tanto, podemos sintetizar así los efectos de la fusión²³²:

- a) extinción de todas las sociedades participantes o de todas menos una, como sujetos de derecho, y también en su aspecto meramente contractual, con la disolución de sus vínculos societarios;
- b) transmisión en bloque y por sucesión universal del patrimonio de las sociedades extinguidas a la sociedad resultante, sin que tengan que cumplirse las reglas de transmisión que se exigirían en virtud de los bienes, derechos y obligaciones que lo conforman (por ejemplo, necesidad de consentimiento del acreedor en caso de sustitución del deudor, art. 1205 CC), si bien se establecen otros mecanismos de protección de terceros (derecho de oposición de acreedores), y
- c) el paso de los socios las sociedades que se extinguen a la sociedad resultante, si bien es un elemento que puede faltar, por ejemplo, en caso de absorción de una sociedad íntegramente participada o de participaciones propias de las sociedades que se fusionan. Por ello, lo esencial es el mantenimiento de la condición de socio.

5.2.1.2 Fecha de la fusión

Se concibe la fusión como un proceso estructurado en fases (proyecto de fusión, acuerdos, formalización e inscripción). Por ello, en cuanto a la fecha en que tiene lugar, hay que

²³² Para un estudio detallado sobre los efectos de la fusión, ver SEQUERIA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Aranzadi, 2009, pp. 404-419.

distinguir entre el convenio de fusión, por el que quedan vinculadas las sociedades entre sí, y el momento en el que la escritura accede al Registro Mercantil (arts. 45 y 46 LME), que será cuando la fusión tenga efecto²³³. La inscripción registral es constitutiva.

5.2.2 Concepto de fusión en Derecho tributario

El art. 76.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) no se remite al concepto de fusión que cabe extraer del ordenamiento mercantil, sino que opta por establecer una definición propia de fusión:

1. Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

a) Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.

Se exige, por tanto, un requisito no exigido por la legislación mercantil: en caso de haber compensación complementaria en dinero a los socios de las sociedades que se extinguen, no podrá exceder del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

Por otra parte, el artículo se refiere a la atribución de “valores”, por lo que la DGT ha rechazado, por ejemplo, la subsunción en la definición de una fusión entre sociedades “gemelas”; además, al margen de los casos de absorción de una sociedad íntegramente participada por la absorbente, solo admite la aplicación del régimen especial a fusiones

²³³ La cuestión del momento en que se produce la sucesión universal no es pacífica. La opinión prevalente considera que se produce con el otorgamiento de la escritura pública de fusión, siquiera con pendencia de sus efectos hasta que se practique su inscripción. Así, v.g. STS de 7 de junio de 1994, R. 4895, citada por VICENT CHULIÀ en “Introducción al Derecho Mercantil”, 2022, *ibíd.*, p.1547.

en las que no se produce la atribución de títulos cuando la sociedad absorbida y la absorbente están íntegramente participadas por un solo socio de forma indirecta²³⁴.

Además, el art. 89.2 LIS declara inaplicable el régimen especial de la fusión si la operación tiene como principal objetivo el “fraude o la evasión fiscal”, exigiendo que la operación se efectúe por “motivos económicos válidos”, excluyendo como tal la finalidad de conseguir una ventaja fiscal (es decir, la búsqueda de una ventaja fiscal no constituye un motivo económico válido para que la fusión se beneficie del régimen fiscal especial aplicable a las fusiones). La interpretación de qué constituye un “motivo económico válido” ha sido objeto de numerosas consultas a la DGT, que sigue un criterio más restrictivo que el TJUE²³⁵.

Sin entrar en la complejidad que entraña el régimen fiscal aplicable a las fusiones, basta señalar aquí que el concepto mercantil de fusión no coincide con el recogido en la LIS. Si la fusión no se ajusta a lo dispuesto en la LIS, será fusión, a efectos mercantiles, pero “se eliminarán los efectos de la ventaja fiscal” (art. 89.2 LIS). El TS ha declarado que en los supuestos en los que la Inspección aprecie, tras las oportunas comprobaciones, que resulta aplicable la cláusula antiabuso, no procede imponer sanciones, solo la exigencia de las cuotas dejadas de ingresar con sus intereses, a diferencia de lo que ocurría con el art. 16.2 de la anterior Ley 29/1991²³⁶.

5.2.3 La fusión en el Derecho de la competencia (concentración)

Las fusiones son uno de los instrumentos jurídicos mediante los cuales se puede llevar a cabo una concentración de empresas y, en particular, las fusiones transfronterizas intracomunitarias son un método para que sociedades ubicadas en distintos Estados de la UE concentren sus patrimonios. Desde un punto de vista económico, la concentración empresarial presenta ventajas (favorece la competitividad de las empresas) e inconvenientes (al reducirse el número de empresas en el mercado puede acabar dificultándose la existencia de una competencia eficaz)²³⁷. Para evitar que este fenómeno conduzca a situaciones monopolísticas u oligopolistas, el Derecho de la competencia establece el control de las operaciones que considera “concentraciones”. Estas normas de control exigen una autorización administrativa para que pueda llevarse a cabo la concentración cuando, a consecuencia de la misma, las empresas alcancen o refuercen una posición de dominio en el mercado y puedan llegar a determinar el funcionamiento del mismo (por ejemplo, imponiendo subidas de precios)²³⁸.

Así, el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por

²³⁴ MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y escisión” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. II, 2009, p. 1006.

²³⁵ MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y escisión”, *ibid.*, pp. 1025-1026.

²³⁶ MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y escisión”, *ibid.*, p. 1030.

²³⁷ ALONSO SOTO, R.: “La aplicación del derecho de competencia a las fusiones y a otras modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: el control de las operaciones de concentración económica”, en ROJO, A. et al. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, 2015, Cizur Menor, Aranzadi, p. 626.

²³⁸ ALONSO SOTO, R.: “La aplicación del derecho de competencia”, *ibid.*, p. 626.

objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

La Comisión Europea aplica una visión económica (“interpretación economicista” la llaman algunos autores) a la legislación en materia de defensa de la competencia. Ahora bien, ¿quiere esto decir que incluye dentro del término “fusión” tanto a las fusiones de derecho como de hecho²³⁹?

El objetivo de proteger la competencia en el mercado se lleva a cabo, entre otras medidas, mediante el control de las concentraciones empresariales. El ámbito de aplicación del Derecho de la competencia se limita, en este sentido, a las operaciones que se conceptúan como “concentraciones”, para lo que se pueden utilizar dos criterios: el primero, en función del procedimiento jurídico seguido para lograr la concentración (fusión, compra de acciones, contratos de cesión de la gestión de una empresa, etc.); el segundo, en función de los resultados alcanzados desde un punto de vista económico (pérdida de la independencia económica que se produce a través de la adquisición del control de una empresa por otra)²⁴⁰.

El Reglamento comunitario de concentraciones²⁴¹ define las operaciones de concentración considerando como elemento básico el cambio duradero del control, enumerando los procedimientos jurídicos (entre los que incluye la fusión, la compra de activos o la participación en el capital) y excluyendo algunos supuestos²⁴². El elemento decisivo es la adquisición del control desde el punto de vista económico, esto es, que se pueda ejercer una influencia decisiva sobre la empresa controlada²⁴³.

Ya en nuestro país, el art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia define la concentración económica:

A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes,*
o
- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.*
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas,*

²³⁹ TAPIA HERMIDA, A.: “Fusiones transfronterizas intracomunitarias. Introducción” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dir.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, 2009, p. 809.

²⁴⁰ ALONSO SOTO, R.: “La aplicación del derecho de competencia”, *ibid.*, p. 627.

²⁴¹ Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DOUE» núm. 24, de 29 de enero de 2004.

²⁴² ALONSO SOTO, R.: “La aplicación del derecho de competencia”, *ibid.*, pp. 638-639.

²⁴³ Analiza esta cuestión ALONSO SOTO en “La aplicación del derecho de competencia”, *ibid.*, pp. 639-641.

cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

Como conclusión, podemos decir que, en el ámbito del Derecho de la competencia, la fusión es considerada una “concentración”, pero no toda concentración es una fusión, ya que la fusión es solo uno de los mecanismos a través de los cuales se puede obtener el control de una sociedad.

5.2.4 Fusión como “sucesión de titularidad” en el ámbito laboral

La creciente interdisciplinariedad entre el derecho mercantil y el laboral y la consiguiente utilización de instituciones de ambos ámbitos exige conocer la lógica de cada una²⁴⁴, algo, por lo demás, también aplicable al ámbito penal. Así, por una parte, la LME de 2009 regula ciertos aspectos laborales en los supuestos de modificaciones estructurales (fusión y escisión, entre otras). A su vez, el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a los supuestos de sucesión de empresa, estableciendo que el cambio de titularidad no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

El art. 44 ET²⁴⁵ no se refiere a personas jurídicas, tampoco a sociedades (como hace la LME), sino a empresas (apartado 2); no regula los casos de fusión o escisión en general, sino solo de aquellos que impliquen un cambio de titularidad de empresa (apartado 1); no habla de empresa absorbente/resultante y empresa absorbida/fusionada, sino de cedente y cesionario (a los que responsabiliza solidariamente cuando la cesión fuera declarada delito en el apartado 3). Al mismo tiempo, contiene una expresa mención a los supuestos de fusión y escisión en el apartado 8, imponiendo una obligación de informar a los representantes legales de los trabajadores sobre ciertos aspectos de la operación al tiempo de convocarse las juntas generales que han de adoptar los acuerdos, obligación que impone a “cedente y cesionario”, términos que, como hemos visto, no se corresponden

²⁴⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Fundamento y alcance de los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas y en las fusiones transfronterizas intracomunitarias”, ROJO, A. et. al. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, 2015, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, p. 715. El autor pone como ejemplo la Ley 31/2006, sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades de capital, y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMS), que incluyen reglas favorables a la participación de los trabajadores. Para un estudio general de la cuestión, vid. MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (coord.): “La sucesión de empresa”, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016.

²⁴⁵ “Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.”

con los sujetos intervinientes en una fusión o escisión (sociedades absorbente y absorbida o fusionada y resultante, o bien, si este fuera el caso, sus respectivas juntas de socios).

Resulta interesante subrayar que el ET considera la fusión y escisión como operaciones que, cuando conllevan un cambio de titularidad, son consideradas supuestos de sucesión de empresa, con la imposibilidad consiguiente de resolver los contratos de trabajo por este motivo. Este “cambio de titularidad” se dará cuando una empresa sea absorbida por otra en todo caso, porque la empleadora, a partir de la fusión, será la empresa absorbente. En cambio, no se considera que existe transmisión de empresa en los supuestos de adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad (que mantiene su propia existencia y personalidad), pues pervive la titularidad de la empresa desde una perspectiva formal²⁴⁶.

Como conclusión, vemos que el ET parte del concepto mercantil de fusión y su regulación, si bien refiriéndose a la fusión como un supuesto de sucesión empresarial, característica principal, por otra parte, del régimen previsto en la regulación mercantil.

5.3 Ámbito subjetivo

Los sujetos otorgantes de la escritura de fusión son las sociedades participantes, no los socios. Las aportaciones a la sociedad resultante de la fusión son hechas por las sociedades que participan en bloque y a título universal, no por los socios²⁴⁷.

Como señalábamos anteriormente, la fusión de sociedades es un proceso reglado, de tal forma que solo si concurren las exigencias subjetivas, procedimentales y de eficacia, se podrá hablar de fusión de sociedades en sentido estricto.

La LME regula la fusión de sociedades mercantiles, estableciendo algunas particularidades y excepciones para ciertos tipos de sociedades (v.g., solo pueden participar en una fusión transfronteriza sociedades de capital de distintos Estados del Espacio Económico Europeo, siendo una de ellas una sociedad de capital española²⁴⁸; además, hay que tener en cuenta la normativa específica de ciertas sociedades, como las sociedades profesionales las sociedades laborales o las sociedades de garantía recíproca)²⁴⁹. La LME no regula las fusiones heterogéneas entre sociedades mercantiles inscritas y otras entidades (sociedades no inscritas, asociaciones, fundaciones, etc.) o entre entidades distintas a las sociedades mercantiles inscritas. Dada la excepcionalidad del régimen de sucesión universal respecto a las normas del Derecho común, la

²⁴⁶ GIL y GIL, J.L. y DEL VALLE VILLAR, J.M.: “La tutela de los trabajadores en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en ROJO, A. et al. (coords.), *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 683-684, con cita de abundante jurisprudencia

²⁴⁷ SEQUERIA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 382.

²⁴⁸ Arts. 54 y 56 LME.

²⁴⁹ MARTÍ MOYA, V.: “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva Ley de modificaciones estructurales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 56.

admisibilidad de este tipo de fusiones dependerá de la existencia de una norma que las admita de forma expresa²⁵⁰.

5.4 Clases de fusiones

5.4.1 Fusión por absorción

La doctrina entiende por fusión por absorción “la operación por la cual una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, en el momento de su disolución sin liquidación, sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital de la otra entidad y, en su caso, una determinada compensación en dinero”²⁵¹. La entidad adquirente se subroga en los derechos y obligaciones de la entidad transmitente. Puede tener lugar dentro de un mismo grupo empresarial, constituyendo entonces una operación de concentración, o bien tratarse de una operación de reestructuración entre entidades independientes.

Los efectos de una fusión por absorción son los siguientes:

- 1) extinción de una o varias sociedades mediante su disolución sin liquidación;
- 2) transmisión a título universal de los derechos y obligaciones de las entidades extinguidas a otra sociedad preexistente; y
- 3) participación de los socios de las entidades disueltas en el capital de la sociedad adquirente

El artículo 89 LME dispone²⁵²:

“A efectos del presente capítulo, se considerará «fusión por absorción» la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a los accionistas de la o las sociedades absorbidas de acciones de la sociedad absorbente y, eventualmente, de una compensación en dinero que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”.

5.4.2 Fusión por constitución de una nueva entidad

La fusión por constitución de una nueva entidad viene definida en el art. 90 LME:

²⁵⁰ SEQUERIA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión”, *ibid.*, p. 385 y las referencias vistas en el capítulo 3.0.

²⁵¹ Memento Práctico “Reorganización empresarial (fusiones)”, Francis Lefebvre, 2012.

²⁵² El artículo 105 de la Directiva (UE) 2017/1132 establece, respecto a la fusión por absorción, lo siguiente: 1. “La fusión produce ipso iure 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, y c) la sociedad absorbida dejará de existir”. En virtud de lo dispuesto en el art 109, la previsión del art 105 rige también para las fusiones que se realizan mediante la constitución de una nueva sociedad, sustituyéndose las expresiones «sociedades que se fusionan» o «sociedad absorbida» por “sociedades que desaparecen” y la expresión «sociedad absorbente» por “la nueva sociedad.

“A efectos del presente capítulo se considerará «fusión por constitución de una nueva sociedad» la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente mediante la atribución a sus accionistas de acciones de la nueva sociedad y, eventualmente, de una compensación en dinero que no supere el 10 % del valor nominal de las acciones atribuidas o, a falta de valor nominal, de su valor contable”.

En la fusión por constitución de una nueva entidad, dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una determinada compensación en dinero.

Como en el caso anterior, existe una similitud entre el concepto fiscal y mercantil de estas operaciones, cuyos efectos son:

- a) extinción de dos o más sociedades mediante su disolución sin liquidación;
- b) transmisión a título universal de los derechos y obligaciones de las entidades extinguidas a una entidad de nueva constitución; y
- c) participación de los socios de las entidades disueltas en el capital de la nueva sociedad adquirente del patrimonio de aquellas entidades.

La entidad adquirente de nueva constitución valorará a efectos fiscales los elementos patrimoniales adquiridos procedentes de las entidades extinguidas por su valor normal de mercado. Si contablemente se registran por un valor inferior, la diferencia entre ambos valores se ha de integrar en la base imponible de la entidad adquirente.

En los socios de las entidades transmitentes, tanto personas físicas como jurídicas, se genera una ganancia o pérdida patrimonial en el canje de valores, determinada por la diferencia entre (i) los valores representativos de la participación de los socios en el capital de las entidades que se extinguen y (ii) los valores representativos del capital de la nueva entidad que reciben a cambio.

5.4.3 Fusiones especiales simplificadas

Son operaciones que tienen lugar dentro de un grupo de sociedades, tales como:

- a) La **fusión impropia**²⁵³, que tiene lugar cuando la entidad absorbente tiene una participación en el capital de la entidad absorbida, siendo el caso más representativo cuando la entidad adquirente tiene la totalidad del capital de la entidad transmitente. Ejemplo: la sociedad A absorbe a la sociedad B de la cual tiene la totalidad de su capital social.

²⁵³ JUSTE MENCIA, J.: “Fusiones especiales” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, pp.767- 803.

- b) La **fusión impropia inversa**, que tiene lugar cuando la sociedad dominante resulta absorbida por su filial directa, es decir, la entidad transmitente tiene la totalidad de la participación en el capital de la entidad absorbente. Ejemplo: la entidad A tiene el 100% del capital de la entidad B. B absorbe a la entidad A.
- c) Las fusiones entre sociedades participadas íntegra y directamente por un mismo socio (fusiones **gemelares**).
- d) Se establece también un régimen especial cuando se trate de fusión por absorción por parte de una sociedad que posea el 90 % o más del capital social de la absorbida²⁵⁴

5.4.4 Fusión transfronteriza intracomunitaria

La 10ª Directiva (Directiva 2005/56 de 26 de octubre, hoy derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades) armonizó la legislación de los Estados miembros en materia de fusiones intracomunitarias, es decir, fusiones internacionales en las que participan sociedades nacionales de los Estados miembros, a fin de eliminar los obstáculos existentes y facilitar las concentraciones de empresas europeas.

El art. 118 de la Directiva (UE) 2017 delimita su ámbito de aplicación a las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio social, su centro de efectiva administración, o su principal establecimiento, dentro de la Unión, si al menos dos de ellas están sujetas a la legislación de Estados miembros diferente.

La fusión transfronteriza intracomunitaria, así definida, recibe un tratamiento propio y específico respecto al régimen general aplicable a las fusiones nacionales.

5.4.5 Fusión internacional

La fusión internacional que no entre dentro del concepto de fusión transfronteriza intracomunitaria no puede acogerse al régimen previsto para esta. La ley aplicable será aquella determinada aplicando las normas de Derecho Internacional privado.

Un ejemplo de fusión internacional extracomunitaria es la fusión de una sociedad anónima española con una sociedad de un Estado no perteneciente a la Unión Europea.

5.5 Carácter obligatorio o potestativo del régimen

La cuestión del carácter, obligatorio o potestativo, del régimen establecido en la LME para llevar a cabo una transmisión de empresa ha sido analizada, con carácter general (haciendo referencia a las distintas operaciones reguladas en la LME) en el epígrafe 3.7 anterior. Como decíamos, la mayoría de la doctrina considera que la LME no prohíbe la transmisión de la empresa, o de las diferentes unidades económicas que la componen, a través del régimen de transmisión particular de cada uno de los elementos²⁵⁵. Eso sí, si no

²⁵⁴Arts. 50 y 51 LM y en similares términos arts. 110 a 115 de la Directiva (UE) 2017/1132.

²⁵⁵ El art. 81.1 LME, al definir la cesión global, dice “podrá”, no “deberá”, transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal y el Preámbulo de la LME se refiere a la cesión como un instrumento legislativo “más” para la transmisión de empresas.

se sigue el procedimiento establecido en la LME no se producirá la sucesión universal. En cuanto a la protección de socios y acreedores, entiende que el régimen general ya otorga suficiente protección, en concreto, el consentimiento requerido para la transmisión, en el caso de los acreedores, y el art. 160.f) LSC en el caso de los socios para la salida de activos esenciales.

Ahora bien, en el régimen establecido para la fusión es necesario precisar que el art. 53 LME asimila a la fusión la transmisión de la totalidad del patrimonio a la empresa titular del capital social:

“También constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla”

En este caso, no estamos realmente en presencia de dos empresas independientes, sino de dos empresas vinculadas; la filial se extingue después de transmitir todo su patrimonio a su única socia. En caso de grupo de sociedades, las distintas sociedades integradas en el mismo responden a una única dirección económica, que vela por los intereses del grupo empresarial en su conjunto.

Lo relevante, a efectos penales, es que la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad que se extingue a otra sociedad que es su única socia única se asimila a las operaciones de fusión, lo que impide su caracterización como cesión global; entendemos, por ello, que debe ser incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP.

5.6 Delimitación de la fusión de otras operaciones

Analizado el fenómeno de la fusión, resta por deslindar este tipo de operación de otras que pueden considerarse afines por dar lugar a efectos económicos análogos.

5.6.1 Compraventa de títulos

La compraventa de la totalidad o parte de las acciones o participaciones de una sociedad, en la que no hay disolución de la empresa cuyos títulos se adquieren, aun cuando se acuerde el pago de parte del precio mediante acciones o participaciones de la sociedad adquirente, no constituye una fusión.

En caso de venta de la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad A (o de una participación de control en la sociedad contaminada) a la sociedad B, la primera vendría a integrarse en el grupo empresarial de B, como filial. Si A hubiera cometido un delito, la responsabilidad penal no se trasladaría a B por el mero hecho de haberse convertido en su matriz o haber adquirido una participación en la sociedad contaminada.

5.6.2 Compraventa de activos

En caso de venta de activos, ambas partes, la sociedad compradora y la sociedad vendedora, seguirán existiendo y teniendo cada una su propia personalidad jurídica. No hay fusión ni escisión. La sociedad vendedora transmitirá determinados bienes a la

compradora (que, no hay que olvidar, puede ser persona física o jurídica, a diferencia de lo que ocurre en las modificaciones estructurales), a cambio de un precio.

El art. 130.2 CP no contempla la compraventa de activos, ni aún en el caso de que se trate de activos esenciales de la sociedad en la que se cometió el delito (por su valor, su relevancia estratégica o por cualquier otro motivo), o que afecte a la totalidad de los bienes y derechos.

Como hemos visto anteriormente, al no acudir a las fórmulas previstas en la LME, la empresa compradora puede verse privada de las ventajas que ofrece el régimen previsto, pero las partes pueden buscar obtener el mismo resultado económico por vías distintas.

5.6.3 Cesión global de activo y pasivo

La cesión global de activo y pasivo es una vía para la transmisión de empresas y está regulada en el Título IV de la LME como una modificación estructural con identidad propia, distinta de la fusión (regulada en el Título II) y de la escisión (en el Título III).

Si bien la cesión global de activo y pasivo no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 130.2 CP (habría que añadir, de momento), la consideración que de la misma comienzan a hacer los tribunales, que anuncian la aplicación de la norma prevista en el precepto aun cuando no constituya una fusión, escisión o transformación, aconseja tratarla separadamente del resto de operaciones diferenciadas de la fusión, lo que haremos en un capítulo específicamente dedicado a ella.

5.7 Conclusiones

5.7.1 La fusión como forma de adquirir una empresa

La fusión, sea mediante la constitución de una nueva sociedad, sea mediante la absorción de la sociedad adquirida, es una de las formas posibles para llevar a cabo la adquisición de una empresa. Como vimos en el capítulo dedicado a las modificaciones estructurales, las empresas, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa (art. 53 CE), pueden elegir la forma de adquisición que mejor se adapte a sus intereses, con el límite de que no se busque un propósito ilícito o, dicho en otros términos, siempre que la operación responda a un motivo económico.

5.7.2 La fusión como proceso típico

Si bien, como hemos visto, existen distintos regímenes mercantiles aplicables a distintos tipos de fusiones (internas, transfronteriza intracomunitaria o extracomunitaria) y con particularidades dependiendo de los entes que participen en la fusión (sociedades, y dentro de ellas, los distintos tipos sociales, S.A., S.L., etc.; cooperativas, fundaciones, asociaciones ...), en todas ellas podemos distinguir unos efectos “típicos”: transmisión del patrimonio por sucesión universal y disolución sin liquidación, al menos de una de las entidades participantes.

5.7.3 Finalidad de la normativa europea sobre fusiones y escisiones

El régimen promovido por el legislador europeo con la normativa dictada en materia de fusiones y escisiones no tiene otro propósito que facilitar la adaptación de las empresas europeas al entorno cambiante del mercado, haciéndolas más competitivas o proporcionando vías para resolver las situaciones de crisis o insolvencia a las que se pueden enfrentar, favoreciendo de esta forma el empleo y crecimiento económico en la Unión Europea.

6. Escisión

6.1 Introducción

La escisión es una modificación estructural que puede servir no solo para reorganizar el patrimonio social sino también para ejecutar un cambio de estrategia empresarial²⁵⁶. Así, puede servir para distribuir patrimonio social entre los socios sin liquidación de la sociedad (escisión subjetiva), para la creación de un grupo de sociedades o su reestructuración, para permitir la especialización del grupo por tipo de actividad económica (por ejemplo, una sociedad retiene la propiedad de los inmuebles y otra asume la gestión del negocio²⁵⁷), área geográfica, el saneamiento de la empresa (por ejemplo, cuando la operación es el resultado del convenio de un concurso), la medida para dar cumplimiento a una obligación impuesta por las autoridades nacionales o comunitarias de la competencia (si hay una excesiva concentración, es decir, una cuota de mercado considerada excesiva) o puede responder a una nueva planificación fiscal²⁵⁸.

El concepto de escisión no es único, no solo por las distintas modalidades de escisión existentes (total, parcial, segregación y, como operación asimilada a la escisión, la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio), y las particularidades que pueden darse en función de las sociedades que intervengan (v.g. nacionales, extranjeras, sociedad anónima europea), sino porque son diferentes los requisitos exigidos en las distintas áreas del Derecho. Así, una operación de escisión, a efectos mercantiles, puede no ser considerada tal a efectos fiscales y, por tanto, no beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal que se aplica a la escisión.

La escisión, como hecho que activa la regla de extensión de la punibilidad del art. 130.2 CP, puede dar lugar a una variedad de escenarios (que examinamos en el Bloque III) en los que sea preciso resolver cuestiones en las que confluyen normas ajenas al ámbito penal, por ejemplo:

- a) Determinación de la ley aplicable a la escisión en la que participen sociedades de nacionalidades distintas (v.g., varias beneficiarias), que pueden pertenecer a países del Espacio Económico Europeo o no.
- b) ¿Cuándo se extingue una entidad que participa en un proceso de escisión?
- c) ¿Como se valora el porcentaje que la entidad adquirida representa en la adquirente (valor de mercado de los elementos patrimoniales, valor contable, valor fiscal)? El criterio de ponderación establecido en el art. 130.2 CP ¿es acorde con los principios que rigen la escisión en el ámbito mercantil?

²⁵⁶ Estudian en profundidad la escisión, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009; vid., asimismo, RUBIO VICENTE, P., ALONSO LEDESMA, C., entre otros, en la misma obra colectiva; OLEO BENET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, Civitas, 1995.

²⁵⁷ Sirva de ejemplo la salida a bolsa de Sol Meliá, a la que se le asignó la gestión de los hoteles del grupo, mientras la propiedad de los inmuebles quedaba en Inmotel, propiedad de la familia Escarrer y que no salió a bolsa. Años después se fusionaron ambas, dando lugar a la actual Meliá Hotels.

²⁵⁸ VICENT CHULIÁ, Francisco: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1592.

- d) ¿Qué ocurre en caso de adquisiciones concatenadas?
- e) Si la escisión va acompañada de la transformación de la sociedad, los socios pueden ejercitar el derecho de separación (art. 68 LME). ¿Qué implicaciones puede tener el ejercicio del derecho de separación a la hora de aplicar el art. 130.2 CP?
- f) La declaración de nulidad de una escisión, ¿puede tener incidencia en la aplicación del art. 130.2 CP? Y a la inversa, ¿puede el juez penal declarar la nulidad de una escisión que considere hecha en fraude de ley?

6.2 Concepto

El CP no define qué ha de entenderse, a efectos penales, como escisión. Ahora bien, dado que se trata de un concepto normativo, hay que acudir a la legislación mercantil, en concreto, al Derecho de Sociedades, que es donde se regulan los requisitos y efectos de la escisión. Como adelantábamos, no toda escisión podrá disfrutar del especial régimen fiscal previsto para este tipo de operaciones, ya que para ello deberá cumplir los requisitos que establece en cada caso la norma fiscal aplicable (LIS, LGT, etc.). Así, por ejemplo, el art 76.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) exige que la atribución a los socios de los títulos de la entidad o entidades beneficiarias se realice con arreglo a una norma proporcional, en función a su participación en el capital de la sociedad escindida; en caso de segregación, se requiere que la parte o partes segregadas constituyan una “rama de actividad”.

En la interpretación de la normativa nacional hay que tener en cuenta la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, modificada por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 (en adelante, **Directiva 2017/1132**), aplicable en España a las operaciones de escisión de sociedades anónimas de carácter nacional y a las operaciones de escisión transfronterizas de sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, que los Estados miembros deben implementar a más tardar el 31 de enero de 2023.

En el ámbito subjetivo, la LME exige, para la aplicación de las normas reguladoras de la escisión, que las entidades participantes sean sociedades de naturaleza mercantil (ya sean sociedades de capital o personalistas; se incluyen, por su naturaleza mercantil, la Agrupación de Interés Económico²⁵⁹ o la Sociedad de Garantía Recíproca²⁶⁰); se excluye a las sociedades cooperativas, que tienen un régimen legal específico. Las sociedades en liquidación pueden participar en una escisión (art. 28 LME, aplicable por la remisión general contenida en el art. 73.1 LME)²⁶¹ hasta el momento de comienzo de la distribución de su patrimonio entre los socios y también las sociedades en concurso.

²⁵⁹ Art. 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

²⁶⁰ Art. 4 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

²⁶¹ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 27.

La característica de una operación de escisión es la transmisión en bloque, *ipso iure*, por sucesión universal, del patrimonio escindido, a resultas de lo cual el patrimonio de una entidad queda dividido en dos o más partes. Contemplada desde la óptica de la sociedad escindida, es el reverso de la fusión, en la que los patrimonios de dos más entidades se concentran en una sola entidad (la resultante de la fusión).

6.3 Efectos de la escisión

La escisión produce *ipso iure* y simultáneamente los siguientes efectos²⁶²:

1. La transmisión del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias, que será la totalidad del patrimonio, si se trata de una escisión total, o la parte del patrimonio escindido, si es una escisión parcial, transmisión que se produce tanto entre la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias como frente a terceros.
2. En la escisión propiamente dicha (ya sea total o parcial), los socios o accionistas de la sociedad escindida se convertirán en socios o accionistas de una o más de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión. En la escisión por segregación, como luego veremos, no son los socios quienes reciben los títulos de la sociedad o sociedades beneficiarias, sino la propia sociedad que se escinde²⁶³.
3. En la escisión total, la sociedad escindida dejará de existir.

6.4 Partícipes

En una escisión participan necesariamente:

- a) La **sociedad escindida**, que transmite, en caso de escisión total, la totalidad de su patrimonio activo y pasivo a dos o más sociedades; en caso de escisión parcial o de escisión por segregación, solo transmite una parte de su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades, subsistiendo tras la escisión (en la escisión parcial la sociedad escindida o cedente no se disuelve, continúa existiendo).
- b) La **sociedad o sociedades beneficiarias**, que pueden ser de nueva constitución (*newcos*) o ya existentes, a cada una de las cuales se transmite en bloque una parte del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida.

6.5 Clases

La escisión propiamente dicha (*demerger*) comprende dos modalidades: la escisión total²⁶⁴ (división), y la escisión parcial (*spin-off*). Además, ambas pueden realizarse a

²⁶² Art. 151.1 Directiva (UE) 2017/1132, en relación a la escisión total de sociedades anónimas. Se consideran operaciones asimiladas a las operaciones de escisión, bajo condición de que la legislación de un Estado miembro lo permita, tanto las escisiones en las que la compensación en especie supere el 10 % (art 158), lo que no ocurre en el caso español, como aquellas en las que la sociedad escindida no deje de existir (art 159), es decir, las escisiones parciales.

²⁶³ Originariamente, cuando la segregación todavía no había tenido un reconocimiento legal, se consideraba “impropia” la escisión parcial, frente a la “propia”, que era la total. Hoy resulta más adecuado hablar de escisión propia para referirnos a la escisión total o parcial, y de impropia, para referirnos a la segregación.

²⁶⁴ Habla del polimorfismo de la escisión OLEO BANET, F. en “La escisión de la sociedad anónima”, 1995, *ibid.*, pp. 49 y ss., distinguiendo: la escisión propia o total, aquella en que la sociedad escindida se extingue atribuyendo todo su patrimonio a dos o más sociedades creadas al efecto (conocida, en la doctrina

favor de una sociedad ya existente con anterioridad a la escisión (escisión por absorción) o que se constituya de forma simultánea a la escisión, con la aportación de la parte de patrimonio escindida²⁶⁵.

6.5.1 Escisión total

Se entiende por escisión total (art. 69 LME)

“la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde”.

Lo que caracteriza la escisión total frente al resto de modalidades es, por tanto, la extinción de la sociedad escindida. La extinción de la sociedad escindida se produce con la inscripción de la escritura de escisión.

Como consecuencia de la escisión total se produce la transmisión en bloque de su patrimonio a dos o más sociedades mercantiles, con integración de sus socios en las sociedades beneficiarias²⁶⁶. La regla general de reparto es la proporcional, pero actúa como regla supletoria para la atribución de elementos del activo no adjudicados (art. 75 LME), ya que permite que las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias se repartan de forma no proporcional²⁶⁷.

El precepto no exige que cada una de las partes escindidas constituya una “unidad económica”, requisito que, en cambio, sí se requiere en caso de escisión parcial²⁶⁸.

6.5.2 Escisión parcial

En la escisión parcial hay también transmisión en bloque por sucesión universal de la(s) parte(s) de patrimonio escindida(s), pero la sociedad escidente no se extingue, continúa

norteamericana, como *split up*); la escisión total-absorción, con aportación a sociedades ya existentes; la escisión parcial (originariamente, considerada “impropia”, frente a la “propia”, la total, en que se producía la extinción de la sociedad escindida) se caracteriza porque la sociedad escindida no se extingue, retiene una parte de su patrimonio y transfiere el resto a una o más sociedades absorbentes o de nueva creación (*split-off* o *spin-off* en función de que la segregación patrimonial suponga o no reducción del capital en la sociedad segregada).

²⁶⁵ CONDE TEJÓN, Antonio: “La cesión global de activo y pasivo”, 2004, *ibid.*, p. 45.

²⁶⁶ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 67. Destaca que la extinción no es el efecto de la disolución y liquidación, ni la extinción es la causa de la sucesión patrimonial. Para el autor, la extinción se produce en la esfera institucional, pero no supone el fin del contrato societario.

²⁶⁷ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 28.

²⁶⁸ En contra de exigir este requisito por aplicación analógica del art. 70 LME, VICENT CHULIÁ en “Introducción al Derecho Mercantil”, *ibid.*, p. 1593.

existiendo²⁶⁹. La escisión parcial se caracteriza, precisamente, por la no extinción de la sociedad escindida²⁷⁰.

Se entiende por escisión parcial (art. 70 LME)

el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa.

En este caso, como vemos, sí se exige que cada parte transmitida constituya una unidad económica, lo que a juicio de la doctrina debe ser interpretado con flexibilidad, evitando tan solo el abuso de derecho y fraude de ley²⁷¹. La concreción del concepto de unidad económica resulta esencial para determinar si el régimen aplicable a una operación es el de la escisión parcial de la LME, el régimen societario de las aportaciones no dinerarias o, cuando la sociedad beneficiaria preexista, el del aumento de capital²⁷²

La legislación tributaria exige que la parte escindida constituya una “rama de actividad” (art. 97.4 LIS).

6.5.3 Segregación

Junto a la escisión propiamente dicha (total o parcial), hoy se incluye también en el régimen de la escisión la segregación, definida (art. 71 LME) como

el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades,

²⁶⁹ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo”, 2004, *ibid.*, p. 48.

²⁷⁰ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: “las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 29.

²⁷¹ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1594. Este requisito no procede de la 3ª Directiva y no figura en muchos ordenamientos europeos. Descarta que deba interpretarse como una unidad económica con vida propia, o que preexistiera funcionalmente a la operación de escisión. Admite una “unidad de cartera”, un paquete de acciones, un paquete tecnológico integrado por patentes, la sección inmobiliaria de una entidad o grupo de sociedades o una instalación industrial. En contra, RODRIGUEZ ARTIGAS (citado por el autor, p. 1595). Para el análisis del concepto de “unidad económica”, vid Bloque III, capítulo 2.3.2.3 (responsabilidad penal en caso de escisión parcial).

²⁷² FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: “las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *ibid.*, p. 30.

recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias

La segregación implica también, al igual que en las otras modalidades de escisión, la transmisión en bloque por sucesión universal del patrimonio de la sociedad escindida. En este caso, la sociedad segregante no se extingue.

Cada parte del patrimonio que se transmite debe formar una unidad económica.

A diferencia de la escisión (total o parcial), en la segregación no son los socios de la sociedad segregante los que reciben los títulos de la sociedad adquirente, sino la propia sociedad segregante. Por tanto, quien adquiere la condición de socio de las sociedades beneficiarias es la sociedad segregante, mientras que sus socios conservan las acciones que poseían y no reciben ninguna contraprestación adicional²⁷³.

El patrimonio puede traspasarse en todo o en parte. Es una vía adecuada para crear una sociedad filial de la que se segrega. Hay que tener en cuenta que si se traspasa todo el patrimonio a una sola sociedad beneficiaria de nueva creación, no estamos ante una segregación, sino ante la constitución de una sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio, supuesto regulado en el art. 72 LME como asimilado a la escisión²⁷⁴.

El patrimonio de la sociedad segregante no se reduce (a diferencia de lo que ocurre en la escisión “propia”), lo que se produce es una alteración de su composición.

Como vimos en el capítulo dedicado a las modificaciones estructurales, el régimen previsto en la LME no exige que toda transmisión de patrimonio contra entrega de títulos de la sociedad beneficiaria tenga que seguir el procedimiento de la segregación, sino que las partes son libres de escoger el procedimiento más adecuado a sus intereses (por ejemplo, realizando una aportación no dineraria como contraprestación a las acciones recibidas en un aumento de capital social).

6.5.4 Escisión por absorción, por constitución de nueva sociedad o mixta

Por otra parte, la escisión (sea total o parcial)²⁷⁵ se puede realizar:

- a) para absorción (el patrimonio segregado se aporta a una sociedad preexistente, generalmente mediante aumento de su capital social y entrega de las nuevas acciones o participaciones a los socios de la sociedad escindida transmitente);
- b) para constitución de nueva sociedad (la sociedad escindida aporta la parte de patrimonio segregada a una o más sociedades de nueva constitución);

²⁷³ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo”, 2004, *ibid.*, pp. 51 y 52.

²⁷⁴ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: “las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *ibid.*, p. 31. La autora resalta que la falta de una mención expresa, en el supuesto previsto en el art. 72, a la sucesión universal como mecanismo de transmisión, ha dado lugar a que se discuta si la transmisión se produce por sucesión universal, bastando la remisión genérica del art. 72 a las normas de la escisión, o bien el silencio debe interpretarse en sentido contrario.

²⁷⁵ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1591.

- c) escisión mixta (combinación de las dos anteriores, una o varias partes del patrimonio segregado se aporta a una o varias sociedades preexistentes y otra u otras partes del patrimonio segregado se aportan a una o varias sociedades de nueva constitución).

6.5.5 Escisión simétrica o asimétrica (subjativa)

Las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las sociedades beneficiarias pueden atribuirse a los socios de la sociedad escindida de forma proporcional a los derechos que tenían en el capital de la escindida (escisión simétrica) o no (escisión asimétrica o subjativa).

6.5.6 Otras clasificaciones

Otra clasificación es la que ofrece la Directiva (UE) 2017/1132, que distingue en el capítulo III los siguientes tipos de escisiones:

- a) Sección 2: Escisión por absorción
- b) Sección 3: Escisión por constitución de nuevas sociedades
- c) Sección 4: Escisiones bajo control de la autoridad judicial
- d) Sección 5: Otras operaciones asimiladas a la escisión

El art. 68 LME distingue entre escisión total, escisión parcial y segregación.

6.6 Régimen legal

6.6.1 Obligaciones asignadas a las sociedades beneficiarias. Límite.

El art. 80 LME establece la responsabilidad solidaria de las sociedades que participan en la escisión por las obligaciones asignadas a las sociedades beneficiarias²⁷⁶:

De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación

²⁷⁶ La STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 5 de abril de 2019 (LA LEY 58356/2019) declara la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias por las deudas surgidas después de la escisión por despido improcedente de los trabajadores de la cedente atribuidos a una de las beneficiarias basándose en el art. 80 LME y el art. 44 del ET, concluyendo que de las obligaciones laborales asumidas por la beneficiaria respecto de los trabajadores de la sociedad escindida, deben responder solidariamente las demás sociedades resultantes de aquella escisión. Las deudas (indemnizaciones por despido) nacen después de la escisión, pero de relaciones obligatorias ya existentes (contratos de trabajo). En el caso, la totalidad del patrimonio se transmite a tres sociedades (dos de ellas de nueva creación). Meses después, los trabajadores son despedidos por causas objetivas por la sociedad beneficiaria a la que fueron cedidos. El Juzgado de lo Social condena a la escindida y a la sociedad beneficiaria que había asumido a los trabajadores y absuelve al resto. El TSJ revoca la absolución de las otras dos sociedades beneficiarias codemandadas, declarando que las tres sociedades que habían recibido activos de la sociedad escindida debían responder solidariamente (ESCALONA FUENTES, C: “La responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión: algunas dudas prácticas”, *Diario La Ley*, n.º 9746, Sección Doctrina, 1 de diciembre de 2020).

La ratio del precepto obedece a la fragmentación del patrimonio de la sociedad deudora que produce la escisión, lo que conlleva una disminución de la garantía de los acreedores²⁷⁷. El patrimonio debe responder frente a los terceros como un todo (art. 1.911 CC) y la transmisión del patrimonio se produce en bloque (como un todo), lo que explica la subrogación solidaria de las sociedades sucesoras en el pasivo de la escindida²⁷⁸.

Sobre el régimen de responsabilidad del art. 80 LME hay que señalar:

- 1) En primer lugar, el art. 80 LME establece un **límite** a la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias, el importe del **activo neto** que hubieran recibido en la escisión. La sociedad escindida, sin embargo, responde solidariamente por la totalidad de la obligación.
- 2) En segundo lugar, en caso de escisión parcial, de las obligaciones de la sociedad escindida que no hayan sido asignadas a ninguna sociedad beneficiaria responderá únicamente la escindida, que seguirá existiendo. No se cumple en este caso el requisito establecido en el art. 80, ya que no se trata de un incumplimiento de una de las sociedades beneficiarias²⁷⁹.
- 3) La responsabilidad solidaria del art. 80 LME por las obligaciones transmitidas en la escisión que resulten incumplidas por la sociedad beneficiaria es subsidiaria, pero no exige ni previa excusión de bienes de la beneficiaria ni requerimiento de pago previo contra ella, basta con que haya incumplido la obligación²⁸⁰.

²⁷⁷ ESCRIBANO GAMIR, R.: “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, núm. 36, 2011. La autora añade que el régimen de solidaridad es un mecanismo complementario al derecho de oposición que asegura que, tras la operación, los acreedores verán satisfechos sus créditos. Es una responsabilidad solidaria, subsidiaria y, en el caso de las entidades beneficiarias, limitada. El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de las sociedades deudoras solidarias o contra todas ellas simultáneamente, sin necesidad de agotar el procedimiento previamente entablado contra alguna. Del mismo modo, las codeudoras no podrán oponer más excepciones a la reclamación que las disciplinadas en materia de extinción de las obligaciones (arts. 1.144 y 1.148 CC).

²⁷⁸ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 76. Señala que como se sucede en partes, y no en el conjunto, la responsabilidad es solidaria pero subsidiaria.

²⁷⁹ VICENT CHULIÀ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1601, con cita de la SAP Barcelona, Secc. 15ª n.º 769/2003, de 3 de diciembre de 2003 (ponente, J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL), SAP Barcelona, Secc. 15ª n.º 386/2004, de 16 julio de 2004 (ponente, J.L. FORGAS FOLCH) y SAP Madrid, Secc. 14ª n.º 64/2004, de 27 de enero de 2004 (ponente, A. CAMAZÓN LINACERO): en la escisión parcial la sociedad escindida sigue siendo el deudor al no haber asumido la sociedad beneficiaria las obligaciones de la escindida.

²⁸⁰ STS n.º 8/2015, de 3 de febrero de 2015, FJ 9 (ponente, I. SANCHO GARGALLO), a propósito de un caso de escisión parcial, examina la aplicación del art. 80 LME: “la sociedad escindida sigue respondiendo de las deudas anteriores, aunque hubieran sido traspasadas a una de las beneficiarias, pues esta transmisión de deudas no librera a la anterior deudora, sino que incorpora nuevos obligados. En cualquier caso, la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación”.

6.6.2 Obligaciones no asignadas

En la escisión total, cuando un elemento del pasivo (en nuestro caso, la responsabilidad por el delito de la empresa adquirida) no sea atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y la interpretación de este no permita decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias (art. 75 LME). Si se tratara de una escisión parcial, el pasivo no atribuido quedaría en la sociedad cedente o escindida

Por tanto, en caso de escisión total, si el proyecto de escisión omite mencionar un determinado elemento del pasivo, habrá que acudir, en primer lugar, al espíritu del proyecto para decidir sobre su reparto. Si la interpretación del proyecto no permitiera deducir su asignación, responderían solidariamente todas las beneficiarias sin límite alguno.

En el caso de escisión transfronteriza, el apartado 4 del artículo 160 de la Directiva (UE) 2017/1132 establece un **principio de reparto proporcional** de los elementos del patrimonio activo o pasivo entre las sociedades beneficiarias o, en caso de escisión parcial, entre las sociedades beneficiarias y la sociedad escindida, teniendo en cuenta la proporción que representa el activo atribuido a cada una respecto al total.

Cuando un elemento del patrimonio activo, su contravalor o un elemento del patrimonio pasivo de la sociedad escindida no se atribuya expresamente en el proyecto de escisión transfronteriza y la interpretación de este no permita decidir su reparto, el elemento del patrimonio activo, su contravalor o el elemento del patrimonio pasivo debe repartirse entre todas las sociedades beneficiarias o, en caso de escisión parcial o de escisión por segregación, entre todas las sociedades beneficiarias y la sociedad escindida de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión transfronteriza.

El criterio de proporcionalidad está presente también en la normativa tributaria (v.g. art. 76 LIS).

6.7 Declaración de nulidad de la escisión. Causas y plazo.

El art. 153 de la Directiva 2017/1132 establece que las legislaciones de los Estados miembros solo podrán regular el régimen de nulidades de la escisión en las condiciones que establece, entre las que destacamos las siguientes:

- a) La nulidad deberá ser declarada por decisión judicial.
- b) **Causas de nulidad tasadas:** solo podrá declararse la nulidad de una escisión que hubiera surtido efecto en el sentido del artículo 149 por defecto de control preventivo judicial o administrativo de legalidad, o de acta autenticada, o bien mediante la prueba de que la decisión de la junta general era nula o anulable en virtud del Derecho nacional;

- c) Plazo: no podrá intentarse la acción de nulidad cuando haya transcurrido un **plazo de seis meses** a partir de la fecha en que la escisión fuera oponible al que invoque la nulidad, ni cuando la situación hubiera sido regularizada;
- d) Cuando sea posible subsanar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la escisión, el tribunal competente concederá a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación.
- e) La resolución que declare la nulidad de la escisión debe ser publicada del modo previsto por la legislación de cada Estado miembro.

6.8 Conclusiones

Como vemos, el régimen previsto en el art. 130.2 CP se aparta del contemplado en el art. 80 LME. Las diferencias que podemos señalar son las siguientes:

- a) En primer lugar, el art. 130.2 CP no limita cuantitativamente la responsabilidad de la sociedad beneficiaria de la escisión que “herede” el delito en ningún caso, siendo así que el art 80 LME, en caso de escisión parcial, establece, por una parte, el límite del activo neto atribuido respecto a la responsabilidad solidaria por el incumplimiento de las obligaciones de otras beneficiarias; y por otra, no hace responder a las sociedades beneficiarias de los pasivos sobrevenidos. La situación de la sociedad beneficiaria se agrava en el proceso penal si tenemos en cuenta que la literalidad del precepto permite que el juez penal pueda imponerle, además, cualquiera de las penas del art. 33.7 CP, además de la multa que resulte aplicable (que sí habrá de imponer necesariamente, aunque pueda moderar su importe).
- b) En segundo lugar, el art. 130.2 CP extiende la responsabilidad penal a la sociedad o sociedades beneficiarias, aun cuando continúe existiendo la escindida; en la LME, las sociedades beneficiarias no responden del incumplimiento de las obligaciones de la entidad escindida supérstite.
- c) El art. 130.2 CP no atiende a la conexión del patrimonio escindido con los autores y partícipes del delito (división, negocio, país), ni a quién o quiénes se ha atribuido la parte escindida que, en su caso, tuviera esa conexión.
- d) El principio de reparto proporcional de la Directiva 2017/1132 atiende al activo atribuido a cada sociedad y, en su caso, al que queda en la sociedad escindida. La norma penal, en cambio, atiende a la proporción que represente la persona originariamente responsable frente a la sociedad beneficiaria. Además, ¿hay que entender esa referencia a la persona originariamente responsable como el patrimonio atribuido a la sociedad beneficiaria a la que se traslada la pena o al total patrimonio de la sociedad antes de la escisión incluyendo, por tanto, el transmitido a todas las sociedades beneficiarias y también el que permanece en la sociedad escindida? Esta última posibilidad implicaría, claramente, un bis in ídem, puesto que se tendría en cuenta a la entidad contaminada de forma íntegra respecto a todas las beneficiarias, con independencia de la parte o proporción de la misma que se les hubiera atribuido.

La sucinta revisión del régimen legal de la escisión arroja las siguientes cuestiones, que se abordan en el BLOQUE III: revisión de los principios de reparto o atribución de

responsabilidad; si resulta procedente la aplicación del art. 130.2 CP en todos los casos, incluidos los supuestos de escisión parcial o segregación, o bien resulta más apropiado limitarla a los casos de escisión total que conllevan, de forma necesaria, la disolución de la sociedad en cuyo seno se cometió el delito; si se debe trasladar la responsabilidad penal a toda entidad beneficiaria, con independencia de la parte del patrimonio que le haya sido asignada, o solo a aquella beneficiaria cuya parte asignada guarde relación con el delito; y para terminar, la procedencia de aplicar penas privativas de derechos a la entidad beneficiaria o, por el contrario, la conveniencia de limitar la pena aplicable a la multa.

7. Cesión global de activo y pasivo

7.1 Régimen legal

La cesión global de activo y pasivo es una de las posibles vías por las que se puede adquirir una empresa, como contrato de adquisición del patrimonio social de la entidad cedente por un precio libremente pactado, con cesión en bloque por sucesión universal²⁸¹; y puede ser también un medio para extinguir una sociedad, como forma alternativa a la liquidación, ya que puede permitir obtener un mejor precio que el que se obtendría con la venta separada de los bienes y, al mismo tiempo, facilita la liquidación de los elementos pasivos²⁸².

El Título IV de la LME regula la cesión global como una modificación estructural con identidad propia, distinta de la fusión (regulada en el Título II) y de la escisión (en el Título III). La transmisión se produce por sucesión universal y como consecuencia de su inscripción constitutiva en el Registro Mercantil²⁸³. Hay que destacar que no es necesaria la extinción de la sociedad transmitente, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior de esta figura, que la contemplaba desde una óptica liquidatoria, asociada a la fase extintiva²⁸⁴.

Sin perjuicio de que otras normas puedan referirse a esta operación, limitamos el análisis a lo dispuesto en la LME que es, por otra parte, donde se contiene el régimen general de esta figura.

7.2 Ámbito subjetivo

En cuanto a los sujetos intervinientes, pueden llevar a cabo esta operación las sociedades mercantiles inscritas (art. 81.1 LME) y las entidades de crédito (D.A. 3ª LME). Además,

²⁸¹ VICENT CHULIÁ en “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales”, *ibid.*, critica que la cesión global no liquidatoria no se regule como fusión en todos los casos, tal como se hace para el caso de que se trate de una filial 100% de la cesionaria, dado que se consiguen unos resultados similares y ello puede dar lugar a abusos. Sobre el régimen legal de la cesión global de activo y pasivo, vid. ALONSO UREBA, A.: “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen” y CONDE TEJÓN, A.: “Procedimiento aplicable ala cesión global de activo y pasivo y efectos” en la obra colectiva RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009; MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo” en *Noticias de la Unión Europea*, 2010, (309), p.41-54.

²⁸² CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, pp. 102 y 103.

²⁸³ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, pp. 1.603-1.604. El autor señala que la cesión global-liquidación y la cesión global-modificación estructural no pueden acogerse a la neutralidad fiscal, la primera porque la neutralidad se excluye en caso de liquidación y la segunda porque no podría acogerse al supuesto de transmisión de rama de actividad, que exige la contraprestación en el capital social y que conceda a la sociedad transmitente el control sobre la adquirente.

²⁸⁴ MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, pp. 46-47. Entre las funciones de esta figura, destaca la de constituir un instrumento alternativo a la liquidación *uti singuli* en la fase final de la vida de la sociedad. Aprobada la disolución, esta figura permite obtener el dinero necesario para adjudicar a cada socio la cuota que le corresponde, ahorrando los trámites que supone la ejecución singular de cada uno de los elementos que componen el activo; permite obtener, asimismo, un precio superior, por cuanto el valor de un establecimiento en funcionamiento, dotado de un fondo de comercio, suele ser superior al de la suma de los elementos singulares que lo componen; y resulta una solución más conforme con el principio de conservación de la empresa

la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regula la cesión global liquidatoria de los organismos públicos estatales (art. 97.3).

Algunas leyes autonómicas contemplan la cesión global de activo y pasivo de otros entes, como las cooperativas²⁸⁵. Algunos autores²⁸⁶ defienden que pueden utilizar este instrumento legal las agrupaciones de interés económico (porque tienen personalidad jurídica y carácter mercantil²⁸⁷) y las sociedades de garantía recíproca.

La cesión puede ser hecha en favor de cualquier persona física o jurídica, sea o no socio de la sociedad cedente²⁸⁸.

7.3 Ámbito objetivo

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 81 LME, la cesión global de activo y pasivo implica la **transmisión en bloque por sucesión universal de todo** el patrimonio de la sociedad, a uno o varios socios o a terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones o participaciones de la sociedad cesionaria²⁸⁹. Cuando la cesión global se realice a favor de dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica (art. 82 LME).

En la cesión global se transmite siempre la **totalidad del patrimonio** de la sociedad cedente²⁹⁰ (lo que también ocurre en la escisión total o en el caso de la sociedad fusionada), por lo que su subsistencia vendrá determinada por quién sea el destinatario de la contraprestación (la propia sociedad cedente o sus socios). La sociedad cedente se extinguirá si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.

La **naturaleza de la contraprestación** es lo que diferencia la cesión global de activo y pasivo de la fusión y escisión²⁹¹: en la fusión o escisión la contraprestación consiste, precisamente, en acciones, participaciones o títulos valor de la sociedad adquirente. La cesión global se caracteriza, precisamente, por la imposibilidad de integrar a los socios de la sociedad cedente en la sociedad o sociedades cesionarias²⁹². Además, a diferencia de lo que ocurre en la fusión y en la escisión, el cesionario, en la cesión global, puede ser una persona física o jurídica de cualquier naturaleza.

²⁸⁵ Entre otras, la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, arts. 81 y 82; la Ley 9/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, art. 78, si bien no detallan el procedimiento.

²⁸⁶ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 141.

²⁸⁷ Art. 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril.

²⁸⁸ MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 44

²⁸⁹ CAMPUZANO, A.B.: “La responsabilidad por las deudas sociales. La responsabilidad por las obligaciones incumplidas” en ROJO, A. et al. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 375.

²⁹⁰ Salvo lo establecido para las entidades de crédito. Además, MARIMÓN DURÁ (“La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, pp. 44-45) defiende que la detracción de algún elemento aislado, que quede en poder de la sociedad en caso de que esta no se extinga, no ha de provocar la exclusión de las normas contenidas en el art. 81 y ss. LME; de lo contrario, bastaría con sustraer algún bien o derecho aislado para eludir el régimen legal, neutralizando así las medidas de tutela del interés de los socios, singularmente, el derecho de información y aprobación por la junta. En sentido inverso, no considera cesión global la venta singular de determinados bienes del patrimonio social, aunque tengan un valor relativo importante, ni tampoco la cesión del activo remanente una vez pagadas las deudas sociales.

²⁹¹ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 510.

²⁹² MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 46.

7.4 Requisitos

El procedimiento establecido para la cesión global recuerda el de la fusión, aunque se presenta con carácter unilateral, al faltar un proyecto común de dos o más sociedades²⁹³. Así, por ejemplo, en la fusión por absorción, el proyecto se suscribe no solo por los administradores de la sociedad cedente, sino también por los administradores de la sociedad absorbente; interviene también la junta de socios de la sociedad absorbente; además, la inscripción se practica en la hoja registral tanto de la sociedad cedente-absorbida como de la sociedad absorbente²⁹⁴. Por el contrario, en una cesión global no se exige el acuerdo de la junta de socios de la cesionaria, solo de la junta de socios de la sociedad cedente. EL régimen jurídico de la fusión y escisión establece un marco de protección de socios y acreedores más completo, ya que se ocupa no solo de los intereses vinculados a la sociedad transmitente, sino también a los vinculados a la sociedad receptora²⁹⁵.

Como hemos señalado anteriormente, cuando la cesión se realiza a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se cede ha de constituir una unidad económica (art. 82 LME). MARIMÓN DURÁ aclara que en caso de cesión global, no cabe transferir el activo de forma independiente del pasivo que le corresponde, es decir, de las deudas contraídas para la organización o funcionamiento de la empresa que se transmite.

7.5 Responsabilidad por incumplimiento de una cesionaria

El **art. 91 LME** establece, respecto de las obligaciones incumplidas por una entidad cesionaria, la responsabilidad solidaria de los demás cesionarios (hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión) y, además, de los socios de la sociedad cedente (hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación) y de la sociedad cedente, si no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación.

La responsabilidad de cesionarios y socios de la cedente prescribe a los cinco años. La de la sociedad cedente prescribirá en el plazo que corresponda a cada obligación²⁹⁶.

7.6 Asimilación a la fusión

Cuando la cesión global de activo y pasivo se realiza a favor de un socio único que revista la forma de sociedad mercantil y la cesión va acompañada de la extinción inmediata de la sociedad cedente (es decir, cesión de una filial a favor de su matriz), la operación no se considera cesión, sino que se asimila, por opción del legislador, a la fusión, de acuerdo con lo previsto en el art. 53 LME, y debe seguir los trámites establecidos al efecto.

Cuando el socio único de la sociedad cedente es una persona física o una persona jurídica que no reviste la forma de sociedad mercantil (por ejemplo, una entidad pública), la operación queda excluida del ámbito de aplicación del art. 53 LME (no se asimila a la fusión) y sigue el procedimiento previsto para la cesión global de activo y pasivo.

²⁹³ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1.602.

²⁹⁴ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 500.

²⁹⁵ MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 47. El autor señala que cuando la cesión global tiene lugar en un procedimiento concursal, el régimen societario de la cesión global se ve sustituido por las previsiones de la regulación concursal

²⁹⁶ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1.603.

La cesión queda excluida igualmente del ámbito de aplicación del art. 53 LME (por tanto, no se considera fusión) cuando no obstante realizarse a favor del socio único entidad mercantil, no se produce simultáneamente la extinción de la cedente. El régimen previsto en el art. 53 se eludiría (de forma fraudulenta o no, dependiendo de las circunstancias) si se realiza la cesión global del activo y pasivo a favor de la matriz a cambio de una contraprestación dineraria, sin extinción de la filial, y, posteriormente, se liquida la sociedad filial, con atribución a la cesionaria del dinero recibido de esta en concepto de cuota de liquidación²⁹⁷.

7.7 Posible encaje en alguno de los apartados del art. 130.2 CP

Nos preguntamos si la cesión global de activo y pasivo, modificación estructural en la que opera la sucesión universal del cesionario en la posición jurídica del cedente, puede originar la responsabilidad penal del cesionario por los delitos atribuibles a la empresa cedente cometidos con anterioridad a la cesión.

Para responder a esta cuestión analizamos la operación distinguiendo los supuestos previstos en los distintos párrafos del art. 130.2 CP.

7.7.1 Exclusión de la regla prevista para la fusión y escisión

Comenzando por el examen del primer párrafo del precepto, entendemos que no es admisible incluir la cesión global de activos y pasivos dentro de la referencia a la fusión o escisión del primer párrafo del art. 130.2 CP; si lo hiciéramos, estaríamos rebasando el tenor literal de la ley y, por tanto, aplicando analógicamente la ley penal. Como hemos visto, la cesión global de activo y pasivo, la fusión y la escisión, son figuras absolutamente diferenciadas dentro del derecho de sociedades, por más que puedan coincidir algunas de sus características o de sus efectos.

Sin que sea necesario extendernos aquí sobre esta cuestión, el principio constitucional de legalidad que rige en el ámbito penal (arts. 9 y 25 CE) excluye la aplicación analógica de la ley penal. La exigencia de regulación de delitos y penas por ley en sentido formal se fundamenta, a su vez, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y proteger los derechos fundamentales (especialmente, la libertad). El art. 4.2 CC, al establecer que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán en supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas mismas», prohíbe ya la aplicación analógica de la ley penal, prohibición que también contempla el artículo 4.1 del CP.

Resulta evidente que si lo que fundamenta el traslado o extensión de la responsabilidad penal a la sociedad adquirente en caso de fusión o escisión es la sucesión universal, la misma razón asiste en el caso de cesión global de activos y pasivos, donde igualmente se produce una transmisión de patrimonio por sucesión universal, una subrogación de la adquirente en la posición jurídica de la cedente. Es cierto, por tanto, que el art. 130.2 CP podría haber incluido la cesión global de activo y pasivo en su ámbito de aplicación, junto a la fusión y escisión. Pero no lo ha hecho, y el principio de legalidad que rige en Derecho penal prohíbe extender su ámbito de aplicación a un supuesto no previsto y que no tiene cabida en el tenor literal de la ley.

²⁹⁷ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 502, con cita de GONZÁLEZ MENESES y ÁLVAREZ, S.

Podría argüirse que la subrogación de la cesionaria en el lugar de la cedente que impone la normativa europea, tal como la interpreta el TJUE, ya implica la transmisión de responsabilidad penal sin necesidad de norma penal específica que así lo prevea. Sin embargo, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha mostrado contraria a la aplicación directa de las normas comunitarias en el ámbito jurisdiccional penal de los Estados miembros, declarando que el principio de legalidad penal impide que una norma de derecho comunitario (reglamentos, directivas y decisiones-marco) tipifique conductas delictivas que no aparezcan específicamente previstas en el ordenamiento jurídico interno. A lo sumo, cabría interpretar la norma penal interna con arreglo a la normativa comunitaria, siempre que esta pueda entenderse comprendida en el sentido literal posible de la ley penal.

Como desarrollamos al estudiar la sucesión universal²⁹⁸, la doctrina del TJUE permite sostener que para que pueda operar la extensión de la responsabilidad penal a la sociedad absorbente es necesario que el Derecho sancionador nacional prevea esta extensión de responsabilidad más allá de la desaparición del sujeto infractor. De otra forma no se justificaría la protección del Estado como fundamento para incluir tal responsabilidad en el patrimonio pasivo de la sociedad (premisa desde la que el TJUE justifica la transmisión de la responsabilidad penal).

7.7.2 Disolución encubierta o meramente aparente

Cuestión distinta es si la cesión global puede ser vehículo de una disolución encubierta o meramente aparente en el sentido previsto en el segundo párrafo del art. 130.2 CP, lo que sí podría dar lugar a responsabilidad penal, ya que existe una expresa disposición penal que así lo dispone. Se trataría, en este caso, de una operación realizada en fraude de ley para alcanzar un fin prohibido.

La cuestión, sin embargo, entraña cierta complejidad.

7.7.2.1 Cesión global de activo y pasivo en fraude de ley

En primer lugar, puede darse una **cesión global en fraude de ley** que, sin embargo, no conlleve la disolución porque sea la propia sociedad la que reciba la contraprestación.

En este caso, cabe plantear las alternativas siguientes:

- a) considerar que el adquirente de la empresa no es responsable penal porque no le alcanza ninguno de los dos apartados del art. 130.2 CP;
- b) considerar que encaja en el primer apartado y aplicar la consecuencia prevista para la fusión y la escisión (art. 6.4 CC);
- c) considerar que encaja en el segundo apartado, aunque no haya extinción de la cedente.

²⁹⁸ Sucesión universal como doctrina legitimadora de la extensión de la RPPJ en caso de fusión o escisión, *vid.* capítulo 1 del Bloque III, en particular epígrafes 1.9 y 1.10.

La primera opción sería la consecuencia de descartar las otras dos, por lo que comenzamos directamente por la segunda opción.

Aquí nos enfrentamos a dos escollos. En primer lugar, será necesario probar que el acto perseguía un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. No basta con probar que las partes podrían haber conseguido su propósito económico mediante una fusión o escisión, dado que en ejercicio de su libertad pueden elegir la forma jurídica que consideren más conveniente para adquirir una empresa. Es necesario algo más, un fraude de ley. ¿Pero qué ley, la ley penal? La pregunta, en otros términos, es si para que la cesión global active la regla de extensión de la punibilidad, basta con que se haya tratado de alcanzar un resultado prohibido o contrario a cualquier norma, aunque no sea penal (por ejemplo, que se utilice para lograr el fin que tendría una fusión heterogénea no admisible o una transformación prohibida) o bien, en concreto, la aplicación del art. 130.2 CP. La respuesta, so pena de criminalizar cualquier incumplimiento de la normativa extra penal, y sin perjuicio de la posibilidad de que la cesión entrañe la comisión de un nuevo delito, esta vez atribuible directamente a ambas sociedades, cedente y cesionaria (blanqueo, insolvencia punible, estafa, por poner algunos ejemplos), la norma penal cuya aplicación se ha de tratar de evitar es, precisamente, el art. 130.2 CP. Este extremo exigiría, a su vez, que la cesionaria conociera del delito y que, precisamente, hubiera tratado de evitar el eventual traslado de la responsabilidad penal acudiendo a la figura de la cesión global de activo y pasivo no extintiva, para evitar la aplicación de cualquiera de sus dos párrafos. Con todo, esta opción se enfrenta todavía a un escollo mayor: el principio de legalidad penal: ¿cabe considerar aplicable el régimen penal previsto para la fusión y escisión a una figura diferente, aun cuando se haya hecho en fraude de ley? La norma penal contenida en el primer párrafo no atiende a un resultado (la transmisión del patrimonio por sucesión universal), sino al mecanismo jurídico concreto por el que se alcanza dicho resultado (fusión o escisión). No contiene una cláusula que permita la aplicación analógica (del tipo, “o cuando se alcance idéntico resultado por otro mecanismo legal de transmisión del patrimonio”) de la consecuencia prevista para la fusión o escisión. En suma, por los argumentos a los que antes hicimos referencia, entendemos que el principio de legalidad penal impide aplicar la norma a un supuesto de hecho (la cesión global de activo y pasivo) que no está comprendido en la ley (el párrafo primero del art. 130.2 CP). Ahora bien, en el supuesto previsto en el caso del art. 53 LME, la cesión, por expresa disposición legal, se asimila a la fusión. En este caso consideramos que sí es defendible subsumir la operación de cesión global de activo y pasivo en el primer párrafo del art. 130.2 CP, ya que la propia ley que regula la institución, la LME, la asimila a la fusión.

Para el resto de supuestos, la tercera opción, el encaje de la cesión global fraudulenta en el ámbito de aplicación del segundo párrafo del art. 130.2 CP, puede resultar adecuada:

- i) Aunque no exista una disolución o extinción formal, la maniobra puede considerarse una disolución encubierta, en cuanto que se han transmitido los activos y con ello, la posibilidad de continuar la actividad empresarial, al menos, la actividad que se venía realizando antes.
- ii) Si hablamos de maniobra fraudulenta es porque la contraprestación abonada por la cedente (ya sea por su cantidad, calidad o cualquier otra circunstancia) impide o dificulta de alguna forma la ejecución de la pena que eventualmente se pudiera imponer.

iii) El precepto no exige la efectiva extinción de la cedente, por lo que el supuesto entra sin mayor esfuerzo en lo que se puede considerar “una disolución encubierta”. Otra cuestión es si debemos entender exigible, para aplicar el precepto, que además de la inactividad empresarial de la cedente, la cesionaria continúe la actividad empresarial (lo que supondría limitar su aplicación en atención a la conducta desarrollada por la entidad cesionaria después de la adquisición) o bien, por el contrario, basta catalogar la disolución como encubierta si se descubre su carácter fraudulento. El análisis de los requisitos y consecuencias del encaje de la operación en este supuesto lo reservamos para el apartado del capítulo 2 del tercer bloque dedicado a la disolución encubierta.

7.7.2.2 Cesión global de activo y pasivo liquidatoria legítima

En segundo lugar, podemos estar ante una **cesión global liquidatoria** sin ánimo fraudulento tras la cual la empresa adquirente continúe la actividad económica de la cedente, con una identidad al menos relevante de proveedores, clientes y empleados. A tenor de la definición auténtica dada por el legislador penal, en todos estos casos estaríamos ante una disolución encubierta o aparente, aunque nada tenga ni de lo uno ni de lo otro, ya que ni se trata de ocultar la disolución ni es falsa. En otras palabras, una cesión global liquidatoria cumple, podemos decir, por definición, los requisitos que el legislador penal establece para considerar que una disolución es “meramente aparente”.

En esta tesitura, caben dos posibles interpretaciones del párrafo segundo del art. 130.2 CP:

- a) considerar, aplicando la literalidad de la norma, que toda cesión global de activo y pasivo liquidatoria constituye una disolución encubierta o meramente aparente:
- b) considerar que no basta con que se den los efectos inherentes a la cesión global de activo y pasivo, sino que es necesario, además, que quede acreditada una intención fraudulenta, es decir, que las partes hayan buscado eludir las consecuencias de la responsabilidad penal de la empresa cedente.

A favor de la primera posibilidad puede argüirse que de forma indirecta el legislador ha venido a incluir la cesión global liquidatoria como un supuesto de hecho que provoca la extensión de la responsabilidad penal a la empresa cesionaria, y que dado que existe una sucesión universal, está justificada.

Por la misma razón, sin embargo, puede defenderse lo contrario: si el legislador penal quería incluir la cesión global podría haberla mencionado junto a la fusión y escisión y no lo ha hecho. Los términos utilizados para definir la disolución, “aparente” y “encubierta”, denotan que se trata de ocultar una realidad o de crear una imagen falsa, lo que no ocurre en los supuestos en que se utiliza el procedimiento establecido por la LME, que implica necesariamente la inscripción en el registro mercantil. Además, cuando la cesión global se produzca en el curso de un procedimiento concursal, la intervención del juez del concurso o del administrador concursal añade una garantía que casa mal con adjetivar la disolución de la concursada como “aparente” o “encubierta”. Por otra parte, carece de justificación que el legislador penal trate de forma distinta la cesión global de activo y pasivo según se produzca la disolución o no de la sociedad cedente, siendo así

que bastaría llevar a cabo una cesión no extintiva y, posteriormente, disolver la sociedad, o simplemente dejarla inactiva, para evitar la extensión de la responsabilidad penal.

En otras palabras, si lo que pretendía el legislador penal era incluir la cesión global de activo y pasivo entre las causas de extensión de la responsabilidad penal, la norma tendría que estar incluida junto a la fusión, escisión y transformación, siendo lo mínimo exigible para garantizar cierta seguridad jurídica. En ausencia de dicha previsión, entender que cuando estemos ante una de las clases de cesión global, la liquidatoria, el juez penal ha de considerar que se trata de una disolución encubierta o aparente, aunque haya sido aprobada judicialmente por el juez del concurso, atenta contra los principios (taxatividad, certeza, seguridad jurídica) que informan o deberían informar la materia penal.

7.8 Conclusiones

1. La cesión global de activo y pasivo es una forma posible de adquirir una empresa. Implica una sucesión universal del cesionario en la posición jurídica de la entidad cedente en el patrimonio o porción del mismo (si hay varios cesionarios) que haya sido objeto de la cesión.
2. La cesión global de activo y pasivo es una modificación estructural autónoma e independiente de la fusión, escisión y transformación que, sin embargo, no ha sido incluida por el legislador penal en el primer párrafo del art. 130.2 CP. No cabe entenderla incluida por analogía porque resultaría contrario al principio de legalidad penal contenido en los arts. 9 y 25 CE, al tratarse de un supuesto de hecho no previsto y, por tanto, atípico.
3. Toda cesión global de activo y pasivo liquidatoria cumple, por definición, los requisitos que establece el segundo párrafo del art. 130.2 CP para considerar que la disolución de la entidad cedente es aparente o encubierta, pese a que no persiga un fin fraudulento, sino que responda a un fin económico legítimo. Una interpretación teleológica del precepto obliga, sin embargo, a excluir la aplicación del precepto cuando se trate de una cesión global de activo y pasivo no fraudulenta.
4. La cesión global de activo y pasivo puede tener encaje en el segundo párrafo del art. 130.2 CP cuando se trate de una **cesión global de activo y pasivo fraudulenta**, que pretenda eludir la eventual responsabilidad penal de la cedente. Ahora bien, la cesionaria puede ser tanto una persona física como jurídica, lo que implicaría, si admitiéramos la transmisión de la responsabilidad penal a la persona cesionaria, trasladar la responsabilidad de la persona jurídica cedente a la persona física cesionaria.
5. La regla penal establecida para el caso de fusión podría resultar aplicable cuando la LME exige utilizar el procedimiento establecido para la fusión, lo que ocurre en el supuesto previsto en el art. 53 LME. En estos casos, el art. 6.4 CC justificaría la aplicación del primer párrafo del art. 130.2 CP, dado que, si no se hubiera eludido el procedimiento de la fusión, obligatorio en este caso, la norma hubiera resultado aplicable. Sin embargo, es difícil que un juez penal llegue a tener delante un caso así, dado que la operación habrá sido previamente calificada tanto por el notario autorizante de la escritura como por el Registrador que haya inscrito la cesión que, no olvidemos, tiene carácter constitutivo.

BLOQUE II: ANÁLISIS DEL ART. 130.2 CP

1. Origen del artículo 130.2 del Código Penal

1.1 Tratados internacionales y normativa UE

El motivo aducido por el legislador español para justificar la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas, en la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, fue dar cumplimiento a los mandatos europeos y compromisos internacionales adquiridos. Sin embargo, el examen de los textos internacionales con los que la reforma está vinculada revela que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no era una obligación general que dimanara de tales textos, ya que tal mandato sólo se producía respecto de ciertos delitos (los referidos al medio ambiente y en el ámbito de la corrupción), mientras que, en los restantes, era sólo una de las posibilidades previstas para cumplir los objetivos marcados²⁹⁹.

En efecto, los convenios alcanzados en el ámbito del Consejo de Europa y las decisiones marco y directivas de la UE³⁰⁰ reclaman que los Estados miembros adopten medidas eficaces³⁰¹ para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de los máximos responsables de las empresas haya hecho posible que se realicen determinadas conductas delictivas. Pero no en todos los casos se exige que deba imponerse una responsabilidad penal a la persona jurídica. De hecho, otros Estados miembros, como Alemania (o Italia, al menos formalmente), han preferido limitarse a exigir una responsabilidad administrativa a las empresas y no han llegado a introducir la RPPJ (pese a que en Alemania se debaten cambios normativos en este sentido). Sí contemplan la RPPJ las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, tal como expresamente recoge el legislador chileno en la exposición de motivos de la Ley 20.393 de 25 de noviembre de 2009, por la que se introdujo la RPPJ en este país.

²⁹⁹ Señala el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 29/10/2009, sobre la reforma del CP de 2010: “La memoria justificativa y la exposición de motivos del Anteproyecto vinculan la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los compromisos derivados de los instrumentos normativos internacionales con los que está vinculada la proyectada nueva legislación. Importa notar que tales compromisos son de muy diverso alcance”.

³⁰⁰ Las Decisiones Marco 2003/568/JAI, 2004/68/JAI, 2004/757/JAI, 2005/212/JAI, 2005/222/JAI, 2008/919/JAI y 2002/629/JAI, establecen que los Estados miembros “tomarán las medidas necesarias para asegurar que las personas jurídicas consideradas responsables” sean objeto de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo, y que podrán incluir otras sanciones”. El énfasis se pone, por tanto, en el contenido y alcance de las sanciones que han de imponerse y no en su naturaleza jurídica (administrativa o penal).

³⁰¹ Sobre esta cuestión, *vid.* DE LA MATA BARRANCO, N.: “El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 221. El autor se refiere a esta falta de necesidad de incorporar la RPPJ con la amplitud con que lo ha hecho el legislador español.

Brevemente, los instrumentos³⁰² que exigen la responsabilidad penal de las personas jurídicas serían los siguientes:

1. El **Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997**, relativo a la lucha contra los actos de **corrupción** en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea³⁰³, empieza por prever que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que las conductas a las que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales" (artículo 2), añadiendo que tales conductas tendrán que tener asociadas "sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias", sin contener, sin embargo, previsiones específicamente referidas a las personas jurídicas, aunque sí a algunas personas físicas estrechamente ligadas con aquéllas, como son los que califica de "jefes de empresa o toda persona que ejerza poderes de decisión o de control en una empresa" (artículo 6). A pesar de esta ausencia de previsiones específicas para las personas jurídicas, el hecho de que estas últimas pueden, indiscutiblemente, "cometer" los actos a los que se refiere el Convenio, permite sostener que incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁰⁴.
2. **Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción** de 27 de enero de 1999³⁰⁵, que prevé la obligación de las Partes de establecer las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delitos todo un conjunto de conductas englobadas en el concepto genérico de "corrupción" (sobornos activos y pasivos a funcionarios u oficiales públicos, nacionales o internacionales, miembros de Asambleas legislativas y órganos administrativos nacionales o internacionales y

³⁰² Para el estudio de la cuestión nos remitimos a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, especialmente los trabajos de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I.: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados", pp. 129 a 157, y PÉREZ MACHÍO, A.I.: "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 22-23 y bibliografía citada. Sobre el sistema de penas en la Unión Europea, en general, CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: "Curso de Derecho penal. Parte General", 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, pp. 257-262.

³⁰³ BOE de 28 de marzo de 2006.

³⁰⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 29/10/2009, antes citado.

³⁰⁵ El Convenio número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (BOE de 28 de julio de 2010), en su art. 18, dispone lo siguiente (resaltado nuestro): "*Artículo 18. Responsabilidad de las personas jurídicas.1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de:*

un poder de representación de la persona jurídica; o

una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; o

una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica;

así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados.

2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer **responsable a una persona jurídica** cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1".

entidades privadas, tráfico de influencias y blanqueo de dinero procedente de tales actividades). Dentro de ese alcance, el Convenio contempla explícitamente la que califica de "responsabilidad corporativa", estipulando que las Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos referidos al ámbito de aplicación del Convenio (artículo 18). Esta definición se ve matizada por el capítulo de posibles reservas, ya que el Convenio admite la posibilidad de que las Partes se reserven el derecho de que su legislación interna no considere delitos, total o parcialmente, el soborno de miembros de sus Asambleas legislativas, de las Asambleas de otros Estados y de las Asambleas parlamentarias internacionales, el soborno en el sector privado, el tráfico de influencias y el soborno de funcionarios u oficiales públicos extranjeros.

3. En el ámbito de la Unión Europea, la **Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal** (Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008) establece la obligación de los Estados miembros de imponer sanciones de naturaleza penal a las personas jurídicas responsables de los delitos a que se refiere (arts. 6 y 7).

Por el contrario, contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no necesariamente penal, los siguientes instrumentos, que siguen la estructura marcada por la norma comunitaria pionera en esta materia, el Acto del Consejo, de 19 de junio de 1997, por el que se establece el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (97/C 221/02):

- a) *Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro³⁰⁶, que fue sustituida por la Directiva 2014/62/UE del parlamento europeo y del consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.*
- b) *Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI)³⁰⁷.*

³⁰⁶ El art. 8 dice así: "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos a que se refieren los artículos 3 a 5 cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica,

así como por complicidad o instigación a la comisión de dichos delitos o por intentar cometer uno de los delitos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 3.

³⁰⁷ Dispone el artículo 7: "Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las conductas contempladas en las letras b), c) y d) del artículo 2 y en los artículos 3 y 4 cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basado en:

- un poder de representación de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o
- una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica,

- c) *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos³⁰⁸, derogada por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.*
- d) *Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo³⁰⁹ (sustituida desde el 19/04/2017 por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo³¹⁰).*
- e) *Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (derogada).*
- f) *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado³¹¹.*
- g) *Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.*
- h) *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (derogada por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil). La directiva mantiene la previsión contenida en la DM.*
- i) *Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información.*
- j) *Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (anulada por el TJCE).*
- k) *Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.*
- l) *Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones.*

así como por complicidad o instigación en la comisión de dichos delitos.

2. Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica de que se trate cometa las infracciones contempladas en las letras b), c) y d) del artículo 2 y en los artículos 3 y 4 en provecho de dicha persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices de las conductas contempladas en las letras b), c) y d) del artículo 2 y en los artículos 3 y 4”.

³⁰⁸ El artículo 4 reproduce las previsiones del art 7 de la DM 2001/413/JAI.

³⁰⁹ Los arts. 7 y 8 contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, en los términos ya vistos.

³¹⁰ Arts. 17 y 18, en los términos ya vistos.

³¹¹ El art. 5 reproduce las previsiones del art 7 de la DM 2001/413/JAI.

- m) *Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo*³¹².
- n) *Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo*³¹³.
- o) *Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*³¹⁴.
- p) *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*³¹⁵.
- q) *En el ámbito de tratados y convenios, el **Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE**, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (BOE de 22 de febrero de 2002)*³¹⁶, se prevé específicamente que "en caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias" (apartado número 2 de ese mismo artículo 3). En consecuencia, la orientación de ese primer Convenio es similar a la de las Decisiones Marco y a la de la Directiva de abuso de mercado.

Los instrumentos citados no dicen que la falta de control o el defecto de organización sea, en todos los casos, el fundamento de la RPPJ³¹⁷, tal como apunta la línea mayoritaria de las SSTS n.º 154/2015, 221/2016, 516/2016 y 668/2017. En particular, no se hace mención a que sea necesario que concurra un defecto de organización o ausencia de programas de cumplimiento cuando la persona física que comete el delito es uno de sus representantes o dirigentes. Por el contrario, ese defecto de control se convierte en criterio de imputación de la persona jurídica cuando quien comete el delito es una persona sometida a la autoridad de los anteriores³¹⁸. Así, los textos citados imponen a los Estados

³¹² Arts. 10 y 11.

³¹³ Arts. 6 y 7.

³¹⁴ El art. 6 dice así: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de las infracciones penales a los que se hace referencia en los artículos 3, 4 y 5 cometidos en su provecho por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, y que tenga una posición directiva dentro de la persona jurídica ...". El art. 9 continúa "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 esté sujeta a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas multas de carácter penal o administrativo ..."

³¹⁵ Arts. 17 y 18.

³¹⁶ "Artículo 2. Responsabilidad de las personas jurídicas. Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero".

³¹⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp.88-89.

³¹⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, E.: "Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal" en *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo I, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 475-503.

miembros la obligación de asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas *cuando la falta de vigilancia o control por parte de sus representantes o dirigentes “haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica de que se trate cometa las infracciones”*.

1.2 Objetivos que justifican la introducción de la RPPJ

Los argumentos a favor de la introducción de la RPPJ vienen tanto desde el ámbito de la economía como de la propia literatura penal. Ente los más relevantes para el objeto de nuestro estudio, podemos citar los siguientes³¹⁹:

- a) La lucha contra la criminalidad organizada y delincuencia empresarial³²⁰, evitando así el exclusivo castigo de hombres de paja, lo que permite la pervivencia de la estructura societaria con instrumentos fungibles que reinciden en el delito³²¹.
- b) Mayor facilidad de la empresa para poder controlar a sus empleados que la que tiene el Estado.
- c) Objetivos de política criminal, en especial, la prevención, pero también la retribución, evitando el enriquecimiento injusto con la ganancia ilícitamente obtenida.
- d) No siempre es posible cuantificar o no siempre existe responsabilidad civil, especialmente cuando se trata de un daño que afecta al interés público.
- e) En materia de medio ambiente se ha optado por la responsabilidad penal frente a la mera responsabilidad civil o administrativa, primordialmente, por la baja probabilidad de que las infracciones de la legislación medioambiental sean detectadas y los altos incentivos que puede suponer para una empresa infringir la ley (ahorro de costes, beneficios).

El delito de la persona física es presupuesto, pero no fundamento, de la responsabilidad penal de la persona jurídica³²². En España, de acuerdo con el art. 31 bis, la persona jurídica responde por la ausencia de medidas de control adecuadas para evitar la comisión de delitos³²³, por no adoptarlas o no ejecutarlas de forma eficaz cuando, de haber actuado, hubiera evitado la realización de la conducta delictiva que se le atribuye³²⁴.

³¹⁹ Hay otros, además de los seleccionados, y no menores. Así, CARBONELL MATEU y MORALES PRATS (“Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, *ibid.*, pp. 57 y 59), resaltan la dificultad de determinar e individualizar las personas físicas que, dentro de una empresa, pueden ser responsables, o la necesidad, para asegurar la función de prevención que cumplen las normas penales, de que todos los sujetos que intervienen en las relaciones sociales estén sometidos a las consecuencias jurídicas que implica un incumplimiento.

³²⁰ Se estima que más del 80% de los delitos económicos son cometidos a través de empresas, según un estudio realizado por el Max-Planck-Institute (CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Comentarios*, *ibid.*, p. 57).

³²¹ CADENA SERRANO, F.A.: “El estatuto de la persona jurídica” en *Persuadir y razonar*, *ibid.*, p. 691.

³²² LÓPEZ Y LÓPEZ, E.: “Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal” en *Persuadir y razonar*, tomo I, 2018, *ibid.*, p. 488.

³²³ Sentencia del Pleno de la Sala II del TS 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

³²⁴ CADENA SERRANO (“El estatuto de la persona jurídica” en *Persuadir y razonar*, *ibid.*, p. 711) rechaza que el fundamento sea el defecto estructural. No existe un hecho típico de la persona jurídica, sino un sistema de transferencia de la responsabilidad por el delito cometido por la persona física a la persona moral.

1.3 La “sucesión” de empresas

Las sociedades son creaciones del derecho, no existen al margen de la ley. La ley puede establecer, por ello, su continuidad a determinados efectos, más allá de su disolución, como ya declaraba en 1927 el Tribunal Supremo Federal de EE.UU., en *Oklahoma Natural Gas Corp. V. Oklahoma*³²⁵. El motivo de que se establezca la transmisión de la responsabilidad penal es evitar que se eluda la responsabilidad penal mediante la disolución de la persona jurídica sin liquidación de la empresa, sea este el objetivo buscado por las personas intervinientes o no.

Las directivas relativas a las operaciones de fusión, ya se trate de fusiones de ámbito nacional o internacional³²⁶, estipulan que la empresa beneficiaria adquiere todos los activos y pasivos *ipso iure* de la empresa adquirida. Cuando se trata de responsabilidad penal, ninguno de los instrumentos antes vistos, ni siquiera la Directiva relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (Directiva 2008/99/CE), establece expresamente que la responsabilidad penal de la empresa fusionada/escindida se transmita a la empresa resultante de la fusión/escisión.

El apartado 2 del art. 130 CP, introducido por el artículo único apartado 32 de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, con vigencia desde 23/12/2010, avanza un paso más, al disponer expresamente que la sucesión que se produce en caso de fusión o escisión no extingue la responsabilidad penal, que se traslada o extiende a la entidad adquirente. Ahora bien, dicha conclusión se ha alcanzado igualmente, aún en ausencia de una previsión específica en la legislación penal, en otros países y en el ámbito de la justicia europea, como luego veremos.

1.4 Conclusiones

1. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas era exigida por los compromisos internacionales asumidos por España o impuestos por el legislador de la UE solo respecto de delitos en materia de corrupción y contra el medio ambiente. No era necesario, por tanto, que se extendiera a otros delitos.
2. La legislación mercantil de la UE en materia de fusiones y escisiones establece la transmisión de todos los activos y pasivos de la sociedad disuelta a consecuencia de la fusión o escisión o, en caso de escisión parcial, de la parte escindida, a la sociedad beneficiaria de la operación.
3. No existe previsión legal específica en el ámbito de la Unión Europea ni en ningún Convenio o Tratado suscrito por España que expresamente prevea la transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión o escisión

³²⁵ 273 U.S. (1927)

³²⁶ Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades y Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019.

2. Antecedentes del art. 130.2 CP

El estudio de los antecedentes del art. 130.2 CP debe comenzar con el Decreto Legislativo italiano 231/2001, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas, ya que ha servido de claro referente para el legislador español, que en algunos casos se ha limitado a transcribir la norma italiana; además, ha tenido una influencia “mediata” en aquellos países que han tomado como referencia el CP español.

El análisis comparado nos muestra que no todos los países que han introducido la RPPJ, antes o después que España, cuentan con un precepto similar al art. 130.2 CP, lo que no impide que incluso aquellos países que no cuentan con tal previsión, hagan responder penalmente a la empresa adquirente por los delitos “cometidos” por la empresa adquirida. Veamos una muestra de aquellos que han optado por establecer la responsabilidad penal de la empresa adquirente en caso de fusión o escisión de forma expresa, y de aquellos otros que no han considerado necesario disponer de una previsión al efecto para exigirla.

2.1 Italia: El Decreto legislativo 231/2001

2.1.1 Introducción

El Decreto legislativo italiano n.º 231/2001, de 8 de junio de 2001³²⁷, regula la responsabilidad de los entes morales por infracciones administrativas dependientes de delitos, una responsabilidad de carácter administrativo que se impone como consecuencia de la comisión de un delito por la persona física³²⁸, si bien la competencia se asigna al juzgado penal competente para conocer de los delitos de los que dependen (art. 36). Para la doctrina italiana mayoritaria, aunque se denomine administrativa, posee naturaleza penal por su entidad afflictiva³²⁹. Los arts. 28 a 33 de la sección II, dedicados a las modificaciones estructurales de una entidad (“Hechos modificativos de la entidad³³⁰”), constituyen el antecedente inmediato del primer apartado del art. 130.2 CP.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, el Ordenamiento jurídico italiano no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que supondría vulnerar el artículo 27 de su Constitución, que establece que «la responsabilidad penal es personal»³³¹. El carácter personal de la responsabilidad penal deriva en la interdicción de responsabilidad penal por el hecho de otro y en una exigencia de voluntad culpable; se ha entendido que requiere una persona física a la cual se pueda hacer el reproche ético-social que supone la pena. La configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas como

³²⁷ www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2001/06/19/001G0293/sg, visitado el 8/08/2022.

³²⁸ ORLANDO, L: “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica”, entrada de 29 marzo 2019, disponible en <https://www.diritto.it/la-responsabilita-amministrativa-della-persona-giuridica>, visitado el 9/08/2022.

³²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 41, con cita de DE SIMONE.

³³⁰ Vicende modificative dell'ente.

³³¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.y PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. et al. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013, p. 62.

una responsabilidad administrativa no ha provocado en Italia el terremoto doctrinal que estamos viviendo con el traslado de su articulado a nuestro Código Penal.

A propósito del efecto de las modificaciones estructurales, el legislador italiano se ha pronunciado expresamente sobre ciertas cuestiones que aquí, ante el silencio del CP español, están obteniendo respuestas dispares desde la doctrina y tribunales.

2.1.2 Responsabilidad de las PJ en caso de modificaciones estructurales

2.1.2.1 Transformación

El art. 28, dedicado a la transformación, establece la responsabilidad de la entidad transformada por los delitos cometidos antes de la transformación³³². No hay diferencia práctica con lo dispuesto en el art. 130.2 CP. Con acierto no habla de transmisión de la responsabilidad porque la persona jurídica sigue siendo la misma.

2.1.2.2 Fusión

El art. 29, dedicado a la fusión, establece la responsabilidad de la entidad resultante (aunque se trate de una sociedad de nueva constitución) por las infracciones de las entidades que participaron en la fusión³³³.

2.1.2.3 Escisión

El art. 30, dedicado a la escisión, regula el régimen de responsabilidad de las entidades participantes distinguiendo entre las sanciones pecuniarias y las sanciones interdictivas³³⁴, distinción que no realiza el legislador español.

1. Respecto a las sanciones pecuniarias, establece expresamente la responsabilidad solidaria de las entidades beneficiarias, si bien la responsabilidad de cada una se limita al valor real de los activos netos que le hayan sido transferidos, salvo que se trate de la entidad a la que se haya transferido, aunque sea parcialmente, la rama de actividad en cuyo seno se cometió el delito, caso en el que no se aplica límite alguno. Tampoco se aplica límite alguno, en la escisión parcial, a la sanción pecuniaria a la entidad escindida por los delitos cometidos antes de la escisión (recordemos que en la escisión total la entidad escindida se extingue).

³³² Nel caso di trasformazione dell'ente, resta ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto.

³³³ Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti all' fusione.

³³⁴ El art. 9 establece las sanciones administrativas: "1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: a) la sanzione pecuniaria; b) le sanzioni interdittive; c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza. 2. Le sanzioni interdittive sono: a) l'interdizione dall'esercizio dell'attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi".

2. Las sanciones interdictivas³³⁵, con buen criterio, se reservan para aquellas entidades que detentan la rama de actividad en la que se cometió el delito, ya se trate de la entidad escindida (en el caso de que dicha rama de actividad no hubiera sido transferida en la escisión parcial) o de las beneficiarias, si bien, para la imposición de este tipo de sanciones, basta que la entidad (escindida o beneficiaria(s)) retenga o sea(n) beneficiaria(s) de solo parte de la rama de actividad contaminada³³⁶.

2.1.3 Determinación de la sanción aplicable

El art. 31 contiene reglas para la determinación de las sanciones aplicables en caso de fusión o escisión.

El primer apartado se refiere al cálculo de las sanciones pecuniarias en caso de fusión o escisión que tengan lugar antes de la conclusión del procedimiento, ordenando calcular la sanción pecuniaria, al aplicar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11³³⁷, teniendo en cuenta las condiciones económicas y los activos de la entidad originalmente responsable (y no, por tanto, de la entidad resultante o de la entidad beneficiaria responsable)³³⁸.

En los apartados siguientes, el artículo establece la posibilidad de sustituir la sanción interdictiva por una sanción pecuniaria, salvo lo previsto en el artículo 17, cuando así lo solicite la entidad resultante de la fusión o la entidad participante en la escisión, siempre que, tras la fusión o escisión, se cumplan las condiciones establecidas en la letra b) del apartado 1 y de las letras (a) y (c) del artículo 17³³⁹. Si acepta la solicitud, el juez, al

³³⁵ Según dispone el art. 13, las sanciones interdictivas “si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative; b) in caso di reiterazione degli illeciti. 2. Le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni. 3. Le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1”.

³³⁶ “Nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3. Gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato. Le sanzioni interdittive relative ai reati indicati nel comma 2, si applicano agli enti cui è rimasto o è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso”.

³³⁷ Art. 11. Criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria

1. Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

2. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.

3. Nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1, l'importo della quota è sempre di lire duecentomila.

³³⁸ Art. 31.1: Se la fusione o la scissione è avvenuta prima della conclusione del giudizio, il giudice, nella commisurazione della sanzione pecuniaria a norma dell'articolo 11, comma 2, tiene conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile.

³³⁹ Salvo quanto previsto dall'articolo 17, l'ente risultante dalla fusione e l'ente al quale, nel caso di scissione, è applicabile la sanzione interdittiva possono chiedere al giudice la sostituzione della medesima con la sanzione pecuniaria, qualora, a seguito della fusione o della scissione, si sia realizzata la condizione prevista

pronunciar la sentencia de condena, sustituirá la sanción interdictiva por una sanción pecuniaria cuyo importe estará comprendido entre la cuantía y el doble de la sanción pecuniaria impuesta a la entidad en relación con el mismo delito³⁴⁰. Todo ello sin perjuicio del derecho de la entidad, también en los casos de fusión o escisión, de solicitar la conversión de las sanciones interdictivas en sanciones pecuniarias tras la conclusión del juicio³⁴¹.

2.1.4 Reincidencia

El art. 32 contiene una regla especial para determinar la reincidencia de las entidades participantes en una fusión o escisión³⁴². Así, respecto a los ilícitos cometidos después de la fusión o escisión, el juez puede tener en cuenta la condena dictada contra las entidades participantes en la fusión o contra la entidad escindida por delitos cometidos con anterioridad a la fusión o escisión. A dicho efecto, el juez tendrá en cuenta la naturaleza de los delitos y la actividad en cuyo contexto se cometieron, así como las características de la fusión o escisión. Respecto a las entidades beneficiarias de la escisión, esta previsión podrá ser únicamente aplicada si se les transfirió, aunque fuera en parte, la rama de actividad en la cual se cometió el delito por el que fue condenada la entidad escindida.

2.1.5 Consecuencias procesales de las modificaciones estructurales

a) Subrogación como parte en el procedimiento

El artículo 42³⁴³ contiene una expresa previsión sobre el efecto de las modificaciones estructurales ocurridas durante el proceso: las actuaciones continuarán contra la entidad resultante de la fusión o contra las entidades beneficiarias de la escisión en el estado en que se encontraran.

b) Contenido específico de la sentencia

dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 17, e ricorrano le ulteriori condizioni di cui alle lettere a) e c) del medesimo articolo

³⁴⁰ Se accoglie la richiesta, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, sostituisce la sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria di ammontare pari da una a due volte quello della sanzione pecuniaria inflitta all'ente in relazione al medesimo reato.

³⁴¹ Resta salva la facoltà dell'ente, anche nei casi di fusione o scissione successiva alla conclusione del giudizio, di chiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.

³⁴² Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione

1. Nei casi di responsabilità dell'ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione per reati commessi successivamente alla data dalla quale la fusione o la scissione ha avuto effetto, il giudice può ritenere la reiterazione, a norma dell'articolo 20, anche in rapporto a condanne pronunciate nei confronti degli enti partecipanti alla fusione o dell'ente scisso per reati commessi anteriormente a tale data.

2. A tale fine, il giudice tiene conto della natura delle violazioni e dell'attività nell'ambito della quale sono state commesse nonché delle caratteristiche della fusione o della scissione.

3. Rispetto agli enti beneficiari della scissione, la reiterazione può essere ritenuta, a norma dei commi 1 e 2, solo se ad essi è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato per cui è stata pronunciata condanna nei confronti dell'ente scisso

³⁴³ Nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione, che partecipano al processo, nello stato in cui lo stesso si trova, depositando la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2.

La sentencia de condena, en caso de transformación, fusión o escisión de la entidad originariamente responsable, debe especificar que se dicta contra la entidad resultante de la transformación, fusión o las beneficiarias de la escisión, con indicación de la entidad originalmente responsable, si bien la sentencia contra esta tendrá efecto en cualquier caso contra aquellas³⁴⁴.

2.1.6 Otros supuestos de adquisición de empresa

El artículo 33³⁴⁵ se refiere a los supuestos de cesión o transmisión de la empresa contaminada (es decir, supuestos de adquisición distintos a la fusión o escisión), estableciendo la responsabilidad solidaria del cesionario respecto a la sanción pecuniaria, previa excusión de los bienes de la entidad cedente, con dos límites: en primer lugar, la cuantía de la responsabilidad se limita al valor de la empresa; en segundo lugar, ha de tratarse de sanciones pecuniarias reflejadas en los libros de contabilidad obligatorios o impuestas por infracciones administrativas de las que la cesionaria hubiera tenido conocimiento³⁴⁶ (se entiende que con anterioridad a la adquisición).

Como vemos, el conocimiento previo de la infracción no se exige en los casos de fusión o escisión, lo que resulta adecuado a la naturaleza de operaciones en las que, contrariamente a lo que sucede en la venta de los activos de una empresa, existe sucesión universal.

2.2 Portugal

El CP portugués de 1982 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo en el art. 11 que “a menos que se especifique lo contrario, sólo las personas

³⁴⁴ Art. 70. Sentenza in caso di vicende modificative dell'ente

1. Nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile, il giudice dà atto nel dispositivo che la sentenza è pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile.

2. La sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti indicati nel comma 1.

³⁴⁵ Cessione di azienda

1. Nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria.

2. L'obbligazione del cessionario è limitata alle sanzioni pecuniarie che risultano dai libri contabili obbligatori, ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nel caso di conferimento di azienda.

³⁴⁶ A destacar la posibilidad de solicitar el “Certificado de infracciones administrativas pendientes”, o certificado de cargos pendientes de infracciones administrativas dependientes del delito, disponible, por ejemplo, en https://procura-perugia.giustizia.it/it/cer_car_pen_ill_amm_da_reato.page (visitada el 9/08/2022), en el que se informa que actualmente (a la espera de la activación del registro nacional de cargos pendientes de delitos), cada Ministerio Público emite un certificado que contiene las inscripciones relativas a los juicios en curso ante la Corte y el Juez de Paz a los que accede el Ministerio Público y las sentencias de apelación relacionadas. Además, el Decreto de 14 de noviembre de 2002, N. 313 (Ley refundida de los registros) introdujo la “Visura dell'anagrafe delle sanzioni amm. Zambullida. de la delincuencia”, que permite que una entidad conozca todas las inscripciones existentes en el Registro de sanciones administrativas dependientes de la delincuencia, incluidas aquellas de las que no se hace mención en el certificado del registro de sanciones administrativas dependientes de delitos a que se refiere el art. 31 de la misma D.P.R. El Visura no tiene efectos administrativos, pero permite que el organismo interesado verifique la exactitud de las inscripciones contenidas en el registro, a los efectos de cualquier solicitud de rectificación. La solicitud de certificado no requiere ningún motivo y su emisión no está sujeta al pago de tasas o sellos.

físicas están sujetas a responsabilidad penal”. La reforma del artículo en 2007 por la Ley n.º 59/2007, de 4 de septiembre³⁴⁷, amplió los supuestos de responsabilidad penal y estableció la transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión y escisión³⁴⁸:

8. La escisión y la fusión no determinan la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica o entidad similar, respondiendo por la comisión del delito:

a) La persona jurídica o entidad similar que resulte la fusión y

b) Las personas jurídicas o entidades similares que resulten de la escisión.

³⁴⁷ Disponible en <https://data.dre.pt/eli/lei/59/2007/09/04/p/dre/pt/html>. La redacción del precepto que así:

“Artigo 11. Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas

1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

2 - As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 374.º, quando cometidos:

a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - Para efeitos da lei penal a expressão pessoas colectivas públicas abrange:

a) Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais;

b) Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade;

c) Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime:

a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e

b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão.

9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes:

a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa;

b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou

c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade.

11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

³⁴⁸ BRANDÃO, N. y JESUS, S.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, EGUZKILORE n.º 28, 2014, pp. 125-144. El legislador incorpora un modelo atributivo mixto en las letras a) y b) del n.º 2 del art. 11 del Código Penal.

Analizando el precepto, BRAVO DOS REIS³⁴⁹ señala que en caso de transformación, fusión o escisión, nos encontramos ante verdaderos fenómenos de sucesión o continuidad empresarial, voluntariamente decididos por los órganos de gobierno, la mayor parte de las veces como estrategia para una “mejor y más sostenida continuidad económica”.

2.3 Chile

El legislador chileno introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Ley 20.393 de 25 de noviembre de 2009³⁵⁰, antes, por tanto, de la reforma de 2010 del CP español. La exposición de motivos menciona expresamente, entre los instrumentos de los que se deriva para los Estados Partes la obligación de imponer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sanciones a las personas jurídicas que sean eficaces, proporcionadas y disuasiva, las 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo³⁵¹.

El art. 18 establece la transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en caso de transformación, fusión, absorción o escisión (que en este país recibe el nombre de “división”) y, además, lo que resulta especialmente llamativo, también en caso de disolución voluntaria, supuesto en el que se produce la transmisión de la responsabilidad a los socios y partícipes en el capital de la entidad disuelta, sin distinción entre socios personas físicas y socios personas jurídicas.

El legislador chileno ha diferenciado el régimen aplicable según la pena de que se trate, distinguiendo entre la pena de multa, que se aplica necesariamente, o el resto de penas, en cuyo caso la imposición se deja a criterio del juzgador. Además, en caso de disolución, el límite de la pena de multa “trasladada” será el valor de la cuota de liquidación. No hay límite en caso de fusión o escisión y además, en caso de escisión, la responsabilidad es solidaria.

“Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que

³⁴⁹ BRAVO, Jorge dos Reis, “Derecho Penal de las Personas Jurídicas. Ensayo sobre el castigo de las personas jurídicas y entidades equivalentes”, Coimbra Editora, 2008, p. 259, citado por BRANDÃO, N. y JESUS, S.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2014.

³⁵⁰ Publicada el 2 de diciembre de 2009. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668&idParte=8811472&idVersion=2009-12-02>

³⁵¹ El GAFI es un organismo intergubernamental independiente que desarrolla y promueve políticas para proteger el sistema financiero mundial contra el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las Recomendaciones del GAFI son reconocidas como la norma global contra el lavado de dinero (ALD) y contra el financiamiento del terrorismo (CFT). Como ha señalado RODRÍGUEZ GARCÍA (“Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, *Repositorio da Universidade da Coruña*, 2012), el GAFI ha mostrado su preocupación por el aumento del uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y el control de los activos de procedencia ilegal, lo que se puede evidenciar no sólo en sus 40 Recomendaciones en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo —en especial la 2, 5, 12, 17, 33 y 34— y en las 9 Recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo —en especial la VI—, sino en la incidencia que sus planteamientos han tenido en la readaptación de los distintos sistemas nacionales de prevención. A título de ejemplo de las propuestas elaboradas por este organismo, cabe señalar el documento titulado “Mejores prácticas sobre beneficiarios finales para personas jurídicas”, disponible en [GAFILAT-Best-Practices-Beneficial-Ownership-Legal-Persons \(1\).pdf](#).

se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

2.4 Holanda

La sección 51.1 del Código Penal holandés³⁵² se limita a establecer que los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o jurídicas:

“Criminal offences can be committed by natural persons and legal persons”.

Nada dice respecto a los efectos que una fusión o escisión puede tener respecto al traslado de la responsabilidad penal a la empresa adquirente. Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado³⁵³ que, si una persona jurídica continúa en otra o se convierte en otra, esta

³⁵² Disponible en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2022-10-01/0>; otras leyes, disponibles en <https://wetten.overheid.nl/>. El art. 51 del Criminal Code, en versión inglesa, dice:

1. Criminal offenses can be committed by natural and legal persons.
2. If a criminal offense is committed by a legal person, criminal proceedings may be instituted and the penalties and measures provided for by law, if appropriate, may be pronounced:
 - 1°. against that legal person, or
 - 2°. against those who ordered the act, as well as against those who actually directed the prohibited conduct, or
 - 3°. against those mentioned under 1° and 2° together.
3. For the purposes of the previous paragraphs, the following are equated with the legal person: the company without legal personality, the partnership, the shipping company and the target capital.

³⁵³ HR 28 de octubre de 1980, NJ 1981/123; HR 24 de noviembre de 1987, NJ 1988/395; HR 20 de marzo de 1990, NJ 1991/8; HR 13 de octubre de 1998, NJ 1999/498.

última puede ser perseguida por los delitos cometidos por la primera. Además, si las actividades de una persona jurídica son continuadas en el mismo plano por otra persona jurídica, esta última puede ser perseguida por los actos cometidos por su predecesor legal.

El criterio consolidado del Hoge Raad³⁵⁴ (sentencias de 16-11-2010³⁵⁵ y de 02-10-2007³⁵⁶) establece, acerca de los efectos de la disolución de una persona jurídica, que la caducidad del derecho a ejercitar la acción penal no tiene por qué coincidir con la disolución de una persona jurídica o una empresa; a diferencia de las personas físicas, las personas jurídicas y las empresas pueden seguir existiendo después de su disolución y, si es necesario, pueden incluso resucitar: “en vida una ficción, luego también después de la muerte”.

El Alto Tribunal holandés (15-10-2002) considera que en caso de fusión habrá que determinar si la empresa beneficiaria de la fusión puede considerarse una “continuación” de la fusionada, atendiendo a la realidad social. Anticipa, por tanto, el criterio luego expresado por el TJUE y el TEDH. Reservamos por ello su examen al capítulo dedicado a la doctrina de la continuidad económica como fundamento de la transmisión de la responsabilidad criminal a la empresa sucesora.

Como nota del sistema holandés, apuntamos que el proceso penal se basa en el principio de oportunidad y, por tanto, el Ministerio Fiscal, único que puede ejercitar la acción penal, decide si procede judicialmente o no³⁵⁷.

2.5 Influencia del CP español (art. 130.2)

La huella del art. 130.2 CP es visible en los textos legales de países iberoamericanos elaborados o reformados después de 2010, por lo que resultará de interés el seguimiento de la jurisprudencia que en el futuro la vaya aplicando. Dejamos por ello constancia de los artículos de los códigos de Argentina y México que establecen la responsabilidad penal de la entidad sucesora, así como del caso de Perú (que ha preferido seguir manteniendo la etiqueta de responsabilidad administrativa del modelo de responsabilidad italiano), que incorpora previsiones específicas para el caso de fusión y escisión.

2.5.1 Argentina

La influencia del CP español es evidente en la Ley 27.401 de 01/12/2017 de Argentina³⁵⁸, que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, y que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal. El art. 3, en términos muy parecidos al art. 130.2 CP, establece la transmisión de la responsabilidad (sin especificar que se trata de la responsabilidad penal) en caso de transformación, fusión, absorción o escisión, que enmarca bajo el epígrafe “responsabilidad sucesiva”. Ahora bien, el legislador argentino amplía los supuestos de transmisión de la responsabilidad a cualquier otra “modificación societaria”, lo que permite incluir supuestos de adquisición de empresa no previstos por

³⁵⁴ Tribunal Supremo de los Países Bajos

³⁵⁵ ECLI:NL:HR:2010:BM3630

³⁵⁶ ECLI:NL:PHR:2007:BA5825

³⁵⁷ Noordhoek, Eric Willen. V/Lex. Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/55888276>.

³⁵⁸ Esta ley es complementaria del Código Penal (art. 27). Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>

el legislador español. Incorpora, asimismo, un párrafo segundo similar al de nuestro Código Penal.

ARTÍCULO 3º. - Responsabilidad sucesiva. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

2.5.2 México

El artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales de 5 de marzo de 2014, (que complementa el Código Penal³⁵⁹), replica, tras la reforma de 2016³⁶⁰, en términos casi idénticos, los apartados primero y segundo del art. 130.2 CP español. Dice así:

No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito.

La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente, cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Hay que destacar la expresa contraposición que realiza el legislador mexicano (“tampoco”) entre el primer supuesto, referido a las modificaciones estructurales consistentes en transformación, fusión, absorción, y escisión, y el segundo supuesto, que se reduce a la disolución aparente (sin mención a la disolución “encubierta” del caso español). Deja claro así que las modificaciones estructurales a las que se refiere en primer lugar son algo distinto a operaciones “aparentes” o, como en España se ha querido ver, “fraudulentas”.

2.5.3 Perú

El Código Penal vigente³⁶¹, de 1991, no contempla la RPPJ. La Ley n.º 30424³⁶², cuyo objeto (art. 1) es regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el

³⁵⁹ Disponible en <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>

³⁶⁰ Diario Oficial de la Federación de fecha 17-06-2016.

³⁶¹ Disponible en COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf. Consultado el 26/10/2022.

³⁶² **Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas**

delito de cohecho activo transnacional (previsto en el artículo 397-A del Código Penal), utiliza la etiqueta de «responsabilidad administrativa» para referirse al modelo de responsabilidad de las personas jurídicas (como sucede con el modelo italiano). Ahora bien: i) la competencia por materia la tiene el juez penal, ii) le corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal contra la persona jurídica, iii) se aplican las normas procesales del Código Procesal Penal (tercera disposición complementaria final) y iv) le asisten a la persona jurídica los mismos derechos y garantías que ostenta el imputado en una investigación y proceso penal, motivos por los cuales la doctrina señala que se trata, en puridad, de una responsabilidad de naturaleza penal³⁶³.

Además de la calificación de la responsabilidad de las personas jurídicas como administrativa, hay que destacar dos diferencias importantes con respecto al modelo español. En primer lugar, se aplica a un número muy restringido de delitos; de entrada, solo se preveía respecto de un único delito, el delito de cohecho activo internacional (artículo 397-A del Código Penal peruano³⁶⁴), previsión que fue extendida a otros delitos (crimen organizado, terrorismo, otros delitos de corrupción, entre otros) por el Decreto 1352 de 6 de enero de 2017³⁶⁵. En segundo lugar, la posibilidad de ejercicio de la acción penal se limita fuertemente con respecto a España, ya que no solo corresponde al Ministerio Público, sino que, además, la octava disposición complementaria final introduce el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores como

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Artículo 4. Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia.

La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal.

Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>.

³⁶³ FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R. y HERNANDO CHANJAN, R.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, Derecho PUCP, n.º 77, 2016, con cita de Foffani, Caro Coria y Hurtado Pozo.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ DÍAZ, C.R. y HERNANDO CHANJAN, R.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ibid.*

³⁶⁵ Disponible en [01352 \(1\).pdf](#). Consultada el 26/10/2022.

“requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria del Fiscal”. Asimismo, el art. 18 dispone:

“El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional.

Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.”

En cuanto al objeto de nuestro estudio, el art. 2 de la Ley 30424 dispone expresamente que “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 concreto de fusión o escisión, limita la posible sanción a la multa, disponiendo que la persona jurídica absorbente solo puede ser sancionada con multa (que habrá de tener en cuenta el patrimonio transferido), siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto (es decir, la limitación a la multa referida al patrimonio transferido). Además, establece expresamente que

“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”.

El caso de Perú resulta de interés por establecer disposiciones específicas sobre cuestiones respecto a las cuales el legislador español guarda silencio.

En primer lugar, distingue claramente entre las fusiones o escisiones fraudulentas y las que no tienen este carácter. Salvo que se trate de una fusión o escisión fraudulenta, se establece una limitación cualitativa (pena de multa) y cuantitativa (patrimonio atribuido) respecto a las posibles consecuencias para la empresa sucesora. Cuando se trate de una operación que pretenda eludir la responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido, no opera este límite. Entendemos que una limitación en este sentido sería deseable en el caso español, ya que permite cuantificar el riesgo máximo de una inversión.

En segundo lugar, se establece expresamente una exención de responsabilidad para el adquirente que adopta las medidas oportunas para comprobar si su *target* ha cometido o

no alguno de los delitos incluidos en el catálogo de la Ley N.º 30424. El legislador peruano no especifica, sin embargo, qué ocurre si la empresa que en la *due diligence* previa a la adquisición descubre la comisión de un delito, lo denuncia y colabora con la justicia, sigue adelante con la operación proyectada. En cualquier caso, es una medida en línea con la práctica de otros países y que en nuestro caso no tiene expreso reconocimiento legal, sin perjuicio de su valoración al amparo de lo previsto, con carácter general, en el art. 31 bis CP.

Además de estas previsiones específicas respecto a la fusión y escisión, hay que tener en cuenta tres circunstancias de la ley peruana que reducen significativamente el riesgo de la operación para el posible inversor:

- a) por una parte, la etiqueta de la responsabilidad es “administrativa”, no penal, lo que importa desde el punto de vista del daño reputacional que evalúa el inversor;
- b) por otra, el ejercicio de la acusación se ve limitada doblemente, no solo por corresponder exclusivamente al ministerio fiscal, sino por el requisito de procedibilidad adicional impuesto;
- c) finalmente, el número de delitos susceptibles de generar la responsabilidad de la PJ es significativamente menor.

Todo ello, sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse al sistema, dibuja al menos un panorama que ofrece más certeza y seguridad jurídica al mundo económico que el diseñado por el legislador español, como evidencia la revisión de la doctrina española, a la que se dedica el capítulo siguiente.

3. Posiciones de la doctrina española

3.1 Introducción

Fuera del ámbito penal, en Derecho civil, laboral, fiscal o administrativo, la regla general es clara en caso de adquisición de una empresa mediante una operación societaria de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo: la empresa adquirente responde de todas las obligaciones de la empresa adquirida (o de aquella parte de la empresa que haya sido adquirida). En el ámbito penal, sin embargo, esta regla de traslación de la responsabilidad penal se ha considerado contraria al principio de culpabilidad, que excluye la responsabilidad por hecho de otro. La doctrina penal mayoritaria ha considerado que la empresa que adquiere una sociedad por fusión o escisión es “otra”, distinta de la originariamente responsable del delito; unos autores niegan directamente que resulte constitucionalmente admisible considerar a la entidad adquirente penalmente responsable por los delitos de la entidad fusionada o escindida; otros proponen que la entidad adquirente solo puede responder si la fusión o escisión se llevó a cabo para eludir la responsabilidad penal.

Desde la tesis que aquí se defiende, estas posturas pasan por alto que, en virtud de la sucesión universal que opera en caso de fusión y escisión, no cabe considerar “otra” a la entidad sucesora. Esto no quiere decir, sin embargo, que en todos los casos sea adecuado castigar a la entidad resultante o beneficiaria, como veremos en el capítulo dedicado al examen de los distintos supuestos de aplicación del artículo. Además, la previsión contenida en este artículo no es más que una regla que permite extender la responsabilidad penal, del mismo que, en su día, lo hizo el art. 31.1 para evitar la impunidad, cuando un delito exigía elementos personales en el autor y una persona física aprovechaba la estructura empresarial para vulnerar la legalidad penal. Por ello, en caso de fusión o escisión, la aplicación del régimen previsto en el art. 31 bis CP puede resultar en la exención o atenuación de la pena que se imponga a la PJ sucesora, si concurren las circunstancias para ello. Por otra parte, el Derecho ya dispone de herramientas eficaces para evitar que se utilicen los mecanismos del Derecho de sociedades para eludir la responsabilidad penal: la doctrina del fraude de ley, abuso de derecho o levantamiento del velo, o el mismo apartado segundo del art. 130.2 CP, dedicado a las disoluciones “encubiertas o meramente aparentes”.

Al objeto de sistematizar lo dicho hasta ahora en la doctrina española, agruparemos los autores según el criterio siguiente:

- a) aquellos que o bien rechazan la posibilidad de trasladar la responsabilidad penal a la empresa adquirente, por considerar que supone atribuir responsabilidad penal por hecho de otro, o bien advierten de su inconstitucionalidad en determinados casos;
- b) autores que proponen una interpretación restringida del precepto, limitada a los supuestos en los que se persigue eludir la responsabilidad penal mediante la operación de fusión o escisión;
- c) autores que, desde distintos postulados, consideran que no vulnera el principio de culpabilidad la transmisión de la responsabilidad penal de la empresa adquirida

contaminada a la empresa adquirente en caso de fusión o escisión, aunque no se trate de una operación fraudulenta.

En los capítulos siguientes revisaremos el estado de la cuestión en el Derecho comparado, examinando la doctrina de la “successor criminal liability” que aplican los tribunales de Estados Unidos, la doctrina de la continuidad económica y funcional de la empresa aplicada por la *Cour de Cassation* en Francia, siguiendo la línea marcada por el TJUE y TEDH y las propuestas que exigen, para la imposición de una pena a la entidad adquirente, que además del presupuesto objetivo de la fusión o escisión, concorra un requisito subjetivo en la entidad adquirente, lo que se ha calificado como “identidad criminal”³⁶⁶, “culpabilidad propia” de la empresa adquirente o “alguna clase de responsabilidad subjetiva” en la sociedad inicialmente no contaminada³⁶⁷.

En el tercer bloque examinaremos la fundamentación y supuestos de aplicación del art. 130.2 CP desde la doctrina de la sucesión universal, institución consagrada por nuestra doctrina patria y desde la que es posible dar respuesta a muchos de los interrogantes que plantea el régimen de RPPJ en caso de adquisición de una empresa contaminada.

3.2 Posible inconstitucionalidad del precepto

Un sector de la doctrina ha cuestionado ya la constitucionalidad del primer párrafo del precepto, argumentando que el principio de culpabilidad resulta vulnerado en caso de hacer responder a “otro” o a “otra”, es decir, a una persona distinta de la que “cometió” el delito (expresión que utilizamos para referirnos a la persona jurídica originariamente responsable del delito, por haberse cometido por una de las personas físicas a las que se refiere el art. 31 bis CP); la pena solo puede ser impuesta a la responsable del delito y, por tanto, no cabe extenderla o trasladarla a otra persona jurídica. No existe, sin embargo, una posición única, ya que unos autores admiten la “transmisión” de la responsabilidad en caso de transformación, otros en caso de transformación y escisión, otros en caso de transformación y fusión y otros, en fin, distinguen según las circunstancias del caso, atendiendo a distintos factores.

BLANCO CORDERO³⁶⁸ considera que el traslado automático de responsabilidad penal a la entidad transformada, fusionada o resultante, supone una vulneración de los principios básicos del Derecho penal, de culpabilidad, personalidad de las penas y prohibición de responsabilidad objetiva. El fundamento de la exclusión de la responsabilidad criminal a causa de la disolución real radica en el hecho de que la persona jurídica disuelta desaparece, deja de tener personalidad jurídica, requisito indispensable para poder ser sujeto de imputación penal. Defiende que el art. 130 CP persigue evitar la elusión de la responsabilidad penal, estableciendo supuestos en los que se produce la pérdida de personalidad jurídica, pero no se extingue la responsabilidad criminal³⁶⁹.

³⁶⁶ DIAMANTIS, M.: “Successor Identity”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 36, Issue 1 (Winter 2019).

³⁶⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2020, *ibid.*, p. 267.

³⁶⁸ BLANCO CORDERO, I.: “Responsabilidad criminal de la empresa disuelta?” en DE VICENTE REMESAL et al. (dirs.): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, 2020, Madrid, Reus Editorial, pp.513-522.

³⁶⁹ El autor llama la atención sobre el hecho de que, en el ámbito mercantil, la disolución no extingue la personalidad jurídica. Explica que, de acuerdo con el art. 371 LSC, la disolución de la sociedad abre el período de liquidación, conservando la sociedad disuelta su personalidad jurídica mientras la liquidación

DE LA CUESTA ARZAMENDI considera que siendo la responsabilidad penal personal, no resulta fácil admitir el “traslado” de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad “absoluta”, sino que basta con una “identidad sustancial”³⁷⁰.

Considera que el establecimiento de “mecanismos de retroacción y anulación de la absorción o fusión, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora”, hubiera sido más apropiado³⁷¹.

Sobre esta cuestión, ya vimos que incluso cuando se constata el propósito fraudulento de la operación, la inviabilidad práctica de declarar la nulidad de la misma lleva a los tribunales a limitarse a eliminar determinados efectos conseguidos con la operación.

DÍEZ RIPOLLÉS³⁷² habla de un enfoque material y admite la responsabilidad penal en caso de escisión, pero no en caso de fusión o absorción, en la misma línea que **DOPICO GÓMEZ-ALLER** y **GASCÓN INCHAUSTI**: “mientras que la transformación plantea pocos problemas en principio, pues estamos ante la misma sociedad con otra configuración jurídica y, quizás, económica, la escisión puede hacer necesario identificar la división, sector o filial de la sociedad original en la que se llevó a cabo la actividad delictiva, pues solo la sociedad escindida que acoja los elementos personales y materiales de realización del delito deberá responder³⁷³. Sin duda, la fusión y la absorción son los casos más problemáticos: hacer responder a la sociedad que integra o absorbe por hechos cometidos por aquella sociedad a la que integra o absorbe es responsabilidad por hecho ajeno”.

El autor considera que el segundo párrafo del art. 130.2 CP puede contener un supuesto de sucesión en el que resulte penalmente responsable la nueva titular de la empresa. La reflexión que hace es la siguiente (el resaltado es nuestro): “En las personas jurídicas

se realiza. La sociedad disuelta sigue sujeta al régimen de responsabilidad penal del art. 31 bis CP. El concepto mercantil de disolución contrasta con la interpretación auténtica de disolución conforme al art. 33.7 b) CP, que establece que la pena de disolución “producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. El incorrecto entendimiento de lo que se entiende, en Derecho mercantil, por disolución, puede conducir a que se declare una causa de extinción de la responsabilidad penal por el mero hecho de que se haya acordado la disolución, desconociendo que con esta no termina su personalidad jurídica, puede incluso adoptar válidamente el acuerdo de su reactivación. Incluso la cancelación registral por sí sola carece de eficacia constitutiva a efectos de extinción de la personalidad jurídica, de modo que si la cancelación registral se produjo sin terminar la liquidación, la sociedad conserva su personalidad jurídica y mantiene, por tanto, la capacidad para ser demandada (STS (Pleno Sala Primera) 324/2017, de 24 de mayo de 2017).

³⁷⁰ **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26. Para el autor, la fórmula presenta importantes problemas en un marco regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución.

³⁷¹ **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista penal México*, ISSN 2007-4700, n.º 5, 2013, pp. 9-33; también en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2013, p. 90. Vid. **FARALDO CABANA** en “Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP” en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, 2019.

³⁷² **DÍEZ RIPOLLÉS**, J.L.: “Política criminal y derecho penal – Estudios-. Tomo I, 3ª ed., 2020

³⁷³ Cita, a su vez, a **CORCOY BIDASOLO** y **DOPICO GÓMEZ-ALLER**.

aparentemente disueltas la sociedad realmente persiste en su actividad, lo que puede hacer a través de otra persona jurídica o por medio de una asociación que no posea personalidad jurídica, aun cuando haya procedido a su liquidación y extinción. Sin perjuicio de otras hipótesis, la ley considera uno de estos casos aquel en el que la persona jurídica continúa su actividad económica manteniendo una identidad sustancial, o la parte más relevante, de sus clientes, proveedores y empleados – art. 130.2 párr. 2 – Si la liquidación y extinción de la sociedad ya han tenido lugar, se entiende que **sujeto activo responsable pasará a ser la sociedad o asociación sin personalidad jurídica en la que continúa sus actividades**: el primer supuesto puede resolverse como un caso de **sucesión societaria**, pero en el segundo supuesto, al no estar ante una persona jurídica, habrá que acudir eventualmente al régimen del art 129 de consecuencias accesorias.”

DOPICO GÓMEZ-ALLER considera que “es difícil hallar una interpretación admisible para esta norma”³⁷⁴, comenzando porque la idea de «traslado de la responsabilidad penal» de un sujeto a otro es incompatible con el principio de personalidad de las penas, de rango constitucional (SSTC 146/1994, 92/1997), ya que si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene penalmente responsable por un hecho que no cometió, nos encontraríamos ante una norma que obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que no cometió³⁷⁵. Distinta sería la cuestión si lo que se pretende es simplemente declarar la responsabilidad penal de la entidad absorbida y declarar a la entidad absorbente sucesora en la deuda de Derecho Público en la que consiste la pena de multa. Propone una interpretación restrictiva del precepto: la sucesión en la posición deudora de la entidad infractora, sin declaración de culpabilidad de la absorbente, lo que considera mucho menos problemático por la evidente conexión patrimonial entre la entidad absorbente inocente y la absorbida culpable³⁷⁶.

Con GASCÓN INCHAUSTI³⁷⁷, señala que el precepto vulnera el principio de culpabilidad por la “falta de identidad temporal de las personas jurídicas”; en “algunos casos -transformación y escisión- la quiebra es solo en lo formal, ya que materialmente la persona jurídica sigue con sus actividades, aunque sea bajo otro rótulo, pero en otros -fusión y absorción- la quiebra es tanto formal como material”. Propone arbitrar mecanismos que permitiesen la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora³⁷⁸.

El autor equipara la transformación (que no tiene efecto traslativo) y la escisión (que siempre lo tiene, sea parcial o total), contraponiendo a ambas la fusión, considerando que en este caso no resulta admisible trasladar la responsabilidad penal a la absorbente³⁷⁹. Podría entenderse que el autor se refiere a la escisión a favor de una sociedad de nueva creación, distinguiéndola de la escisión a favor de una entidad ya existente

³⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho de fundaciones*, 2012, p. 188.

³⁷⁵ Frente a la tesis del autor, cabe señalar lo dispuesto en los arts. 30 y 31 CP.

³⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad”, *ibid.*, p. 187.

³⁷⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Responsabilidad de personas jurídicas” en Molina Fernández, F (coord.): *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, 2021, n.º 6782, versión electrónica, visitado el 29/07/2022.

³⁷⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad”, *ibid.*, p. 189.

³⁷⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DE LA MATA BARRANCO, N. et al.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, pp. 129-168.

(absorción). Aún así, la retroacción de la operación que propone el autor no parece viable, a la vista de la doctrina declarada por la STJUE (Sala Segunda) de 30 de enero de 2020 (asunto C-394/18), en referencia a la escisión, pero aplicable igualmente a la fusión³⁸⁰.

Propone restringir la pena trasladable a la multa, con exclusión del resto de las penas: “(n)o cabe interpretar que puedan trasladarse a la entidad absorbente penas del artículo 33.7 b) a g). La imposición de esas penas exige atender a las características preventivo-especiales que tenía la entidad en el momento de cometer el delito, si subsisten en el momento de la imposición. Al ser distinta la persona jurídica que cometió el delito y la sucesora a la que se dirige la pena, la única pena que es posible «traslada(r) (en los términos recién señalados) es la multa”.

MOLINA FERNANDEZ³⁸¹ también considera de muy dudosa compatibilidad el art. 130.2 con el principio de culpabilidad. “La *falta de identidad temporal* de las personas jurídicas es otra de las razones para poner en duda la conveniencia de admitir su responsabilidad penal”; siempre que hay “un *cambio en la personalidad legal* se produce una inevitable quiebra en el principio de personalidad de la responsabilidad”.

Para el autor, la facultad de moderación que se concede al juez penal en caso de fusión es un mecanismo destinado a evitar la vulneración del principio de personalidad de las penas y de proporcionalidad. Propone que el juez penal debe tener en cuenta el grado de identidad entre la persona originaria y la de traslado. Señala, no obstante, que el art. 130.2 CP solo establece la facultad de moderación respecto del “traslado” de la pena en caso de fusión, pero no respecto de la “extensión” de la pena en caso de escisión; además, no habla ni de traslado ni de extensión de la “responsabilidad” penal.

Propone, en caso de escisión, limitar la extensión de la responsabilidad y de la pena a la entidad que continúe las actividades que dieron lugar al hecho delictivo, invocando el principio de personalidad de las penas y de proporcionalidad.

FEIJOO SÁNCHEZ³⁸² considera “que el Código Penal permite que pueda acabar sufriendo una pena una persona (jurídica) distinta a la que cometió el delito”, si bien parece limitar la aplicación de lo que considera una cláusula de cierre anti-elusiva (para

³⁸⁰ “(E)l artículo 19, apartado 1, letra b), de la Sexta Directiva dispone que solo puede declararse la nulidad de una escisión que haya surtido efecto en tres casos, a saber, por falta de control preventivo judicial o administrativo de legalidad, por falta de acta autenticada o bien mediante la prueba de que la decisión de la junta general era nula o anulable en virtud del Derecho nacional. 83 Pues bien, estos tres casos de nulidad se refieren a la formación de la escisión y afectan a su propia existencia. Por tanto, son casos que implican la cancelación del acto de escisión. 84 En cuanto a los objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, se desprende de su undécimo considerando que el legislador de la Unión consideró que es preciso limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de la regularización cada vez que sea posible y, por otra, un plazo breve para invocar la nulidad a fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades que participen en la escisión como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas”.

³⁸¹ MOLINA FERNANDEZ, F.: “Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas” en *Memento práctico penal*, Lefevre, 2021, *ibid.*, pp. 830-831.

³⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: “La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, y GÓMEZ-JARA DÍEZ: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 297-300.

evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada), a las organizaciones empresariales (excluyendo, por tanto, a las personas jurídicas que no sean empresas) y al fraude de ley mediante el uso de normas societarias. En los tres supuestos del párrafo primero (transformación, fusión y escisión), encuentra la regulación insatisfactoria en relación con las sanciones interdictivas, dado que la nueva situación puede hacerlas innecesarias. Pone como ejemplo el caso de condena de una empresa por una mala gestión de residuos que es absorbida por otra mucho más grande con una impoluta política medioambiental; critica que, en principio, el sistema no permite, en fase de ejecución, la modificación de las penas impuestas.

Con respecto al segundo párrafo del art. 130.2 CP (disolución fraudulenta o meramente aparente), FEIJOO SÁNCHEZ sostiene que se trata de un supuesto (el único) en el que se impone una pena a una organización sin personalidad jurídica, ya que en este caso se trata de una persona jurídica que se ha disuelto, funcionando la organización, a pesar de ello, “bien sin titularidad o bien con titularidad distinta”. Entiende que el legislador está aplicando aquí un “criterio económico”, que entiende la persona jurídica como “unidad económica” en la medida en la que lo decisivo es el mantenimiento de la actividad económica.

FERNANDEZ TERUELO³⁸³ califica el art. 130.2 de previsión “escasamente acertada”, considerando que “parece provocar una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena, al trasladar la responsabilidad penal a otro ente distinto (el resultante) y además basta que posea una “identidad sustancial” y por lo tanto no necesariamente absoluta”. La pena solo debe afectar derechos del condenado y no debe extender sus efectos propiamente penales a terceros.

GÓNZALEZ CUSSAC³⁸⁴ distingue entre transformación, donde no hay cambio de titularidad ni extinción de la persona jurídica, y los casos de fusión y escisión, en los que la transmisión de responsabilidad penal al nuevo titular podría infringir el principio constitucional de personalidad de las penas si no hay responsabilidad subjetiva de la sociedad inicialmente no contaminada. La medida de la responsabilidad subjetiva la residencia en el grado de cumplimiento del deber de diligencia en el procedimiento de *due diligence* llevado a cabo por la empresa.

ORTIZ DE URBINA³⁸⁵ ha propuesto que sólo se traslade a la entidad absorbente la responsabilidad penal de la absorbida cuando aquélla no haya prestado el cuidado debido al llevar a cabo la *due diligence*, descuidando aquellos indicios que pudiesen haber revelado que la entidad absorbida estaba o podía llegar a estar imputada, lo que resultaría en una responsabilidad subjetiva en la entidad absorbente.

*DOPICO GÓMEZ-ALLER*³⁸⁶ señala que la falta de una adecuada *due diligence* no resuelve el problema de

³⁸³ FERNANDEZ TERUELO, J.G.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica), *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p. 36.

³⁸⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2020, *ibid.*, pp. 266-267.

³⁸⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, *ibid.*, p. 163.

³⁸⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 163.

inconstitucionalidad, aunque permita evitar en algunos supuestos el “traslado de la responsabilidad penal”:

“(n)o cabe concluir que si la entidad fue negligente en el momento de la absorción, esa negligencia ya permite, sin tacha de responsabilidad objetiva, condenar a la sociedad absorbente por el delito cometido por la absorbida quizá años antes. Y ello, porque se trata de dos infracciones distintas. Retomemos el ejemplo anterior (en 2017 una sociedad mercantil nacida en 2016 absorbe a una pequeña empresa que en 2015 había cometido un cohecho). No se puede atribuir a la empresa absorbente responsabilidad por un cohecho cometido en el año 2015 (¡cuando ni siquiera existía!), y fundar ese reproche con una supuesta infracción de un deber de cuidado cometida en el momento de la absorción, en 2017 (...) Si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene penalmente responsable por un hecho con la que, en el momento de su comisión, no tuvo ningún contacto, nos encontraríamos ineludiblemente ante una norma que 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”. “Aducir que una entidad haya realizado una due diligence antes de la absorción es sin duda un potente argumento de descargo, pues subraya lo absurdo que sería penarla por lo que ni siquiera se pudo detectar en el momento de la absorción. Sin embargo, parece inviable a contrario sensu fundamentar en los demás casos la responsabilidad penal en la omisa realización de esta clase de análisis. El “deber de cuidado” del adquirente de comprobar cierta clase de vicios en la entidad adquirida procede del principio caveat emptor; según el cual incumbe al comprador la comprobación de cierta clase de vicios (¡no todos!), pues si no los investiga posteriormente correrá él con ellos y no podrá reclamárselos al vendedor. No se trata, pues, de una prohibición con relevancia jurídico-pública, sino sólo de una Obliegenheit de autoprotección cuya infracción hace que el comprador pierda una acción contra el vendedor. No se trata, pues, de una prohibición cuya infracción pueda determinar consecuencias penales: el Estado no prohíbe absorber entidades sin comprobar diligentemente estos extremos. Por ello, no cabe construir una suerte de negligencia punible derivada de absorber entidades sin comprobar si han cometido previamente delitos o no (y, mucho menos, castigar dicha negligencia con la pena prevista para las entidades que cometan o toleren dichos delitos)”³⁸⁷

Para **ROBLES PLANAS**³⁸⁸, contrario a la introducción de la RPPJ por considerar que establece una responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad y de personalidad de las penas, el art. 130.2 CP demuestra a las claras la “abierta consagración

³⁸⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad”, *ibíd.*, p. 189.

³⁸⁸ ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, *La Ley*, 2011, n.º 7705.

de la responsabilidad por hechos ajenos y una expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad”, al no proclamar la extinción de la responsabilidad penal en los supuestos previstos en el primer párrafo. El autor propone interpretar que el art. 31 bis CP establece un sistema de responsabilidad que es solo formalmente penal; se trata de un sistema de imposición de cargas a las personas jurídicas en el contexto de la comisión de hechos delictivos por parte de personas físicas en su seno, que sirve para incentivar a las personas físicas que la dirigen a que adopten sistemas de prevención del delito y, en última instancia, mantengan el patrimonio social al margen de la obtención de beneficios mediante la comisión de delitos³⁸⁹. El autor explica así el porqué del art. 130.2 CP: en tales casos, “subsiste en el patrimonio las consecuencias del delito (el enriquecimiento), de forma que todavía tienen que ser eliminadas”. Se trata de prevenir la incorporación de beneficios económicos provenientes de actividades delictivas a la persona jurídica y, en su caso, tutelar y garantizar la reintegración futura e inmediata de tales ganancias ilícitas.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, en uno de los primeros trabajos que abordan el estudio de la RPPJ en las adquisiciones de empresas con cierta profundidad³⁹⁰, considera que el precepto establece una responsabilidad objetiva que no es posible salvar acudiendo a criterios como el de la culpabilidad propia de la empresa sucesora. Afirma el autor que “el Código Penal parte de la idea de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se transmite siempre a la sociedad resultante, sea cual sea la modificación societaria. De este modo, aunque cambien los dueños de la empresa, cambien los gestores, o cambie incluso la forma societaria la responsabilidad penal de la persona jurídica será trasladada a la persona jurídica resultante o aquella que siga ejerciendo la actividad, en lo que supone una quiebra clara del principio de culpabilidad (art. 5 CP)”³⁹¹. Esta afirmación se apoya en dos premisas:

La primera, que “el principio general del que parte la legislación penal en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas es el de la transferencia y derivación de responsabilidad penal a la sociedad mercantil resultante, o incluso el mantenimiento de la responsabilidad penal en los supuestos en los que se cambie el accionista o la sociedad sea absorbida por otra”³⁹². Entiende que el Código Penal deja, a excepción de los supuestos específicamente previstos en el primer párrafo del art. 130.2, “en una suerte de limbo jurídico-penal aquellos otros que no han sido expresamente previstos, pero que resultan ser supuestos de hecho realmente similares, como son los de liquidación de empresas”.

³⁸⁹ Obedece a la estructura de responsabilidad objetiva por el riesgo, cuyo fundamento se halla en que los titulares han de soportar los costes de prevención de enriquecimientos injustos con base en el mantenimiento de la masa patrimonial administrada bajo la lógica de la obtención de beneficios. A los titulares les incumbe esa prevención, de modo que si efectivamente se despliega, operará evitando que el patrimonio de la persona jurídica se integre con beneficios ilícitos

³⁹⁰ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *InDret*, (2) 2020. Para el autor, “(e)l traslado objetivo de responsabilidad a la sociedad resultante, tal y como aparece regulado por el art. 130.2 CP, resulta contrario al tradicional principio de culpabilidad establecido en el art. 5 CP, e incluso resulta difícilmente predicable cualquier adaptación de construcciones modernas de construcción de la culpabilidad basándose en otros criterios como el defecto de organización, debido a que no establece criterio limitador alguno para el traslado de la responsabilidad penal de la empresa”.

³⁹¹ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “M&A y Compliance”, *ibid.*, p. 210.

³⁹² ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “M&A y Compliance”, *ibid.*, p. 213.

Este planteamiento es, sin embargo, discutible. Desde una lectura conjunta de los dos párrafos del art. 130.2 CP, cabe sostener que la premisa es justamente la contraria: la responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue con su liquidación y extinción, salvo que se trate de una operación fraudulenta (segundo párrafo del precepto, disolución encubierta o meramente aparente)³⁹³. En los casos que se mencionan en el primer párrafo no hay liquidación (aunque puede haber disolución, si se trata de una fusión o de una escisión total), por lo que la responsabilidad penal no se extingue, sino que se “transmite” a la empresa sucesora.

La segunda premisa es asumir que el legislador penal equipara todos los mecanismos de adquisición de una empresa (fusión, adquisición de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, adquisición de los activos, etc.). El autor (p. 210) pone el siguiente ejemplo: “la sociedad A dedicada a la actividad inmobiliaria se fusiona con la sociedad B o resulta adquirida al 100% por la sociedad B. La responsabilidad penal se transmite claramente a B, pues ha adquirido A”; “B, en lugar de adquirir A, para evitar el traslado de la responsabilidad penal a la entidad resultante, decide comprar todos los activos - edificios- propiedad de A, y deja A vacía, procediendo posteriormente a liquidar la sociedad. Ambos ejemplos, atendiendo al texto de la Ley penal, deberían quedar cubiertos por la responsabilidad penal de la persona jurídica, impidiendo que desapareciese la responsabilidad penal por la mera transformación de la sociedad. La aplicación de la teoría del levantamiento del velo sería suficiente para justificar la traslación de la responsabilidad penal”.

Cabe objetar, sin embargo, que admitir esta premisa supondría extender la doctrina del levantamiento del velo en casos hasta ahora no ensayados, dando como resultado un traslado de la RPPJ en supuestos de adquisición de empresas no previstos por el legislador³⁹⁴. Es necesario, en cualquier caso, distinguir la RPPJ, por una parte, y por otra, el perjuicio que pueden sufrir los socios; por ejemplo, si un inversor adquiere la totalidad de las acciones de la sociedad contaminada, podrá enfrentarse a la pérdida total o parcial de su inversión, pero la responsabilidad penal quedaría limitada a la sociedad contaminada, no se extendería al nuevo socio.

El autor realiza interesantes propuestas: (i) trasladar “algún tipo de responsabilidad a los antiguos socios que cobraron de la liquidación de la compañía”, en caso de liquidación de la sociedad contaminada, para evitar que el delito de esta quede impune; (ii) aplicar el principio de oportunidad a través de evaluaciones de compliance (a semejanza de los Non Prosecution Agreements y los Deferred Prosecution Agreements), advirtiendo que “el legislador no prevé ni en el Código Penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal disposición alguna que pueda favorecer el sobreseimiento y archivo del procedimiento

³⁹³ Hay otras lecturas posibles, como proponemos en el capítulo 2 (vid. 2.6) del Bloque III.

³⁹⁴ La doctrina del levantamiento del velo se aplica en ciertos grupos de casos y solo de forma excepcional.

frente a las sociedades que deciden cumplir con la legalidad vigente”³⁹⁵, y (iii) resalta la importancia de la *due diligence* previa a la adquisición para detectar los riesgos de la operación y poder adoptar las precauciones necesarias.

3.3 Interpretación restrictiva, limitada a los supuestos de fraude

En un segundo grupo podemos reunir las voces que abogan por restringir el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 130.2 CP a las operaciones que tengan un propósito fraudulento, es decir, que busquen eludir la responsabilidad penal y civil *ex delicto* derivada de los hechos punibles imputables a la sociedad transformada, fusionada o escindida. Esta tesis asume como premisa que la sociedad fusionada o escindida es distinta a la sociedad beneficiaria y, por tanto, hacerla responder penalmente por el hecho de aquella supondría hacerla responder por un hecho ajeno. Unos autores entienden el propósito fraudulento como la intención de eludir la responsabilidad penal. Otros, sin embargo, lo identifican con la participación en el hecho delictivo que dio lugar “en origen” (es decir, en la empresa adquirida) a la responsabilidad penal, exigiendo que concurren en la entidad adquirente los requisitos del art. 31 bis CP.

CARBONELL MATEU y MORALES PRATS consideran que el art. 130.2 CP es “una disposición tendente a evitar la elusión de responsabilidad penal a través de la transformación o aparente disolución de la empresa; podríamos calificarlo, en cierta manera, de un “alzamiento” societario. Quizá habría resultado conveniente, por ello, aludir expresamente al carácter fraudulento de las operaciones señaladas, como se hace en el caso de la disolución. El legislador parece haberlo considerado inherente a toda transformación”³⁹⁶. Para los autores, el párrafo segundo establece una presunción de disolución fraudulenta que deberá admitir prueba en contrario si, por ejemplo, puede acreditarse que las personas físicas que han “heredado” clientes, proveedores y empleados son otras, ya que de lo que se trata es de evitar la elusión de la responsabilidad penal sin menoscabo del principio de personalidad.

MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA han subrayado³⁹⁷ que “hubiera sido más pertinente y plausible que el texto legal añadiese la exigencia de que las modificaciones societarias fueran encubiertas, aparentes, ficticias o bien de mera pantalla”, de forma que las “cauteladas y declaraciones sensatas previstas para las hipótesis de disolución, deberían haberse contemplado también para el resto de actos societarios contemplados en el primer pasaje del art. 130.2 CP.” Defienden que cuando sea evidente la falta de dicho propósito por las circunstancias de la fusión o escisión, la entidad beneficiaria no deba esperar a la celebración del juicio oral y a la sentencia, sufriendo así la “pena de banquillo”, sino que

³⁹⁵ Señala que ello no ha impedido “la aplicación más o menos encubierta del principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal”, poniendo como ejemplo el caso de la salida a bolsa de Bankia (estafa a los inversores), señalando que esta actuación carece de cobertura legal, ya que la actuación del Ministerio Fiscal se sujeta al principio de legalidad y no al principio de oportunidad. Dejamos aquí anotado que en el caso mencionado como ejemplo se puede discutir si el Ministerio Fiscal actuó o no de acuerdo con el principio de legalidad.

³⁹⁶ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130)” en ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.): “Comentarios a la reforma penal de 2010”, 2010, *ibíd.*, p. 83.

³⁹⁷ MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J.M.: “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, (vid. comentario al artículo 130) en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 7ª ed., Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi 2016.

ya en fase de instrucción se pueda decretar el sobreseimiento (o se deniegue su citación como investigada, directamente).

Para **MESTRE DELGADO**³⁹⁸, la estricta aplicación del art. 130.2 CP vulneraría el principio de culpabilidad, sería un “efecto perverso” de una determinación de la autoría automática. Frente a ello, sostiene que el precepto tiene “la evidente finalidad de evitar comportamientos fraudulentos”, que está dirigido a evitar la impunidad de la persona jurídica responsable de la comisión de un hecho delictivo³⁹⁹. En un contexto más amplio, vinculando el precepto con el régimen previsto en el art. 31 bis CP, explica que el principio de culpabilidad no puede valorarse solo como “defecto de organización” o “deficiente cultura de cumplimiento” y, por ello, los presupuestos y requisitos que establece el legislador para declarar la RPPJ son insuficientes. Alaba la postura adoptada por la Audiencia Nacional (Sección cuarta) en el auto de 30 de abril de 2019 (recurso 230/2019)⁴⁰⁰, decretando el sobreseimiento respecto de dos entidades bancarias que habían absorbido a otras involucradas en la comisión de presuntos hechos delictivos, al constatar que se había dado una total desconexión entre el comportamiento de la entidad absorbente y los supuestos delitos cometidos por los administradores de la absorbida, poniendo énfasis en la vigencia del principio de culpabilidad y la necesidad de distinguir entre “sucesiones fraudulentas y aquellas que tan solo obedecen a operaciones mercantiles legalmente previstas”.

DEL ROSAL BLASCO sostiene⁴⁰¹ que la aplicación del art. 130.2 CP solo puede operar en supuestos de fraude: aquellos en los que la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades pecuniarias o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, concurriendo los elementos subjetivos en la persona jurídica que responda. Extender la aplicación del precepto a otros supuestos supondría aplicar una responsabilidad objetiva, vulnerando el principio de culpabilidad. Propone asimilarlo al encubrimiento punible, argumentando que, aunque el texto del precepto no impide su aplicación a supuestos distintos de los estrictamente elusivos, dicha aplicación vulneraría los principios elementales del Derecho penal. Entiende que dicha naturaleza antifraude concurre, asimismo, en las normas laborales y tributarias que regulan la transmisión de responsabilidad en caso de sucesión de empresa. Entiende que el párrafo segundo del número 2 del art. 130 es “expresión inequívoca de ello al referirse a la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, términos que dan cuenta del contenido defraudatorio de la disolución a la que se refiere, que no es real sino la emprendida con un objetivo espurio; el de intentar evitar la responsabilidad penal”⁴⁰².

El autor considera problemática la aplicación del precepto a supuestos de actuación imprudente, pero no dolosa, de la empresa sucesora, si bien se inclina por su rechazo,

³⁹⁸ MESTRE DELGADO, E. “El principio de culpabilidad en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DE VICENTE REMESAL et al. (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus Editorial, 2020, pp. 269-278.

³⁹⁹ La autora cita, en este sentido, el apartado VII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Circular de la FGE.

⁴⁰⁰ Diligencias Previas n.º 65/2013 del Juzgado Central de Instrucción n.º 1.

⁴⁰¹ DEL ROSAL BLASCO, B.: “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M. et al. (coords.): *Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, vol. I*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 179-197.

⁴⁰² DEL ROSAL BLASCO, B.: “La transferencia de la responsabilidad penal”, p. 181.

porque, aunque pueda probarse que la entidad sucesora pudo haber conocido que la entidad sucedida había cometido un delito, seguiría sin satisfacerse la exigencia de culpabilidad de aquella en la comisión del delito, ya que no habría contribuido en modo alguno a su ejecución. Sin desconocer los supuestos de transmisión de la responsabilidad a la empresa sucesora en los ámbitos laboral y fiscal, considera que la naturaleza de la sucesión de empresas es muy diferente en el ámbito penal o en la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto*⁴⁰³.

DEL ROSAL va más allá, ya que niega, asimismo, que la aplicación del precepto pueda dar lugar a la transmisión de la responsabilidad civil *ex delicto* a la empresa resultante de la fusión o escisión, equiparando dicha situación a la que supondría hacer responder en el ámbito civil a una empresa por los delitos cometidos por sus trabajadores con anterioridad a que fuesen contratados por la empresa.

CORCOY BIDASOLO considera⁴⁰⁴ que el apartado 2 establece “una cláusula que pretende evitar que las personas jurídicas condenadas extingan fraudulentamente la responsabilidad penal por medio de su disolución, sin que expresamente se establezca que la disolución implica la extinción de la responsabilidad penal, aun cuando ello está implícito en el inciso II de este Ap. Se trata de una previsión expresa de “levantamiento del velo”, tal y como se señala en el Ap. VII de la E.M. L.O. 5/2010, para evitar la elusión de la responsabilidad”. Para la autora, el precepto establece que la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica condenada no equivale a la disolución, extendiendo la responsabilidad penal a la/s persona/s jurídica/s resultante/s. La transformación supone un cambio formal equivalente a la disolución encubierta del inciso II. La escisión plantea el problema de cuál o cuáles de las entidades resultantes serán responsables penalmente, lo que exige determinar en qué ámbito de actividad se detectó el defecto de organización, siendo la entidad/es escindida/s que continúen esa actividad a la/s que debería/n trasladarle/s la pena. “El traslado de la responsabilidad penal y de la pena suscita problemas de constitucionalidad, en tanto que (...) puede infringir el principio de personalidad de las penas, en particular, en los casos de absorción y fusión. En su caso, podría trasladarse a la entidad con la que se fusiona o que la absorbe, el pago de la pena de multa como sucesora de una deuda de Derecho Público. Desde una perspectiva preventiva y constitucional, no es admisible que puedan imponerse a la entidad absorbente o fusionada las penas de disolución o interdicción”. En estos casos la autora propone el uso de la facultad de moderación prevista en el precepto.

⁴⁰³ Cita, en este sentido, el Auto de 28 de octubre de 2016 de la Audiencia Nacional dictado en D.P. 31/2016 (caso Vitaldent) del JCI núm. 6, que autoriza la adquisición del negocio del grupo Vitaldent en España e Italia, mediante la compra de la totalidad de sus activos, asunción de pasivos y subrogación en la posición de empleador respecto de la totalidad de los empleados del grupo en España e Italia y en las relaciones contractuales que consientan la cesión de sus contratos. La resolución señala que hay unas responsabilidades de las que responderá la compradora, JB Capital Markets, como las deudas frente a Hacienda y la Seguridad Social, identificadas en el contrato, pero de otras no responderá. Ahora bien, como el mismo autor señala, se trata de un supuesto de adquisición de activos, no de sucesión por fusión, por más que el autor sea partidario de asimilar la cesión de activos y pasivos al resto de modificaciones estructurales a las que sí se refiere el art. 130.2 CP.

⁴⁰⁴ CORCOY BIDASOLO, M.: “Comentario al artículo 130” en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 466.

CUELLO CONTRERAS y **MAPELLI CAFFARENA**⁴⁰⁵ consideran que el art. 130.2 CP contempla una transferencia de la sanción a otras personas jurídicas no castigadas pero que guardan una estrecha relación con la condenada debido a las operaciones transformación, fusión, absorción o escisión, lo que evidencia que la imposición de la pena, en el caso de las personas jurídicas, se desentiende del hecho y se fundamenta en la peligrosidad de la persona (aproximándose al Derecho penal de autor).

GOENA VIVES tacha⁴⁰⁶ de desafortunada la redacción del art. 130.2 CP, cuya literalidad implicaría atribuir una responsabilidad penal puramente objetiva, equiparable a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP. No solo eso, sino que considera que “resulta del todo incongruente con la Legislación mercantil y con los propios requisitos del artículo 31 bis CP”. Propone aplicar un «doble test» para determinar si resulta procedente el traslado de responsabilidad penal previsto en el artículo 130.2 del Código Penal. En primer lugar, la existencia o ausencia (extremo que debería ser probado por la defensa) de un «estado de cosas peligroso» que permita activar la regla de imputación del artículo 31 bis y, por extensión, el artículo 130.2 CP. La autora explica que ese “estado de cosas peligroso” se daría si “la operación societaria fuera fraudulenta, al haberse realizado para evitar la responsabilidad penal corporativa”. En segundo lugar, para que resultara aplicable la regla de imputación (que prefiere calificar de atribución), debe existir una identidad entre la entidad inicial y la resultante⁴⁰⁷. Rechaza que baste una “identidad económica”, considerando necesario que concurren “las mismas condiciones relevantes” que para la asignación de responsabilidad penal a la entidad originaria, proponiendo como factores a considerar “la existencia de medidas de *due diligence* y de compliance antes y después de la operación corporativa”.

Como vemos, la autora considera necesario, no solo que se trate de una operación de fusión o escisión fraudulenta, es decir, buscada de propósito para eludir la responsabilidad penal de la sociedad “originaria”, sino también que haya una “identidad” entre las sociedades participantes.

La autora, en sus más recientes trabajos⁴⁰⁸, rechaza que el fundamento de la regla del art. 130.2 CP sea la sucesión operada como consecuencia de la modificación estructural, proponiendo, por el contrario, la “sucesión delictiva”, un estado de injusto en la entidad resultante que permita sancionarla por un defecto de organización propio⁴⁰⁹, una responsabilidad por un estado de injusto constituido en la entidad originaria y perpetuado en la resultante. Este injusto propio no sería ni la falta de *due diligence*⁴¹⁰ ni la conducta posterior a la operación: no existe un deber de diligencia previo a la operación societaria

⁴⁰⁵ CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: “Curso de Derecho penal. Parte General”, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, p. 263.

⁴⁰⁶ GOENA VIVES, B.: “«To be or not to be». Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *La Ley Compliance Penal* (1), 2020.

⁴⁰⁷ En trabajos posteriores prefiere sustituir la referencia a la “identidad” por una referencia a la “continuidad” (vid. “Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?”, *Indret*, 1/2022).

⁴⁰⁸ GOENA VIVES, B.: “Sanción penal y reestructuraciones societarias”, *ibíd.*

⁴⁰⁹ GOENA VIVES, B.: “Sanción penal y reestructuraciones societarias”, *ibíd.*, p. 246.

⁴¹⁰ Propone así 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 sucedida”.

que permita limitar la responsabilidad de la entidad sucesora a los casos en los que se haya infringido un inexistente deber de cuidado; y 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 Justicia⁴¹¹. Considerar la *due diligence* previa a la operación societaria como posible eximente implicaría aceptar “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” y, además, no resultaría aplicable a la escisión. Afirma, sin embargo, que “la empresa sucesora asume como propio el estado de injusto de la entidad originaria, “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”⁴¹².

Para **VILLEGAS GARCIA**⁴¹³, el "traslado" de la responsabilidad penal desde la sociedad "origen" a la resultante de la fusión o escisión permitiría que la responsabilidad penal por la comisión del delito la asumiera una entidad que no lo ha cometido, con la consecuente vulneración del principio de culpabilidad y de personalidad de las penas. El Código Penal, para esa transferencia de responsabilidad, no exige que la operación societaria en cuestión sea fraudulenta ni, particularmente, que se haya realizado con la finalidad de eludir responsabilidades penales. Si las operaciones societarias de fusión o escisión son fraudulentas (por haber sido concebidas, precisamente, para eludir la responsabilidad penal), la entidad o las entidades resultantes sí deberían ser penalmente responsables, como lo fueron la entidad o las entidades precedentes. En estos casos, se debería "levantar el velo" de la nueva estructura societaria, que en realidad continúa siendo la misma organización, por lo que su responsabilidad penal debe continuar intacta. En los casos en los que no exista fraude, sin embargo, el "traslado" de la responsabilidad penal entre sociedades no es posible, so pena de vulnerar los principios ya citados.

La **Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado** adopta este mismo criterio, señalando que “el precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión”⁴¹⁴.

Vista la propuesta de estos autores que, con diferentes matices, circunscriben el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 130.2 a las operaciones de fusión y escisión fraudulentas, aprovechamos para realizar las siguientes reflexiones:

- a) El tenor literal del precepto no limita la responsabilidad penal de la sociedad beneficiaria de una fusión o escisión al conocimiento de la comisión del hecho ilícito,

⁴¹¹ La autora considera que “(n)o 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”.

⁴¹² “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 originaria.”

⁴¹³ VILLEGAS GARÍA, M.A.: “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos Digitales de Formación* 9, CGPJ, 2019.

⁴¹⁴ Circular 1/2011 de la FGE, p. 23.

- a la falta de diligencia en la investigación previa a la fusión o escisión ni al carácter fraudulento de la operación.
- b) Las tesis expuestas no explican por qué habría de resultar beneficiada una empresa que decidiera llevar a cabo la adquisición, no obstante conocer la contingencia penal del *target* y haber descontado del precio de compra la cuantía en que se hubiera estimado la posible responsabilidad. La operación no tendría un propósito fraudulento, sino lícito, por lo que según este planteamiento quedaría excluida del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP, es decir, la empresa adquirente no respondería penalmente.
 - c) La tesis dejaría fuera, igualmente, los casos en los que no quedara acreditado el propósito fraudulento, aun cuando no se hubiera realizado *due diligence* alguna, habiendo tenido la adquirente la oportunidad de hacerla.

3.4 Posiciones que no limitan el precepto a supuestos fraudulentos

Terminamos la revisión de la doctrina española con la reseña de los autores que, con distintos matices y alguna reserva, consideran que el art. 130.2 CP establece el traslado de la responsabilidad penal a la empresa transformada, absorbente o resultante de la fusión o escisión, con independencia de que se trate o no de una operación que tenga como objetivo eludir la responsabilidad penal de la empresa originariamente responsable del delito. Algunos autores defienden, como veremos, que no todas las penas del art. 33.7 CP resultan adecuadas cuando no existe un propósito fraudulento tras la operación.

AGUILERA GORDILLO propone⁴¹⁵ "refinar" la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en orden a precisar cuáles son los elementos generadores del reproche penal a la corporación: cuál es la "identidad" y la "realidad criminógena", cuestión problemática, dada la falta de unanimidad acerca del modelo de RPPJ implantado por el Código Penal. Para el autor, solo partiendo de un modelo de RPPJ "solvente" (requisito que no cumple el modelo de autorresponsabilidad, basado en la teoría de sistemas de Luhmann, hoy ya superada⁴¹⁶) se podrán señalar los "parámetros" (dimanantes de la propia fundamentación) que ayuden a indicar, en cada caso concreto, si debe trasladarse la responsabilidad penal de la persona jurídica "originaria" a la "resultante".

⁴¹⁵ AGUILERA GORDILLO, R.: "Responsabilidad penal de la persona jurídica trasladada por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa", en OCHOA MARCO, R. y ORTEGA BURGOS, E (coords.): *Derecho Penal 2021*, Valencia, Tirant, 2021, TOL8.570.161

⁴¹⁶ Siguiendo a HABERMAS, señala que la teoría de sistemas ignora a los miembros que conforman la organización como sujetos tomadores de decisiones, ya que, según las tesis sistémicas, "aunque haya sustitución de personas físicas, la hipotética preeminencia autoorganizativa del ente corporativo permanece (los individuos son piezas intercambiables que, en el análisis de la organización, carecen de verdadera trascendencia). Se ignora la relevancia crítica del "riesgo humano" en la persona jurídica y se obvia que son los individuos los que crean el ente, elaboran y aprueban los procedimientos, generan las influencias o "constricciones", ejecutan las acciones y gestionan del riesgo. En definitiva, no se tiene en consideración todo aquello que, a nuestro parecer, compone la base ontológica de la entidad ni aquello que conforma lo que podría calificarse como verdadera cultura organizativa (sea del cumplimiento o, por el contrario, incumplimiento): el sustrato humano y el contexto de influencias e interacciones". Son críticos con la teoría de Luhmann, SEIDL, D. y MORMANN, H.: "Niklas Luhmann as Organization Theorist", en *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

El autor señala que nuestro Código Penal no asume un modelo de autorresponsabilidad sistémico (que identifica al ente por sus estructuras y procedimientos organizativos⁴¹⁷), ya que entiende que el párrafo segundo del art. 130.2 CP configura “el elemento personal” como rasgo identitario, esencial, del ente. Para el autor, el precepto configura la “identidad” del ente corporativo “originario” a partir de su base de “clientes, proveedores y empleados”. Propone un “modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa” en el que las personas físicas sean el elemento nuclear, sin trasladar el epicentro a supuestas estructuras y procedimientos hipotéticamente creados por un “sistema” que se “autoorganiza”. Solo las personas físicas tienen capacidad de acción penal, aunque las personas jurídicas “influyen” en los procesos de toma de decisiones de los individuos que la componen a través de las prácticas aceptadas o los procedimientos (“constricciones”).

Deriva de esta premisa que “el factor determinante que posibilita y legitima el “traslado” de responsabilidad penal entre empresas ha de ser la coincidencia de “identidades” entre corporaciones” y no la actitud ulterior del ente “resultante”. Solo así se respeta el principio de culpabilidad (se castiga a una empresa “resultante” que, en esencia, es la misma que aquella en el ámbito de la cual se cometió el delito). La facultad de moderación prevista permite ajustar la pena al grado de “concordancia de identidades”.

Propone un proceso de análisis de coincidencia de identidades entre entidades, es decir, analizar si la “realidad criminógena” presente en la persona jurídica “originaria” (y que propició o no impidió el delito protagonizado por una persona física) persiste en la persona jurídica “resultante”, para lo cual toma en cuenta dos elementos: 1) El grado de coincidencia del elemento humano (el personal coincidente): no sólo el mero porcentaje de sujetos que permanecen en la “resultante”, sino también su conexión con el ilícito cometido (posición de estas personas en el organigrama, capacidad decisoria o de control, por ejemplo). Y 2) El grado de coincidencia de las “constricciones” o influencias. Así, si el ente “resultante” aplica de manera eficaz un programa de *compliance*, no existirá coincidencia de constricciones. La realización de una *due diligence* penal ya podría evidenciar unas constricciones diferentes. En suma, considera que si no existiera coincidencia de los elementos identitarios entre ambas entidades el traslado de la pena vulneraría el principio de culpabilidad.

Desde una perspectiva distinta, **DEL ROSAL BLASCO y LIGHTOWLER-STAHMBERG**⁴¹⁸ también se refieren a la identidad societaria al comentar el caso Bankia/BFA (sentencia nº 13/2020 de la Audiencia Nacional (Penal), sec. 4ª de 29-09-2020)⁴¹⁹. Defienden que en las situaciones de toma de control del FROB de una entidad financiera, como es el caso de BFA/Bankia, estamos en realidad ante una nueva realidad societaria. Al tratarse de una reestructuración ordenada por ley, la BFA y la Bankia

⁴¹⁷ El autor señala que si se defiende con rigor ese modelo teórico, para trasladar la responsabilidad entre empresas sin vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas se debería analizar si existe coincidencia de estructuras y procedimientos entre la entidad “originaria” donde se cometió el delito y la “resultante” (ya que esas estructuras organizativas conforman la “identidad” del ente).

⁴¹⁸ La transferencia de la responsabilidad penal”, *ibid.*

⁴¹⁹ SCHULLER RAMOS, S.: “Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: Responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la empresa adquirida. Continuidad patrimonial o económica de la empresa”, *La Ley Penal*, N.º 155, 2022. En el proceso se enjuició la salida a Bolsa de Bankia, S.A. (en adelante, Bankia) en julio de 2011 y los estados de cuentas relativos a los ejercicios fiscales de 2010 y 2011; fueron acusados por delito de falsedad contable del art. 290 CP y estafa de inversores del art. 282 bis CP tanto los directivos de la entidad como la misma Bankia (resaltando la sentencia el error que suponía, por parte de las acusaciones particulares, imputar el delito del art. 282 bis CP a una persona jurídica) y también, por lo que aquí interesa, el Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (en adelante, BFA).

anteriores a la reestructuración no son las mismas entidades que las posteriores, cambio que proponen asimilar a una absorción o adquisición de activos y pasivos a la que no se debería aplicar el art. 130.2 CP. Entienden que la “*sustitución accionarial y saneamiento patrimonial rompe con toda la situación anterior de la entidad, en términos de gobierno corporativo y en términos de sucesión del patrimonio de la entidad, hasta el punto de que se puede hablar de una auténtica «refundación» en términos corporativos y patrimoniales*”⁴²⁰.

Para **GÓMEZ JARA**⁴²¹, el art. 130.2 Código Penal acentúa el sustrato organizativo de la persona jurídica y se aleja de consideraciones formales, utilizando un criterio económico-organizativo para la determinación última del sujeto corporativo responsable, lo que predica de los dos párrafos del apartado. En cuanto al primer grupo de supuestos, enfatiza la necesidad de incluir en las *due diligence* un apartado penal para evaluar el riesgo de imputación en un procedimiento y eventual condena. No restringe el ámbito de aplicación del precepto con ningún requisito adicional, habla de cualquier “fusión o adquisición”. En cuanto a la que denomina segunda circunstancia del precepto (disolución encubierta o aparente), el autor la contextualiza con la doctrina de la responsabilidad de la empresa sucesora por los delitos de la empresa antecesora del *common law*⁴²².

El autor considera que el fundamento para establecer la responsabilidad penal de la empresa sucesora es el mismo en los dos párrafos del art. 130.2 CP: de acuerdo con un criterio económico-organizativo, en todos aquellos casos en los que exista una continuidad de la actividad económica, con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Asimila este criterio al utilizado por el TJCE (ya antes de 2010) para declarar la responsabilidad por sucesión empresarial cuando existe continuidad funcional y económica de la empresa. No cree que sea exigible un propósito fraudulento ni en el primer párrafo ni en el segundo. Lo determinante es la identidad sustancial o relevante entre la actividad desarrollada por la antecesora y la sucesora⁴²³. Para evitar excesos intolerables en caso de sucesión empresarial, propone⁴²⁴

⁴²⁰ El tratamiento o consideración de esta “identidad” se puede enmarcar, alternativamente, en el ámbito de la eximente del art. 31 bis, como en efecto hizo la Fiscalía en el caso BFA/Bankia, en el que solicitó la absolución de las entidades por aplicación de la eximente prevista en el art 31 bis, considerando que habían adoptado “modelos de organización, vigilancia y control para prevenir los delitos objeto del presente caso”. La propia resolución, como veremos en el capítulo dedicado al análisis de casos, justifica la absolución respecto de BFA, BANKIA y DELOITTE, en el compromiso de los dirigentes de las dos entidades bancarias con una cultura ética empresarial, que alcanzaría la exención de la pena que podría haberles correspondido, resaltando la devolución del importe íntegro de su inversión inicial a todos los accionistas minoristas que acudieron a la salida a Bolsa.

⁴²¹ GÓMEZ JARA, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”, Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 510-512

⁴²² En concreto, con la línea jurisprudencial que arranca con las sentencias *United States v. Mobile*. Material (1985), *United States v. Shields Rubber Corp* (1989) y *United States v. Alamo Bank* de 1989

⁴²³ Esto ocurre necesariamente, como hemos visto, en caso de fusión o escisión, pero también es consustancial a otros mecanismos de venta de empresa, como la cesión global de activo y pasivo, y podría darse, si bien de forma no necesaria, en caso de venta del activo principal de una empresa con posterior disolución y liquidación de la entidad vendedora, con reparto entre los socios del precio obtenido con la venta.

⁴²⁴ El autor cita como referencia la obra de Heine “Modelos de responsabilidad jurídico penal originaria de la empresa”.

establecer, como requisito adicional para exigir responsabilidad penal, la necesidad de pena, ya sea preventiva o retributiva.

FARALDO CABANA distingue⁴²⁵ según que la modificación estructural se produzca antes de la condena o una vez ya condenada la sociedad, estando la pena pendiente de ejecución o ejecutándose. Si la fusión o escisión tienen lugar antes del proceso penal o durante su transcurso, se produciría un traslado de la condición de investigada, en virtud de la sucesión universal que opera en caso de fusión o escisión. La autora, sin embargo, ha centrado su análisis en la situación que surge cuando la fusión o escisión se producen después de la condena:

- a) La normativa mercantil debería especificar que el Estado se puede oponer a la operación como un acreedor cualquiera, hasta que se garantice su crédito, cuando la sentencia condenatoria sea firme antes de la fecha de publicación del proyecto de modificación; además, en caso de escisión y cesión global de activo y pasivo, debería declarar aplicable, conforme al art. 80 LME, la responsabilidad solidaria de las sociedades implicadas en el pago de la multa, con el límite del activo neto atribuido.
- b) En caso de **fusión**, distingue según que la sociedad condenada se haya extinguido a consecuencia de la fusión, lo que ocurrirá si es la sociedad fusionada o absorbida, o bien que la sociedad condenada sea la sociedad absorbente, en cuyo caso continuará existiendo y, por tanto, no habrá traslado de su responsabilidad penal a otras sociedades. En el primer caso, sin embargo, la sociedad absorbente es la titular del patrimonio de las sociedades que se extinguen y ello produce como efecto la responsabilidad total de la sociedad absorbente por todas las deudas y obligaciones de las sociedades que se extinguen, lo que plantea el problema de cómo realizar el traslado. En este supuesto **no resulta procedente moderar** en modo alguno el traslado de la pena: la sociedad resultante de la fusión o absorción deberá abonar el importe total de la multa.
- a) En los casos de **escisión**, en los que incluye la segregación, distingue según que la persona jurídica condenada se extinga o no a consecuencia de la escisión. No es necesario el traslado de la responsabilidad penal si la sociedad condenada sigue existiendo, aun cuando se haya transmitido la totalidad del patrimonio a otra u otras entidades. Carece de sentido extender la responsabilidad penal a otra entidad solo porque ha recibido todo o parte del patrimonio de la sociedad condenada, se haya transmitido o no la unidad productiva en la que se sitúe el defecto de organización, porque dicho defecto se atribuye a la persona jurídica en su conjunto, al declararla penalmente responsable, y esa persona sigue existiendo. En cambio, cuando la entidad escindida **se extingue**, sí es necesario el traslado y **sí cabe la moderación** del traslado de la pena, atendiendo a la proporción que guarde la condenada con la entidad o entidades beneficiarias de la escisión. Para determinar la proporción propone atender, cuando se trate de la pena de multa, a la proporción del patrimonio de la escindida que se atribuye a cada entidad; si se trata de una pena privativa de derechos, habrá

⁴²⁵ FARALDO CABANA, P.: “Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP” en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2019.

que atender a quién se atribuye la unidad productiva responsable de la infracción, pues la sanción habrá de acompañar a esa parte de la empresa⁴²⁶.

La **cesión global de activo y pasivo** es una operación muy parecida a la fusión; en caso de que la sociedad cedente se extinga como consecuencia de la cesión, será necesario trasladar la responsabilidad penal a la cesionaria, pero en el ámbito de la disolución encubierta. Hay que subrayar que la autora se refiere a la pena ya impuesta a la entidad que se fusiona o escinde, razón por la que se refiere también a las consecuencias de la cesión global de activo y pasivo.

Reservamos el estudio de las propuestas relativas a las penas para el apartado dedicado a esta cuestión (capítulo 2 (7) del Bloque III).

FRÍAS MARTÍNEZ, considera⁴²⁷ que el número 2 del art. 130 es “consecuencia lógica de incorporar al Derecho español la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Frente a la muerte de la persona física no podrá alegarse la extinción de la persona jurídica para tener por extinguida la responsabilidad criminal aun cuando la misma sea encubierta o simulada”. Cuando de la persona jurídica responsable se deriva una o más personas nuevas, se trasladará su responsabilidad, proporcionalmente a su presencia o importancia, a la nueva persona o personas. En caso de que aparentemente la persona jurídica no haya dado lugar a otra nueva, y se le haya dado apariencia de extinción, resultará irrelevante que la extinción no se haya verificado de hecho, no habrá extinción de responsabilidad cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados

LEÓN ALAPONT⁴²⁸, analizando la aplicación del precepto a los partidos políticos, considera que los problemas de constitucionalidad se suscitan, no tanto en los supuestos de transformación, escisión o disolución aparente, sino en los de fusión y absorción, en los que la entidad que se fusiona o que absorbe a otra es ajena a la actividad delictiva del sujeto infractor con el que se fusiona o que es absorbido; “el legislador en estos supuestos se aleja claramente de un criterio formal de personalidad jurídica, pues, de lo contrario, efectivamente, no podría “trasladarse” la responsabilidad penal a otro sujeto distinto del infractor. Así, al recurrir a parámetros materiales para determinar cuándo nos encontramos ante una transformación, fusión, absorción, escisión o disolución aparente, precisamente lo que se quiere poner de manifiesto es que no estamos frente a “otros” entes totalmente distintos de la persona jurídica originalmente responsable (aun cuando así sea en un sentido estrictamente formal)”. Para el autor, el fundamento de la traslación de la responsabilidad reside “en la infracción del deber de cuidado, esto es, por no haber desplegado en la operación de fusión o absorción la debida diligencia que hubiere permitido conocer, por ejemplo, si ese otro sujeto estaba inmerso en algún procedimiento penal o era probable que lo estuviere, de forma que la persona jurídica penalmente

⁴²⁶ La moderación de la pena en estos casos supondría minorar la cantidad de pena de una condena firme en fase de ejecución, pero hasta el momento no se ha habilitado un cauce legal adecuado. *Vid.* epígrafe 2.7 del Bloque III.

⁴²⁷ FRÍAS MARTÍNEZ, E.: Comentario al art. 130, en *Código penal comentado*, BOSCH, 2015, p. 246.

⁴²⁸ LEÓN ALAPONT, J.: “Responsabilidad penal de los partidos políticos”, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2019, pp. 465-466; con el mismo título, publicada en Valencia (Tirant lo Blanch), 2019.

responsable no pueda escudarse en la buena fe de terceros para eludir los efectos de la penal⁴²⁹.

NIETO MARTÍN entiende⁴³⁰ que el mecanismo del art 130.2 CP viene motivado por la exigencia de alcanzar el fenómeno de la **entidad económica** que representa la persona jurídica contaminada, superando el formalismo que implica la referencia del art 31 bis a personas jurídicas, ya que el Código Penal ha optado por utilizar un término jurídico, el de persona jurídica, y no uno económico, como podría ser el de empresa, a la hora de describir los destinatarios de la responsabilidad. Propone que *“el 130.2 debe leerse conjuntamente con el término persona jurídica del art. 31 bis, con el fin de entender que son sujetos infractores las personas jurídicas, pero también las resultantes de las fusiones, adquisiciones, transformaciones, etc. El art. 130.2 opera de este modo un salto de lo jurídico a lo fáctico que permite entender que la organización infractora, más allá de la existencia formal de dos personas jurídicas diferentes, es la misma. La función de este precepto es por tanto corregir con criterios derivados de una contemplación fáctica de la realidad, la opción del legislador de utilizar un término jurídico y, por tanto formal, en el 31 bis. A esta visión fáctica obedece la restricción que se hace en el último inciso del 130.2, en virtud de la cual el juez o tribunal puede 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. Aclarado este punto, la pregunta que surge es en qué medida esta forma de proceder no viola el principio de culpabilidad y más concretamente el principio de personalidad de las penas”*.

Considera que el art. 130.2 CP representa un mecanismo para incentivar a las empresas a que implanten programas de cumplimiento eficaces. La trasmisión de responsabilidad incentiva al nuevo capital, a los nuevos socios o inversores, a hacer una *due diligence* penal para comprobar en qué medida la empresa tenía un programa de cumplimiento eficaz o, en caso de no tenerlo, realizar un análisis de riesgos y ver las posibles infracciones en que ha podido incurrir⁴³¹. Si los inversores concluyen que la empresa no estaba bien protegida ante el riesgo penal, lo normal es que el valor de la empresa se vea afectado y negocien un precio de adquisición más bajo⁴³². Las propuestas del autor acerca

⁴²⁹ Sobre esta cuestión, del mismo autor, vid. “Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020.

⁴³⁰ NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

⁴³¹ NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, *ibid.*, p. 34 y ss.: “Cuando existan sospechas de irregularidades concretas, los nuevos socios que van a adquirir la empresa o la entidad que va a fusionarse pueden incluso condicionar la compra o la fusión a que se realice una investigación interna destinada a comprobar si se han cometido determinadas infracciones que por su gravedad podían alterar el valor de la empresa. En caso de descubrir estas infracciones, podrían utilizar las distintas vías de cooperación que existen en el Código penal o en el derecho administrativo para “lavar” a la empresa de infracciones antes de su adquisición. Así, por ejemplo, si descubren que la empresa estaba implicada en prácticas restrictivas de la competencia puede acogerse a los programas de clemencia; si se trata de un delito fiscal, a la regularización tributaria. En cualquier caso, tienen las atenuantes previstas en el art. 31 bis. Esta política de cooperación mostrará que la persona jurídica ha dejado de ser peligrosa, con lo que además de una importante reducción de la multa, dejará de lado el que puedan ser impuestas sanciones interdictivas”.

⁴³² Afirma que no implantar sistemas de cumplimiento eficaces o, al menos, contar con un eficiente análisis de riesgos que demuestre el bajo riesgo penal, afecta al valor de empresa y constituye una administración negligente de la sociedad. Dicho de otro modo, la inteligencia político criminal del art. 130.2 radica en que con independencia de que en la persona jurídica se hayan cometido o no hechos delictivos, debe parecer “virtuosa” ante los ojos de posibles compradores, pues ello incrementa su valor económico, muy especialmente en los procesos de adquisiciones o fusiones de empresas.

de la pena más adecuada en cada uno de los supuestos a que se refiere el art. 130.2 CP las analizamos en el Bloque III.

MUÑOZ CONDE sostiene⁴³³ que la finalidad del precepto es evitar que cualquiera que sea el tipo de maniobra, aunque sea legal, por la que se lleve a cabo la fusión o absorción de una entidad jurídica por otra, la desaparición de la persona jurídica absorbida pueda impedir que se investigue la responsabilidad penal de la persona jurídica que la ha absorbido. A propósito del ya citado auto de la AN, considera que confunde “lo que es una cuestión meramente procesal con la que el legislador pretende evitar la elusión de la posible responsabilidad penal de la sociedad absorbida (en este caso, Banco Popular), y la de la entidad absorbente (en este caso, Banco Santander), con la discusión teórica sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pues, independientemente de que se trate de una responsabilidad heterónoma (es decir, derivada de la responsabilidad individual de sus representantes) o autónoma (es decir, derivada de los propios defectos estructurales y organizativos de la persona jurídica), de lo que no cabe duda es que la investigación sobre la responsabilidad penal misma no puede desaparecer, como por arte de magia, sólo por el hecho de que haya habido una absorción aprobada y bendecida por organismos oficiales nacionales o internacionales”. Considera que “tiene razón, por supuesto, la Sala 4ª de la Audiencia Nacional cuando advierte que la “sucesión procesal” en la causa penal de la persona jurídica que absorbe en lugar de la persona jurídica absorbida, que dispone el art.130, 2 del Código Penal, no implica automática y necesariamente la responsabilidad penal de aquella. Ello debe ser determinado en el juicio oral correspondiente, y no en la fase instructora, conforme a los principios constitucionales de culpabilidad, personalidad y proporcionalidad, con las peculiaridades que estos principios tienen *en el ámbito de la persona jurídica*”.

RAGUÉS I VALLÉS, en su estudio sobre prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴³⁴, distingue según se trate de los supuestos del primer párrafo del art. 130.2 o los previstos en el segundo.

- a) Los casos de transformación, fusión y escisión constituyen una excepción a la regla general de intransferibilidad de la responsabilidad penal a terceras personas, ya que el precepto admite su traslado de una entidad a otra, lo que no obsta a que tanto la primera como la segunda entidad tengan personalidad jurídica propia. Entiende que la prescripción no debería considerarse interrumpida hasta que el procedimiento se dirija contra la persona jurídica por medio de su identificación directa. Es decir, la sola identificación de la entidad previa no debería interrumpir la prescripción respecto de la persona jurídica resultante, por respeto a la prohibición de la analogía contraria a reo, incluso si se defiende que la exigencia de una resolución judicial para interrumpir la prescripción es simplemente una manera de expresar la voluntad estatal de persecución. Aboga por la extinción de la responsabilidad criminal si no existe una nueva resolución judicial motivada que dirija específicamente el procedimiento contra la persona jurídica resultante.
- b) En los supuestos de disolución encubierta o meramente aparente del segundo párrafo, la entidad sigue siendo la misma sustancialmente, dado que se trata de un mero cambio formal y fraudulento de denominación, por lo que no cabe hablar de

⁴³³ Artículo de opinión de 14.05.2019 publicado en la revista La Información.

⁴³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: “Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en SUAREZ LOPEZ, J.M. et al. (dirs.): *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 553-574.

transmisión de responsabilidad entre entidades distintas, como en el caso anterior. Por tanto, la exigencia de “identificación directa” del art. 132 CP se cumplirá tanto si se emplea la denominación previa a la disolución encubierta o aparente como al nombre posterior⁴³⁵.

⁴³⁵ De acuerdo con la tesis aquí sostenida, la exigencia del art. 132 CP quedarían cumplida con la inicial resolución dirigida a la sociedad previa a la fusión, escisión o transformación.

4. Doctrina de la *successor liability* en Estados Unidos

4.1 Introducción.

Como hemos visto anteriormente, la responsabilidad penal de la empresa adquirente no es algo único del caso español. En Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina de la responsabilidad de la empresa “sucesora” (*successor liability*) ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial desde hace décadas, y los criterios del DOJ y la SEC son seguidos con atención más allá de sus fronteras, tanto por su impacto para los operadores económicos como por el grado de elaboración, detalle y claridad. Antes de adentrarnos en el estudio de la doctrina, que puede depararnos algunos réditos, y en aras a lograr un mejor entendimiento de lo que significa, esbozaremos a grandes rasgos su modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas (modelo del *respondeat superior*)⁴³⁶, que está basado en principios no siempre equiparables a los nuestros, así como el marco legal aplicable a las fusiones y otras formas de adquisición de empresas.

4.2 Modelo de imputación del *Respondeat superior*

La primera cuestión a tener en cuenta es que el modelo del *respondeat superior*, proveniente del ámbito de la responsabilidad civil por daños, está basado en la responsabilidad por hecho de otro, de modo que atribuye a la persona jurídica el comportamiento doloso o culpable – *actus reus, mens rea*- de una persona física, que puede ser cualquiera de sus representantes o empleados⁴³⁷.

En este modelo de imputación de responsabilidad por el hecho de otro, los empleadores son penalmente responsables por los daños causados por sus empleados en el desempeño de sus funciones y con la intención de beneficiarla, cuando hayan sido causados dolosa o imprudentemente o, incluso, vulnerando órdenes expresas en contrario⁴³⁸. Se traslada a la entidad la responsabilidad del hecho cometido por su agente. Los propósitos, motivos o intenciones de estos son los de la entidad. No exige una culpabilidad propia de la organización, independiente de la de las personas físicas que cometan el delito. Con ello se pretende que los directivos controlen a sus empleados y que los titulares de la entidad trasladen la presión que puede suponer el castigo de la multa a los directivos. Por otra parte, se pretende asegurar el castigo de la persona jurídica.

En caso de delitos de *strict liability*, es decir, aquellos en los que rige una responsabilidad objetiva⁴³⁹, la entidad responde también por los delitos cometidos por contratistas independientes, aunque la entidad desconozca los hechos. “Quien ostenta un deber frente a terceros y confía su cumplimiento a otros, sea un contratista independiente o uno de sus *agents*, se convierte en penalmente responsable si este último no cumple sus obligaciones

⁴³⁶ Un análisis de la cuestión puede encontrarse en Hall, Joseph S. "Corporate Criminal Liability", *American Criminal Law Review*, vol. 35, no. 3 - Annual Survey of White Collar Crime, Spring 1998, pp. 549-560.

⁴³⁷ Es referencia obligada VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

⁴³⁸ Caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 23-2-1909.

⁴³⁹ No todos los delitos contienen *actus reus* y *mens rea*. Los *strict liability crimes* (statutory rape, bigamia y public welfare offenses) son supuestos de responsabilidad objetiva, que solo exigen que el sujeto cometa la acción prohibida, sin necesidad de que concurra ningún elemento subjetivo. La finalidad de la norma es proteger el bien común.

y dicho incumplimiento es constitutivo de delito⁴⁴⁰”. Se coloca a la entidad en una posición de garante respecto de los riesgos que puedan derivarse del comportamiento de terceros a los que ha confiado determinadas actividades, posición de garante que puede delegar. Esta extensión es cuestionada por un sector doctrinal⁴⁴¹.

VILLEGAS GARCÍA⁴⁴² señala que algunos órganos judiciales, realizando una aplicación estricta de la doctrina de la responsabilidad vicarial, consideran que si no hay una condena de una persona física, lo que exige que esté identificada, la persona jurídica debe ser absuelta. Para construir un *mens rea*⁴⁴³ cuando ninguna persona física es declarada culpable, superando las dificultades de la doctrina del respondeat superior, se propugnan diversas teorías. La teoría del conocimiento colectivo (*collective knowledge*) permite establecer que, aunque ningún empleado concreto tenga un conocimiento completo de lo que está ocurriendo, el conocimiento parcial de todos ellos puede sumarse y ser atribuido a la organización⁴⁴⁴. La teoría de la ignorancia deliberada (*willful blindness*) también ha sido aplicada en el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que aquel que deliberadamente evita confirmar la alta probabilidad del ilícito, que cierra los ojos ante determinados hechos críticos, en realidad lo conocía.

El *Model Penal Code*⁴⁴⁵ sigue un criterio de imputación más restrictivo, ya que limita la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, permitiendo que la entidad quede exenta de responsabilidad penal si acredita que la dirección de la empresa – *high managerial agent* - ha ejercido la debida diligencia para impedir la comisión del delito. Establece tres criterios de imputación, en función del tipo de infracción penal⁴⁴⁶:

- a) Delitos previstos en una ley independiente – *regulatory statute* o constitutivos de meras *violations*, esto es, infracciones menos graves, que se castigan con pena de multa y no se consideran auténticos *crimes*. Serán imputables a la persona jurídica cuando así lo haya pretendido claramente el legislador y la conducta típica se ejecute por un representante o empleado, actuando en su nombre y en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, salvo que se acredite que la persona encargada de supervisar la actividad en cuyo desarrollo se cometió el delito ejerció la diligencia debida para impedir su comisión. El criterio de *respondeat superior* se matiza así con la posibilidad de aplicar una eximente si la dirección de la empresa, *high managerial agent*, alto directivo o miembro del equipo directivo, actúa con la debida diligencia. Esta causa de exclusión de la imputación no es aplicable cuando se trate de supuestos

⁴⁴⁰ United States v. Parfait Powder Puff Co., Inc (1948),

⁴⁴¹ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, 2016, *ibid.*, p.186.

⁴⁴² VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, 2016, *ibid.*, p.218 y ss. La autora sitúa el origen de esta doctrina en los casos *Inland Frieght Lines v. United States* (1951) y *United States v. Sawyer Transport Inc* (1971).

⁴⁴³ Mens rea, elemento subjetivo del delito. Se distinguen delitos que exigen solo *general intent*, en el que el autor solo quiere cometer el *actus reus* (la acción típica) y los que exigen, además, *specific intent* o *special intent*.

⁴⁴⁴ La sentencia que ha tenido más repercusión es la dictada en el caso “*United States v. Bank of England*” N.A.- 821 F.2d 844 (1st.Cir) cert denied, 484 U.S 943 (1987).

⁴⁴⁵ El *Model Penal Code* es un modelo elaborado por el American Law Institute, publicado en 1962, en el que se han basado aproximadamente la mitad de los 52 Estados que configuran los Estados Unidos para elaborar sus normas penales (VILLEGAS GARCÍA, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, p. 239).

⁴⁴⁶ VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, pp.241 y ss.

de infracciones basadas en responsabilidad objetiva o cuando su aplicación sea incongruente con la intención del legislador.

- b) Incumplimiento de una obligación concreta que imponga la Ley a la persona jurídica
- c) Los delitos previstos en el *Model Penal Code* solo serán imputables a las personas jurídicas cuando hayan sido autorizados, ordenados, realizados o negligentemente tolerados por su Consejo de Administración o por un alto directivo actuando en su nombre en el ejercicio de sus competencias

4.3 Régimen legal de las fusiones y otras formas de adquisición de empresas

La competencia para establecer el régimen aplicable a la disolución de las sociedades y a los procesos de fusión u otras formas de adquisición de empresas corresponde a los estados federales, no a la legislación federal. Las *corporations* son creaciones del Derecho estatal, en concreto, del Derecho del estado en el que la entidad se haya constituido. No existe una ley federal de sociedades, aplicable a todo el territorio de los Estados Unidos, sin perjuicio de que algunas normas federales regulen ciertas cuestiones (relativas al mercado de valores, normas sobre competencia o antitrust, por ejemplo)⁴⁴⁷.

Los tribunales federales aplican las normas federales y no están vinculados por el Derecho estatal. Si, en el caso, no existe una norma federal que regule la cuestión, el tribunal federal está facultado para decidir la regla aplicable. El Tribunal Supremo Federal ha declarado que los tribunales federales no deben, con carácter general, crear un “Derecho federal común” *-federal common law-*, basado en los principios que inspiran la materia federal de que se trate, de forma paralela al que los tribunales estatales crean en sus respectivas jurisdicciones, sino aplicar el Derecho estatal, con dos excepciones: 1) cuando una decisión fundada en el Derecho federal fuera necesaria para proteger intereses exclusivamente federales, por afectar a la autoridad y obligaciones de los Estados Unidos como estado soberano o por ser de naturaleza interestatal; y b) cuando el Congreso hubiera autorizado expresamente la creación de Derecho sustantivo por los tribunales federales⁴⁴⁸. Sin embargo, los tribunales federales han creado y crean *federal common law*, entre otras materias, en la relativa a la disolución y fusión de sociedades, estableciendo principios generales sobre el impacto de estos procesos en la responsabilidad de las empresas implicadas⁴⁴⁹.

El derecho societario de los distintos estados sigue dos reglas en materia de fusiones:

- a) por una parte, subsiste la responsabilidad de la persona jurídica a pesar de que se haya disuelto;

⁴⁴⁷ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*

⁴⁴⁸ *Eri R.R. v. Tompkins*, 304, U.S. 64 (1938) y *Texas Industries Inc. v. Radcliff Materials Inc.* 451 U.S. 630 (1981), citados por VILLEGAS GARCÍA en “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 252.

⁴⁴⁹ VILLEGAS GARCÍA en “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 253, con cita de DAVIS, Wendy B. “De Facto Merger, Federal Common Law, and Erie: Constitutional Issues in Successor Liability.” *Colum. Bus. L. Rev.* (2008): 529, entre otros.

- b) por otra parte, la entidad resultante del proceso asumirá las obligaciones y responsabilidades de las entidades que se disuelvan⁴⁵⁰.

La Model Business Corporation Act, redactada por la American Bar Association como modelo y que ha sido seguida por veinticuatro estados, prevé expresamente que la disolución no supondrá el archivo o suspensión de los procedimientos pendientes, entre los que se incluyen los de naturaleza penal⁴⁵¹. Además, en caso de fusión (*merger*), el derecho societario establece específicamente que las entidades resultantes asumirán las obligaciones y responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de la fusión.

4.4 Monopolio en el ejercicio de la acción penal

Como nota diferencial respecto a nuestro sistema y por la relevancia que ello tiene en la exigencia de responsabilidad penal en caso de fusiones y adquisiciones de empresas, hay que señalar que, en los Estados Unidos, el Ministerio Público (DOJ) es el único que puede ejercitar la acción penal y decide al respecto libremente bajo lo que sería, desde nuestra perspectiva, el principio de oportunidad discrecional⁴⁵². Sus criterios de actuación se recogen desde 1999 en memorándums que son difundidos para su conocimiento público⁴⁵³.

4.5 Doctrina de la “successor liability”

4.5.1 Concepto

En Estados Unidos, en caso de adquisición mediante fusión o escisión, la empresa adquirente o, empleando la traducción directa del término inglés, “sucesora”, es responsable de los delitos cometidos por la empresa adquirida⁴⁵⁴ en virtud de la doctrina de la “*successor liability*”. Incluso en otros tipos de adquisiciones, la sociedad resultante (successor) puede resultar responsable de los delitos de sus antecesoras⁴⁵⁵. Se entiende que la entidad sucesora hereda automáticamente el “criminal taint” (intención criminal), con independencia de que fuera conocedora o no de los hechos. Esto no significa, sin embargo, que necesariamente los organismos competentes⁴⁵⁶ deban iniciar acciones

⁴⁵⁰ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 266.

⁴⁵¹ La Model Business Corporations Act propone la siguiente regla: “all debts, obligations and other liabilities of each domestic or foreign corporation or eligible entity that is a party to the merger, other than the survivor, are debts, obligations or liabilities of the survivor”.

⁴⁵² VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 334.

⁴⁵³ El primero, publicado en 1999, denominado *Federal Prosecution of Corporation*, conocido como Holder Memo; fue modificado en 2003, dando lugar a los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, (a su vez, conocido como *Thompson Memorandum*); en 2006 fue sustituido por el *Memorandum McNulty*; en 2008, pasó a denominarse *Memorandum Filip*.

⁴⁵⁴ DIAMANTIS, M.: “Successor Identity”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 36, Issue 1 (Winter 2019), p. 4.

⁴⁵⁵ DIAMANTIS, M.: “Successor Identity”, *ibid.*

⁴⁵⁶ El DOJ o la SEC.

penales contra la empresa adquirente, ya que pueden recompensarla si realiza una *due diligence* exigente durante el proceso de adquisición y denuncia⁴⁵⁷.

En suma, bajo esta doctrina, la empresa “sucesora” es responsable de todo lo actuado por la “predecesora”, heredando tanto la responsabilidad civil como la penal⁴⁵⁸. Se aplica en muy diferentes ámbitos⁴⁵⁹ (responsabilidad por producto, insolvencia, derecho laboral, medioambiental), incluido el ámbito penal⁴⁶⁰. Las voces más críticas señalan que la jurisprudencia ha importado de forma acrítica una doctrina originada en el ámbito civil y que, sorprendentemente, poco se ha escrito hasta ahora sobre esta cuestión⁴⁶¹.

En la jurisdicción federal, en un primer momento, la jurisprudencia se limitó a declarar que la disolución como consecuencia de la fusión no suponía la extinción de la responsabilidad penal de las sociedades que se disolvían, de la misma forma que no suponía la extinción de cualquier otro tipo de responsabilidad⁴⁶². En un momento posterior declaró, además, que la nueva entidad resultante del proceso de fusión debía asumir como propia la responsabilidad penal de las entidades disueltas⁴⁶³.

4.5.2 Fundamento de la doctrina

Un sector doctrinal entiende que evitar la impunidad justifica que la empresa resultante o “superviviente” (*surviving corporation*) sea penalmente responsable por delitos de los que no tenía conocimiento, que fueron cometidos por alguna de las sociedades extinguidas (*dissapearing corporations*) años antes de que culminara la fusión.

Autores como BRICKEY o GRUNER consideran que la razón que justifica el “traslado” de la responsabilidad penal desde la entidad disuelta como consecuencia de la fusión a la entidad resultante es, como en el caso de las sociedades disueltas por cualquier otro motivo, evitar que estas operaciones societarias se utilicen como medio para eludir dicha responsabilidad.

Sin embargo, frente a los autores que sostienen la responsabilidad penal de la empresa adquirente en cualquier caso, LOWELL BROWN distingue si la acusación contra la entidad que se disuelve a consecuencia de la fusión se formula o no antes de la fusión. Si

⁴⁵⁷ SHERMAN & STERLING, LLP: “What you don’t know can hurt you: successor liability resulting from inadequate FCPA due diligence in M&A transactions (2009), <http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/03/What-You-Dont-KnowCan-Hurt-You-Successor-Liabil-Files/View-> [https://perma.cc/LN8Y-5QTK] (“As a legal matter, when one corporation acquires another, it assumes any existing liabilities of that corporation, including [criminal] liability for unlawful payments, regardless of whether it knows of them.”).

⁴⁵⁸ A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act: “Successor liability applies to all kinds of civil and criminal liabilities.”

⁴⁵⁹ BECKER, B.R.: “Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime.” American Journal of Criminal law, vol. 19, no. 3, Spring 1992, pp. 436-437.

⁴⁶⁰ BRICKEY, K.F.: “Corporate criminal liability”, 1991.

⁴⁶¹ DIAMANTIS, M.: “Successor Identity”, *ibid.*, p. 6. Propone limitar la aplicación de esta doctrina, excluyendo los casos en que no exista una identidad criminal: “Shifting perspectives to think of corporate liability in terms of identity rather than formal successorship would generate different outcomes — sometimes the identity relation will fail, and successors will not be identical to predecessors”.

⁴⁶² *United States v. Line Material Co.*, 202 F.2d 929 (6th Cir.1953), *United States v. Vanadium Corporation*, 230 F.2d 646 (10th Cir. 1956) y *United States v. Cigarette Merchandiser Ass’n*, 136 F. Supp.214 (1955).

⁴⁶³ *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir.1974).

la fusión se produce cuando ya se ha formulado acusación contra la sociedad que se disuelve, la responsabilidad penal se transmite a la entidad beneficiaria de la fusión. Sin embargo, cuando la fusión ocurre cuando todavía no se ha formulado acusación, la cuestión resulta menos clara y dependerá de las consecuencias que se anuden a la disolución, es decir, habrá que dilucidar si la responsabilidad penal desaparece al disolverse la entidad predecesora, de acuerdo con la legislación aplicable.

La posibilidad de que una entidad disuelta sea sometida a un proceso penal es una cuestión en la que convergen la ley federal y la estatal. La interpretación de los tribunales de las distintas legislaciones estatales ha favorecido el mantenimiento de la responsabilidad penal. Primero, entendiendo que los términos “acción” (suit) o “procedimiento” (*proceeding*) incluían también los procedimientos penales; segundo, declarando que los términos “responsabilidad” u “obligación” utilizados en las legislaciones estatales permitían el mantenimiento de un proceso penal federal.

La doctrina de la *successor liability* continúa vigente en la actualidad, como refleja la Guía de la Fiscalía Federal titulada “Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act”, examinada al final de este capítulo.

4.5.3 Evolución jurisprudencial

Inicialmente, los tribunales adoptaron un enfoque formalista, equiparando la disolución de una empresa y la muerte de las personas físicas, de tal forma que la disolución de la persona jurídica extinguía la responsabilidad penal, incluso en caso de fusión o escisión⁴⁶⁴. Para evitar los perjuicios que esta norma de *common law* ocasionaba, las legislaciones estatales (es decir, de los distintos Estados federados) establecieron que la existencia de la entidad se prolongara más allá de su disolución al efecto de permitir una liquidación ordenada de sus asuntos y, en concreto, las acciones judiciales y procedimientos judiciales, iniciadas por ella o en su contra.

Los tribunales federales del orden penal siguieron dos líneas en la interpretación de estas normas del Derecho mercantil estatal⁴⁶⁵:

- a) Para los tribunales del Segundo y el Decimosegundo circuito, la disolución de una sociedad debía suponer la extinción de su responsabilidad penal (*United States v Safeway Stores Inc*⁴⁶⁶), al entender que la legislación mercantil estatal se refería

⁴⁶⁴ *Oklahoma Natural Gas Co. v. Oklahoma*, 273 U.S. 257, 259 (1927): "It is well settled that at common law and in the federal jurisdiction a corporation which has been dissolved is as if it did not exist, and the result of the dissolution cannot be distinguished from the death of a natural person in its effect."; *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856, 908 (9th Cir. 1974), cert. denied, 419 U.S. 1120 (1975); *United States v. Safeway Stores, Inc.*, 140 F.2d 834, 836 (10th Cir. 1944); *United States v. Maryland & Va. Milk Producers, Inc.*, 145 F. Supp. 374, 375 (D.D.C. 1956); *United States v. Cigarette Merchandisers Ass'n, Inc.*, 136 F. Supp. 214, 215 (S.D.N.Y. 1955) en BROWN, H. LOWELL. "Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law". *Arkansas Law Review*, vol. 49, no. 3, 1996-1997, pp. 469-500.

⁴⁶⁵ VILLEGAS GARCIA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, pp. 255 y ss.

⁴⁶⁶ *United States v. Safeway Stores*, 140 F.2d 834 (10th Cir. 1944): the question, as to whether a corporation is continued for the purpose of prosecuting or defending civil suits or criminal actions, depends upon the law of the state of its incorporation... If the statutes of the state where the corporation is incorporated and dissolved do not give authority to maintain such a prosecution, it does not exist (...) in Delaware and Nevada, a corporation is continued after dissolution "for the purpose of prosecuting and defending suits by or against them (...) the word "suit" as used in the Delaware and Nevada statutes does not embrace a criminal

únicamente a las acciones civiles y, por tanto, las acciones penales no quedaban incluidas. Es más, incluso en el caso de que la sociedad hubiera sido ya condenada, disuelta la sociedad no era posible exigir el pago de la pena de multa impuesta antes de la disolución.

- b) La opinión contraria fue mantenida por los tribunales del Quinto y Séptimo circuito. En *Alamo Fence Company*⁴⁶⁷, el Tribunal critica la interpretación dada al término “proceedings” en el caso *Safeway Store*, al entender que deben incluirse en este término los procedimientos penales. Sostiene, además, que la disolución no puede impedir la ejecución de una pena ya impuesta. En el mismo sentido se había pronunciado ya el tribunal en *United States v. Cigarette Merchandiser Ass’n*⁴⁶⁸, que declaró que a menos que la ley estatal dispusiera claramente lo contrario, el interés general (*public policy*) hace necesario que pueda exigirse responsabilidad a una entidad disuelta por los delitos cometidos antes de su disolución.

4.5.3.1 *Melrose Distiller v. United States*

En *Melrose Distiller v. United States*⁴⁶⁹ (1959), el Tribunal Supremo de Estados Unidos se inclinó por la segunda línea jurisprudencial. Las acusadas eran dos filiales de Schenley Industries, Inc., una constituida con arreglo a las leyes de Maryland y la otra de Delaware. Ambas se disolvieron, después de que ser acusadas de realizar prácticas anticompetitivas

prosecution. (...) The California statute, it will be observed, uses the phrase, "prosecuting and defending actions by or against it." Many of our courts have been called upon to define the word "action", and from a review of those authorities, the term is held to mean civil actions and does not embrace criminal prosecutions (...) n *State v. Arkansas Cotton Oil Co.*, supra, 116 Ark. 74, 171 S.W. 1192, 1193, a suit to recover from a dissolved corporation penalties for violation of the state antitrust laws, the court said: "We have here no action for the payment of debts. This is one by the state to recover a penalty; the purpose being not to recover a debt, but to punish for alleged infractions of the law. The statute makes no provision for the continuance or survival of any such action against a dissolved corporation".

⁴⁶⁷ *Alamo Fence Company of Houston, Appellant, v. United States of America, Appellee*, 240 F.2d 179 (5th Cir. 1957): "As to corporations organized under the laws of Delaware, the holding of the Tenth Circuit in the *Safeway Store* case, supra, is followed in *United States v. Line Material Co.*, 6 Cir., 202 F.2d 929, and in *United States v. United States Vanadium Corporation*, 10 Cir., 230 F.2d 646, but is disapproved in *United States v. P. F. Collier & Son Corp.*, 7 Cir., 208 F.2d 936, 40 A.L.R.2d 1389; *United States v. Maryland State Licensed Beverage Ass'n*, D.C.Md., 138 F. Supp. 685; and *United States v. Maryland & Virginia Milk Producers, Inc.*, D.D.C., 145 F. Supp. 374. The rationale of the Tenth Circuit in the *Safeway* case, supra, is criticized also in *United States v. Cigarette Merchandisers Ass'n*, D.C.S.D.N.Y., 136 F. Supp. 214. The courts refusing to follow the Tenth Circuit practically all point out that the word "proceedings" is broad enough to cover criminal prosecutions (...) In the judicial climate of realism now prevailing, it may be doubted whether the dissolution of a defendant corporation after indictment can ever prevent the prosecution from proceeding for the punishment would be suffered by the same real persons, the stockholders and others financially interested in the corporation, whether the fine against the corporation were recovered before or after dissolution".

⁴⁶⁸ *United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n*, 136 F. Supp.214 (1955). El tribunal explica que "The purpose of course in keeping the corporation "alive" is to ameliorate the unjust and harsh results to creditors and stockholders alike if the strict common law doctrine of corporate death and abatement were applied (...) since the clear public policy of the state with respect to a dissolved or consolidated corporation is that it shall, for a determined period beyond its dissolution, be entitled to pursue its rights and also to remain suable for its debts and obligations, that the public purpose also contemplates the right of the community to vindicate any charge against the corporation for crimes it may have committed prior to dissolution. And unless the legislative purpose to abate a criminal prosecution is clear and unequivocal, the public policy of the state to hold a corporation liable for acts committed during its existence should not be defeated by dialectical definitions which serve to discriminate against the community at large"

⁴⁶⁹ *Melrose Distiller v. United States*, 359 U.S. 271 (1959).

prohibidas por la *Sherman Act*, formando una nueva sociedad filial de la misma matriz. El Tribunal Supremo declaró, en el que aún hoy es tenido como el *leading case* en la materia, que la disolución de una sociedad debe conducir al archivo de las actuaciones penales salvo que una ley disponga lo contrario, y esto era precisamente lo que ocurría aquí, ya que las leyes de ambos Estados “mantenían la vida de las entidades” para ser parte en un proceso judicial⁴⁷⁰. Así, aplicando el derecho estatal de Maryland, que establecía que la disolución no implicaría la terminación de ninguna acción o procedimiento en curso entablado por o en contra de la entidad, entendió que el término “*proceeding*” suponía reconocer a la entidad “suficiente vitalidad” como para que se considerara una empresa existente a los efectos de aplicar la sección 8 de la *Sherman Act*. De igual forma, interpretó que la legislación de Delaware, al establecer que cualquier “*proceeding*” empezado por o contra una entidad antes o dentro del período de los tres años siguientes a su disolución, continuaría hasta que la sentencia, orden o decreto fuera totalmente ejecutada, incluía los procedimientos penales. En suma, declaró que, de acuerdo con la ley estatal aplicable, la disolución de las sociedades no suponía la extinción de su responsabilidad penal.

El tribunal reforzó su conclusión aludiendo a motivos de interés general, atendiendo al dato de que las dos sociedades disueltas simplemente se convirtieron en divisiones de una nueva sociedad, sin que hubiera un verdadero cambio en la propiedad última de las mismas, que permaneció dentro del mismo grupo de sociedades. Debía satisfacer la pena impuesta, de la misma manera que debía pagar las cantidades a que fuera condenada en un procedimiento civil⁴⁷¹.

En este caso, por tanto, se trataba de dos sociedades que eran subsidiarias de una misma entidad matriz y que, tras disolverse como resultado de la fusión, se convirtieron en divisiones de una nueva entidad, filial de la matriz. Sin embargo, los tribunales federales, en las resoluciones posteriores a esta sentencia, no han considerado necesario, para exigir responsabilidad penal tras la disolución de la sociedad que “cometió” el ilícito, que la disolución se hubiera realizado de forma fraudulenta, es decir, con la intención de eludir la responsabilidad penal, ni han distinguido si la acusación se había formulado antes o después de la disolución⁴⁷². Así, por ejemplo, en *United States v. Mobile Materials, Inc* de 1985⁴⁷³, el tribunal de apelación aplicó la doctrina sentada en *Melrose Distiller*, aun cuando la disolución de las entidades fue anterior a la formulación de la acusación (explica que ni el Tribunal Supremo ni la ley habían establecido diferencia alguna en este sentido), y pese a que no existía indicio alguno de que se tratara de una fusión fraudulenta.

En suma, después de *Melrose Distiller*, los tribunales federales han proclamado, con base en las leyes estatales (que permiten, con variaciones de un Estado a otro⁴⁷⁴, el enjuiciamiento penal después de la disolución de la empresa y, en particular, en caso de

⁴⁷⁰“(E)n el ámbito federal las acciones judiciales se extinguen ... con la disolución de una empresa (...) a menos que la acción sea salvada por la ley”. El Tribunal no abordó la cuestión de si la ley federal, por sí sola, sería suficiente para establecer la pervivencia de la capacidad procesal de una entidad.

⁴⁷¹ “In this situation there is no more reason for allowing them to escape criminal penalties than damages in civil suits. As the Court of Appeals noted, a corporation cannot be sent to jail. The discharge of its liabilities whether criminal or civil can be effected only by the payment of money”.

⁴⁷² BROWN, H. LOWELL:

⁴⁷³ *United States v. Mobile Materials, Inc*, 776 F.2d 1476 (10th Cir.1985).

⁴⁷⁴Veinticuatro Estados han tomado como referencia el MODEL BUS. CORP. ACT (Am. Bar Ass’n 2016), que establece la transmisión de la responsabilidad a la empresa resultante o beneficiaria de la fusión (§ 11.07).

fusión o escisión⁴⁷⁵), la responsabilidad penal de las empresas disueltas. La disolución de una entidad fusionada no elimina la responsabilidad penal, aun cuando la disolución tenga lugar antes de que se haya ejercitado la acción penal contra la empresa disuelta. Por ejemplo, entre otras⁴⁷⁶ en *United States v. Arcos Corporation*⁴⁷⁷, y en *United States v. Maryland & Va. Milk Producers, Inc.*⁴⁷⁸, se permitió el ejercicio de la acción penal contra sociedades que habían sido disueltas más de un año antes. Como excepción, sin embargo, el tribunal de distrito en *United States v. Seaboard Coastline R.R. Co.*⁴⁷⁹, declaró extinguida la responsabilidad penal de una empresa fusionada (y disuelta) porque (i) la operación no perseguía evitar el sometimiento a juicio, (ii) la ley de sociedades de Virginia se refería "esencialmente a las acciones civiles" y no a los procedimientos penales y (iii) además, a diferencia de *Melrose Distillers*, la acusación no se había formulado antes de la disolución.

4.5.3.2 *United States v. Alamo Bank of Texas.*

Avanzando un paso más, en *Alamo Bank of Texas*⁴⁸⁰ se declara la responsabilidad de un banco estatal, resultado de la fusión entre un banco nacional y un banco estatal, por los delitos cometidos por el banco nacional antes de la fusión⁴⁸¹.

*La cuestión discutida era si Alamo Bank of Texas podía ser condenado por los delitos cometidos por los empleados del Central National Bank con anterioridad a la fusión*⁴⁸². Los empleados del Central Nacional Bank infringieron la obligación de comunicar determinadas transacciones, lo que era constitutivo de un delito previsto en la Bank Secrecy Act. Este banco se fusionó, años después de los hechos, con el Alamo Bank of Texas. Alamo Bank recurrió su condena, alegando que se

⁴⁷⁵ DIAMANTIS, M.: "Successor Identity", *ibid.*, p. 14.

⁴⁷⁶ Brown en "Successor Corporate Criminal Liability", *ibid.*, p. 11, cita *United States v. Shields Rubber Corp.* 732 F. Supp. 569 (W. D. Pa. 1989) (empresa disuelta según la ley de Pensilvania 14 meses antes de la acusación); *United States v. Mobile Materials, Inc.* 776 F. 2d 1476 (10th Cir. 1985), cert. denegado, 493 U.S. 1043 (1990) (empresa disuelta según la ley de Oklahoma dos años antes de la acusación); *United States v. Polii.zi*, 500 F.2d 856 (9th Cir. 1974), cert. denegado, 419 U.S. 1120 (1975) (corporación disuelta bajo la ley de Nueva York un año antes de la acusación); *United States v. Stone*, 452 F.2d 42 (8th Cir. 1972) (corporación disuelta bajo la ley de Nueva York aproximadamente tres años antes de la acusación); *United States v. Anaconda Am. Brass Co.*, 210 F. Supp. 873 (D. Conn. 1962) (sociedad disuelta bajo la ley de Connecticut aproximadamente 14 meses antes de la acusación); *United States v. San Diego Grocers Ass'n*, 177 F. Supp. 352 (S.D. Cal. 1959) (empresa disuelta según la ley de California un mes antes de la acusación); *Estados Unidos contra Brakes*, 157 F. Supp. 916 (S. D. N. Y. 1958) (empresa disuelta según la ley de Nueva York dos años antes de la acusación); *Estados Unidos contra P.F. Collier & Son Corp.*, 208 F. 2d 936 (7th Cir. 1953) (sociedad disuelta según la ley de Delaware ocho meses antes de la acusación). Además, en *In re Grand Jury Sub poenas Issued to Thirteen Corporations*, 775 F.2d 43, 47-48 (2nd Cir. 1985), se sostuvo que se podía obligar a las empresas a presentar documentos y designar un custodio de los registros a pesar de la disolución de las empresas antes de la emisión de las citaciones.

⁴⁷⁷ *United States v. Arcos Corporation* 234 F. Supp. 355 (N.D. Ohio 1964).

⁴⁷⁸ 145 F. Supp. 374, 376 (D.D.C. 1956).

⁴⁷⁹ 326 F. Supp. 897 (M.D. Fla. 1971).

⁴⁸⁰ 880 F.2d 828, 830 (5th Cir. 1989).

⁴⁸¹ "Whether a state bank that is the survivor of a merger between a national bank and a state bank is responsible for pre-merger criminal violations of the Bank Secrecy Act, 31 U.S.C. 5313 and 5322(b), that were committed by the national bank prior to the merger"

⁴⁸² GERAGHTY, A.: "Corporate criminal liability", *American Criminal Law Review*, 2002, 39 (2 Annual Survey of White-Collar Crime), 327-354.

había vulnerado su derecho al proceso debido, porque la ley federal que establecía los delitos por los que había sido condenado no contemplaba la responsabilidad penal del banco adquirente en su condición de successor bank y, por tanto, no constaba que hubiera actuado con el criminal intent exigido en la norma.

La sentencia replantea la cuestión en los términos siguientes:

La cuestión no es tanto si una entidad totalmente inocente está siendo perseguido por los delitos cometidos por otro, sino si el CNB sigue existiendo -aunque bajo el nombre de Alamo- y, por lo tanto, debe sufrir las consecuencias de su violación intencionada de los requisitos de información monetaria. Debido a que cualquier beneficio que el banco fusionado obtuvo de su conducta delictiva fluyó a través de la entidad superviviente, y debido a que los propósitos disuasorios de la responsabilidad penal corporativa podrían debilitarse sustancialmente si una corporación pudiera extinguir la responsabilidad por su conducta delictiva a través de un cambio en la forma corporativa, no es sorprendente que las leyes federales y las de Texas que rigen las fusiones bancarias establezcan que el banco fusionado sigue existiendo en una nueva forma y debe pagar la pena correspondiente a su conducta delictiva.

La responsabilidad criminal de las entidades sucesoras es una característica aceptada del panorama legal⁴⁸³.

En este caso, el Tribunal confirmó la sentencia dictada en primera instancia, aplicando una norma federal, la *section 214 b*) de la *Federal Banking Statute*, que regulaba las consecuencias de una fusión entre un banco nacional y un banco estatal, declarando que el banco fusionado continuaba existiendo como parte del banco del cual formaba parte como resultado de la fusión. No es que a *Alamo Bank of Texas* se le exigiera responsabilidad penal por delitos cometidos por el banco disuelto como consecuencia de la fusión, sino que la entidad disuelta, tras la fusión, no había desaparecido propiamente, **continuaba existiendo** en *Alamo Bank of Texas*⁴⁸⁴.

4.5.3.3 *United States v. Shields Rubber Corp*

En *United States v. Shields Rubber Corp*⁴⁸⁵, la empresa sucesora demandada fue acusada de violar las leyes federales de aduanas más de cuatro años después de que la empresa predecesora, que supuestamente había cometido los actos, dejara de existir. Shields

⁴⁸³ Cita *Melrose Distillers, Inc. v. United States*, 359 U.S. 271 (1959); *United States v. Mobile Materials, Inc.*, 776 F.2d 1476 (10th Cir. 1985); *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 1120 (1975); *Alamo Fence Co. v. United States*, 240 F.2d 179 (5th Cir. 1957); *United States v. P.F. Collier & Son Corp.*, 208 F.2d 936 (7th Cir. 1953); *United States v. Arcos Corp.*, 234 F. Supp. 355 (N.D. Ohio 1964); *United States v. Anaconda American Brass Co.*, 210 F. Supp. 873 (D. Conn. 1962); *United States v. Maryland and Virginia Milk Producers*, 145 F. Supp. 374 (D.D.C. 1956); *United States v. Cigarette Merchandisers*, 136 F. Supp. 214 (S.D.N.Y. 1955).

⁴⁸⁴ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, pp. 270-271.

⁴⁸⁵ 732 F. Supp. 569 (W.D. Pa. 1989).

Rubber argumentó que la acusación había prescrito porque, de acuerdo con la legislación de Pensilvania, una empresa sólo podía ser acusada en los dos años siguientes a su disolución. Sin embargo, el tribunal de distrito concluyó que la empresa predecesora no se había disuelto, sino que se había fusionado con la sucesora y, por tanto, Shields Rubber seguía siendo responsable.

Como vemos en estos ejemplos, la sociedad resultante de la fusión responde por los hechos cometidos por las sociedades disueltas antes de la fusión.

4.6 Responsabilidad en caso de compra de activos (*asset deal*)

Precisamente para evitar la *successor liability*, las empresas que estudian una adquisición pueden estructurar la operación como una compraventa de los activos de la empresa, como alternativa a la fusión. En principio, la compra de los activos de una entidad no supone que la adquirente deba responder, ni civil ni penalmente, por los hechos de la vendedora. En estos casos, la vendedora sigue existiendo, aunque no tendrá los bienes que ha vendido, sino el precio que haya cobrado por ellos. Sin embargo, como excepción a la norma general, en ciertos casos los tribunales del orden civil han entendido que la compradora sí debe responder de las deudas y responsabilidades de la vendedora, e incluso, pese a las críticas de la doctrina⁴⁸⁶, también han aplicado estas excepciones en el ámbito penal⁴⁸⁷.

En Derecho civil, frente a la regla general, que excluye la transmisión de la responsabilidad de la vendedora en caso de compra de activos, podemos encontrar cuatro excepciones⁴⁸⁸ donde el comprador de los activos de una sociedad asumirá el pasivo de la sociedad cedente⁴⁸⁹. No obstante, la legislación de algunos Estados excluye expresamente la aplicación de algunas de estas excepciones, por lo que, de resultar aplicable la exclusión, los tribunales siguen la regla general, es decir, que la entidad adquirente NO responde como *successor*. Enumeramos a continuación estas excepciones a la regla general y que determinan la responsabilidad de la empresa sucesora incluso en caso de compra de activos:

- a) **Cláusula contractual:** La primera excepción consiste en que la empresa compradora haya aceptado, expresa o implícitamente, asumir la responsabilidad en el contrato.
- b) En segundo lugar, se considerará *successor* a la adquirente si la transacción equivale a una **consolidación o fusión "de facto"**, es decir, cuando "una sociedad es absorbida

⁴⁸⁶ Taylor J. Phillip lo explica así: "asset purchasers typically cannot be held civilly liable for the pre-acquisition FCPA violations of sellers because the rule of decision for successor liability in FCPA cases is determined by state, not federal law, and the law of most states does not impose successor liability on arm's-length asset purchasers. This conclusion is even stronger with respect to criminal FCPA liability because the remedial policy rationales that underlie expansive civil successor liability doctrines are not present in criminal law" en "The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act", *William & Mary Business Law*, n.º 89, 2015.

⁴⁸⁷ Brown, H. Lowell. "Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law". *Arkansas Law Review*, vol. 49, no. 3, 1996-1997, p. 14.

⁴⁸⁸ Becker, Brain R. "Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime", *American Journal of Criminal Law*, vol. 19, no. 3, Spring 1992, p. 446, añade una quinta excepción: cuando la venta de activos no lleva aparejada una contraprestación adecuada, lo que evidencia la mala fe de la venta, por lo que se sitúa cerca del fraude.

⁴⁸⁹ Brown, H. Lowell: "Successor Corporate Criminal Liability", *ibid.*, p. 17.

por otra, pero sin los requisitos legales de una fusión⁴⁹⁰. Si el tribunal concluye que, simplemente, se ha producido una continuación del negocio anterior, aunque bajo "un nuevo sombrero", la responsabilidad se impondrá como si la transacción hubiera sido una fusión⁴⁹¹. La "fusión de facto" se establece a partir de la concurrencia de los siguientes requisitos⁴⁹²: (1) la entidad compradora continúa la actividad de la entidad predecesora, (2) los accionistas de la predecesora pasan a ser accionistas de la sucesora, (3) se produce la disolución de la vendedora, y (4) la compradora asume en el contrato los pasivos y obligaciones de la vendedora⁴⁹³. *Esta excepción a la regla general ha sido expresamente excluida por algunos Estados, como Texas, en el ámbito civil. Allí, tras la aplicación de la excepción en el caso Western Resources Life Insurance Co. v. Gerhardt (civil, no penal), en el que el tribunal consideró que la empresa adquirente era responsable de todos los pasivos de la vendedora, a pesar de acuerdo en contrario, se modificó el artículo 5.10 de la Texas Business Corporation Act para excluir la doctrina de la "fusión de facto"*⁴⁹⁴.

- c) La empresa compradora es una "**mera continuación**" de la empresa vendedora. Esta doctrina, empero, que establece una excepción a la regla general, no se admite en todos los Estados. Así, por ejemplo, Texas la rechaza ya en el ámbito civil, dado que supone una extensión todavía mayor que la doctrina de la "fusión de facto", por lo que las mismas razones que aconsejan la exclusión de esta justifican, con mayor motivo, la exclusión de la doctrina de la "mera continuación".
- d) Si la transacción se realizó de forma **fraudulenta** para evitar la responsabilidad.

En el ámbito federal, como luego examinaremos, la *Resource Guide* sobre la aplicación de la FCPA no distingue, a efectos de la *successor liability*, entre los supuestos de fusiones y adquisiciones y los distintos tipos de adquisiciones posibles (de títulos del capital social o de activos)⁴⁹⁵. Sin embargo, esto no quiere decir que los tribunales sigan el criterio de la Fiscalía, sino que dependerá de las circunstancias del caso y la concurrencia o no de alguna de las excepciones antes señaladas. En la jurisdicción federal, el único caso que se cita, *United States v. Ashland Oil, Inc*⁴⁹⁶, se refería a una venta dentro de un mismo grupo de empresas, por lo que no resulta aplicable a operaciones de mercado (*arm's-length asset purchasers*). Así, TAYLOR J. PHILLIPS⁴⁹⁷ sostiene que la doctrina civil de la continuidad substancial (excepción a la regla general que establece que el comprador de activos no es un *successor*), en el ámbito de aplicación de la FCPA, no es *common law*.

⁴⁹⁰ *Arnold Graphics Indus., Inc. v. Independent Agent Ctr., Inc.*, 775 F.2d 38, 42 (2nd Cir. 1985).

⁴⁹¹ *Armour-Dial, Inc. v. Alkar Eng'g Corp.*, 469 F. Supp. 1198 (D. Wis. 1979).

⁴⁹² Becker, Brain R. "Corporate Successor", *ibid.*, p. 447.

⁴⁹³ En el caso Com. V. Lavelle, la Pennsylvania Superior Court (jurisdicción estatal) confirmó la condena de la sociedad adquirente por los delitos cometidos por otra entidad, Wm. A. Lavelle & Son Co., la cual le había vendido sus activos. El Tribunal consideró que, a la vista de las circunstancias del caso, la operación era en realidad una fusión de facto y aplicó la normativa de las fusiones, que disponía que en caso de fusión, la entidad resultante respondería por los hechos cometidos por las entidades preexistentes, lo que incluía la responsabilidad penal. El Tribunal consideró, además, que la sociedad adquirente debía responder porque la operación había sido fraudulenta, ya que perseguía eludir las responsabilidades penales de la vendedora.

⁴⁹⁴ *Suarez v. Sherman Gin Co* (697 S.W.2d) rechazó la aplicación de la doctrina, criterio que ha sido seguido desde entonces, en virtud de la expresa disposición de la ley.

⁴⁹⁵ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos", *ibid.*, p. 284.

⁴⁹⁶ 9 537 F. Supp. 427, 428 (M.D. Tenn. 1982).

⁴⁹⁷ TAYLOR J. PHILLIPS, "The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act", 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 89 (2015), p. 45.

La doctrina es partidaria de limitarlas a los supuestos de fraude, para evitar la inseguridad jurídica y coste que supone el posponer la respuesta a un proceso penal.

4.7 Estado actual de la cuestión

La disolución de una sociedad no implica la extinción de su responsabilidad penal si las normas del Estado conforme a las cuales se constituyó prevén expresamente la prolongación de su existencia más allá de dicho momento para hacer frente a las acciones que pudieran ejercitarse contra ella, con independencia de que la disolución sea o no fraudulenta o que al tiempo de la disolución se hubiera formulado o no acusación.

Si la ley aplicable contiene dicha previsión, la entidad resultante de la fusión es responsable de los hechos cometidos por las sociedades disueltas a resultas de la fusión, con independencia del momento en que se formule la acusación y del carácter lícito o fraudulento de la fusión.

El modelo de imputación penal vigente en la jurisdicción federal de Estados Unidos se basa en la doctrina del *respondeat superior*. Conforme a dicha doctrina, las personas jurídicas serán penalmente responsables por los delitos cometidos por sus empleados o agentes siempre que cometan los delitos en el ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiar a la entidad, aun cuando la entidad hubiera implementado un programa de cumplimiento para prevenir y detectar la comisión de infracciones penales⁴⁹⁸. El comportamiento de la persona jurídica se valora en dos momentos, con distinto alcance⁴⁹⁹:

- a) por una parte, es tenido en cuenta por la Fiscalía, que actúa bajo el principio de oportunidad discrecional y, por tanto, decide si persigue o no penalmente a la persona jurídica; en el concreto marco de las fusiones y adquisiciones, esto significa que la Fiscalía valorará si debe exigir responsabilidad a la entidad adquirente o resultante de la fusión;
- b) por otra parte, el comportamiento de la entidad se valora en la individualización de la pena, tal como se indica en las *sentencing guidelines*⁵⁰⁰, que tienen en cuenta si existe un *compliance program* y si la entidad ha colaborado con las autoridades; se trata de un mecanismo corrector del sistema de imputación del *respondeat superior*, que valora las características del delincuente junto a la gravedad del delito cometido para determinar la cuantía de la pena de multa.

Se fomenta así la adopción de sistemas internos destinados a la prevención, detección y denuncia de conductas criminales. Tras las reformas de 2004 y 2010 de las Guidelines, se regula en detalle el contenido del programa de compliance.

⁴⁹⁸ VILLEGAS GARCÍA, M. A., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, pp. 292.

⁴⁹⁹ VILLEGAS GARCÍA considera que el comportamiento de la entidad constituye la medida de la culpabilidad de esta.

⁵⁰⁰ Las *Sentencing Guidelines* ofrecen a los jueces normas de carácter orientativo (pese a que nacieron con vocación imperativa) para la individualización de la pena.

4.8 Voces críticas al sistema

En contra de que las entidades resultantes de un proceso de fusión tengan que asumir la responsabilidad penal de las entidades preexistentes se pronunciaron, en un informe elaborado en el año 2010 para la U.S. Chamber Institute for Legal Reform, ANDREW WEISSMANN y ALEXANDRA SMITH. Consideraban que esta posibilidad era "contraria a los fines del Derecho Penal, entre los que se incluye el castigo del comportamiento culpable y la prevención del delito". Una persona jurídica, como una persona física, no debería ser responsable por los delitos cometidos por otra y en cuya ejecución no ha participado. Según el informe, solo si la entidad resultante de estos procesos "hereda" los empleados de la anterior compañía y estos continúan con su actividad delictiva, la primera debería ser considerada responsable de estos delitos. Entienden que la responsabilidad de la entidad que sucede por los delitos de la preexistente o adquirida contradice los fines del Derecho penal, entre los que se incluye el castigo del comportamiento culpable y la prevención del delito. Se apoyan en precedentes como *Rodríguez v. Banco Central* y *R.C.M. Executive Gallery Corp v. Rols Capital Co.*, si bien hay que señalar que ambos casos se referían a demandas civiles, en contextos de *asset deal*, es decir, de adquisición de activos, no de fusión.

Otras voces autorizadas se han pronunciado en contra de extender la *successor liability* al ámbito penal. Ya desde 1992, BECKER⁵⁰¹ proponía que la responsabilidad de la *successor corporation* se limitara al ámbito civil y BROWN⁵⁰² denuncia que, hasta ahora, el desarrollo de la doctrina de la *successor liability* se ha producido, especialmente, en el ámbito civil, y que la legislación aplicada por los tribunales ha sido, únicamente, estatal, es decir, que el desarrollo de la responsabilidad del sucesor se ha producido principalmente en el contexto de los litigios civiles en los que resultaba aplicable una ley estatal. Reclama una legislación federal que posibilite el desarrollo de una doctrina estable por los tribunales federales, ya que los tribunales federales no se consideran obligados por la ley estatal y es, hasta ahora, la única con la que cuentan.

DIAMANTIS⁵⁰³ tacha de preocupante la doctrina aplicable a la empresa "sucesora" y propone, sin descartar que la eliminación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuera la mejor solución⁵⁰⁴, que la responsabilidad por los delitos cometidos por la predecesora se limite a los casos en que herede los defectos de compliance de la empresa adquirida o, como desarrolla este autor, cuando ambas compartan una "identidad criminal". En su propuesta, la identidad criminal de una empresa viene dada por las características de la organización que permiten, animan, toleran o fracasan en prevenir y detectar la comisión de delitos. Aduce razones de justicia (no castigar a empresas "inocentes") y económicas (incentivaría la mejora del compliance en las reestructuraciones). Propone también articular claramente los principios de la responsabilidad del sucesor en el derecho federal, ya que los tribunales federales no se consideran obligados por el derecho estatal. Sostiene que este proceso se ha iniciado, pero

⁵⁰¹ BECKER, BRAIN R. "Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime", *American Journal of Criminal Law*, vol. 19, n.º 3, Spring 1992, p.437.

⁵⁰² BROWN, H. LOWELL. "Successor Corporate Criminal Liability", *ibid.*, p.33.

⁵⁰³ DIAMANTIS, M.: "Successor Identity", *ibid.*, p. 1.

⁵⁰⁴ Cita a Daniel R. Fischel y Alan O. Sykes, *Corporate Crime*, 25 J. LEGAL STUD. 319, 319 (1996) ("We argue that there is no need for corporate criminal liability in a legal system with appropriate civil remedies . . .") y John Hasnas, *The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability*, 1330 AM. CRIM. L REV. 1329, 1329 (2009) ("[Corporate criminal liability] should be explicitly overruled.");

a medida que la necesidad de dicha claridad se agudice, los tribunales y el Congreso deberán elaborar una ley federal más coherente sobre la responsabilidad penal del sucesor⁵⁰⁵.

VILLEGAS GARCIA⁵⁰⁶ critica la aplicación de la *successor liability* en caso de fusión, en cuanto implica la traslación de la responsabilidad penal a la sociedad adquirente. Entiende que la justificación de la doctrina, evitar que las fusiones y escisiones se utilicen como medio para eludir la responsabilidad penal, de forma que la responsabilidad penal no reciba un trato más benigno que las responsabilidades civiles, en suma, hacer efectivas las sanciones pecuniarias, son razones prácticas que no justifican la imputación de un delito en cuya ejecución no se ha participado.

La autora española cuestiona el fundamento de la doctrina. Argumenta que en el caso de la *successor liability* no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, que sí tiene cabida en el ordenamiento penal de los Estados Unidos y que supone, a diferencia del supuesto de fusión o escisión, que la entidad responde por un hecho que ha cometido, aun cuando no concurra en ella el *state of mind* exigido por el delito. Aquí la persona jurídica no ha cometido el delito, no se trata por tanto de un supuesto de responsabilidad objetiva. Tampoco se trata de un supuesto de responsabilidad vicarial, dado que no existe una relación previa entre la persona que comete el delito y la que responde por él y no existe una capacidad de control de uno sobre otro. Entiende que tampoco cabe fundamentar la responsabilidad penal de las *surviving corporations* en el hecho de que durante la *due diligence* previa a la fusión no se haya detectado la comisión de infracciones penales o que, habiéndola detectado, no las haya denunciado a las autoridades o haya ocultado su existencia, criterios que parece utilizar la Fiscalía en la Resource Guide de la FCPA para imputar responsabilidad a las *successor corporations* en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones. Entiende que lo procedente es, en su caso, exigir una responsabilidad propia a la adquirente por obstrucción a la justicia, pero no responsabilidad por hecho de otro. Considera que cuando se trata de una adquisición de activos en los que existe una continuidad sustancial en el ejercicio de la actividad (mismas instalaciones, mismo personal, misma actividad, misma estructura organizativa) no estaríamos, en puridad, en un supuesto de *successor liability*, sino que la entidad vendedora seguiría existiendo, aunque bajo un nuevo nombre, la compradora, de modo que a esta última le estaríamos exigiendo una responsabilidad por actos propios.

Admite que este razonamiento recuerda el utilizado por el tribunal del caso *U.S. v. Alamo Bank of Texas*, en el que, analizando un proceso de fusión, concluyó que la fusión no implicaba propiamente la desaparición de las entidades sino su continuación en una nueva entidad, que por ello debía responder de los delitos cometidos. Con todo, reconoce la eficacia de esta política del “palo y la zanahoria”: la Fiscalía puede formular acusación

⁵⁰⁵ DIAMANTIS afirma que “the law of successor liability gives corporations strong disincentives to undergo this process. Investigation and self-reporting against the background of both respondeat superior and successor liability is a hazardous prospect for both predecessor and successor corporations. Even if a corporation discovers evidence of misconduct during reorganization, its economically rational course may be to sweep it under the rug rather than report it to authorities. The current law of successor liability does not provide very strong incentives for self-initiated corporate rehabilitation. Once criminal liability attaches to a predecessor, it is unshakeable. That leaves corporations with diminished incentive to detect and reform; detection increases the prospect of punishment”.

⁵⁰⁶ VILLEGAS GARCÍA, M. Á., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 287.

por los delitos cometidos antes de la fusión o adquisición frente a las entidades resultantes de la fusión o frente a la adquirente sin cortapisas, pero son pocas las veces que se llega a juicio y, aquí, los tribunales vienen a equiparar las responsabilidades penales a las civiles. Con ello se consigue que las empresas investiguen con intensidad la posible existencia de riesgos penales antes de adquirir una empresa y, asimismo, que si se descubre una conducta ilícita, haya un interés en denunciar y colaborar con las autoridades.

4.9 La Foreign Corrupt Practices Act

La aplicación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), aprobada en 1977 por el Congreso Federal de los Estados Unidos para castigar la corrupción en el extranjero, es el mejor ejemplo de cómo se desarrolla en la práctica la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en concreto, la responsabilidad de la empresa adquirente por los delitos cometidos por la empresa adquirida. Llama la atención, sin embargo, que los tribunales han permanecido bastante ajenos tanto a su interpretación como a su aplicación, ya que la inmensa mayoría de casos no llegan a juicio, sino que se resuelven mediante acuerdos con la Fiscalía que tiene, no lo olvidemos, la exclusividad en el ejercicio de la acción penal. No es de extrañar, por tanto, que hayan sido precisamente la Criminal Division of the U.S. Department of Justice (en adelante, DOJ) y la Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission (en adelante, SEC), los que hayan elaborado la guía o manual para su aplicación, la “Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act” (en adelante, la Guía), con un enfoque eminentemente práctico. La Guía hace referencia únicamente a la responsabilidad penal por la comisión de delitos de corrupción de agentes extranjeros.

La FCPA prohíbe los pagos corruptos a funcionarios extranjeros para obtener o retener negocios, siendo su infracción constitutiva de delito. Contiene además normas destinadas a asegurar que la contabilidad refleje fielmente la situación real de la empresa.

La segunda edición de la Guía emitida por el DOJ y la SEC sobre los criterios seguidos en la aplicación de la FCPA, en julio de 2020, contiene un apartado específicamente dedicado a los principios de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en concreto, a la transmisión de responsabilidad en los grupos de empresas y en los casos de fusiones y adquisiciones.

4.9.1 Principio general: responsabilidad de la *successor company*

La Guía señala que, en caso de fusión o adquisición de una empresa, la empresa beneficiaria o sucesora (*successor company*) asume todas las responsabilidades de la empresa predecesora (fusionada o adquirida), lo que incluye la posible responsabilidad penal en que pueda haber incurrido, y las infracciones de la FCPA no son una excepción. Aplica la doctrina de la *successor liability*, según la cual la empresa adquirente “sucede” a la adquirida, respondiendo por todas las actuaciones de la adquirida. Considera que esta doctrina es un componente esencial del Derecho de sociedades y que las empresas no pueden eludir su responsabilidad mediante una reorganización.

Hay que resaltar que la Guía no hace distinciones, en cuanto a la aplicación de la FCPA, entre una fusión, una adquisición de activos o una adquisición de las acciones o participaciones de la sociedad adquirida. Aplica el mismo tratamiento a todas.

Ahora bien, el hecho de que la empresa adquirente pueda responder no significa que la Fiscalía ejercite siempre acciones penales, ya que puede, incluso, ni tan siquiera iniciar una investigación. Reconoce que las fusiones y adquisiciones pueden resultar beneficiosas cuando la empresa adquirente tiene un robusto programa de *compliance* y lo implementa en la empresa fusionada o adquirida. En concreto, la Guía señala que, en primer lugar, dependerá de los hechos y la norma aplicable (estatal, federal o extranjera), ya que la adquisición o fusión no crea responsabilidad donde previamente no la hubiera. Así, si una empresa a la que le es aplicable la FCPA adquiere una empresa extranjera a la que antes de la adquisición no le era aplicable la FCPA, el mero hecho de la adquisición no significa que la norma le sea aplicable con efecto retroactivo. En segundo lugar, se examinará el supuesto concreto, teniendo en cuenta los criterios que se exponen detalladamente en la Guía y, en particular, la implementación eficaz de un programa de *compliance*.

4.9.2 Criterios de aplicación de la FCPA

La norma general es exigir responsabilidad solo a la empresa adquirida (*the predecessor company*), es decir, aquella en cuyo seno se cometieron los delitos, y no a la *successor corporation*⁵⁰⁷, en los casos siguientes:

- a) si la empresa adquirente denuncia y pone pronto remedio a las infracciones⁵⁰⁸;
- b) cuando la investigación gubernamental comienza antes de la adquisición.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ La Guía ofrece el siguiente ejemplo: In one such case, a U.S.-based multinational conglomerate acquired the power business of a French power and transportation company, which had paid bribes to obtain contracts prior to the acquisition. In that case the matter was resolved with a guilty plea for the French power and transportation company, and deferred prosecution agreements for two of the newly acquired subsidiaries; no successor liability was sought against the acquiring entity. *United States v. Alstom S.A.*, No. 14-cr-246 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1 [hereinafter *United States v. Alstom*], available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE5-Plea-Agreement-for-SA.pdf>; *Deferred Pros. Agreement, United States v. Alstom Grid, Inc.*, No. 14-cr-247 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Grid.pdf>; *Deferred Pros. Agreement, United States v. Alstom Power, Inc.*, No. 14-cr-248 (D. Conn. Dec. 22, 2014), ECF No. 1, available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/09/DE-4-DPA-Power.pdf>.

⁵⁰⁸ La Guía lo explica así: “When a Florida-based U.S. company discovered in post-acquisition due diligence that the telecommunications company (a domestic concern) it had acquired had engaged in foreign bribery, the successor company disclosed the FCPA violations to DOJ. It then conducted an internal investigation, cooperated fully with DOJ, and took appropriate remedial action—including terminating senior management at the acquired company. No enforcement action was taken against the successor, but the predecessor company pleaded guilty to one count of violating the FCPA and agreed to pay a \$2 million fine *United States v. Latin Node, Inc.*, No. 09-cr-20239 (S.D. Fla. Mar. 23, 2009), ECF No. 1, available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-23-09latinnodeinfo.pdf>; eLandia Int’l Inc., Annual Report (Form 10-K), at 20 (Apr. 2, 2009), available at <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1352819/000119312509070961/d10k.htm>). Later, four executives from the predecessor company were convicted of FCPA violations, three of whom received terms of imprisonment”.

⁵⁰⁹ *Complaint, SEC v. York Int’l Corp.*: “a Pennsylvania-based issuer that supplied heating and air conditioning products and services was subject to an ongoing investigation by DOJ and SEC at the time that it was acquired; DOJ and SEC resolved enforcement actions only against the predecessor company, which had by that time become a wholly owned subsidiary of the successor company”. *Complaint, SEC v. York Int’l Corp.*, No. 07-cv-1750 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [hereinafter *SEC v. York Int’l Corp.*],

La acusación contra la empresa adquirente tiene carácter excepcional⁵¹⁰ y queda reservada para aquellos casos en los que haya participado en la actividad ilícita o, detectándola, no le haya puesto fin. Es decir, en la práctica, la exigencia de responsabilidad se suele limitar a las sociedades en cuyo seno se cometió el delito, dejando fuera a la empresa adquirente/beneficiaria de la fusión. Solo se imputará también a la *successor company* cuando:

- a) se trate de infracciones clamorosas y continuadas;
- b) cuando la *successor company* participó en la infracción⁵¹¹ o no puso fin tras la adquisición⁵¹².

La Guía explica que, cuando existe un procedimiento contra la entidad predecesora, la adquirente puede tomar medidas, en el curso de una operación de adquisición, para asegurarse de que no se verá sujeta a acciones futuras. Se cita el caso de una operación en la que ambas entidades, predecesora y sucesora, firmaron un *deferred prosecution agreement* con el DOJ por el que se comprometían a colaborar y a mejorar el programa de compliance, siendo acusada, finalmente, solo la empresa predecesora; al firmar el acuerdo, la empresa sucesora se aseguró una exención condicional de toda responsabilidad penal, sin que llegara a ser perseguida por infracción de la FCPA. Se cita también el ejemplo de otro acuerdo alcanzado con el DOJ por dos entidades que, en el curso de la *due diligence* del proceso de venta, descubrieron infracciones de la FCPA que comunicaron voluntariamente al DOJ y a la SEC: la entidad predecesora firmó un *non-prosecution agreement* con el DOJ y la SEC, pagando la multa correspondiente (\$800,000 y \$1.1 millón, respectivamente); la empresa adquirente continuó adelante con la operación de compra tras firmar, a su vez, un *non-prosecution agreement* por separado con el DOJ en el que, entre otras cosas, se comprometía a asegurarse del cumplimiento íntegro del acuerdo suscrito por la empresa predecesora, garantizándose de esta forma no verse sujeta a ningún tipo de responsabilidad por las infracciones de la FCPA cometidas por la empresa adquirida⁵¹³.

available at <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp20319.pdf>; Criminal Information, United States v. York Int'l Corp., No. 07-cr-253 (D.D.C. Oct. 1, 2007), ECF No. 1 [hereinafter United States v. York Int'l Corp.], available at <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/03/19/10-01-07york-info.pdf>.

⁵¹⁰ Resource Guide, *ibid.*, p.30.

⁵¹¹ Se cita el caso de una fusión entre dos empresas de gas y petróleo en el que ambas, antes de la fusión, contravinieron la FCPA a lo largo de muchos años: “The two companies, one of which was an issuer and the other a former issuer operating through a U.S.-based subsidiary, merged to form a new publicly traded company. Under these circumstances—the merger of two companies that had each engaged in bribery—both the new entity and the foreign subsidiaries were liable under the FCPA. The new parent entered into a deferred prosecution agreement with DOJ and settled a civil action with SEC, while the company’s U.S.-based subsidiary pleaded guilty”. United States v. TechnipFMC plc, No. 19-cr-278 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5, disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225056/download>; United States v. Technip Offshore USA, Inc., No. 19-cr-279 (E.D.N.Y. June 25, 2019), ECF No. 5, disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1225066/download>.

⁵¹² Se cita el caso de SEC v. El Paso Corp., No. 07-cv899 (S.D.N.Y. Feb. 7, 2007), ECF No. 1, relativa a una acusación por pagos indebidos a Iraq bajo el Programa de Naciones Unidas *Oil-for-Food*, disponible en <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2007/comp19991.pdf>.

⁵¹³ Non-Pros. Agreement, In re InVision (Dec. 3, 2004), disponible en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/12-03-04invisiontechagree.pdf>; Non-Pros. Agreement, In re General Elec. Co., (Dec. 3, 2004), available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/invision-tech/12-03-04invisiontechagree-ge.pdf>;

4.9.3 Recomendaciones

La Guía contiene las siguientes recomendaciones:

a) Calidad de la investigación previa a la adquisición (*pre-acquisition due diligence*)

El DOJ y la SEC animan a las empresas a esforzarse en la *due diligence* previa a la adquisición, exponiendo varios motivos: a) permite ajustar la valoración del objeto de la adquisición (*target company*)⁵¹⁴; b) reduce el riesgo de que la empresa adquirida continúe pagando sobornos, al identificar los negocios y regiones de riesgo, facilitando el control tras la adquisición; c) permite negociar el coste y las responsabilidades de la investigación y del remedio; d) acredita ante el DOJ y la SEC el compromiso en descubrir y prevenir infracciones de la FCPA que se tiene en cuenta a la hora de valorar el ejercicio de acciones penales.

b) Alternativamente, *due diligence* posterior e implementación del programa de cumplimiento

El DOJ y la SEC reconocen que, en ciertos casos, no es posible llevar a cabo una *due diligence* robusta antes de la adquisición. Cuando esto sucede, ambas instituciones tomarán nota de la actuación de la empresa adquirente posterior a la operación, tanto respecto a la *due diligence* realizada (que sea pronta y completa) como a los esfuerzos por integrar a la entidad adquirida en el programa de compliance⁵¹⁵. Es decir, cuando las circunstancias no permitan una *due diligence* previa a la adquisición, la empresa adquirente puede reducir las posibilidades de que se dirija la acción contra ella mediante la denuncia voluntaria de los hechos, una *due diligence* adecuada posterior a la adquisición y la correcta implementación del programa de compliance⁵¹⁶. Se dice por ello que la verdadera medida de la eficacia de un programa de cumplimiento efectivo consiste en ver cómo responde ante una infracción. Una estructura de investigación eficaz también contará con un medio para documentar la respuesta de la empresa, incluidas las medidas disciplinarias o correctivas adoptadas. Además de tener un mecanismo para responder al incidente específico ocasionado por la infracción, el programa debe integrar las lecciones aprendidas de cualquier mala conducta en las políticas, formación y controles de la

Complaint, SEC v. GE InVision, Inc., f/k/a InVision Technologies, Inc., No. 05-cv-660 (N.D. Cal. Feb. 14, 2005), ECF No. 1, available at <https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp19078.pdf>

⁵¹⁴ Así, explica que “Contracts obtained through bribes may be legally unenforceable, business obtained illegally may be lost when bribe payments are stopped, there may be liability for prior illegal conduct, and the prior corrupt acts may harm the acquiring company’s reputation and future business prospects. Identifying these issues before an acquisition allows companies to better evaluate any potential postacquisition liability and thus properly assess the target’s value”

⁵¹⁵ Resource Guide, pp.31-32.

⁵¹⁶ U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008), disponible en <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>; Press Release, U.S. Dept. of Justice, Pfizer H.C.P. Corp. acuerda pagar \$15 millones de multa para zanjar una investigación de 7 de agosto de 2012: “In the 18 months following its acquisition of Wyeth, Pfizer Inc., in consultation with the department, conducted a due diligence and investigative review of the Wyeth business operations and integrated Pfizer Inc.’s internal controls system into the former Wyeth business entities. The department considered these extensive efforts and SEC resolution in its determination not to pursue a criminal resolution for the pre-acquisition improper conduct of Wyeth subsidiaries”, disponible en <https://www.justice.gov/opa/pr/2012/August/12-crm-980.html>

compañía. Para hacerlo, la empresa deberá analizar las causas de la mala conducta para remediar oportuna y adecuadamente esas causas, evitando así futuras infracciones.

c) Colaboración con las autoridades

En un número significativo de casos, tanto el DOJ como la SEC se abstienen de emprender acciones contra las empresas que denuncian voluntariamente y ponen remedio a la mala conducta detectada en el contexto de una fusión o adquisición.

4.9.4 Aplicación extraterritorial

Una de las notas más destacadas ha sido su aplicación extraterritorial a empresas extranjeras, es decir, no solo por hechos cometidos en el territorio de los Estados Unidos, sino incluso por hechos cometidos por empresas extranjeras fuera de Estados Unidos⁵¹⁷. A ello hay que sumar, además, que es a las empresas extranjeras a las que se les han impuesto las multas más elevadas.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la sociedad matriz puede resultar responsable de las infracciones cometidas por sus filiales en el extranjero si queda acreditada la existencia de una relación de agencia entre ambas y que la filial actuó en el ámbito de sus funciones (*scope of authority*). En este caso, tanto las acciones como el conocimiento de la filial se imputan a la matriz y esta podrá, en consecuencia, ser penalmente responsable por los pagos ilícitos de la filial⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Basta para ello que la empresa extranjera realice un acto para la consecución de un pago corrupto en el territorio de los Estados Unidos, lo que es interpretado en sentido amplio, de tal forma que incluye, por ejemplo, participar en una reunión o realizar una transferencia a través de un banco estadounidense. La Resource Guide dice así: “Since 1998, the FCPA’s anti-bribery provisions have applied to foreign persons and foreign non-issuer entities that, either directly or through an agent, **engage in any act in furtherance of a corrupt payment** (or an offer, promise, or authorization to pay) **while in the territory of the United States**. Also, officers, directors, employees, agents, or stockholders acting on behalf of such persons or entities may be subject to the FCPA’s anti-bribery provisions. What Jurisdictional Conduct Triggers the Anti-Bribery Provisions? The FCPA’s anti-bribery provisions can apply to conduct both inside and outside the United States. Issuers and domestic concerns—as well as their officers, directors, employees, agents, or stockholders—may be prosecuted for using the U.S. mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of a corrupt payment to a foreign official. The Act defines “interstate commerce” as “trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof” The term also includes the intrastate use of any interstate means of communication, or any other interstate instrumentality. Thus, placing a telephone call or sending an e-mail, text message, or fax from, to, or through the United States involves interstate commerce—as does sending a wire transfer from or to a U.S. bank or otherwise using the U.S. banking system, or traveling across state borders or internationally to or from the United States. Those who are not issuers or domestic concerns may be prosecuted under the FCPA if they directly, or through an agent, engage in any act in furtherance of a corrupt payment while in the territory of the United States, regardless of whether they utilize the U.S. mails or a means or instrumentality of interstate commerce. Thus, for example, a foreign national who attends a meeting in the United States that furthers a foreign bribery scheme may be subject to prosecution. In addition, under the “alternative jurisdiction” provision of the FCPA enacted in 1998, U.S. companies or persons may be subject to the antibribery provisions even if they act outside the United States. The 1998 amendments to the FCPA expanded the jurisdictional coverage of the Act by establishing an alternative basis for jurisdiction, that is, jurisdiction based on the nationality principle. In particular, the 1998 amendments removed the requirement that there be a use of interstate commerce (e.g., wire, email, telephone call) for acts in furtherance of a corrupt payment to a foreign official by U.S. companies and persons occurring wholly outside of the United States”.

⁵¹⁸ Resource Guide, *ibid.*, p. 28.

4.9.5 Responsabilidad de la matriz por delitos de las filiales en el extranjero

Con carácter general, las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables de los delitos cometidos por cualquiera de los empleados de sus filiales si (a) la filial es en realidad un agente de la matriz, y actúa por cuenta de la matriz y bajo su control o (b) matriz y filial son en realidad una misma entidad, siendo la personalidad distinta una mera apariencia.

En el caso de la FCPA, la responsabilidad puede alcanzar, además, a filiales extranjeras que actúen fuera de EE.UU. La matriz puede resultar responsable aunque no conociera ni hubiera autorizado los pagos ilícitos. Para ello, se tiene en cuenta el grado de control que ejerce la matriz sobre la filial, valorándose el grado de conocimiento de la conducta de la filial que tenga la matriz.

Hay que tener en cuenta que la *Foreign Corrupt Practices Act* se aplica a los delitos de corrupción cometidos en el extranjero por las filiales de empresas matrices estadounidenses, lo que incluiría, por ejemplo, los delitos cometidos en España por una filial española de una empresa matriz de EEUU, en dos casos⁵¹⁹:

- a) Si la matriz ha “**participado suficientemente**” en la actividad ilícita, como, por ejemplo, si ordena a la filial que participe en el acto corrupto o interviene directamente de cualquier otra manera.
- b) Por aplicación de la **teoría de la agencia**, es decir, si existe un control de la matriz sobre la filial. Si hay una relación de agencia entre matriz y filial, la matriz es responsable del delito de corrupción cometido por los empleados de la filial. Si no hay relación de agencia, aunque la matriz sea titular de la totalidad del capital social de la filial, no será responsable⁵²⁰.
- c) Si concurren los requisitos para aplicar la doctrina del **levantamiento del velo**⁵²¹. ”

⁵¹⁹ BLANCO CORDERO, I: “Negocios internacionales y responsabilidad penal de la empresa matriz por actos de corrupción cometidos en el extranjero” en CANCIO MELIÁ, M. et al. (eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, UAM Ediciones, 2019, p. 897.

⁵²⁰ “If an agency relationship exists and the subsidiary is acting within the scope of authority conferred by the parent, a subsidiary’s actions and knowledge are imputed to its parent. Moreover, under traditional principles of respondeat superior, a company is liable for the acts of its agents, including its employees, undertaken within the scope of their employment and intended, at least in part, to benefit the company. Thus, if an agency relationship exists between a parent and a subsidiary, the parent is liable for bribery committed by the subsidiary’s employees. For example, SEC brought an administrative action against a parent for bribes paid by the president of its indirect, wholly owned subsidiary. In that matter, the subsidiary’s president reported directly to the CEO of the parent issuer, and the issuer routinely identified the president as a member of its senior management in its annual filing with SEC and in annual reports. Additionally, the parent’s legal department approved the retention of the third-party agent through whom the bribes were arranged despite a lack of documented due diligence and an agency agreement that violated corporate policy; also, an officer of the parent approved one of the payments to the third-party agent. 186 Under these circumstances, the parent company had sufficient knowledge and control of its subsidiary’s actions to be liable under the FCPA”, U.S. Guide.

⁵²¹ Se cita el caso U.S. Reports: *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998). Dice así: “The United States brought this action under § 107(a)(2) of the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980 (CERCLA) against, among others, respondent CPC International Inc., the parent

La Guía explica que la FCPA puede ser aplicable tanto a conductas llevadas a cabo dentro como fuera de EE.UU., por nacionales o personas extranjeras⁵²². Se aplica a personas extranjeras si directamente, o a través de un agente, participan en la ejecución de un pago corrupto en el territorio de los Estados Unidos, con independencia de que se utilicen o no medios o instrumentos de comercio internacional. Para considerar cumplido este requisito basta, por ejemplo, asistir a una reunión en Estados Unidos que forme parte del esquema diseñado para la ejecución del pago corrupto. Además, por aplicación del principio de nacionalidad, la FCPA también se aplica a actos cometidos por nacionales fuera del territorio de EE.UU.⁵²³

4.9.6 Procedimientos para reducir el riesgo

4.9.6.1 Consulta (M&A Opinion Procedure Release Requests)

Como señalábamos anteriormente, las empresas pueden dirigirse a la Fiscalía para consultar si una determinada conducta sería o no perseguible bajo la FCPA. Dicha consulta dará lugar a la emisión de un dictamen basado en los datos fácticos que sean suministrados. Si el dictamen hubiera concluido que la conducta sobre la que se elevó la consulta era lícita y posteriormente la Fiscalía pretendiera perseguirla, se presumirá dicha licitud, salvo prueba en contrario. A estos efectos, el tribunal podrá valorar si la

corporation of the defunct Ott Chemical Co. (Ott II), for the costs of cleaning up industrial waste generated by Ott II's chemical plant. Section 107(a)(2) authorizes suits against, among others, "any person who at the time of disposal of any hazardous substance owned or operated any facility." The trial focused on whether CPC, as a parent corporation, had "owned or operated" Ott II's plant within the meaning of § 107(a)(2). The District Court said that operator liability may attach to a parent corporation both indirectly, when the corporate veil can be pierced under state law, and directly, when the parent has exerted power or influence over its subsidiary by actively participating in, and exercising control over, the subsidiary's business during a period of hazardous waste disposal. Applying that test, the court held CPC liable because CPC had selected Ott II's board of directors and populated its executive ranks with CPC officials, and another CPC official had played a significant role in shaping Ott II's environmental compliance policy. The Sixth Circuit reversed. Although recognizing that a parent company might be held directly liable under § 107(a)(2) if it actually operated its subsidiary's facility in the stead of the subsidiary, or alongside of it as a joint venturer, that court refused to go further. Rejecting the District Court's analysis, the Sixth Circuit explained that a parent corporation's liability for operating a facility ostensibly operated by its subsidiary depends on whether the degree to which the parent controls the subsidiary and the extent and manner of its involvement with the facility amount to the abuse of the corporate form that will warrant piercing the corporate veil and disregarding the separate corporate entities of the parent and subsidiary. Applying Michigan veil-piercing law, the court decided that CPC was not liable for controlling Ott II's actions, since the two corporations maintained separate personalities and CPC did not utilize the subsidiary form to perpetrate fraud or subvert justice".

⁵²² "Since 1998, the FCPA's anti-bribery provisions have applied to foreign persons and foreign non-issuer entities that, either directly or through an agent, engage in any act in furtherance of a corrupt payment (or an offer, promise, or authorization to pay) while in the territory of the United States. Also, officers, directors, employees, agents, or stockholders acting on behalf of such persons or entities may be subject to the FCPA's anti-bribery provisions"

⁵²³ "In addition, under the "alternative jurisdiction" provision of the FCPA enacted in 1998, U.S. companies or persons may be subject to the antibribery provisions even if they act outside the United States.⁶⁰ The 1998 amendments to the FCPA expanded the jurisdictional coverage of the Act by establishing an alternative basis for jurisdiction, that is, jurisdiction based on the nationality principle. In particular, the 1998 amendments removed the requirement that there be a use of interstate commerce (e.g., wire, email, telephone call) for acts in furtherance of a corrupt payment to a foreign official by U.S. companies and persons occurring wholly outside of the United States".

información facilitada en su día fue exacta y completa y si la conducta que se pretende perseguir se corresponde con la que fue objeto de la consulta.

Además, la empresa que estudia una adquisición puede plantear a la Fiscalía una consulta para que esta se pronuncie acerca del juicio que le merece la *due diligence* hecha, es decir, si la considera suficiente o no, si considera que la empresa ha actuado, en la investigación previa a la adquisición, con la diligencia necesaria para descubrir posibles infracciones de la FCPA y, en su caso, si las medidas adoptadas son consideradas suficientes.

Se recomienda acudir a este mecanismo, sobre todo, cuando la realización de la *due diligence* se haya visto afectada por circunstancias concretas como, por ejemplo, escaso margen de tiempo. Esta seguridad tendrá como contrapartida la imposición, por parte del DOJ, de más altos niveles de exigencia de lo que sería necesario en circunstancias normales⁵²⁴.

El resultado favorable de la consulta no implica una exención de cualquier tipo de responsabilidad penal, pero sí disminuye las posibilidades de que en el futuro se ejerciten contra la entidad acciones penales⁵²⁵.

La Guía incluye ejemplos de consultas realizadas⁵²⁶ y un didáctico apartado destinado a clarificar los supuestos en los que una empresa puede asumir el riesgo de enfrentarse a una responsabilidad por vulnerar la FCPA como consecuencia de los hechos cometidos por la empresa adquirida⁵²⁷.

⁵²⁴ Resources Guide, *ibid.*, con cita de la *Opinion Release* 08-02.

⁵²⁵ VILLEGAS GARCÍA, M.A.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas La experiencia de Estados Unidos”, *ibid.*, p. 494.

⁵²⁶ Reproducimos dos ejemplos: 2003-01. Al descubrir pagos ilícitos realizados por las filiales de la empresa americana cuyas acciones quería adquirir, sometió al examen de la Fiscalía las acciones que había llevado a cabo y las actividades pendientes de realizar, lo que incluía colaborar con las autoridades en la investigación de los hechos, incorporar a la empresa adquirida en su programa de compliance y sancionar a los trabajadores implicados; 08-02 (Hallibuton Company). Las circunstancias del caso no permitieron a Hallibuton llevar a cabo una *due diligence* completa de la empresa inglesa que adquirió, la cual operaba en más de cincuenta países, por lo que preparó un plan de actuación posterior a la adquisición que sometió a la consideración de la Fiscalía. El plan fue aprobado por la Fiscalía pero bajo condiciones exigentes, ya que se reservó el ejercicio de acciones contra la entidad adquirida o cualquiera de sus filiales

⁵²⁷ Lo reproducimos por el interés que ofrece la casuística recogida.

Successor Liability Where Acquired Company Was Not Previously Subject to the FCPA Company

A is a Delaware corporation with its principal offices in the United States and whose shares are listed on a national U.S. exchange. Company A is considering acquiring Foreign Company, which is not an issuer or a domestic concern. Foreign Company takes no actions within the United States that would make it subject to territorial jurisdiction. Company A’s proposed acquisition would make Foreign Company a subsidiary of Company A.

Scenario 1:

Prior to acquiring Foreign Company, Company A engages in extensive due diligence of Foreign Company, including: (1) having its legal, accounting, and compliance departments review Foreign Company’s sales and financial data, its customer contracts, and its third-party and distributor agreements; (2) performing a risk based analysis of Foreign Company’s customer base; (3) performing an audit of selected transactions engaged in by Foreign Company; and (4) engaging in discussions with Foreign Company’s general counsel, vice president of sales, and head of internal audit regarding all corruption risks, compliance efforts, and any other corruption related issues that have surfaced at Foreign Company over the past ten years. This due diligence aims to determine whether Foreign Company has appropriate anti-corruption and compliance policies in place, whether Foreign Company’s employees have been adequately trained regarding those policies,

how Foreign Company ensures that those policies are followed, and what remedial actions are taken if the policies are violated.

During the course of its due diligence, Company A learns that Foreign Company has made several potentially improper payments in the form of an inflated commission to a third-party agent in connection with a government contract with Foreign Country. Immediately after the acquisition, Company A discloses the conduct to DOJ and SEC, suspends and terminates those employees and the third-party agent responsible for the payments, and makes certain that the illegal payments have stopped. It also quickly integrates Foreign Company into Company A's own robust internal controls, including its anti-corruption and compliance policies, which it communicates to its new employees through required online and in-person training in the local language. Company A also requires Foreign Company's third-party distributors and other agents to sign anti-corruption certifications, complete training, and sign new contracts that incorporate FCPA and anti-corruption representations and warranties and audit rights.

Based on these facts, could DOJ or SEC prosecute Company A?

No. Although DOJ and SEC have jurisdiction over Company A because it is an issuer, neither could pursue Company A for conduct that occurred prior to its acquisition of Foreign Company. As Foreign Company was neither an issuer nor a domestic concern and was not subject to U.S. territorial jurisdiction, DOJ and SEC have no jurisdiction over its pre-acquisition misconduct. The acquisition of a company does not create jurisdiction where none existed before. Importantly, Company A's extensive pre-acquisition due diligence allowed it to identify and halt the corruption. As there was no continuing misconduct post-acquisition, the FCPA was not violated.

Scenario 2:

Company A performs only minimal and pro forma pre-acquisition due diligence. It does not conduct a risk-based analysis, and its review of Foreign Company's data, contracts, and third-party and distributor agreements is cursory. Company A acquires Foreign Company and makes it a wholly owned subsidiary. Although Company A circulates its compliance policies to all new personnel after the acquisition, it does not translate the compliance policies into the local language or train its new personnel or third-party agents on anti-corruption issues.

A few months after the acquisition, an employee in Company A's international sales office (Sales Employee) learns from a legacy Foreign Company employee that for years the government contract that generated most of Foreign Company's revenues depended on inflated commissions to a third-party agent "to make the right person happy at Foreign Government Agency." Sales Employee is told that unless the payments continue the business will likely be lost, which would mean that Company A's new acquisition would quickly become a financial failure. The payments continue for two years after the acquisition. After another employee of Company A reports the long-running bribe scheme to a director at Foreign Government Agency, Company A stops the payments and DOJ and SEC investigate.

Based on these facts, would DOJ or SEC charge Company A?

Yes. DOJ and SEC have prosecuted companies like Company A in similar circumstances. Any charges would not, however, be premised upon successor liability, but rather on Company A's post-acquisition bribe payments, which themselves created criminal and civil liability for Company A.

Scenario 3:

Under local law, Company A's ability to conduct pre-acquisition due diligence on Foreign Company is limited. In the due diligence it does conduct, Company A determines that Foreign Company is doing business in high-risk countries and in high-risk industries but finds no red flags specific to Foreign Company's operations. Postacquisition, Company A conducts extensive due diligence and determines that Foreign Company had paid bribes to officials with Foreign Government Agency. Company A takes prompt action to remediate the problem, including following the measures set forth in Opinion Procedure Release No. 08-02. Among other actions, it voluntarily discloses the misconduct to DOJ and SEC, ensures all bribes are immediately stopped, takes remedial action against all parties involved in the corruption, and quickly integrates Foreign Company into a robust compliance program and Company A's other internal controls.

Based on these facts, would DOJ or SEC prosecute Company A?

DOJ and SEC have declined to prosecute companies like Company A in similar circumstances. Companies can follow the measures set forth in Opinion Procedure Release No. 08-02, or seek their own opinions, where adequate pre-acquisition due diligence is not possible.

Successor Liability Where Acquired Company Was Already Subject to the FCPA

Both Company A and Company B are Delaware corporations with their principal offices in the United States. Both companies' shares listed on a national U.S. exchange.

Scenario 1:

Company A is considering acquiring several of Company B's business lines. Prior to the acquisition, Company A engages in extensive due diligence, including: (1) having its legal, accounting, and compliance departments review Company B's sales and financial data, its customer contracts, and its third-party and distributor agreements; (2) performing a risk-based analysis of Company B's customer base; (3) performing an audit of selected transactions engaged in by Company B; and (4) engaging in discussions with Company B's general counsel, vice president of sales, and head of internal audit regarding all corruption risks, compliance efforts, and any other major corruption-related issues that have surfaced at Company B over the past ten years. This due diligence aims to determine whether Company B has appropriate anti-corruption and compliance policies in place, whether Company B's employees have been adequately trained regarding those policies, how Company B ensures that those policies are followed, and what remedial actions are taken if the policies are violated. During the course of its due diligence, Company A learns that Company B has made several potentially improper payments in connection with a government contract with Foreign Country. As a condition of the acquisition, Company A requires Company B to disclose the misconduct to the government. Company A makes certain that the illegal payments have stopped and quickly integrates Company B's business lines into Company A's own robust internal controls, including its anti-corruption and compliance policies, which it communicates to its new employees through required online and in-person training in the local language. Company A also requires Company B's third-party distributors and other agents to sign anti-corruption certifications, complete training, and sign new contracts that incorporate FCPA and anti-corruption representations and warranties and audit rights.

Based on these facts, would DOJ or SEC prosecute?

DOJ and SEC have declined to prosecute companies like Company A in similar circumstances. DOJ and SEC encourage companies like Company A to conduct extensive FCPA due diligence. By uncovering the corruption, Company A put itself in a favourable position, and, because the corrupt payments have stopped, Company A has no continuing liability. Whether DOJ and SEC might charge Company B depends on facts and circumstances beyond the scope of this hypothetical. DOJ would consider its Principles of Federal Prosecution of Business Organizations and SEC would consider the factors contained in the Seaboard Report, both of which are discussed in Chapter 5. In general, the more egregious and long-standing the corruption, the more likely it is that DOJ and SEC would prosecute Company B. In certain limited circumstances, DOJ and SEC have in the past declined to bring charges against acquired companies, recognizing that acquiring companies may bear much of the reputational damage and costs associated with such charges.

Scenario 2:

Company A plans to acquire Company B. Although, as in Scenario 1, Company A conducts extensive due diligence, it does not uncover the bribery until after the acquisition. Company A then makes certain that the illegal payments stop and voluntarily discloses the misconduct to DOJ and SEC. It quickly integrates Company B into Company A's own robust internal controls, including its anti-corruption and compliance policies, which it communicates to its new employees through required online and in-person training in the local language. Company A also requires Company B's third-party distributors and other agents to sign anti-corruption certifications, complete training, and sign new contracts that incorporate FCPA and anti-corruption representations and warranties and audit rights.

Based on these facts, would DOJ or SEC prosecute?

Absent unusual circumstances not contemplated by this hypothetical, DOJ and SEC are unlikely to prosecute Company A for the pre-acquisition misconduct of Company B, provided that Company B still exists in a form that would allow it to be prosecuted separately (e.g., Company B is a subsidiary of Company A). DOJ and SEC understand that no due diligence is perfect and that society benefits when companies with strong compliance programs acquire and improve companies with weak ones. At the same time, however, neither the liability for corruption—nor the harms caused by it—are eliminated when one company acquires another. Whether DOJ and SEC will pursue a case against Company B (or, in unusual circumstances, Company A) will depend on consideration of all the factors in the Principles of Federal Prosecution of Business Organizations and the Seaboard Report, respectively.

Scenario 3:

4.9.6.2 Due diligence y denuncia (M&A Risk-Based FCPA Due Diligence and Disclosure)

La mayoría de las adquisiciones, explica la Guía, no requerirán la emisión de una *opinion* del DOJ. La Guía ofrece los siguientes consejos para, primero, identificar los riesgos, y luego, para adoptar medidas que permitan reducir el riesgo de asumir una responsabilidad penal bajo la FCPA⁵²⁸.

- a) Llevar a cabo una *due diligence* exhaustiva de riesgos por infracción de la FCPA de las posibles adquisiciones.
- b) Implementar el código de conducta y las políticas y procedimientos de compliance de la empresa adquirente tan pronto sea posible en las empresas adquiridas.
- c) Formar a los directivos y empleados de las empresas adquiridas en materia de la FCPA y otras leyes anticorrupción.
- d) Realizar una auditoría específica de la FCPA de todas las empresas recién adquiridas o fusionadas tan pronto como sea posible.
- e) Revelar a las autoridades cualquier pago corrupto descubierto.

4.10 Conclusiones

- a) En EE.UU. no existe una ley federal ni una doctrina uniforme sobre la responsabilidad penal de la empresa adquirente por delitos cometidos por la empresa adquirida (*successor liability*), sino que varía de unos estados a otros, en función de la ley aplicable, y entre tribunales estatales y federales.
- b) El Tribunal Supremo solo se ha pronunciado sobre la cuestión en un caso, *Melrose Distiller v. United States* (1959), declarando la responsabilidad penal de la empresa resultante de la fusión por los delitos de las sociedades fusionadas. Hay que tener en cuenta que se trataba de la fusión de dos sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, que tras su disolución se convirtieron en divisiones de una nueva sociedad, sin que hubiera un verdadero cambio en la propiedad última de las mismas, y que el procedimiento penal se inició antes de la fusión.
- c) Las resoluciones de otros tribunales, posteriores a esta sentencia, han extendido la doctrina a otros supuestos, declarando que la disolución de una entidad no elimina la responsabilidad penal, en particular, en caso de fusión o escisión, y, por tanto, la responsabilidad penal de la entidad resultante de la fusión, escisión o absorción, aun cuando (i) la disolución de las entidades contaminadas fue anterior a la formulación de la acusación, (ii) no se apreciara intención de eludir la

Company A merges with Company B, which is in the same line of business and interacts with the same Foreign Government customers, and forms Company C. Due diligence before the merger reveals that both Company A and Company B have been engaging in similar bribery. In both cases, the bribery was extensive and known by high-level management within the companies.

Based on these facts, would DOJ or SEC prosecute?

Yes. DOJ and SEC have prosecuted companies like Company C on the basis of successor liability. Company C is a combination of two companies that both violated the FCPA, and their merger does not eliminate their liability. In addition, since Company C is an ongoing concern, DOJ and SEC may impose a monitorship to ensure that the bribery has ceased and a compliance program is developed to prevent future misconduct.

⁵²⁸ Lo denominan “*Practical Tips to Reduce FCPA Risk in Mergers and Acquisitions*”.

- responsabilidad penal, y (iii) aun cuando las entidades participantes en la fusión o escisión NO pertenecieran a un mismo grupo de empresas.
- d) La mayoría de los casos, sin embargo, se resuelven sin llegar a los tribunales, mediante acuerdos con la fiscalía. Esto supone una diferencia radical con nuestro sistema penal, donde la posibilidad de ejercicio de la acusación no se restringe al Ministerio Público ni este se rige por el principio de oportunidad, sino por el de legalidad, lo que impide o dificulta enormemente la posibilidad de alcanzar un pacto.
 - e) La Guía sobre los criterios seguidos por el DOJ y la SEC en la aplicación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) contiene un apartado específicamente dedicado a los principios de responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de fusión u otro tipo de adquisición de empresa, redactado en términos claros y didácticos. Señala que, en caso de fusión o adquisición de una empresa, la empresa beneficiaria o sucesora (*successor company*) asume todas las responsabilidades de la empresa predecesora (fusionada o adquirida), lo que incluye la posible responsabilidad penal en que pueda haber incurrido, aplicando la doctrina de la *successor liability*. Ahora bien, en la práctica, la acusación contra la empresa adquirente tiene carácter excepcional y queda reservada para aquellos casos en los que haya participado en la actividad ilícita o, detectándola, no le haya puesto fin; es decir, la exigencia de responsabilidad se suele limitar a las sociedades en cuyo seno se cometió el delito, dejando fuera a la empresa adquirente o resultante de la operación.
 - f) El sistema establece una serie de medidas que actúan de contrapeso a la incertidumbre que puede generar la asunción de un riesgo penal de forma inesperada, de forma que una empresa que evalúa una adquisición sabe que cuenta con mecanismos para asegurarse que no se verá sujeta a futuros procedimientos penales o, al menos, que si actúa de forma diligente puede “descontar” el coste del precio.
 - g) La eficacia de los programas de *compliance* en juicio es cuanto menos relativa. En EE.UU., hasta 2019, solo nueve empresas obtuvieron una rebaja de la pena impuesta por el tribunal.
 - h) El panorama en España es bien distinto. La legislación no contempla esas medidas que permiten evitar el juicio y la pena de; además, en un procedimiento penal, la concurrencia de otras acusaciones, junto al Ministerio Público, resta eficacia al posible acuerdo y, con ello, la posibilidad de que este pueda exigir una concreta actuación posterior a la adquisición que corrija los defectos de cumplimiento de la legalidad penal.
 - i) Antes de importar soluciones hay que tener en cuenta los “perturbadores desajustes que pueden producir los injertos precipitados de instituciones

provenientes de otros ordenamientos que obedecen a principios distintos a los que inspiran al nuestro⁵²⁹”.

⁵²⁹ Rodríguez Mourullo, G.: “La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” en DE VICENTE REMESAL ET AL. (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Madrid, Reus Editorial, 2020,

5. Doctrina de la “continuidad económica y funcional” y principio de culpabilidad

5.1 Principio de culpabilidad

La RPPJ ha de satisfacer la exigencia constitucional de imponer la pena exclusivamente al responsable del ilícito penal, es decir, conforme al principio de culpabilidad⁵³⁰. El principio de culpabilidad, “principio estructural básico del Derecho penal” (SSTC 59/2008 y 150/1991), prohíbe castigar a nadie por la ejecución de un hecho antijurídico si no ha obrado culpablemente, ni castigarlo con una pena que rebase su culpabilidad. Si bien la CE no contiene una proclamación expresa del mismo, deriva necesariamente del principio de legalidad, auténtico “principio de principios” (art. 25 CE)⁵³¹.

El principio de culpabilidad proscribía la imposición de sanciones por el mero resultado, sin atender a la conducta del sujeto sancionado, a si concurría dolo, culpa o negligencia (SSTC n.º 76/1990 y n.º 164/2005); implica, en particular, que la pena sólo puede “imponerse al sujeto responsable del ilícito penal” (SSTC n.º 92/1997 y n.º 146/1994)⁵³².

La STC 57/2010 de 4 de octubre de 2010 señala que nuestro Derecho penal excluye la responsabilidad objetiva, por el resultado o sin culpa, ya que al consagrar nuestra Constitución “el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal”, no sólo no resultaría constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos, sino que, además, es necesario que la responsabilidad penal surja por la realización de un hecho antijurídico doloso imputable a una persona concreta por haber quedado así acreditado “más allá de toda duda razonable”

El acuerdo en cuanto al reconocimiento constitucional del principio no impide la polémica respecto al concepto y el contenido de la culpabilidad⁵³³. La culpabilidad se

⁵³⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 63.

⁵³¹ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Compendio de Derecho penal: parte general”, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, siguiendo a VIVES ANTÓN; sobre esta cuestión, VIVES ANTÓN, T.S.: “Fundamentos del sistema penal”, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, capítulo 19, pp. 831-868, propone una revisión del principio de culpabilidad. GÓMEZ-JARA DÍEZ (“Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 145) rememora la cita de ROXIN, “ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad y ninguna es tan imprescindible (...) ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad”.

⁵³² ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Compendio de derecho penal: parte general”, 9ª ed., 2022, versión electrónica, *ibid.*, pp. 134-138.

⁵³³ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Compendio de derecho penal”, *ibid.* Además, *vid.* SANZ MORÁN, A.J.: “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002. El autor señala que JAKOBS diluye la culpabilidad en las exigencias de estabilización normativa; ROXIN le asigna una función autónoma frente a esta; MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, desde un concepto social, no individual, de la culpabilidad, rechazan la supresión de la exigencia de culpabilidad en cuanto fundamento de la pena

viene a asociar con la libertad personal (no necesariamente entendida en el sentido de libre albedrío⁵³⁴) y con la responsabilidad personal por el acto injusto voluntariamente ejecutado. ZUGALDÍA ESPINAR dice así que culpable es el autor que ha podido actuar de otro modo por haber sido accesible al mandato normativo, es decir, el que ha actuado ilícitamente pese a que ha podido comportarse con arreglo a la norma, dada su accesibilidad al mandato normativo⁵³⁵. CEREZO propugna un concepto normativo de culpabilidad, entendido como reprochabilidad personal por la conducta antijurídica realizada, pudiendo haber obrado de otro modo⁵³⁶. Rechaza situar el fundamento de la culpabilidad tanto en el indemostrable “poder de actuar de otro modo” como en la

pero esta queda diluida en las exigencias preventivo-generales, aunque no -frente a JAKOBS- en el sentido de la prevención general positiva, sino desde la función intimidatoria (“motivadora”) de la norma penal; ROSS ilustra sobre la compatibilidad entre fundamentar la pena en la culpabilidad –entendida como juicio individualizado de reproche por el hecho antijurídico realizado- y la atribución a la pena de finalidades utilitarias. MELENDO PARDOS realiza un recorrido por la evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad como elemento del delito en “Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad”, trabajo incluido también en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*.

⁵³⁴ VIVES ANTON la conceptúa como fundamento de la acción misma, más que de la culpabilidad. Para SILVA SANCHEZ (“Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio ‘jurisdiccional’ de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, 2008, pp.662-668), hay que distinguir, dentro del principio de culpabilidad en sentido amplio, el principio de personalidad de las penas, según el cual la pena debe ser impuesta al sujeto considerado responsable del delito, y el principio de responsabilidad por el hecho propio, según el cual solo cabe considerar responsable, en su caso, al sujeto que realizó el hecho antijurídico. El principio de personalidad de las penas se vulnera cuando la pena se impone a un sujeto distinto de aquel a quien se considera responsable, y el principio de responsabilidad por el hecho propio se lesiona cuando se considera responsable a un sujeto distinto del que realizó el hecho antijurídico. Recuerda el autor que no siempre se han seguido los mismos criterios para determinar cuál es el sujeto de la imputación de la responsabilidad por el hecho antijurídico y que incluso existe un elemento de arbitrariedad. Reflexionando sobre la identidad personal de un individuo a través del tiempo, plantea que la identidad individual, entendida como identidad corporal en el sujeto del hecho y el destinatario del juicio de imputación y de la pena, es condición necesaria de la atribución de responsabilidad penal, pero podría no ser suficiente cuando ha experimentado algún cambio radical, existencial. La respuesta vendrá condicionada por el fundamento en que se pretenda asentar la asignación de responsabilidad. Desde una posición metafísica, existe una identidad personal sustancial basada en la permanencia de los componentes corporal y espiritual del sujeto, cuando existe identidad sustancial, cuando las modificaciones accidentales no afectan a la identidad sustancial. Permanecer idéntico a través del tiempo significa seguir siendo lo mismo no tanto a pesar del cambio sino cambiando, permanecer idéntico a través del tiempo requiere poder ir adquiriendo y perdiendo nuevas propiedades.

⁵³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “Derecho penal. Parte general”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 306, con cita de Roxin, Bacigalupo Zapater, Muñoz Conde/García Arán y Mir Puig. Explica que si el autor no es culpable (no ha sido accesible al mandato normativo), no se le puede imponer pena (no hay pena sin culpabilidad); si el autor es culpable se le puede imponer una pena, pero esta debe ser adecuada a la gravedad de su culpabilidad por el hecho realizado. El principio de culpabilidad tiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: a) condiciona el sí o el no de la pena, es decir, sólo se puede imponer una pena al autor que ha obrado culpablemente; b) determina el cuánto de la pena que se le puede imponer al autor, de tal forma que la gravedad de la pena que se le aplique al autor culpable ha de ser adecuada a la gravedad de su culpabilidad. Según la jurisprudencia del TS, las garantías que conlleva el principio de culpabilidad en la individualización judicial de la pena deben vincularse al art. 15 CE (del que se deriva la exigencia de proporcionalidad de las penas), ya que solo la pena adecuada a la culpabilidad del autor es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, esto es, no degradante. El principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por “presupuesto” la culpabilidad del autor y que exceda en su “medida” de la gravedad de la misma. La STC de 4 de julio de 1991 afirma que la Constitución española consagra el principio estructural básico de culpabilidad, de manera que no sería legítimo un Derecho Penal que no determinara las penas en atención a la culpabilidad del autor en la comisión de los hechos.

⁵³⁶ SANZ MORÁN, A.J.: “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

“motivabilidad normal”. Distingue entre la culpabilidad ética y la culpabilidad jurídica; defiende que la capacidad de obrar de otro modo se sustenta en un criterio normativo basado en “la capacidad general de autodeterminación conforme a sentido del ser humano”⁵³⁷; para afirmar la culpabilidad jurídica es suficiente con la comprobación de aspectos parciales de la capacidad de obrar de otro modo⁵³⁸. VIVES subraya que el problema no radica solo en la imposibilidad o dificultad de probar si una determinada persona podía o no, en el caso concreto, obrar de otro modo, sino en la misma virtualidad de la hipótesis determinista (“el efecto es, también, causa de aquello de lo que es efecto”)⁵³⁹. La libertad se limita a excluir las acciones humanas de la necesidad causal, no puede haber prueba directa de la libertad⁵⁴⁰; la libertad de actuar que importa en Derecho penal es la exigencia procesal de una prueba de la que se infiera “más allá de toda duda razonable” la libertad de actuar tal como se entiende en el lenguaje común, lo que nada tiene que ver con la exigencia dogmática de probar la falsedad del determinismo.

Respecto a las personas jurídicas, la STS (Penal) n.º 514/2015, de 2 de septiembre de 2015 (ponente: M. MARCHENA GOMEZ) ya advertía

ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

El principio ha de aplicarse necesariamente de forma distinta según se trate de personas físicas o jurídicas (STC 246/1991), por la naturaleza misma de estas últimas, construcciones del Derecho o “ficciones jurídicas”⁵⁴¹.

El entendimiento de qué es la culpabilidad de las personas jurídicas dista de ser una cuestión pacífica. Hay autores que directamente niegan la posibilidad de una culpabilidad propia de la persona jurídica y consideran que el art. 31 bis CP establece un sistema de responsabilidad objetiva (MIR PUIG⁵⁴²); otros apuestan por una culpabilidad propia de la persona jurídica, que identifican con el defecto de organización, haber omitido las medidas de precaución y control exigibles: el injusto de la persona jurídica coincide con el de la persona física, pero la culpabilidad es propia de la persona jurídica (GONZÁLEZ CUELLAR, JUANES PECES); otros distinguen entre el injusto propio de la persona jurídica, entendido como defecto de organización, y su culpabilidad, entendida como falta

⁵³⁷ VIVES ANTON, T. S.: “El principio de culpabilidad” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, pp. 212 y 224.

⁵³⁸ VIVES ANTON, T. S.: “El principio de culpabilidad”, *ibid.*, p. 225.

⁵³⁹ VIVES ANTON, T. S.: “El principio de culpabilidad”, *ibid.*, pp. 213 y 217.

⁵⁴⁰ VIVES ANTON, T. S.: “El principio de culpabilidad”, *ibid.*, p. 221.

⁵⁴¹ Como señala el auto N.º 246/2019 de la Audiencia Nacional (Sección Cuarta) de 30 de abril de 2019, “(n)o se pueden transpolar de manera automática los principios de personalidad de las penas y la culpabilidad del sistema penal de las personas físicas al de las personas jurídicas, por resultar incompatibles y diferenciados, máxime si se pretende su traslado sin tener en cuenta la diversa naturaleza y tipología de los sujetos afectados (...) Cuando invocamos el principio de personalidad de las penas, consecuencia necesaria del principio de culpabilidad, respecto de las personas jurídicas, no podemos pretender que las bases que los soportan sean análogas a los de las personas físicas”.

⁵⁴² MIR PUIG, S.: “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad” en de VICENTE REMESAL et. el. (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, 2020.

de una cultura de cumplimiento de la legalidad⁵⁴³; para otros, partiendo de la idea de que la culpabilidad es un “reproche que recae sobre el autor” (VIVES), solo si el cumplimiento era obligatorio cabrá reproche; las personas jurídicas generan responsabilidad y tal responsabilidad solo puede ser afirmada tras el correspondiente reproche jurídico, esto es, tras la comprobación de la existencia de la obligatoriedad personal, derivada de su capacidad (CARBONELL MATEU⁵⁴⁴ y MORALES PRATS⁵⁴⁵); también desde la concepción significativa de la acción, GONZALEZ CUSSAC defiende que en los “presupuestos” y en los “hechos de conexión” podemos encontrar equivalencias a la atribución subjetiva de responsabilidad, ya sea ordinaria (dolo) o extraordinaria (imprudencia), de tal forma que los requisitos que contiene el art. 31 bis impiden trasladar a la sociedad una responsabilidad sin culpabilidad y obligan a enjuiciar su comportamiento propio en relación al delito origen⁵⁴⁶.

Como señala GONZALEZ CUSSAC⁵⁴⁷, la configuración legal, que parte de la comisión de un delito por una determinada persona física, representa un riesgo notorio de transferencia automática al comprobar solamente este dato. Pero ni el texto legal establece una transferencia automática, sino condicionada a la verificación de “presupuestos” y “hechos de conexión”, ni mucho menos la Constitución permite una exégesis de esta naturaleza. Así,

el núcleo de la culpabilidad de la persona jurídica en un plano constitucional residiría en la infracción de las obligaciones dimanantes de la norma de deber. De suerte que, como sujetos que operan en el tráfico jurídico-económico, están sometidos al Derecho, y de éste emanan obligaciones legales concretas cuyo incumplimiento fundamenta una responsabilidad societaria. Se trata por tanto de una formulación de la culpabilidad que requiere de un juicio normativo, tanto en un sentido técnico de

⁵⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “La culpabilidad de la persona jurídica” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *ibid.*, p. 122 y pp. 147-148. Expone las distintas teorías sobre la culpabilidad propia de la persona jurídica (pp. 153-177): culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica (HAFTER), culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica (BUSH), culpabilidad funcional del órgano (SCHROTH), culpabilidad por la no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica (HIRSCH), culpabilidad por la no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica (EHRHARDT), culpabilidad por el carácter de la empresa (LAMPE), por la conducción de la actividad empresarial (HEINE), por reprochabilidad ético-social empresarial (DANNECKER), por defecto de organización (TIEDEMANN), por su cultura de compliance (GÓMEZ-JARA DÍEZ).

⁵⁴⁴ CARBONELL MATEU, J.C.: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E. (dirs.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. El autor defiende la capacidad de acción y la capacidad de culpabilidad de las PJ. Respecto a la acción, señala: “todo sujeto de Derecho que puede incumplir una norma puede ser objeto de atribución de un sentido y, por consiguiente, tiene capacidad de acción. Quien puede incumplir un deber exigible es sujeto de derecho. Y nadie duda de la capacidad de una persona jurídica para incumplir obligaciones y adquirir, con ello, responsabilidades patrimoniales o incluso de cualquier otra índole”

⁵⁴⁵ CARBONELL MATEU, J.C. y MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en ÁLVAREZ GARCÍA F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios a las reformas del Código penal de 2010*, *ibid.*, pp. 55-65.

⁵⁴⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2020, *ibid.*, p. 65.

⁵⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Represión Penal y Estado de Derecho” en *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 565 a 576

capacidad, como deóntico de exigibilidad. Así pues, el juez deberá comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible en las circunstancias en las que se cometió el hecho delictivo.

Señala el autor⁵⁴⁸ que el modelo legal español establece una conexión normativa, objetiva y subjetiva, entre la conducta delictiva de la persona física descrita legalmente y la empresa a la que sirven. La constatación en cada supuesto de la presencia de esa conexión normativa es determinante para castigar a la sociedad, porque “en esa conexión normativa reside el auténtico fundamento de la responsabilidad criminal de la persona jurídica. Solo la demostración de la concurrencia de los requisitos legales permite justificar constitucionalmente la imposición de una pena a la sociedad, más allá de la responsabilidad individual de la persona natural”.

Sin entrar en la discusión en torno a la aplicación del principio en el caso de las personas jurídicas⁵⁴⁹, lo que nos apartaría del eje de nuestro estudio, basta decir aquí que la responsabilidad criminal de las sociedades ha de satisfacer la exigencia constitucional de imponer la pena exclusivamente al responsable del ilícito penal (principio de culpabilidad), excluyendo un Derecho penal de autor (sin atender al hecho realizado), una responsabilidad objetiva (solo por el resultado, sin dolo o imprudencia) y una responsabilidad por hecho ajeno; esto es, la persona jurídica penalmente responsable ha de haber contribuido al hecho delictivo⁵⁵⁰.

La exégesis constitucional del art. 130.2 CP impone, por tanto, que la persona a la que se hace responder de los delitos cometidos por la entidad transformada, fusionada o escindida sea la misma o, al menos, que exista una identidad sustancial entre ambas⁵⁵¹.

Como hemos visto, la legislación de la UE no contempla una regla específica que establezca qué consecuencias tiene, en el ámbito penal, la adquisición de una empresa. Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE, al considerar que todos los activos y pasivos de la entidad adquirida, incluidas las responsabilidades de carácter público (como una multa impuesta por conductas anticompetitivas) se transmiten a la empresa sucesora⁵⁵², ha

⁵⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S. Y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.): *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 1047.

⁵⁴⁹ COBO DEL ROSAL señala (“Societas delinquere non potest, a pesar de los pesares”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, n.º 115, mayo 2015, pp. 389-400) que su responsabilidad es una especie de feo “pegote” colgado malamente en el delito de otros, ya que como antes de ficción no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad y el CP no contiene (ni puede contener) una declaración jurídico penal de autoría ni de complicidad.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2020, *ibid.*, pp. 63-64. El autor defiende que estas exigencias se cumplen en el Código Penal español si se realiza una lectura combinada de los “presupuestos” y “hechos de conexión” del art. 31 bis 1º junto con las condiciones del art. 31 bis, 2º a 4º y los “requisitos” del art. 31 bis 5º para la eficacia de los Programas de Cumplimiento.

⁵⁵¹ El problema de la identidad de las personas jurídicas se ha abordado desde distintos ámbitos del Derecho, no solo penal (laboral, mercantil, fiscal), y para resolver problemas diversos (grupos de sociedades, restricción de la competencia, abuso de la persona jurídica, fraude de ley, por poner algunos ejemplos).

⁵⁵² FAURE, Michael G., GÖCZE, Csoban y JIANG Minzhen: “Tackling Environmental Crimes under EU Law: The Liability of Companies in the Context of Corporate Mergers and Acquisitions”, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies,

influido en otras instancias judiciales, tanto estatales como internacionales, que han declarado la responsabilidad de la entidad sucesora, considerando que el carácter personal de la pena no es obstáculo para transmitir la responsabilidad penal de la empresa adquirida.

La jurisprudencia del TJUE en materia de determinación de las personas jurídicas responsables se ha ido cimentando sobre las nociones de “empresa” (*undertaking*) y de “unidad económica”, conceptos originarios del Derecho de la competencia⁵⁵³ y cuya aplicación se ha extendido a otros campos. Partiendo de estos conceptos, concluye que cuando existe una **continuidad económica de facto** y las actividades de la entidad predecesora y la sucesora son las mismas, la mera personalidad jurídica distinta de una y otra no impide que se pueda atribuir responsabilidad a la entidad sucesora. Es decir, el TJUE pone el foco en la realidad fáctica, más allá de las construcciones jurídicas. Salvando las distancias, podríamos establecer un paralelismo con lo que supondría que la persona física autora de un delito cambiara de nombre, pasaporte (incluso de sexo, si la legislación lo permite): pese a estos cambios, seguiría respondiendo penalmente por el delito cometido.

Hay que señalar que el Hoge Raad (Tribunal Supremo holandés) ya utilizaba los conceptos de “empresa” y “continuidad económica” en la década de los 80 del siglo pasado. Así, en el caso *Atlantic Oil* (HR 28 October 1980, NJ 1981, 123), declaró que cuando exista identidad entre la antigua y la nueva sociedad, la acción penal puede ser ejercida contra esta última en cualquier caso, ya que es la realidad social, y no el derecho de sociedades, lo que resulta decisivo. Explica que la posibilidad de imputar a la nueva entidad legal no solo es posible en caso de una “reencarnación” de la sociedad disuelta en una nueva entidad legal, sino también en caso de fusión⁵⁵⁴. Es decir, desde la perspectiva de la “realidad social”, los tribunales holandeses pueden trasladar la responsabilidad penal a la entidad sucesora siempre que se trate, *de facto*, de la misma empresa, que simplemente actúa bajo un nombre diferente⁵⁵⁵.

Ya en este siglo, Alemania incluía, en el último borrador de ley que introducía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 2019⁵⁵⁶, el término “unidad económica” (*wirtschaftliche Einheit*)⁵⁵⁷ en la sección 7⁵⁵⁸, inmediatamente después de

European Parliament PE 693.182 -June 2021. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

⁵⁵³ Arts. 101 y 102 TFUE (antiguos arts. 81 y 82 TCE).

⁵⁵⁴ Van Strien 1996, 72-73. van Strien, A. L. J. (1996). *De rechtspersoon in het strafproces: een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen*. Sdu.

⁵⁵⁵ Entre otros casos resueltos por el Hoge Raad cabe citar HR 24 de noviembre de 1987, NJ 1988, 395; HR 20 de marzo de 1990, NJ 1991, 8 y HR 13 de octubre de 1998, NJ 1999, 498.

⁵⁵⁶ Proyecto de ley del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor de lucha contra la delincuencia de empresa, publicado el 15.08.2019. Versión en inglés “Draft Business Crime Law” disponible en la web del Ministerio de Justicia federal, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html.

⁵⁵⁷ Hermann Knott y Roman Zagrosek, en “The Company as Perpetrator Compliance and M&A under the Planned Corporate Criminal Sanctions Code”, *Revista de direito commercial*, 2019-11-19, resaltan que las secciones 6 y 7 del borrador alemán disponen la responsabilidad de la empresa sucesora o adquirente (“sucesor económico”).

⁵⁵⁸ La sección 7 del borrador dice así: “Ausfallhaftung

(1) Erlischt der Verband nach der Bekanntgabe der Einleitung des Sanktionsverfahrens oder wird nach diesem Zeitpunkt Vermögen verschoben mit der Folge, dass gegen den Verband oder seinen Rechtsnachfolger eine angemessene Verbandsgeldsanktion nach § 8 Nummer 1 nicht verhängt oder voraussichtlich nicht vollständig vollstreckt werden kann, so kann ein Haftungsbetrag in Höhe der Verbandsgeldsanktion festgesetzt werden gegen Verbände, die

establecer, en la sección 6, la responsabilidad de la entidad resultante (adquirente o sucesora) por sucesión universal por hechos cometidos por la entidad precedente.

Para NIETO MARTÍN⁵⁵⁹, el mecanismo del art 130.2 CP viene motivado por la exigencia de alcanzar el fenómeno de la entidad económica que representa la persona jurídica contaminada, superando el formalismo que implica la referencia del art 31 bis a personas jurídicas, ya que el Código Penal ha optado por utilizar un término jurídico, el de persona jurídica, y no uno económico, como podría ser el de empresa, a la hora de describir los destinatarios de la responsabilidad.

“el 130.2 debe leerse conjuntamente con el término persona jurídica del art. 31 bis, con el fin de entender que son sujetos infractores las personas jurídicas, pero también las resultantes de las fusiones, adquisiciones, transformaciones, etc. El art. 130.2 opera de este modo un salto de lo jurídico a lo fáctico que permite entender que la organización infractora, más allá de la existencia formal de dos personas jurídicas diferentes, es la misma. La función de este precepto es por tanto corregir con criterios derivados de una contemplación fáctica de la realidad, la opción del legislador de utilizar un término jurídico y, por tanto, formal, en el 31 bis. A esta visión fáctica obedece la restricción que se hace en el último inciso del 130.2, en virtud de la cual el juez o tribunal puede 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. Aclarado este punto, la pregunta que surge es en qué medida esta forma de proceder no viola el principio de culpabilidad y más concretamente el principio de personalidad de las penas”.

Veamos pues cuál es el concepto de “empresa” del legislador comunitario, qué entiende por sustrato real y cómo ha llegado al concepto de “continuidad económica” para fundamentar la responsabilidad de la entidad sucesora por los delitos de la antecesora (en nuestro caso, la entidad fusionada o escindida).

1. zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Einleitung des Sanktionsverfahrens mit dem betroffenen Verband eine wirtschaftliche Einheit gebildet und auf den betroffenen Verband oder seinen Rechtsnachfolger unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, oder

2. wesentliche Wirtschaftsgüter des betroffenen Verbandes übernommen und dessen Tätigkeit im Wesentlichen fortgesetzt haben (Einzelrechtsnachfolge).

(2) § 6 gilt entsprechend, wenn hinsichtlich eines Verbandes, gegen den nach Absatz 1 ein Haftungsbetrag festgesetzt werden kann, eine Gesamtrechtsnachfolge oder eine partielle Gesamtrechtsnachfolge eintritt. Absatz 1 Nummer 2 gilt entsprechend, wenn hinsichtlich eines Verbands, gegen den nach Absatz 1 ein Haftungsbetrag festgesetzt werden kann, eine Einzelrechtsnachfolge eingetreten ist.

(3) Die Festsetzungsverjährung beginnt, sobald der Verband erloschen oder die Vermögensverschiebung abgeschlossen ist. Im Übrigen gelten für die Verjährung die §§ 22 und 23 entsprechend”.

⁵⁵⁹ NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. Propone que se aplique o bien la multa o bien otros tipos de sanciones dependiendo del supuesto concreto de que se trate, a fin de respetar el principio de culpabilidad y personalidad de las penas.

5.2 Concepto de “empresa” e “identidad” de empresas

No existe un concepto jurídico estricto de empresa. La legislación mercantil ha venido acogiendo un concepto económico y jurídico de empresa como organización económica productiva. La empresa se concibe, por encima de sus “tabicaciones” societarias, como una unidad económica organizada en la que existe unidad de decisión sobre la gestión de su entera organización económica empresarial⁵⁶⁰.

El Tribunal de Justicia ha declarado que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de “empresa” (y no persona jurídica) para designar al autor de una infracción del art. 101 TFUE⁵⁶¹ (STJUE de 27 de abril de 2017, asunto Akzo Nobel, C-516/15 P, y STJUE de 14 de marzo de 2019), y que este concepto incluye a toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación. En esa concepción, la responsabilidad recae más sobre los activos económicos (la empresa, entendida en sentido económico) que sobre una determinada personalidad jurídica. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, Rec. p. I 11987, apartado 40)⁵⁶². Así, en el caso AKZO NOBEL (Sentencia de 10 de septiembre de 2009, C-79/08 B), el TJUE responsabilizó a la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por su filial, razonando que la matriz y su filial (tratándose, en este caso, de una filial totalmente participada por la matriz) podían ser consideradas como una única empresa (“*single economic unit*”). El tribunal declaró la existencia de una presunción iuris tantum, en el supuesto de una filial totalmente participada, de que la matriz ejerce una influencia decisiva sobre la política de su filial. Se trata de una concepción de la responsabilidad desde una perspectiva más económica que estrictamente jurídica, de acuerdo con la cual existiría responsabilidad allá donde ha existido aprovechamiento de los efectos de la infracción⁵⁶³.

⁵⁶⁰ FONT GALÁN, J. I. y PAGADOR LÓPEZ, J.: “Hacia un estatuto material de la empresa. Bases normativas comunes para un concepto jurídico-patrimonial de empresa”, 2011, *ibid.*, pp. 222 y 230. Analizando la concepción jurídica de la empresa, señalan que el Derecho europeo de la competencia adopta el criterio de “unidad de gestión”, centro autónomo de decisión” e incluso “centro de imputación de responsabilidades”.

⁵⁶¹ El precepto declara incompatibles con el mercado interior y prohíbe “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

⁵⁶² Auto de la AP de Barcelona, Sección 15, de 24/10/2019, Rec. 775/2019, ECLI: ES:APB:2019:9370 (Ponente: J.F. GARNICA MARTÍN), FJ párrafos 18 y 19, que plantea las cuestiones prejudiciales siguientes: A la doctrina de la unidad económica y la continuidad económica se refiere las cuestiones prejudiciales planteada en los términos siguientes: A) ¿Justifica la doctrina de la unidad económica que emana de la doctrina del propio Tribunal Europeo la extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial o bien tal doctrina solo es de aplicación para extender la responsabilidad de las filiales a la matriz? B) ¿La extensión del concepto de unidad económica debe hacerse en el ámbito de las relaciones intra grupo exclusivamente atendiendo a factores de control o puede fundarse también en otros criterios, entre ellos que la filial se haya podido beneficiar de los actos de infracción? C) Caso de admitirse la posibilidad de extensión de la responsabilidad de la matriz a la filial, ¿cuáles serían los requisitos que la harían posible? Sobre el concepto de control, *vid.* COSTAS COMESAÑA, J.: “Apuntes sobre el concepto de concentración en la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia”, en pp. 131-148.

⁵⁶³ Auto de la AP de Barcelona, Sección 15, de 24/10/2019, antes citado, FJ par. 25.

El TJUE, en la sentencia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17),⁵⁶⁴ analiza la cuestión de la transmisión de la responsabilidad en un supuesto de sucesión de empresa en el que las entidades que ejecutaron las conductas anticompetitivas ya no existían⁵⁶⁵. Por su interés y concisión, reproducimos a continuación los argumentos expuestos por el TJUE (el resaltado es nuestro):

- 38 cuando una entidad que ha cometido una infracción 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** entre esta y la nueva entidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 42; de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 22, y de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 40).
- 39 Así pues, **imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal** (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 23 y jurisprudencia citada).
- 40 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, **a efectos de la aplicación eficaz de las normas de la Unión en materia de competencia, puede resultar necesario imputar la responsabilidad de las infracciones de esas normas al adquirente de la empresa infractora cuando esta desaparece a consecuencia de su absorción** por aquel, quien, en su condición de sociedad absorbente, adquiere sus activos y pasivos, incluidas sus responsabilidades derivadas de infracciones del Derecho de la Unión (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 25).
- 46 Por tanto, si una empresa responsable del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de competencia de la Unión pudiera eludir su responsabilidad simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el **efecto útil** de dichas normas (véase, por analogía, la sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, EU:C:2007:775, apartado 41 y jurisprudencia citada).
- 47 De ello se deduce que **el concepto de «empresa»**, en el sentido del artículo 101 TFUE, que **es un concepto autónomo del Derecho de la Unión**, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión

⁵⁶⁴ ECLI:EU:C:2019:204.

⁵⁶⁵ En el litigio principal, SIS, NCC y Asphaltmix adquirieron la totalidad de las acciones de Sata-Asfaltti, de Interasfaltti y de Asfalttineljö, respectivamente, sociedades que participaron en prácticas colusorias, para luego asumir las actividades comerciales de estas últimas y disolverlas. El tribunal aprecia que “desde el punto de vista económico, existe identidad entre SIS, NCC y Asphaltmix, por un lado, y, respectivamente, Sata-Asfaltti, Interasfaltti y Asfalttineljö, por otro, sociedades estas últimas que ya no existen como personas jurídicas”. Considera que SIS, NCC y Asphaltmix, como respectivas sucesoras de Sata-Asfaltti, Interasfaltti y Asfalttineljö, “han asumido la responsabilidad de estas últimas sociedades por el perjuicio causado por la práctica colusoria en cuestión, pues han garantizado, como personas jurídicas, la continuidad económica de las mismas”.

Como vemos, para determinar en qué supuestos se produce la transmisión de la responsabilidad civil, el Tribunal analiza la “unidad” de “empresa” desde una perspectiva económica, y cuando se trata de establecer esa “unidad” a través del tiempo entre una sociedad extinguida y otra existente, se refiere a la “identidad” entre la entidad predecesora y la sucesora. Ya la STJUE de 5 de diciembre de 2013 (C-448/11 B), Caso SNIA, citada en la resolución comentada, declaró que una entidad sucesora puede ser considerada responsable de la multa impuesta a la entidad predecesora por infracciones del Derecho europeo de la competencia.

Interesa destacar que en la resolución de 2019, el TJUE aplica al ámbito sancionador el criterio seguido en materia de resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito civil e invoca como fundamento el “efecto útil” de las normas de la Unión, que exige que la responsabilidad de la empresa infractora por violar las normas en materia de competencia no se extinga a consecuencia de su absorción.

5.3 STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13). Caso Modelo Continente

La **STJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13)** marca un hito en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad de la sociedad adquirente por hechos “cometidos” por la sociedad adquirida, al concluir que una fusión implica la transmisión a la sociedad absorbente de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida, incluso de las responsabilidades que deriven de hechos constitutivos de infracción administrativa⁵⁶⁶).

Los hechos se refieren al registro de las horas de trabajo prestadas por los trabajadores de Good and Cheap durante los meses de diciembre de 2010 y de enero de 2011, habiendo detectado la inspección infracciones del Derecho del trabajo portugués por lo que respecta al número de horas consecutivas prestadas por determinados empleados y al número de horas de descanso entre los períodos de trabajo. Las multas fueron impuestas mediante una resolución adoptada tras la absorción de Good and Cheap por MCH.

El tribunal portugués pregunta si, de acuerdo con el Derecho de la Unión, la fusión de sociedades implica un régimen de transmisión de la responsabilidad en materia de infracciones laborales que entrañe que la sociedad absorbente sea responsable de hechos cometidos por la sociedad absorbida con anterioridad a la inscripción de la fusión en el registro mercantil.

La sentencia analiza el concepto de “patrimonio pasivo” en el contexto de una fusión por absorción llevada a cabo por dos sociedades portuguesas. Se plantea si una sanción, impuesta en el ámbito laboral, tiene la consideración de crédito a favor de terceros, considerando como tal al Estado, y puede, por tanto, transferirse a la sociedad absorbente.

⁵⁶⁶ FAURE, Michael G., GÖCZE, Csoban and JIANG Minzhen: “Tackling Environmental Crimes under EU Law: The Liability of Companies in the Context of Corporate Mergers and Acquisitions”, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, European Parliament PE 693.182 -June 2021. Concluyen en su estudio que la entidad adquirente es responsable por infracciones medioambientales.

En su respuesta, el TJUE señala que una fusión por absorción implica *ipso iure* y, por tanto, de modo automático, no sólo la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, también que la sociedad absorbida deja de existir. Si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría y, por tanto, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron la multa.

El TJUE concluye que “**una «fusión por absorción»**, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva, **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 laboral cometidas por la sociedad absorbida** antes de la citada fusión”.

Hay que precisar que las disposiciones del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de las sociedades anónimas⁵⁶⁷, objeto de interpretación en la resolución comentada, se contienen hoy, con idéntico texto, en el artículo 105, apartado 1, de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 ([32017L1132](#)), que dice así:

“1. La fusión produce ipso iure 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, y c) la sociedad absorbida dejará de existir”

El Tribunal ofrece los argumentos siguientes:

1. Si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados.
2. Esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855, puesto que, según la citada disposición, una fusión de ese tipo consiste en una transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente a raíz de una disolución sin liquidación.
3. La finalidad de la Directiva 78/855, contenida en el considerando 3, es la coordinación de las normativas de los Estados miembros relativa a las fusiones de sociedades anónimas con el objetivo particular de proteger los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción (30). El concepto de tercero es más amplio

⁵⁶⁷La Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, fue derogada el 30/06/2011 por 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 ([32011L0035](#)), que a su vez fue derogada el 19/07/2017 por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades

que el utilizado en el considerando 6 de la citada Directiva, de «acreedores, obligacionistas o no, y los portadores de otros títulos de las sociedades que se fusionen», ya que esos acreedores y esos portadores de otros títulos son objeto de determinadas medidas de protección específicas previstas, en particular, en los artículos 13 y 15 de la Directiva 78/855. Considera que **entre los terceros cuyos intereses pretende proteger la Directiva figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de «acreedores» o de «portadores de otros títulos»**, sino que pueden calificarse de ese modo tras dicha fusión en razón de situaciones nacidas antes de ésta, como la comisión de infracciones de Derecho laboral constatadas mediante resolución sólo después de la fusión. Si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa (32).

4. La protección de los intereses de los acreedores y de los accionistas de la sociedad absorbente no impiden la aplicación del régimen de responsabilidad propugnado. En virtud del artículo 13, apartado 2, de la Directiva 78/855, esos acreedores deben tener derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación económica de las sociedades que se fusionen lo hacen necesario, en su caso acudiendo ante la autoridad administrativa o judicial competente para obtener dichas garantías. Por otro lado, los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una **auditoría** pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad” (34).

Hay que resaltar la importancia de la interpretación que del Derecho de la UE realiza el TJUE y, en concreto, del término “patrimonio pasivo”, ya que como señala en esta misma resolución, tras constatar que la Directiva 78/855 no define el concepto de «patrimonio activo y pasivo» ni contiene ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros por lo que respecta a esa definición, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad exigen que **el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme**, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar.

Como conclusión, **el concepto “patrimonio pasivo”** en el marco de las fusiones y escisiones debe ser interpretado de forma autónoma y uniforme en toda la UE y en sentido conforme a la doctrina declarada por el TJUE. La transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, a raíz de la disolución sin liquidación, **puede incluir la obligación de pagar una sanción** impuesta mediante resolución firme de fecha **posterior a la fusión** por infracciones cometidas por la sociedad absorbida antes de la fusión⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Acerca de la necesidad o no de que la legislación nacional establezca expresamente la transmisión de la responsabilidad penal, vid. epígrafe 1.9 del Capítulo 1 del Bloque III (ámbito objetivo de la sucesión).

5.4 STEDH de 1 de octubre de 2019. Caso Carrefour France

5.4.1 Planteamiento

La denominada doctrina de la “continuidad económica y funcional de la empresa” se expresa en la sentencia de 1 de octubre de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 5ª secc.)⁵⁶⁹ en los términos siguientes: *la empresa adquirida no es un verdadero 'otro' frente a la empresa adquirente debido a la continuidad de una empresa en otra, de tal forma que "condenar al segundo por actos restrictivos de la competencia cometidos antes de la fusión-absorción contraviene sólo en apariencia el principio de personalidad de las penas" y, por tanto, cualquiera que sea la conducta alegada contra el absorbente, debe poder ser imputado, independientemente de que esté o no comprendido en el ámbito de aplicación del derecho penal. La eficacia de la sanción pecuniaria se vería menoscabada por una aplicación mecánica del principio de la personalidad de las sanciones a las personas jurídicas" (§ 49).*

En el caso, el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la demanda presentada por la empresa Carrefour France SAS, sancionada por prácticas anticompetitivas cometidas por la empresa Carrefour Hypermarchés France, filial íntegramente participada a la que había absorbido. La Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación había desestimado el recurso de casación interpuesto por la sociedad adquirente, considerando que "el principio de personalidad de las penas, derivado de los artículos 8 y 9 de la Declaración de 1789, no se opone a la imposición de una multa civil contra la persona jurídica a la que se haya transferido legalmente la empresa" (Com. 21 de enero de 2014, n.º 12-29.166, Bol. civ. IV n.º 11; Rapp. C. cass. 2014, págs. 496-501)⁵⁷⁰.

El procedimiento que condujo finalmente a la imposición de la sanción se inició con anterioridad a la absorción; en concreto, el 28-5-2005 se llevó a cabo un control de las prácticas concurrenciales llevadas a cabo por Carrefour Hypermarchés France; el 16 de noviembre de 2006, el Ministro de Economía, Hacienda e Industria, interpuso un recurso ante el Tribunal de Comercio de Bourges con objeto de que se declarara que Carrefour Hypermarchés France había obtenido de sus proveedores ventajas manifiestamente desproporcionadas, la anulación de los contratos, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas y la condena al pago de una multa de 100 000 euros; el 21 de enero de 2009, el accionista único de la empresa lleva a cabo la absorción de su filial.

Para el Tribunal de Estrasburgo, los tribunales nacionales, "al condenar a la sociedad demandante a la multa civil prevista en el artículo L. 442-6 del Código de Comercio,

⁵⁶⁹ Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-197205>

⁵⁷⁰ GALLOIS, J.: “Responsabilidad penal de la sociedad adquirente por actos cometidos por la sociedad adquirida” en *Negocio, Sociedad y mercado financiero*, diciembre 2020.

sobre la base del principio de continuidad económica y funcional de la sociedad, [...] no infringieron el principio de personalidad de las penas" (§ 53)⁵⁷¹.

5.4.2 Análisis

La sentencia del TEDH de 1 de octubre de 2019 (Carrefour France) declara que el principio de personalidad de las penas vigente en el Derecho francés (*nul n'est punissable que de son propre fait*, arts. 8 y 9 de la Declaración de 1789) no resulta vulnerado por la transmisión de la responsabilidad por conductas anticompetitivas realizadas por la empresa adquirida a la sociedad absorbente, porque esta última no es una verdadera "otra" debido a la continuidad de una empresa en otra. En suma, lo relevante fue, en primer lugar, que la sociedad adquirente no se limitó a adquirir una empresa, sino que "continuó" el negocio a través de los mismos medios con que venía realizándolo la sociedad infractora, era la misma empresa con un mero cambio en la estructura legal; y segundo, la necesidad de la transmisión de la responsabilidad a la sociedad absorbente para garantizar la efectividad de la multa, dado que la empresa infractora se había extinguido tras la fusión. Además, tiene en cuenta, como había hecho la sentencia impugnada, que se trataba de una sanción pecuniaria, cuál era el fin que perseguía la sanción (castigar conductas anticompetitivas) y los términos de la definición de posibles autores hecha por el legislador francés, que atendía a la actividad económica desarrollada y no a la forma jurídica.

Hay que destacar, en este caso, la concurrencia de las siguientes circunstancias, que son mencionadas en la sentencia:

- (i) Se trataba de una fusión por absorción de una **filial íntegramente participada**; la sentencia, sin embargo, pone el acento en la "continuidad" de la empresa o negocio bajo la nueva titular (la sociedad absorbente).
- (ii) El **procedimiento** que condujo finalmente a la imposición de una sanción **se inició con anterioridad a la absorción**; en concreto, el 28-5-2005 se llevó a cabo un control de las prácticas concurrenciales de la filial; el 16 de noviembre de 2006, el órgano competente interpuso un recurso ante el Tribunal de Comercio de Bourges con objeto de que se declarara que Carrefour Hypermarchés France había obtenido de sus proveedores ventajas manifiestamente desproporcionadas, solicitando la anulación de los contratos, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas y la condena a Carrefour Hypermarchés France; y no es sino hasta el 21 de enero de 2009, cuando la accionista única lleva a cabo la absorción de su filial.
- (iii) Se trataba de una multa impuesta en un **procedimiento no penal (formalmente civil)**, si bien tenía, bajo los criterios sentados en el caso "Engel", una naturaleza penal y, por tanto, sujeta al principio de personalidad de la pena (así lo declara el TEDH y, previamente, lo había reconocido el tribunal francés).

⁵⁷¹GALLOIS, J.: "Responsabilidad penal de la sociedad adquirente", *ibid.*; SCHULLER RAMOS, S.S.: "Transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión: ¿Seguirá España los pasos de Francia?" en *Boletín penal n.º 5*, vol. III-18, *Revista de la Asociación Jueces y Jueces para la Democracia*, septiembre 2022.

Con todo y con eso, el TEDH acoge la doctrina de la “continuidad económica y funcional” de la empresa que había sido aplicada por el tribunal francés y considera que, en caso de continuación de la empresa tras la fusión por absorción, la empresa absorbente no es “otra” respecto a la entidad absorbida y, por tanto, la transmisión de la responsabilidad a la sociedad absorbente no infringe el principio de personalidad de la pena.

5.5 Sentencia del Tribunal de Casación francés de 25 de octubre de 2020

5.5.1 Planteamiento

En Francia, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación 25 de noviembre de 2020⁵⁷², en una sentencia calificada por la doctrina francesa de histórica⁵⁷³, concluye que en caso de fusión por absorción, la sociedad adquirente puede, en determinadas condiciones, ser condenada penalmente por actos cometidos por la sociedad adquirida antes de la fusión.

GALLOIS señala que este cambio de criterio, que “marca una evolución sustancial de [la] jurisprudencia [de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación]”, limita su alcance *ratione materiae*, ya que el Tribunal de Casación especifica que solo se pueden imponer multas y decomiso a la sociedad adquirente y, además, limita su pronunciamiento al examen de las fusiones incluidas en el ámbito de la Directiva relativa a la fusión de sociedades anónimas (artículo 19 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, luego reproducido en el artículo 19, apartado 1 de la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones internas de sociedades anónimas y mantenido en la actual Directiva).

Por la relevancia de la decisión para el objeto de nuestro estudio, nos detendremos en el análisis de esta resolución y su contexto. Comenzaremos exponiendo la legislación mercantil y penal aplicable.

5.5.2 Legislación aplicable

Según el artículo L. 236-3 del Código de Comercio francés, la fusión-absorción implica la disolución de la sociedad adquirida pero no implica su liquidación. Los activos de la empresa adquirida se transfieren universalmente a la empresa adquirente y los accionistas de la primera se convierten en accionistas de la segunda. Además, de conformidad con el artículo L.1224-1 del Código del Trabajo⁵⁷⁴, todos los contratos de trabajo en curso el día de la operación continúan entre la empresa adquirente y el personal de la empresa. Por tanto, igual que ocurre en España, la actividad económica realizada en el marco de la

⁵⁷²Crim. 25 de noviembre de 2020, Fp-P+B+I, n° 18-86.955, ECLI:ES:CCASS:2020:CR02333.

⁵⁷³Zerouki-Cottin, D.: “Revirement de jurisprudence et responsabilité des personnes morales: quand l'arbre (de la société absorbante) cache la forêt (de la reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence pénale)”, RSC 2021. 525, 2021 y la abundante bibliografía que cita.

⁵⁷⁴L. 1224-1 Code du travail: “Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise”.

sociedad adquirida, que constituye la consecución de su objeto social, continúa en el marco de la sociedad beneficiaria de la operación.

El art 121-1 del Code pénal (en adelante, CP) dispone:

*“Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait”*⁵⁷⁵

Y según el art. 133.1 CP:

*“Le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine. Toutefois, il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation”*⁵⁷⁶

La jurisprudencia de la *Cour de Cassation* ha declarado que el artículo 121-1 CP, según el cual nadie es penalmente responsable sino de sus propios actos, establece el principio de personalidad de la responsabilidad penal y resulta aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Dicha jurisprudencia se entendía acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que establece que “la responsabilidad penal no sobrevive al autor del acto delictivo”⁵⁷⁷.

Se consideraba que una interpretación del artículo acorde con el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se oponía a que la sociedad adquirente fuera perseguida y condenada tras una operación de fusión-absorción por actos cometidos antes de dicha operación por la sociedad adquirida, disuelta por el efecto de la fusión⁵⁷⁸. El artículo 121-1 del Código Penal sólo podía interpretarse en el sentido de que prohibía el procedimiento penal contra la sociedad adquirente por actos cometidos por la sociedad adquirida antes de que ésta perdiera su existencia jurídica como consecuencia de una fusión o absorción, porque tras la absorción, la sociedad absorbida había dejado de existir legalmente⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Nadie es criminalmente responsable sino por su propia conducta.

⁵⁷⁶ La muerte del condenado o la disolución de la persona jurídica, salvo en el caso de que la disolución sea dictada por la jurisdicción penal, el indulto y la amnistía impedirán o detendrá la ejecución de la pena. Sin embargo, la multa y las costas judiciales pueden ser recuperadas y el decomiso ejecutado después de la muerte del condenado o después de la disolución de la persona jurídica hasta el cierre de las operaciones de liquidación.

⁵⁷⁷ GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève: “La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel” en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021. p. 283-294.

⁵⁷⁸ Crim., 20 de junio de 2000, recurso n.º 99-86.742 y Bol. 2000, N.º 237; Crim., 14 de octubre de 2003, apelación N.º 02-86.376 y Bol. 2003, N.º 189.

⁵⁷⁹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, de 20 de junio de 2000, 99-86.742, concluye que el art. 121.1 CP significa, “en el caso de que una sociedad, procesada por lesión involuntaria, sea objeto de una fusión-absorción, que la sociedad absorbente no puede ser declarada culpable, ya que la absorción ha hecho que la sociedad absorbida pierda su existencia legal”. En el mismo sentido, Crim. 9 Septiembre 2009, 08-87.312; Crim. 14 Octubre 2003, 02-86.376; Crim. 18 Febrero 2014, 12-85.807; Crim. 25 Octubre 2016, 16-80366.

La doctrina tradicional⁵⁸⁰ consideraba, asimismo, que el art. 121-1 CP no podía dejar de aplicarse por el mero hecho de ser contrario a la Directiva de 9 de octubre de 1978, que regulaba las fusiones de sociedades anónimas, ya que una directiva no tiene efecto directo contra una persona física, según la doctrina del TJUE expuesta en los casos *Arcaro y Berlusconi*⁵⁸¹ (Crim., 25 de octubre de 2016, apelación n.º 16-80.366, Bol. crim. 2016, n.º 275).

La *Cour de Cassation* había mantenido esta doctrina incluso después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarara en 2015, en el caso *Modelo Continente Hipermercados*⁵⁸², que de acuerdo con las disposiciones del artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de las sociedades anónimas⁵⁸³, una fusión por absorción implica la transferencia a la sociedad adquirente de la obligación de pagar una multa impuesta después de dicha fusión por infracciones del Código de Trabajo cometidas por la sociedad adquirida antes de la fusión.

5.5.3 Nueva doctrina

Tradicionalmente, como hemos visto, la jurisprudencia francesa rechazaba la responsabilidad penal de la sociedad adquirente por los delitos “cometidos” por la sociedad adquirida antes de la operación de fusión o adquisición. El fundamento era el artículo 121-1 del Código Penal, ya que la fusión supone la disolución de la sociedad que se adquiere, lo que le hace perder su personalidad jurídica y, por ello, debe implicar la extinción del proceso, ya que el artículo 6 del *Code de procédure pénale* dispone que la acción penal se extingue por la muerte del imputado⁵⁸⁴. Se entendía que la sociedad adquirente, una persona jurídica independiente, no podía ser perseguida por los actos “cometidos” por la sociedad adquirida. Se asimilaba la situación de una persona jurídica disuelta a la de una persona física fallecida. Si bien se distinguía entre compra de los activos de una empresa y los supuestos de fusión/absorción, la conclusión era la misma: una persona jurídica no era responsable por los delitos de otra.

La sentencia de la Sala de lo Penal de la *Cour de Cassation*, de 25 de noviembre de 2020, da un vuelco a su doctrina anterior y elimina los obstáculos derivados de la personalidad separada de las distintas entidades que intervienen en una fusión, razón por la que se había rechazado hasta el momento la responsabilidad penal de la empresa adquirente, y considera que en los casos de fusiones entre sociedades anónima (*sociétés anonymes*) o simplificadas por acciones (*sociétés par actions simplifiées*),

⁵⁸⁰ Crim., 25 de octubre de 2016, apelación n.º 16-80.366, Bol. crim. 2016, n.º 275.

⁵⁸¹ TJCE E, 26 de septiembre de 1993, *Arcaro*, C-168/95; TJCE, 3 de mayo *ZOOS*, *Berlusconi y otros*, C-387/0Z, C-391/0 Z y C-403/0Z. C-387/0Z, C-391/0 Z y C-403/0Z.

⁵⁸² TJUE, sentencia de 5 de marzo de 2015, *Modelo Continente Hipermercados SA/Autoridade para as Condições de Trabalho*, C-343/13.

⁵⁸³ Hoy recogidas en el artículo 105, apartado 1, de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017.

⁵⁸⁴ “L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu”.

*“la empresa absorbente puede ser condenada penalmente al pago de una pena de multa o decomiso (confiscation) por los delitos cometidos por la empresa absorbida antes de fusión”*⁵⁸⁵.

En el caso examinado en esta resolución, la sociedad Intradis fue imputada por los daños causado por un incendio provocado por negligencia. Su matriz, la entidad Recall Franceet, y la filial Intradis, fueron absorbidas por Iron Mountain. La sociedad adquirente alegó que el artículo 121-1 del Código Penal francés se oponía a cualquier procedimiento contra la sociedad adquirente por actos cometidos por una persona jurídica distinta de ella. Según la doctrina tradicional de la *Cour de Cassation*, el artículo 121-1 del Código Penal⁵⁸⁶, que establece que solo se es penalmente responsable de los propios actos (cuyo equivalente en nuestro CP puede encontrarse en el artículo 5), se opone a que la sociedad adquirente sea condenada por actos cometidos antes de dicha operación por la sociedad que está adquiriendo, disuelta por el efecto de la fusión. La Sala, sin embargo, desestimó el motivo, explicando que su interpretación anterior del artículo 121-1 del Código Penal partía de considerar que la fusión, al suponer la disolución de la sociedad que se adquiere y la pérdida de su personalidad jurídica, conlleva la extinción del proceso con arreglo al artículo 6 del *Code de procédure pénale*. Asimilaba la situación de una persona jurídica disuelta a la de una persona física fallecida. Plantea que este enfoque antropomórfico de la operación de fusión y absorción debe cuestionarse porque, en primer lugar, no tiene en cuenta la naturaleza específica de la persona jurídica, que puede cambiar de forma sin ser liquidada y, en cambio, no guarda relación con la realidad económica. Razona que una fusión por absorción implica la disolución de la sociedad que se adquiere, pero no implica su liquidación, sino que la actividad económica de la sociedad adquirida continúa en la sociedad absorbente, a la que se transfieren los activos y los contratos de trabajo.

5.5.4 Fundamento de la decisión

El Tribunal fundamenta su decisión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuesta en su sentencia de 1 de octubre de 2019 en la que, basándose en la continuidad económica entre la sociedad adquirida y la sociedad adquirente, considera que «la sociedad adquirida no es realmente «otra» frente a la sociedad adquirente" y, por tanto, que la imposición de una multa a la sociedad adquirente por actos restrictivos de la competencia cometidos antes de la fusión por la sociedad que se adquiere no afecta al principio de personalidad de las sanciones (CEDH, decisión de 24 de octubre de 2019, Carrefour France c. Francia, n.º 37858/14). Aplicando el mismo criterio, concluye que **"la continuidad económica y funcional de la persona jurídica implica que la sociedad adquirente no debe considerarse distinta de la sociedad que se adquiere**, de modo que el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no se opone a que el artículo 121-1 del Código Penal se interprete en el sentido de que permite a la primera ser condenada penalmente por actos constitutivos de delito cometidos por la segunda antes de la operación de fusión-absorción" (§ 25).

La sentencia cita, asimismo, la STJUE de 5 de marzo de 2015, que declara que la extinción de la responsabilidad tras la fusión estaría en contradicción con la propia naturaleza de la fusión, en la medida en que la fusión consiste en una transmisión de todos

⁵⁸⁵ Guía de la Agencia Francesa Anticorrupción de 26/06/2019, actualizada en 2021, disponible en inglés, “Practical Guide 2021 - Private Sector Support Department (D2AE)”.

⁵⁸⁶ El art 121-1 CP francés dispone que “Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait”

los activos de la sociedad adquirida a la sociedad adquirente tras una disolución sin liquidación.

Concluye⁵⁸⁷ que en caso de fusión comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva aplicable a la fusión de sociedades anónimas (Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, sustituida por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017), que haya dado lugar a la disolución de la sociedad de que se trate, el tribunal podrá, tras constatar que los hechos objeto del litigio son típicos, declarar a la sociedad adquirente culpable de dichos actos y condenarla a una multa o decomiso.

5.5.5 Aplicación limitada del nuevo criterio jurisprudencial

El cambio jurisprudencial, como indica la propia sentencia, está sujeto a límites⁵⁸⁸:

En primer lugar, el Tribunal limita el tipo de pena que se puede imponer a la sociedad absorbente o resultado de la fusión: solo se pueden imponer las penas de multa y decomiso, con exclusión, por tanto, del resto de penas aplicables a las personas jurídicas, de conformidad con los artículos 131 a 39 del Código Penal, a menos que la ley disponga otra cosa.

En segundo lugar, el cambio de criterio se aplica a las fusiones de sociedades anónimas⁵⁸⁹: la transferencia de responsabilidad penal de la sociedad que se adquiere a la sociedad adquirente sólo puede tener lugar en el caso de fusiones incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la fusión de sociedades anónimas, en concreto, al artículo 19 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, cuyo contenido se incorporó al artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones internas de sociedades anónimas, que deroga la Directiva de 1978 (a su vez derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades). Declara que también es aplicable a las sociedades por acciones simplificadas (SAS), como Iron Mountain France SAS, ya que las SAS son sólo una categoría especial de sociedades anónimas y están sujetas, en la medida en que sean compatibles con las disposiciones especiales que les conciernen, a las normas relativas a las sociedades anónimas.

5.5.6 Irretroactividad del cambio jurisprudencial

El Tribunal declara que la nueva interpretación del artículo 121-1 del Código Penal constituye un cambio de la jurisprudencia en contra del reo y que, por tanto, no puede aplicarse a hechos cometidos con anterioridad. Lo impide el principio de previsibilidad jurídica derivado del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁹⁰ y la

⁵⁸⁷ § 37.

⁵⁸⁸ GALLOIS, J.: “Responsabilidad penal de la sociedad adquirente por actos cometidos por la sociedad adquirida” en *NEGOCIO, Sociedad y mercado financiero*, diciembre 2020.

⁵⁸⁹ § 37

⁵⁹⁰ Según el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950:

jurisprudencia europea que considera que la aplicación retroactiva de un cambio imprevisible de jurisprudencia en contra del reo infringe el principio de legalidad penal, incluso en países regidos por el Derecho escrito (CEDH de 10 de octubre de 2006, *Pessino c. Francia*, N.º 40403/02, AJDA 2007. 1257). Así, bajo la interpretación dada hasta entonces del artículo 121-1 del Código Penal, se consideraba que la absorción de una sociedad no entrañaba un riesgo penal y, por ello, deben modularse los efectos del nuevo criterio. En consecuencia, declara aplicable la nueva interpretación únicamente a las operaciones de fusión celebradas después del 25 de noviembre de 2020, fecha de la sentencia.⁵⁹¹

Ahora bien, el tribunal especifica que el cambio de criterio no tiene incidencia en los casos de fraude de ley, que es, precisamente el supuesto examinado. Declara así que cualquiera que sea la fecha de la fusión, la sociedad adquirente puede ser considerada penalmente responsable "cuando el objetivo de la operación de fusión y absorción fuera eliminar la responsabilidad penal de la sociedad adquirida y, por lo tanto, constitutivo de fraude de ley". Explica que la existencia de fraude de ley permite al juez imponer una sanción penal contra la sociedad adquirente cuando la operación de fusión tenía por objeto eludir la responsabilidad penal de la sociedad absorbida, con independencia de la implementación de la Directiva de 9 de octubre de 1978. Considera por tanto que su postura no era imprevisible y la aplica en el caso examinado⁵⁹².

5.5.7 Conclusiones de la sentencia

La relevancia de esta sentencia radica en que es dictada en aplicación de la legislación que transpone al ordenamiento francés la normativa comunitaria en materia de fusiones y escisiones bajo el criterio del TJUE y TEDH:

- 1) En efecto, la sentencia parte de la obligación de **interpretación conforme del derecho nacional**, es decir, de la obligación de los tribunales de los Estados de la Unión Europea de interpretar el derecho interno de acuerdo con el derecho europeo, declarando que la nueva postura es la única compatible con la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2015.
- 2) Siguiendo la línea marcada por el TJUE y el TEDH en las resoluciones antes mencionadas, abre la puerta a un **tratamiento diferente de las personas físicas y las personas jurídicas**⁵⁹³, abandonando el enfoque formal antropomórfico que equiparaba extinción de la persona jurídica con la muerte de la persona física, que es

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

⁵⁹¹ "Todo litigante debe poder saber, sobre la base de la redacción de la disposición pertinente, si es necesario mediante la interpretación que le den los tribunales y, en su caso, después de recurrir a un asesoramiento informado, qué actos y omisiones conllevan su responsabilidad penal y en qué pena incurre por este motivo" (§ 38) y CEDH de 10 de octubre de 2006, *Pessino c. Francia*, N.º 40403/02.

⁵⁹² Sobre esta cuestión, vid. VIDALES RODRIGUEZ, C.: "La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.

⁵⁹³ GIUDICELLI-DELAGE, G.: "La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel" en VV. AA: *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 283-294.

sustituido por un enfoque que atiende a la realidad económica que existe en una operación de fusión.

- 3) Entiende que, en caso de fusión, existe una continuidad económica y funcional entre la sociedad adquirente (absorbente) y la sociedad adquirida (absorbida). La empresa absorbida no es realmente "otra" respecto a la empresa absorbente.
- 4) La sociedad resultante de la fusión o absorción es penalmente responsable de los delitos cometidos por la empresa absorbida cuando se trata de una fusión/absorción⁵⁹⁴:
 - a) de sociedades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva del Consejo 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de sociedades anónimas (**sociétés anonymes**), cuyo objeto se regula actualmente en la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades;
 - b) que se hayan concluido **después del 25 de noviembre de 2020**, en virtud del "principio de previsibilidad jurídica" contenido en el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
- 5) La aplicación de la doctrina de la previsibilidad jurídica en estos términos supone que el tribunal francés, con abandono de su anterior postura, asume la doctrina del TEDH y extiende la irretroactividad en materia penal a una interpretación de la ley penal que vaya en contra del reo.
- 6) La sentencia establece tres nuevos principios⁵⁹⁵:
 - a) El "principio general de transferencia de la responsabilidad penal de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente en caso de fusión/absorción de sociedades anónimas".
 - b) El principio general de responsabilidad penal de la sociedad absorbente por las infracciones cometidas por la sociedad absorbida si la fusión o absorción resulta ser fraudulenta.
 - c) El principio general de previsibilidad jurídica en los cambios jurisprudenciales.

No podemos terminar el examen de la cuestión en Francia sin mencionar que los arts. 41-1-2⁵⁹⁶ y 180-2 del *Code de procédure pénale* establecen un mecanismo, similar a los DPA

⁵⁹⁴ Guía Práctica 2021.

⁵⁹⁵ GIUDICELLI-DELAGE, G.: "La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel", *ibid.*

⁵⁹⁶ Art. 41-1-2, modificado en 2020: "I. *Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal et leur blanchiment, pour les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts et leur blanchiment, ainsi que pour des infractions connexes, de conclure une convention judiciaire d'intérêt public imposant une ou plusieurs des obligations suivantes ...* II. – Lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation. La proposition de convention est jointe à la requête. La requête contient un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être

de Estados Unidos, que permite a la fiscalía alcanzar un acuerdo con la empresa investigada, por el cual esta asume una o más obligaciones⁵⁹⁷, y cuya ejecución supone la terminación del procedimiento. A diferencia de la sentencia de un tribunal penal, el acuerdo de enjuiciamiento diferido no implica una declaración de culpabilidad, no tiene ni la naturaleza ni los efectos de una sentencia penal y no excluye a la empresa de la contratación pública francesa⁵⁹⁸.

5.6 Conclusiones sobre la aplicación de la doctrina

La doctrina de la “continuidad económica y funcional” viene a solventar dos cuestiones: en primer lugar, garantiza la vigencia de la norma, que quedaría sin efecto si por la mera reestructuración empresarial, libremente decidida por las partes (a diferencia de lo que ocurre en caso de muerte del reo), se admitiera la extinción de la responsabilidad en que hubiera incurrido la sociedad absorbida, fusionada o escindida; en segundo lugar, da respuesta al principal “escollo” que plantea la transmisión de la responsabilidad en caso de absorción de la empresa infractora: la vulneración del principio de culpabilidad, en concreto, la responsabilidad por hecho de “otro”, principio que, según la opinión mayoritaria, resulta aplicable tanto en el ámbito del Derecho penal como en el ámbito del Derecho administrativo sancionador⁵⁹⁹.

La doctrina de la “continuidad económica y funcional” se utiliza para determinar quién es el sujeto responsable en caso de sucesión de empresas; aplica un criterio “material” o “realista” para determinar si estamos ante personas “realmente” distintas o no; atiende a la realidad “empresarial”, a la empresa que se transmite a consecuencia de la fusión o absorción; en suma, al hecho económico, más que a las formas del Derecho de sociedades elegidas por los particulares.

Si bien la formulación de la doctrina se ha realizado en términos generales, se ha aplicado en supuestos en los que la empresa absorbida había dejado de existir; por tanto, la consideración de la responsabilidad por la actuación ilícita de la empresa absorbida como elemento del “patrimonio pasivo”, que se transmite *ipso iure* a la sociedad absorbente⁶⁰⁰, evita que la responsabilidad se extinga.

Es importante señalar, por otra parte, que a diferencia de lo que ocurre en Francia o en Holanda, nuestro art. 130.2 CP prevé expresamente el traslado o extensión de la

appliquée. Le procureur de la République informe de cette saisine la personne morale mise en cause et, le cas échéant, la victime ...”

⁵⁹⁷ Estas obligaciones son las siguientes: multa proporcional al volumen de negocios de la empresa adquirida; llevar a cabo un programa de *compliance* bajo la supervisión de la AFA por una duración máxima de tres años.

⁵⁹⁸ KIRRY, A.F., DAVIS, F.T. y BISCH, A.: “French Anti-Corruption Authority Raises Alarm About M&A Transactions”, 2019. Disponible en https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions/.

⁵⁹⁹ Sobre el alcance del principio de culpabilidad respecto a las personas jurídicas en el ámbito sancionador en nuestro país, vid. GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, Í.: “Derecho administrativo sancionador. Parte general”, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, pp. 491-515. Sobre la diferenciación entre ilícito penal e ilícito administrativo, vid. ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: “Lección 9”, en ZUGALDIA ESPINAR, J.M. (dir.): Derecho Penal. Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 193. La sentencia de la *Cour de cassation* de 25 de noviembre de 2020 hace referencia a la aplicación de dicho principio en el ámbito del Derecho sancionador francés.

⁶⁰⁰ Sobre la inclusión de la responsabilidad penal en el ámbito de la sucesión universal sin una expresa previsión legal, vid. Epígrafe 1.9 del Bloque III, capítulo 1 (sucesión universal).

responsabilidad penal, por lo que no es preciso, para fundamentar la transmisión, recurrir a los efectos previstos en las directivas europeas (que no se refieren a todas las fusiones o escisiones, sino a las que se llevan a cabo entre determinados tipos de sociedades mercantiles); el ámbito objetivo del art. 130.2 CP abarca, como vimos (Bloque I), cualquier fusión o escisión de personas jurídicas (lo que requiere, eso sí, una ley que expresamente prevea este tipo de operación para la persona jurídica de que se trate).

El Derecho de la UE no contiene una disposición que establezca que la responsabilidad penal de la empresa adquirida por fusión o escisión se transmite a la empresa adquirente, como no podía ser de otra forma, dado que no todos los Estados han introducido la RPPJ. Sin embargo, sí establece unos efectos que operan *ipso iure* en caso de fusión o escisión. Al mismo tiempo, tanto el TJUE como el TEDH consideran que la transmisión de la responsabilidad por la conducta ilícita de la sociedad absorbida no vulnera el principio de personalidad de las penas por el simple hecho de que, formalmente, se trate de sociedades “distintas”.

La doctrina se aplica tanto cuando las empresas participantes en la fusión pertenecen al mismo grupo (sentencia del TEDH de 1 de octubre de 2019 -Carrefour France-) como cuando la fusión o absorción se lleva a cabo entre empresas no vinculadas, es decir, que no pertenecen a un mismo grupo empresarial (así, STJUE de 14 de marzo de 2019, STJUE de 5 de marzo de 2015 -Modelo Continente- o sentencia de la *Cour de cassation* de 25 de noviembre de 2020).

En los casos resueltos por el TJUE y el TEDH no se trataba de procedimientos penales, aunque sí eran procedimientos sancionadores e incluso, en la STEDH, Carrefour France, la multa fue considerada de naturaleza penal por su elevada cuantía y el tribunal declaró expresamente que la doctrina era aplicable en el ámbito penal para imputar a la sociedad absorbente. El Alto Tribunal francés (S. de 25 de noviembre de 2020), por otra parte, aplica la doctrina en un procedimiento penal.

Conviene resaltar, para concluir, que la *ratio* de la doctrina es evitar la impunidad que se produciría si la responsabilidad se extinguiera con la disolución sin liquidación de la sociedad fusionada o escindida. El TJUE invoca el principio de eficacia de las normas vulneradas (v.g., art. 101 TFUE), negando que se vulnere el principio de personalidad cuando se exige responsabilidad a la empresa que sucede a la originariamente responsable del delito.

Imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando esta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C-448/11 P, no publicada, EU:C:2013:801, apartado 23 y jurisprudencia citada)

6. Doctrina del “levantamiento del velo” como fundamento de la RP de la entidad adquirente

6.1 Planteamiento

Como hemos visto, la doctrina de la continuidad económica de la empresa pone el acento en la realidad económica que subyace a la forma jurídica. Este planteamiento no es nuevo, se ha utilizado también para resolver problemas distintos al de la responsabilidad en caso de sucesión de empresas. Así, se tiene en cuenta esta realidad cuando se aplica la doctrina del “levantamiento del velo”, que supone desconocer la personalidad jurídica propia de la sociedad, tomando en consideración a sus socios, cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica ampararía actuaciones fraudulentas de los socios que se esconden tras el velo o pantalla de aquella⁶⁰¹.

No compartimos, sin embargo, la propuesta de Urbano Castrillo⁶⁰², para quien “mediante la aplicación del “levantamiento del velo” en lo que resulte necesario, se evita la impunidad, ex art. 130.2 CP, de las personas jurídicas que se transformen, fusionen, o las que resulten de una absorción o escisión, así como las que encubran una persona jurídica anterior, cuyo funcionamiento revele ser sustancialmente idéntico a aquella”. Es cierto que la doctrina del levantamiento del velo y la doctrina de la continuidad económica presentan rasgos comunes, derivados de un enfoque económico frente a “formalismos” societarios. Pero las doctrinas son distintas y no creemos que se pueda sostener que el levantamiento del velo es el fundamento del art. 130.2 CP. Exponemos aquí las razones que nos llevan a esta conclusión. Consideramos, sin embargo, que la doctrina del levantamiento del velo, en ciertos casos de operaciones intragrupo, permite imputar y exigir responsabilidad penal a la entidad sucesora, cuestión que examinaremos en el capítulo 2 del Bloque III, dedicado al análisis de los supuestos.

Para evitar inútiles reiteraciones, partimos de la presentación de la doctrina realizada en el apartado 2.6.5 del Bloque I, a propósito de la delimitación del concepto de persona jurídica, a la que nos remitimos para mayor detalle sobre su origen y desarrollo.

6.2 Concepto

La doctrina del levantamiento del velo es de origen jurisprudencial y su aplicación no está exenta de críticas, principalmente, debido a la incertidumbre sobre los supuestos en los que debe ser aplicada. Así, no faltan autores que defienden que la aplicación del fraude de ley, abuso de derecho y la buena fe, que tienen una base legal, conducen al mismo resultado, ofreciendo mayor certeza y seguridad jurídica⁶⁰³.

⁶⁰¹ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho Mercantil”, 2022, *ibid.*, p. 793 y p. 834, con cita de LOPEZ BUSTABAD, I en RDM n.º 195, 2015.

⁶⁰² URBANO CASTRILLO, E.: “Autoría y responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, 2018, Pamplona, Aranzadi, p. 301.

⁶⁰³ ALVAREZ ROYO, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, pp. 319-323.

La STS (Sala de lo Civil) núm. 326/2013, de 16 de mayo de 2013⁶⁰⁴, con cita de las STS de 19 de septiembre de 2007, 28 de febrero de 2008 y 14 de octubre de 2010, utiliza el concepto siguiente:

“un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros" -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas (STS 29 de junio de 2006 , y las que en ella se citan)”; “supone, en definitiva, un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso”.

La personalidad jurídica es una técnica jurídica que, en determinados casos, debe ser “desconocida” o “atravesada”, tomando en consideración a sus socios, lo que puede ocurrir en tres casos: (i) por disposición legal, (ii) por pacto expreso de prescindir en las relaciones entre las partes de la personalidad jurídica de la sociedad y (iii) por resolución de los Tribunales, por abuso de derecho, cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica ampararía actuaciones fraudulentas de los socios que se esconden tras el velo de aquella (el fraude es elemento esencial)⁶⁰⁵. Se trata, en suma, del empleo abusivo de la personalidad jurídica.

Los autores se dividen entre los partidarios de aplicar la doctrina sólo en determinados grupos de casos⁶⁰⁶ y aquellos que son contrarios a restringir su aplicación a supuestos predeterminados. La jurisprudencia, en estos casos, en realidad no “desconoce” la

⁶⁰⁴ La entidad matriz aportó a su filial Vallehermoso Promoción, SAT, de la que era único socio, la rama de promoción inmobiliaria, “separándose de su condición de promotora de la obra para transferirla a su filial, buscando en esta operación una confusión societaria determinada por la clara intención de eludir su responsabilidad como sociedad que efectúa realmente la promoción, y como consecuencia desproteger a los ulteriores compradores”.

⁶⁰⁵ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho Mercantil”, *ibid.*, pp. 792-793; Para un análisis de la jurisprudencia sobre esta materia, *vid.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La Doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia”, Madrid, Thomson-Civitas, 2017.

⁶⁰⁶ Unidad de empresa o confusión de patrimonios (unidad de caja, de plantillas laborales, etc.); infracapitalización (en la mayoría de casos, para declarar la responsabilidad de la sociedad dominante); control o dirección externa plenos (este grupo de casos se aplica sobre todo en el derecho de la competencia); y el grupo de casos más genérico de uso fraudulento de la personalidad jurídica (fraude de ley, por ejemplo, para fingir pluralidad de concursantes en una subasta o para eludir el régimen del traspaso de local de negocios, o fraude de acreedores, por ejemplo, los casos de “póker de carteras” como Torras, Ercros y Banesto (VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho Mercantil”, *ibid.*, pp. 795-796).

personalidad jurídica de la sociedad, sino que añade la responsabilidad de los socios de control que abusan de ella a la responsabilidad patrimonio social⁶⁰⁷.

6.3 Doctrina jurisprudencial

La STS de la Sala de lo Civil nº 673/2021, de 5 de octubre de 2021⁶⁰⁸ (ponente J.M. DIAZ FRAILE) aplica la doctrina del levantamiento del velo en un supuesto en el que los demandados consiguieron, mediante una maniobra amparada en la normativa mercantil, evadir sus obligaciones de pago frente a la constructora. El razonamiento es el siguiente:

“el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias - son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso - sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (sentencias 670/2010, de 4 de noviembre, 718/2011, de 13 de octubre, 326/2012, de 30 de mayo, y 47/2018, de 30 de enero) (FJ 8)(...) la estrecha conexión que guarda la doctrina del levantamiento del velo con la figura del abuso del derecho y con la noción del fraude de ley (artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil) viene a resaltar el fundamento primario expuesto en la medida en que ambas figuras constituyen formas típicas de un ejercicio extralimitado del derecho contrario al principio de buena fe (FJ 9.3)

Pero la jurisprudencia insiste también en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio). Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que pongan en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan numerus clausus (FJ 9.4).

En el supuesto examinado por la STS Civil sección 1 n.º 796/2012 de 3 de enero de 2013, caso Ramón Vizcaino (ponente, I. SANCHO GARGALLO), la entidad demandada llevó a cabo un proceso de escisiones para defraudar a un acreedor concreto. La sentencia aplica la doctrina del levantamiento del velo y declara la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo, tras constatar que la finalidad perseguida era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, para

⁶⁰⁷ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho Mercantil”, *ibid.*, p. 796.

⁶⁰⁸ ECLI:ES:TS:2021:3610.

que sus activos presentes y futuros no respondieran de aquella deuda, a la vez que se provocaba la quiebra de la deudora originaria, para remitir a ella al acreedor⁶⁰⁹.

RAMOS MUÑOZ⁶¹⁰ señala que el tribunal distingue entre los supuestos de confusión de patrimonios y personalidades (habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios) y la sucesión empresarial o empleo abusivo de la personalidad en fraude de terceros. En caso de sucesión, el motivo del levantamiento del velo exige demostrar una voluntad fraudulenta. El criterio aplicado parece ser más el elemento subjetivo de la incorrección de la conducta que el objetivo de la situación patrimonial de cada sociedad. En otras ocasiones⁶¹¹, sin embargo, el TS ha distinguido según si la sociedad fue creada o no con propósito fraudulento

En el ámbito penal, la STS n.º 105/2017⁶¹², de 21-2-2017 (ponente BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE), a propósito de la aplicación del art. 31 CP, declaraba lo siguiente:

“las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden "correr el velo" tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social. Y conforme a esta doctrina se puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

En la jurisprudencia citada se añade que la "teoría del levantamiento del velo" establece qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor,

⁶⁰⁹ Aparte del propio entramado de sociedades, hay circunstancias muy significativas que conducen a concluir que ha existido un fraude de ley: la importancia cuantitativa del crédito del actor (4.847.047 euros); que, a pesar de que ahora ya no se discuta su existencia, no apareciera en la contabilidad de la sociedad originariamente deudora, Ramón Vizcaino, S.A.; y que después de que hubiera sido formalmente requerida de pago por el acreedor, comenzara un proceso complejo en el que se crea un entramado societario confuso, que dificulta al acreedor identificar a su deudor y contribuye a distraer los activos que deberían servir para satisfacer dicha deuda. La sociedad deudora (Ramón Vizcaino, S.A.), después de ser requerida de pago, hace una escisión parcial, luego crea otra sociedad (Ramón Vizcaino Internacional, S.A.), se cambia de denominación social (Tecfrindus, S.A.) y se declara en quiebra; la sociedad escindida (Internacional de Refrigeración RV, S.A.), más tarde, cambia de denominación social (Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.), adquiere las acciones de Ramón Vizcaino Internacional, S.A. y se escinde parcialmente; y la sociedad beneficiaria de esta segunda escisión (GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L.), a la que le habían sido transmitidas las acciones Ramón Vizcaino Internacional, S.A., compra después el 91,04% del capital social de la sociedad de la que había sido escindida (Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A.).

⁶¹⁰ RAMOS MUÑOZ, D.: “Reestructuración de grupo, responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión/segregación parcial y levantamiento del velo”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, n.º 93, Civitas, 2013.

⁶¹¹ STS de 29 de junio de 2006, RJ 2006, 3976, citada por el autor.

⁶¹² Cita a su vez las STS n.º 274/96 de 20 de mayo y n.º 79/2002, de 24 de enero.

no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el levantamiento del velo no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia.

6.4 Conclusión: mecanismo alternativo a la sucesión universal

La doctrina del levantamiento del velo permite tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente del título constitutivo de la sociedad⁶¹³. Las formas del derecho de sociedades de las que se valga el autor no son decisivas o determinantes, de modo que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas⁶¹⁴.

La Sala Segunda del TS ya venía admitiendo la necesidad de tomar en consideración la realidad económica y no la estructura formal en la aplicación del artículo 31 CP⁶¹⁵. La aplicación de la teoría del levantamiento del velo proscribía la prevalencia formal de la personalidad jurídica que se ha creado en fraude de Ley o para perjudicar derechos a terceros⁶¹⁶.

Como vemos, esta doctrina exige la concurrencia de una serie de requisitos que no necesariamente han de concurrir en los supuestos previstos en el apartado primero del art. 130.2 CP. No concurrirán cuando se trate de una mera transformación de la sociedad en un tipo distinto. La doctrina tampoco tiene virtualidad en caso de fusión, ya que necesariamente la entidad precedente habrá desaparecido, por lo que solo se podrá dirigir la acción contra la sucesora. Considerar que el propio artículo es una plasmación de la doctrina del levantamiento del velo resulta incompatible con el propio fundamento y carácter excepcional de la misma, de aplicación limitada a unos supuestos concretos, entre los que no se incluyen, por el mero hecho de serlo, las modificaciones estructurales.

En suma, la doctrina del levantamiento del velo no es el fundamento del art. 130.2 CP, pero ofrece un doble interés:

- a) como precedente de la atención prestada por nuestros tribunales a un instrumento de creación jurisprudencial extranjera que pone el acento en la denominada “realidad económica” de la empresa;
- b) por otra parte, constituye un **fundamento alternativo a la sucesión universal** que permite exigir responsabilidad penal:

⁶¹³ CADENA SERRANO, F.A., “El estatuto penal de la persona jurídica” en *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 693.

⁶¹⁴ CADENA SERRANO, F.A., “El estatuto penal de la persona jurídica”, *ibid.*

⁶¹⁵ El art. 31 CP no es un precedente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino un medio de sancionar a la persona física que se ocultaba bajo la sociedad, apunta CADENA SERRANO (“El estatuto de la persona jurídica”, *ibid.*, p. 694).

⁶¹⁶ CADENA SERRANO, F.A.: “El estatuto de la persona jurídica”, *ibid.*, p. 691.

- a las entidades beneficiarias de una escisión intragrupo sin sucesión universal en la parte contaminada; es decir, puede no haber sucesión, pero puede haber responsabilidad penal si resulta aplicable la doctrina del levantamiento del velo; en este caso, se considera que estamos ante una sola “persona” (aunque formalmente se trate de varias personas jurídicas), que responde en virtud de lo previsto en el art. 31 bis CP, no en virtud de la regla de traslado o extensión prevista en el 130.2 CP.

- a la adquirente de la empresa contaminada en caso de disolución fraudulenta llevada a cabo dentro de un grupo de empresas, complementando el régimen previsto en el segundo apartado del art. 1302. CP.

BLOQUE III

1. La sucesión universal, fundamento de la RP de la empresa adquirente

1.1 Introducción

La sucesión universal es la institución que, en nuestro Derecho, permite la subsistencia de las relaciones jurídicas tras la extinción de una persona, evitando en ese momento la liquidación de todo su patrimonio (es decir, el cobro de los créditos, el pago de las deudas y la terminación de todos los contratos). El derecho mercantil importa esta institución del derecho de sucesiones para posibilitar la disolución sin liquidación de las sociedades en un proceso de reforma del Derecho de sociedades impuesto por la normativa comunitaria⁶¹⁷.

Según la tesis que aquí se defiende, la sucesión universal que se produce como consecuencia de una fusión o escisión permite una lectura constitucional del art. 130.2 CP y sirve de fundamento a que (i) estas operaciones no sean causa de extinción de la responsabilidad penal de la empresa fusionada o escindida y (ii) que la entidad sucesora se considera “la misma”, y no “otra”, que la persona jurídica originariamente responsable del delito. Se trata de un mecanismo jurídico de mayor alcance que la mera transmisión de los elementos del activo y pasivo que conforman el patrimonio de una persona jurídica. No se trata solo de “sucesión” (sucesión de empresa a efectos laborales o tributarios, por ejemplo), sino de una subrogación en la misma posición jurídica mediante “sucesión universal”.

Solo desde el desconocimiento de esta institución se explican algunas de las críticas vertidas a la regla de extensión de la punibilidad recogida en el art. 130.2 CP primer párrafo. El fundamento de la norma es la sucesión universal en virtud de la cual la empresa sucesora se subroga en la posición jurídica de la predecesora y no, como erróneamente se ha interpretado, incluso por el propio legislador⁶¹⁸, el castigo de las maniobras fraudulentas para eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la transformación, fusión o escisión. Para combatir maniobras fraudulentas está el apartado segundo del art. 130.2 CP y otros mecanismos jurídicos como la doctrina del fraude de ley o abuso del derecho (utilización abusiva de la personalidad jurídica).

Dada la falta de atención a esta institución en el campo penal, las obras que han servido de referencia en la elaboración de este estudio provienen principalmente del Derecho civil y, especialmente, del Derecho de sociedades. Vaya por delante que hasta en estos campos la atención ha sido más bien escasa, quizá porque al Derecho de sucesiones (parte del Derecho privado que regula la sucesión mortis causa) no le interesa la sucesión universal inter vivos, y al Derecho de sociedades le ha bastado atender a sus efectos al implementar las directivas comunitarias sobre fusión y escisión⁶¹⁹.

⁶¹⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal en las modificaciones estructurales”, 2017, *ibid.*, p. 66.

⁶¹⁸ Exposición de motivos de la reforma del CP de 2010 que introdujo el precepto.

⁶¹⁹ Destacan en este campo las aportaciones sobre el efecto de la sucesión en las modificaciones estructurales con efecto traslativo (fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo) de CONDE TEJÓN,

1.2 Concepto

La sucesión universal, aunque sea una institución originaria del derecho de sucesiones, es un concepto más amplio que se refiere a la transmisión de cualquier relación jurídica que se mantiene inalterada, como es el caso del régimen de transmisión que opera en las modificaciones estructurales.⁶²⁰ A diferencia de lo que ocurre en el derecho de sucesiones, donde solo opera tras la muerte de la persona física, en el ámbito de las modificaciones estructurales no se requiere la extinción de la sociedad transmitente o cedente. Por ello, hay sucesión universal no solo en la fusión y en la escisión total (medios de extinción de la sociedad distintos del proceso ordinario de disolución y liquidación⁶²¹), sino también en la escisión parcial, en la segregación y en la cesión global de activo y pasivo.

Siguiendo a LACRUZ⁶²² podemos decir que la sucesión es el fenómeno por el que una persona subentra en el puesto de otra, en una relación jurídica que, a pesar de la transmisión, sigue siendo la misma. No basta, para que exista sucesión en sentido técnico, que una o más personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como titular de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones; es necesario, además, que no haya novación, es decir, que no se produzca la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva. Por ello, el autor prefiere hablar de subrogación en lugar de transmisión, porque hace referencia al hecho de colocarse en lugar de otro, sin alteración de la relación jurídica. Resultan ilustrativas las palabras con las que el maestro cierra la primera página de la obra dedicada a las sucesiones:

*“El sucesor universal asume la posición que tenía antes otro titular, respecto a un mismo patrimonio, pero no sirve a otra personalidad, la sustituye con la suya propia”*⁶²³

La sucesión puede ser *inter vivos* y *mortis causa*, y puede ser tanto universal como particular (por ejemplo, la escisión parcial o el legado). Lo que caracteriza la sucesión universal frente a la sucesión particular no se encuentra en la pluralidad de elementos que se transmiten, sino en cómo se produce esa transmisión. La sucesión universal produce la “transmisión” *uno ictu*, de un solo golpe, por un título único, sin las formalidades y requisitos que de ordinario se exigen para la transmisión⁶²⁴.

Ahora bien, la sucesión universal *mortis causa* que caracteriza nuestro sistema, de tradición romana, no es el único posible. El Derecho inglés, por ejemplo, sigue un procedimiento que recuerda a las situaciones concursales, ya que la persona que se hace cargo de la herencia es el *executor*, un administrador encargado de liquidar la sucesión, no el heredero (según la nomenclatura romana)⁶²⁵. Ello puede explicar que los sistemas del *common law* y aquellos en los que el derecho de sucesiones ha tenido influencias

con la obra fruto de su tesis doctoral sobre la cesión global de activo y pasivo (publicada en 2004) y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, con una interesante monografía de 2017.

⁶²⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p.56.

⁶²¹ OLEO BENET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid, 1995, pp. 63 y 66.

⁶²² LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones”, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, p. 1.

⁶²³ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V”, *ibid.*, p. 1.

⁶²⁴ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 322; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 56.

⁶²⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V”, *ibid.*, p. 3.

distintas al nuestro (los Derechos de raíz germánica), se acuda a conceptos como la “continuidad económica” de la empresa para explicar la transmisión del patrimonio en caso de modificaciones estructurales. La llamada a la “continuidad” lo que hace, a nuestro entender, es poner el foco en lo que podemos considerar el “efecto” de la sucesión universal. No hay verdadera extinción de la empresa (fusionada, escindida), sino que “continúa” existiendo en la sucesora. Se evita así la extinción de las relaciones jurídicas de la antecesora, siendo así que dicha extinción sería consecuencia obligada de la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad si no existiera una expresa previsión legal que dispusiera otra cosa, como ocurre, precisamente, en el ámbito de las fusiones y escisiones. Este enfoque, que pone el acento en la continuidad, ya lo encontramos en un sector doctrinal que, inspirado en el primitivo Derecho romano y en los herederos de sangre de los Derechos de raíz germánica, califica al heredero como “continuador de la personalidad” del causante, al entender que es algo más que un sucesor en los bienes, que representa al difunto, continuando su personalidad. Esta posición es criticada por LACRUZ, señalando que el heredero es titular de las relaciones hereditarias en nombre propio, no en nombre del causante⁶²⁶, aunque admite que tiene la virtud de explicar que pasen al heredero derechos intransmisibles de otro modo⁶²⁷.

1.3 Teorías sobre la naturaleza de la sucesión universal en las ME

La doctrina italiana⁶²⁸, en general, rechaza la analogía de la sucesión en las modificaciones estructurales con la sucesión *mortis causa* por (i) falta de identidad en la causa -muerte, en el caso de personas físicas, frente a la transmisión del patrimonio en bloque, en caso de fusión o escisión- y (ii) en la finalidad⁶²⁹ -evitar la situación de vacío en las relaciones jurídicas que se produce como consecuencia de la muerte de la persona física, frente al objetivo de facilitar la adaptación de las empresas al mercado mediante la transmisión en bloque del patrimonio-.

Sobre la naturaleza de la fusión o escisión podemos encontrar diversos planteamientos:

- a) La **doctrina de la compenetración de los grupos sociales** pone el acento en el negocio modificativo de la organización social; la fusión⁶³⁰ no es un mecanismo de extinción del vínculo social, sino que se crea un nuevo círculo societario (compenetración) y, como consecuencia, se extingue la sociedad fusionada como sujeto de derecho (su personalidad)⁶³¹.
- b) La **doctrina de la sucesión teleológica** (con menor predicamento) encuentra el fundamento de la sucesión de la persona jurídica en la permanencia y consecución de sus fines: el patrimonio permanece para el cumplimiento de los fines sociales. A esta doctrina se le critica que considere la extinción del ente como presupuesto de la

⁶²⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V”, *ibid.*, p. 13.

⁶²⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V”, *ibid.*, p. 14.

⁶²⁸ La primera modificación estructural que se estudió fue la fusión. Después vendría la escisión, cuya regulación se realiza por remisión al régimen de la fusión.

⁶²⁹ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 83.

⁶³⁰ La teoría se desarrolla sobre la fusión, figura que fue reconocida legalmente con anterioridad a la escisión.

⁶³¹ SOPRANO, FERRI, SIMONETO, GALGANO, citados por OLEO BANET en “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 84. OLEO, siguiendo a GIRÓN, critica esta doctrina, señalando que la modificación de estatutos no puede ser causa por sí misma de la sucesión patrimonial, ya que esto presupone una vinculación externa de sujetos jurídicos diferentes. Además, en algunos casos, puede no producirse (por ejemplo, cuando no resulte necesario aumentar el capital porque la entidad absorbente tenga autocarartera suficiente, o se trate de una filial íntegramente participada).

sucesión y de una pretendida pervivencia del fin asociativo en esta eventualidad, siendo así que la extinción de los entes colectivos es fruto de determinados procesos (liquidación, fusión y escisión total) destinados a cortar los vínculos existentes entre personalidad y patrimonio, y no a la inversa⁶³².

En España⁶³³, para explicar la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades (supuesto que recibió una atención más temprana que la escisión), RUBIO ha propuesto la **tesis contractualista**, que la concibe como un negocio de naturaleza corporativa (la modificación estatutaria es el elemento definidor de la fusión), centrándose, por tanto, en los aspectos internos: la fusión es un contrato celebrado entre las sociedades participantes en el proceso. Otro sector doctrinal (GARRIGUES, CÁMARA ÁLVAREZ) defiende una **consideración mixta del negocio de fusión**, destacando, además de su naturaleza contractual, la dimensión corporativa que tiene la fusión para las sociedades. **Las tesis corporativas** (URÍA, VICENT CHULIÁ) ven la fusión como un negocio de Derecho corporativo.

Desde una postura partidaria de aglutinar las tesis contractualistas y corporativas, se propugna que la fusión y la escisión no agotan sus efectos en el ámbito interno de cada una de las sociedades participantes, sino que tienen efecto en un ámbito multilateral, especialmente cuando intervienen sociedades beneficiarias preexistentes. Las tesis corporativas ofrecen una visión parcial del fenómeno, deben complementarse con las tesis contractualistas. La persona jurídica tiene dos ámbitos de actuación: interno y externo, ambas conectadas de forma funcional, y no se puede explicar el proceso interno de fusión/escisión (los acuerdos de las juntas generales) sin tener en cuenta el convenio entre las sociedades participantes (entre los órganos de representación y gestión). Se propone por ello que la sucesión en las relaciones patrimoniales de la sociedad fusionada o escindida solo se justifica por su carácter de efecto *ex lege*⁶³⁴.

Veamos a continuación cómo se explica el fenómeno sucesorio propiamente dicho, es decir, la sucesión universal.

1.3.1 Teoría traslativa

Desde la teoría traslativa, la fusión se ve como un proceso de extinción de una sociedad que tiene como consecuencia la transmisión de todo su patrimonio a otra. Unos la asemejan a la sucesión *mortis causa*, porque tiene su origen en la extinción de la sociedad, y otros consideran que se trata de una transmisión *inter vivos*, por tener su origen en el acuerdo de fusión⁶³⁵.

Parece adscribirse a esta teoría SCAIANSCHI MÁRQUEZ⁶³⁶, al sostener, en relación a la fusión, que la absorbente no asume la personalidad jurídica de la sociedad extinta,

⁶³² FERRARA y, en nuestra doctrina, GARRIGUES, DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, citados por OLEO BANET en “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, pp. 85-86. Para el autor, ambas doctrinas no resultan excluyentes entre sí.

⁶³³ Resumen de la doctrina de OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 86.

⁶³⁴ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, pp. 88-94.

⁶³⁵ A. GALGANO, citado por ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 74.

⁶³⁶ SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H.: “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 299/2021, de 18 de marzo de 2021)”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55, enero-abril 2022, pp. 307 y 316. En

asume sólo su patrimonio”, lo que le lleva a concluir que la situación de concursada o insolvente es una situación personalísima, no transmisible a la sociedad absorbente. Defiende que las modificaciones estructurales traslativas son mecanismos para la transmisión de contenido patrimonial, de forma que, en caso de fusión por absorción de la sociedad concursada, la absorbente hereda las deudas, pero no la situación de concursada ni de insolvente.

1.3.2 Teoría modificativa

Desde esta doctrina se propugna que no hay extinción de ninguna empresa ni, por tanto, tampoco transmisión de ningún patrimonio, sino una integración patrimonial. La esencia de la fusión no se encuentra en la extinción societaria sino en la reorganización empresarial. No hay extinción del contrato de sociedad sino modificación, subsistiendo la organización empresarial⁶³⁷. Este enfoque supone negar la existencia de transmisión y, por tanto, el cambio del sujeto titular, poniendo de relieve la continuidad de la empresa. Lo que subyace en esta teoría es el propósito de evitar la aplicación de las normas que rigen la transmisión, consiguiendo de esta forma que las relaciones jurídicas queden inalteradas y que no sea necesario cumplir los requisitos que con carácter general son exigidos para que se produzca la transmisión.

La doctrina italiana más moderna representada por MANTOVANI considera que la teoría de la continuación de la empresa y de modificación del contrato es compatible con la transmisión patrimonial y por tanto con la sucesión universal. Las teorías modificativas subrayan la importancia de la continuidad de la empresa y la necesidad de no obstaculizar la transmisión del conjunto patrimonial⁶³⁸.

1.4 La sucesión universal en caso de fusión o escisión

La sucesión universal es un **mecanismo especial** de transmisión de los elementos patrimoniales que se adoptó, en primer lugar, para la operación de fusión, al tratarse de la primera modificación estructural reconocida por el legislador. Este mismo mecanismo se adoptó posteriormente para las restantes operaciones de modificación estructural⁶³⁹. Con anterioridad a la LME, un sector doctrinal⁶⁴⁰ diferenciaba entre “traspaso en bloque” y “sucesión universal” para poner en duda que, en caso de escisión parcial, existiera sucesión universal. El art. 70.1º LME establece ya de forma expresa que también en la escisión parcial se produce una sucesión universal en el activo y pasivo de la sociedad escindida.

Por ello, debemos precisar que cuando utilizamos el término “transmisión” en el ámbito de las fusiones y escisiones nos referimos al **cambio de titular** que se produce como consecuencia de una modificación estructural; en este caso no se produce una simple

contra de la tesis del autor, la SAP 299/2021 declaraba el mantenimiento del concurso de la concursada absorbida, “no obstante su extinción derivada de la fusión por absorción”.

⁶³⁷ C. SANTAGATA, citado por ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 75.

⁶³⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 76.

⁶³⁹ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 384.

⁶⁴⁰ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, 2002. *Vid* apartados 1.7 y 1.8 de este capítulo. *Vid* sobre esta cuestión FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, *ibid.*, p. 29.

transmisión, sino una sucesión automática, o sustitución, en la titularidad de los elementos patrimoniales afectados por la operación. Este especial modo de transmisión implica, en la generalidad de casos, una sustitución automática en la titularidad de los elementos patrimoniales, sin necesidad de respetar las normas particulares de circulación de cada elemento en concreto, lo que supone una clara ventaja respecto a las normas de la sucesión particular. CONDE TEJÓN se refiere, por ello, a la **continuidad en la titularidad** de los elementos transmitidos⁶⁴¹.

Este mecanismo de transmisión se compensa con especiales normas de tutela. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA propone hablar de **sustitución** en lugar de transmisión, de tal forma que la transmitente es sustituida por la adquirente en todas las relaciones jurídicas. La característica principal del sistema de la sucesión universal es que el sucesor se coloca en la posición del transmitente, lo que implica que no se modifican las relaciones ni se tienen que aplicar las reglas de la transmisión de derechos y obligaciones.

Lo relevante, para la correcta interpretación del art. 130.2 CP, es que cuando en una modificación estructural se produce la extinción de la entidad transmitente, esta no se lleva a cabo mediante la disolución seguida de liquidación, sino que la entidad se libera del pasivo y de los contratos pendientes de ejecución al transmitirlos a otra entidad. Por lo tanto, para que la entidad transmitente pueda extinguirse es preciso que la transmisión de la totalidad de sus elementos patrimoniales sea válida y efectiva⁶⁴².

1.4.1 Fundamento del régimen de sucesión universal en las ME

El régimen especial establecido para las modificaciones estructurales pretende facilitar la reorganización de las empresas para que se puedan adaptar a las necesidades del mercado y, de forma mediata, mantener el empleo, para lo cual es necesario no solo evitar los obstáculos del régimen de transmisión del derecho común, sino también garantizar la unidad del patrimonio empresarial⁶⁴³. La esencia de las modificaciones estructurales no es la liquidación (extinción) de la empresa, sino permitir su modificación, simplificando el procedimiento de transmisión patrimonial.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la sucesión mortis causa, donde la continuación de la personalidad y la colocación del sucesor en la misma posición del causante es una ficción legal, una construcción de la Ley⁶⁴⁴, en las modificaciones estructurales la continuación tiene un sustrato real, la empresa.

Como señala la STC 50/2011, de 14 de abril de 2011 (Pte: F.J. DELGADO BARRIO), las modificaciones estructurales

“son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la

⁶⁴¹ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 381, 437 y 458 y p. 395.

⁶⁴² CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 382

⁶⁴³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 69.

⁶⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Elementos de Derecho Civil V”, *ibid.*, p. 13. Para el autor, “(l)a mera voluntad de un testador no podría conseguir que el sucesor, simplemente por serlo, asumiera sus deudas incluso respondiendo de ellas con su propio patrimonio o que continuase la posesión tal como la tenía él y sin necesidad de aprehensión material de los bienes”.

consecución de sus propios fines(...) De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas ligadas a la entidad (personalidad) para poder alcanzar el objetivo pretendido con aquellas modificaciones”.

Por otra parte, dado que la sucesión universal en las modificaciones estructurales es la consecuencia de un hecho voluntario y no inevitable (a diferencia de la sucesión mortis causa), la ley puede exigir a las sociedades participantes el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades para que se produzca el efecto de la sucesión universal. También, como proponemos, puede modular los efectos de la sucesión universal para preservar intereses prevalentes.

1.4.2 Efecto

Si bien la finalidad de la sucesión universal es asegurar la **continuidad en la titularidad** de los elementos patrimoniales y relaciones jurídicas objeto de transmisión, las consecuencias de la sucesión universal varían en función de la concreta operación de modificación estructural de que se trate.

Algunos autores han planteado, incluso, si se trata en todos los casos del mismo modo especial de transmisión, la sucesión universal, o se trata en realidad de efectos de naturaleza diversa⁶⁴⁵. En función de los caracteres de la operación, la doctrina alemana⁶⁴⁶ distingue entre:

- a) La **sucesión universal (“unitaria”)**, que designa la transmisión de la totalidad del patrimonio de la entidad transmitente a una única beneficiaria.
- b) La **sucesión universal parcial**, que no afecta a la totalidad del patrimonio de la entidad transmitente de forma unitaria sino a una o varias porciones del mismo (como en la escisión parcial o en la segregación); presenta como particularidades la posible existencia de varias entidades beneficiarias y la posibilidad de que la sociedad transmitente no se extinga.
- c) La **“Identität”** (identidad), caracterizado por la identificación entre el anterior titular y el nuevo. Tiene lugar en el supuesto de transformación⁶⁴⁷. Esta distinción explica, por ejemplo, que el art. 228 LSA no hablara de transmisión a título universal, sino de continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 374.

⁶⁴⁶ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 385-386

⁶⁴⁷ Distingue entre identidad (aplicable a la transformación) y sucesión, PULGAR EZQUERRA, J. en “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. II, Aranzadi, 2009, pp. 729-769.

⁶⁴⁸ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 376-377. El autor señala que en la transformación no se produce ninguna transmisión, por lo que una parte de la doctrina alemana defendía que la transformación no goza del efecto de sucesión a título universal sino de un efecto especial denominado “Identität”,

1.5 Límites de la sucesión universal

La sucesión universal es únicamente un mecanismo especial de transmisión, lo que no permite alterar la naturaleza de los elementos patrimoniales transmitidos. Así, por ejemplo, no cabría imponer la división de un contrato pendiente de ejecución entre dos beneficiarias y la contraparte, ya que se estaría alterando el contenido de la relación, salvo que se cuente con el consentimiento de la otra parte, en cuyo caso no se trataría de una transmisión con sucesión universal sino de una novación.

Hay elementos patrimoniales y relaciones jurídicas respecto de las que no es posible operar un cambio de titular, puesto que el titular constituye un elemento configurador de la relación jurídica, de forma que un cambio de titular provocaría una alteración del propio elemento patrimonial, o la prestación deja de tener sentido o se convierte en excesivamente onerosa, de forma que excede los límites de lo pactado en el momento en que nació la relación jurídica (contratos pendientes de ejecución, relaciones personalísimas y relaciones basadas en la confianza)⁶⁴⁹.

Frente a la tentación de alentar la conversión de la responsabilidad penal en un nuevo límite, hay que tener en cuenta que ninguno de los límites anteriores se fundamenta en el hecho mismo del cambio que se produce, sustitución de la entidad predecesora por la sucesora, sino en el perjuicio que podría suponer para otra parte, ajena a la fusión o escisión (o a la cesión global de activo y pasivo), verse obligada a continuar en unas condiciones esencialmente diferentes de las pactadas.

1.6 Caracteres

1.6.1 Ex lege y excepcional

La sucesión universal, como derogación del régimen general de transmisión de derechos y obligaciones, tiene carácter **ex lege**⁶⁵⁰, es decir, se reconoce solo en aquellos casos expresamente previstos por el legislador, que en derecho español son la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo

Es un efecto **excepcional**, que contiene unos mecanismos especiales de tutela de los intereses de las partes afectadas, con el objetivo de facilitar que las empresas puedan

caracterizado por la identificación entre el anterior titular y el nuevo. Haciéndose eco de esta postura, el art. 228 LSA no hablaba de transmisión a título universal, sino de continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad, lo que podría denotar un efecto propio para la transformación, en el que la sustitución en la titularidad de los elementos patrimoniales es total, mientras que en las restantes modificaciones estructurales se produce el efecto de sucesión universal, que implica que la transmisión no debe cumplir las formalidades de circulación de cada elemento patrimonial, pero que no implica la sustitución automática en la titularidad de elementos patrimoniales, pues existen determinadas relaciones jurídicas que no pueden transmitirse o deben hacerlo respetando requisitos especiales. Concluye que es una distinción estéril. En todas las operaciones se produce una sucesión en la titularidad del patrimonio conforme a unas normas especiales que se identifican con el nombre de sucesión universal. El modo de transmisión en la transformación no tiene una naturaleza distinta.

⁶⁴⁹ CONDE TEJÓN, A: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 397 y 460.

⁶⁵⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 101. Para CONDE TEJÓN (“La cesión global”, *ibid.*, p. 340), el efecto especial de la sucesión universal “tan solo puede darse en aquellos casos en los que la ley prevé de forma expresa su aplicación”.

llevar a cabo la modificación estructural necesaria⁶⁵¹. No hay sucesión universal en aquellos supuestos en los que no está prevista legalmente, lo que ha llevado a la doctrina mercantil a hablar de un principio de tipicidad⁶⁵². Ese carácter excepcional impide que la sucesión universal se pueda aplicar de forma analógica a supuestos no previstos por el legislador⁶⁵³.

Para ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, su carácter *ex lege* no implica que haya que hacer una interpretación estricta en el supuesto de hecho al que la norma asigna tal efecto, ya que su función es facilitar las operaciones para permitir la continuidad de las empresas.

1.6.2 *Ipsa iure*

La sucesión universal se produce *ipso iure*, es decir, automáticamente, cuando se cumple el procedimiento establecido por la ley, de forma que se transmiten todos los derechos y obligaciones de forma simultánea. No cabe considerar que se produce a unos efectos sí y a otros no, fragmentariamente⁶⁵⁴.

Este carácter de la institución se explica por la necesidad de dotar al mercado de seguridad jurídica. Una vez extinguida una sociedad no es posible resucitarla mediante la nulidad de la operación, por lo que, si pervivieran unas relaciones jurídicas de la extinta sociedad y otras no, se crearía una situación de incertidumbre.

1.6.3 *Erga omnes*

La sucesión universal tiene efecto tanto entre las partes, cedente y cesionaria, como frente a terceros. Por ello, la nulidad de la operación se podrá decretar por un defecto del procedimiento, pero no por una reclamación de un tercero⁶⁵⁵.

1.7 Sucesión universal y teoría del título y el modo

El encaje de la sucesión en la teoría traslativa del título y el modo no es pacífico; aunque existe acuerdo en cuanto a la existencia de un título único, no ocurre lo mismo en cuanto al modo⁶⁵⁶.

- a) Un sector doctrinal (ALONSO LEDESMA, CERDÁ ALBERO⁶⁵⁷) entiende que la sucesión universal no exime del cumplimiento de las reglas de circulación de los elementos patrimoniales transmitidos, es decir, del modo específico de cada elemento a transmitir. Defienden que la sucesión universal **no constituye un modo especial de transmisión**.

⁶⁵¹ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 325.

⁶⁵² CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 326 y 374, con cita de MASSAGUER FUENTES, VICENT CHULIÁ, CERDÁ ALBERO y FERNANDEZ DEL POZO.

⁶⁵³ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 374 y 329.

⁶⁵⁴ STS 5136/2016 de 21 de noviembre, citada por ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA en “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 104.

⁶⁵⁵ Art. 47 LME.

⁶⁵⁶ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 398.

⁶⁵⁷ CONDE TEJÓN, A.: “La cesión global”, *ibid.*, p. 399.

- b) El sector mayoritario⁶⁵⁸ defiende que la sucesión universal constituye un **modo especial** de transmisión, que tiene lugar con la inscripción en el Registro Mercantil competente, en el que las normas generales de circulación de los elementos patrimoniales han sido sustituidas por el procedimiento (imperativo, para que se consiga el efecto de la sucesión universal) establecido para cada operación⁶⁵⁹. La transmisión se produce de forma inmediata y automática, con plenos efectos tanto inter partes como frente a terceros, con exención del cumplimiento de las normas generales de circulación. Así, en la transmisión de la propiedad de los bienes, ALVAREZ ROYO-VILLANOVA sostiene que no se aplica el sistema del título y el modo, existe un título único, que es la modificación estructural, y no es necesario un modo específico⁶⁶⁰. No obstante, sí que se deberán cumplir las formalidades de inscripción en registros (Registro de la Propiedad, Oficina de patentes y marcas) o libros especiales (Libro registro de acciones nominativas), no para la adquisición de la plena titularidad del elemento transmitido, sino en cumplimiento de requisitos adicionales (por ejemplo, respecto a la protección de los derechos de terceros conforme a las normas registrales ordinarias o para poder ejercitar los derechos propios del accionista).
- c) Otro sector defiende una **postura intermedia**, distinguiendo supuestos en los que es necesario cumplir ciertas formalidades para que la transmisión despliegue plenos efectos o para que sea posible oponerla a terceros (GUASCH MARTORELL⁶⁶¹).
- d) Para otros (VICENT CHULIA⁶⁶²), el título es el contrato (de fusión, escisión o cesión), y el modo, el otorgamiento de escritura.

1.8 Reconocimiento legal del principio de sucesión universal

1.8.1 Derecho mercantil

La LME establece la transmisión por sucesión universal al regular la fusión⁶⁶³, la escisión⁶⁶⁴ y la cesión global de activo y pasivo⁶⁶⁵. El origen de la regulación hay que buscarlo en la obligación de trasponer a nuestro ordenamiento las Directivas de la UE, normativa que hay que tener en cuenta en cualquier caso al aplicar la legislación nacional, en aplicación del principio de interpretación conforme⁶⁶⁶. Así, ya en 1978, la Tercera Directiva del Consejo de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (78/855/CEE),

⁶⁵⁸ CONDE TEJÓN, A: “La cesión global”, *ibid.*, pp. 401 y 402; ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal”, *ibid.*, p.122.

⁶⁵⁹ El autor distingue entre este modo especial y el modo consistente en la *traditio* instrumental del art. 1492.2 CC, cuyo otorgamiento equivale a la entrega de la cosa.

⁶⁶⁰ El autor se basa en el art. 609 CC, que establece la sucesión hereditaria como modo de adquirir, evitando que el modo sea necesario, siendo el título la propia sucesión hereditaria. Es decir, en las modificaciones estructurales no resulta necesaria la tradición. El art. 609 debe interpretarse en el sentido de incluir la sucesión universal hereditaria y no hereditaria.

⁶⁶¹ CONDE TEJÓN, A: “La cesión global”, *ibid.*, p. 400.

⁶⁶² VICENT CHULIA, F.: La notaría, *ibid.*

⁶⁶³ Arts. 22 y 23 LME.

⁶⁶⁴ Arts. 69 a 71 LME.

⁶⁶⁵ Arts. 81 LME.

⁶⁶⁶ STUE de 13 de noviembre de 1990, asunto n.º C-106/89 (Caso Marleasing).

se refería expresamente a la “transmisión universal” (art. 19 y por remisión el art. 23, referido a la fusión por constitución de nueva sociedad):

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.

Aunque la Directiva 78/855 no está ya en vigor⁶⁶⁷, la norma se recoge en el vigente art. 105.1 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades⁶⁶⁸.

Con anterioridad a la actual legislación, ALONSO LEDESMA⁶⁶⁹ señalaba que la legislación comunitaria sobre escisiones (6ª Directiva) no aludía al mecanismo de transmisión de las relaciones jurídicas, es decir, se refería solamente a la transmisión sin establecer la clase de transmisión, lo que podría explicarse por las circunstancias que concurren en la escisión (pluralidad de adquirentes en la escisión total, por ejemplo; o transmisión de solo parte del patrimonio de una sociedad que no deja de existir) y, junto a ello, la conveniencia de no prejuzgar un sistema traslativo que puede chocar con los principios existentes en los ordenamientos de los Estados miembros.

⁶⁶⁷ La Directiva 78/855 fue derogada por 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 (DO L 110, p. 1) y esta, a su vez, por la actual Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017.

⁶⁶⁸ En concreto, deroga las Directivas 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE y 2012/30/UE.

⁶⁶⁹ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, 2002, *ibid.* Contra la opinión sostenida por OLEO BANET y, como ella misma reconocía, la mayoría de la doctrina, la autora ponía en duda que existiera sucesión universal en la escisión parcial, no solo porque rechazaba la posibilidad de una sucesión universal sin extinción de la persona jurídica transmitente, sino porque entendía que el régimen de responsabilidades instituido para la escisión parcial, en concreto, la responsabilidad mantenida para la sociedad parcialmente escindida, no se ajusta a las consecuencias anudadas a la sucesión universal. Considera que si no hay liberación del deudor transmitente (la sociedad escindida), no hay sucesión universal. La definida por la doctrina como “asunción cumulativa de deuda”, sin liberación del anterior deudor, conlleva, a juicio de la autora, que no se pueda hablar de sucesión, menos universal, ya que la transmisión surte efectos entre la sociedad escindida y la beneficiaria, pero no frente a terceros; ambas tienen, tras la escisión parcial, la condición de obligados frente al acreedor.

En España, en cualquier caso, la LME establece expresamente que la transmisión se produce por sucesión universal tanto en caso de fusión (art. 23⁶⁷⁰) como de escisión total (art. 69⁶⁷¹), parcial (art. 70⁶⁷²) o segregación (art. 71⁶⁷³).

El concepto de sucesión universal aplicable en caso de modificación estructural es único, ya se trate de fusiones (nacionales o transfronterizas), escisiones (totales o parciales⁶⁷⁴) o de una cesión global del activo y pasivo, y es independiente del tipo de sociedad de capital de que se trate. Además, hay que tener en cuenta que

“el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar” (STJU caso Modelos Continente⁶⁷⁵).

Como hemos visto, con la legislación anterior, la doctrina no era unánime respecto al mecanismo de transmisión que operaba en caso de escisión parcial o segregación⁶⁷⁶. La LME actual, sin embargo, es clara sobre esta cuestión.

⁶⁷⁰ “1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas. 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda”.

⁶⁷¹ “Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde”

⁶⁷² “Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad”

⁶⁷³ “Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

⁶⁷⁴ Si bien hoy la LSC establece expresamente que en la escisión parcial se produce la transmisión por sucesión universal,

⁶⁷⁵ STJUE de 5 de marzo de 2015, C 343/13 (Modelo Continente Hipermercados SA).

⁶⁷⁶ ALONSO LEDESMA, C.: “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, *ibid.* Dadas las dudas que podría sembrar la postura respecto a la transmisión de la responsabilidad penal, conviene realizar ciertas precisiones al respecto. La autora señalaba que la transmisión de una persona a otra de un conjunto de elementos “en bloque” equivale a “en conjunto, sin distinción”, una transmisión unitaria, mediante un único título, lo cual no prejuzga el tipo de sucesión. Aun reconociendo que la ratio de la sucesión por negocio jurídico entre personas jurídicas descansa en la necesidad de eludir la liquidación del patrimonio y la transmisión singular y aislada de cada uno de sus componentes, defiende que la razón última que justifica la sucesión patrimonial a título universal para las personas jurídicas es, precisamente, no dejar relaciones o cabos sueltos cuando la sociedad se extingue como consecuencia de un procedimiento arbitrado para permitir la reordenación de la empresa social. Con ello, la autora parece dar mayor relevancia a la transmisión de la totalidad de los elementos del activo y del pasivo (“no dejar cabos sueltos”) que a la

1.8.2 Derecho civil

La legislación mercantil no es la única que reconoce los efectos de la sucesión corporativa. Así, por ejemplo, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establece en el art 32:

“no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta prevista en el apartado anterior”

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (arts. 90 y ss.) regula un régimen especial para las operaciones de transformación, fusión, cesión global de activo y pasivo o escisión, en las que intervenga una entidad aseguradora, o cualquier acuerdo que tenga efectos económicos o jurídicos análogos a los anteriores; se remite a la LME en todo lo no regulado expresamente y en la medida en que no se oponga a ella.

1.8.3 Derecho administrativo

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁶⁷⁷, también hace referencia a la institución de la sucesión corporativa: el art. 98.1 establece la sucesión de la contratista en el contrato con la Administración por la sociedad beneficiaria de la escisión⁶⁷⁸; el art 144, determina la sucesión en el procedimiento⁶⁷⁹ y el artículo 211, tras

facilidad que comporta el régimen de la sucesión universal frente al régimen de transmisión común de cada elemento individualizado, elemento destacado por la más reciente doctrina. ALONSO LEDESMA no ve que haya una verdadera transformación de la posición deudora originaria de la sociedad escindida, que no deja de ser deudora, y rechaza que se pueda configurar la responsabilidad de la sociedad escindida como un supuesto de responsabilidad por deuda ajena, análoga a la fianza, por cuanto si la sociedad escindida responde es porque debe, y si debe, es porque no se produjo una transmisión de la deuda con carácter liberatorio. Concluye que la transmisión a título universal hubiera debido conducir a la liberación de la sociedad parcialmente escindida. La argumentación se produce en el marco de la defensa de la aplicación analógica de ciertas reglas de la escisión parcial (en concreto, el órgano competente para acordarla, discusión hoy ya superada, al haberse regularse la segregación como una clase de escisión) a la aportación de rama de actividad, cuyo obstáculo mayor consistía en el carácter ex lege de la sucesión universal. Pese a todo, la autora termina admitiendo que “resulta difícil rechazar de plano la existencia de sucesión universal en el caso de escisión parcial”. Hoy, en cualquier caso, la LME regula expresamente esta cuestión.

⁶⁷⁷ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, y 2014/24/UE, de contratación pública, de 26 de febrero de 2014.

⁶⁷⁸ “En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato.

⁶⁷⁹ Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la

declarar como causas de resolución de los contratos “la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista”, excepciona los supuestos previstos en el artículo 98, relativos a la sucesión del contratista en caso de fusión⁶⁸⁰, escisión⁶⁸¹ o aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas.

1.8.4 Derecho laboral

La institución de la sucesión de empresas (concepto que hay que distinguir de la sucesión universal, ya que ni requiere que se produzca una transmisión de la propiedad de la unidad productiva entre cedente y cesionario⁶⁸² ni, mucho menos, que se trate de adquisición por sucesión universal⁶⁸³) se ha venido regulando en España desde 1931, si bien hay que tener en cuenta que la actual regulación la debemos a la Directiva 2001/23⁶⁸⁴ (traspuesta en España mediante la Ley 12/2001, de 9 de julio)⁶⁸⁵. Para determinar si existe o no sucesión de empresa del artículo 44 ET, la doctrina revisa si concurren o no el “conjunto de elementos” o “aspectos a evaluar conjuntamente”, en el contexto en el que se produce (tipo de actividad, tipo de empresa), teniendo en cuenta que el concepto de empresa ha evolucionado y descansa, cada vez más, en elementos intangibles como la clientela o activos inmateriales⁶⁸⁶.

correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

⁶⁸⁰ Siempre que en ella participe la entidad contratista, continúa el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que queda subrogada en todos los derechos y obligaciones.

⁶⁸¹ Continúa el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que queda subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que la nueva entidad reúna las condiciones exigidas para ello.

⁶⁸² STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto ADIF C-509/14.

⁶⁸³ Así, incluye la donación, arrendamiento de industria o de negocio, cambio de empresa prestadora de servicios en sucesión de contratistas cuya principal es una empresa privada, reversión tras la finalización de un contrato de prestación de servicios, ejecución hipotecaria de un inmueble en el que se desarrolla actividad económica, supuestos de reversión a la Administración de servicios si se dan determinadas circunstancias, entre otros (MARTINEZ SALDAÑA, D.: “¿Cuándo se produce una sucesión de empresas? Distintos orígenes y distintos alcances” en MARTINEZ SALDAÑA, D. (coord.): *La sucesión de empresas*, Lex Nova, 2016.

⁶⁸⁴ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

⁶⁸⁵ MARTINEZ SALDAÑA, D.: “La sucesión de empresas”, *ibid.* Enumera los orígenes de la obligación de subrogación: (a) sucesión de empresas «clásica» del artículo 44 del ET; (b) sucesión de plantillas; (c) subrogación ex convenio colectivo; y (d) subrogación ex pliegos. La obligación de subrogarse en los trabajadores se produce en los cuatro supuestos (en todos ellos, la cesionaria debe contratar a los trabajadores adscritos en la unidad productiva autónoma transmitida), pero el alcance de la obligación de subrogación (términos concretos en los que se contrata a esos empleados) es distinto en cada supuesto. Así, a diferencia de la sucesión ex convenio colectivo y de la sucesión ex pliegos, la sucesión de empresas legal del artículo 44 ET, tanto en su modalidad clásica como en su variante jurisprudencial de la doctrina de la «sucesión de plantillas», generan una obligación de subrogación *ope legis* (es automática y no necesita del consentimiento de los empleados). En cambio, la sucesión convencional y la sucesión ex pliegos pueden incluir limitaciones al modo en que se produce la subrogación (por ejemplo, no tener en cuenta la antigüedad para calcular una indemnización por despido).

⁶⁸⁶ MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “Digitalización y sucesión de empresa”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2022, 3(2), 121-137. Disponible en <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7065>.

La Directiva 2001/23 (art. 3.1) dispone:

Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.

A su vez, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), regula la responsabilidad de la entidad sucesora en los términos siguientes:

Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

*3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, **el cedente y el cesionario**, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, **responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión** y que no hubieran sido satisfechas.*

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.

Además, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece que, en caso de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responde solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión. Para evitar que esta obligación suponga un obstáculo que desaliente la transmisión de empresas, el adquirente puede solicitar a la Administración de la

Seguridad Social que certifique (art. 168⁶⁸⁷) la inexistencia de descubiertos que pudieran determinar la futura responsabilidad del cesionario, es decir, permite conocer al adquirente la situación de la empresa en lo que se refiere al cumplimiento por el cedente de las obligaciones en materia de seguridad social⁶⁸⁸. La **responsabilidad solidaria por sucesión** en la titularidad de la explotación, industria o negocio se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión (art. 142.1)⁶⁸⁹.

a) Protección del interés prevalente como excepción a la sucesión universal

Hay que destacar la posibilidad que, en el ámbito laboral, establece el artículo 5 de la citada **Directiva 2001/23/CE**, que permite a los Estados miembros exceptuar la responsabilidad del cesionario cuando el traspaso tenga lugar en el marco de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de una autoridad pública competente o

⁶⁸⁷ Artículo 168. Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.

1. (...)

2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. (...).

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.

3. Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o mutua colaboradora con la Seguridad Social, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o comunidad autónoma correspondiente y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 113 del Código Penal.

⁶⁸⁸ TORTUERO PLAZA, J.L. et al.: “La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad social”, Ministerio de Empleo y Seguridad social, 2011. Disponible en <https://www.seg-social.es/descarga/174201>.

⁶⁸⁹ El TS (Sala de lo Contencioso-administrativo) en Sentencia núm. 113/2018 de 29 de enero, resuelve aplicando la Ley Concursal por ser ley especial para entidades en concurso. En una sucesión de empresas, la Tesorería General de la Seguridad Social declaró la responsabilidad solidaria de la mercantil adquirente respecto a las deudas contraídas por cuotas y recargos que mantenía con la Seguridad Social la empresa cedente, declarada en concurso. La TGSS defendía que la adquisición de una empresa, cuando se mantiene la identidad, se rige por las normas generales de sucesión de empresas. Sin embargo, la sentencia 113/2018 aplica con carácter preferente la Ley Concursal, por ser ley especial para entidades en concurso, y declara que la estricta aplicación del artículo 149.1.1ª de la Ley Concursal implica que las deudas del cedente con la Seguridad Social no se transmiten al adquirente, por lo que éste no puede ser declarado responsable solidario por la TGSS, siendo esta la solución que mejor responde a la finalidad última de la norma, que no es otra que salvar la viabilidad de la empresa. A tener en cuenta, sobre esta cuestión, la redacción actual de los arts. 221 y 224 de la vigente Ley Concursal, ya que el art 221 (Sucesión de empresa) dispone que en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa, si bien el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa. El art. 224 faculta al juez del concurso para que acuerde que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial.

cuando el cedente se encuentre en una situación de crisis económica grave, definida por la legislación nacional, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y sea posible su control judicial.

Esta posibilidad resulta de gran interés porque responde, en caso de conflicto de intereses, al principio de protección del interés prevalente, en este caso, la conservación de la empresa y del empleo en una situación de insolvencia o crisis, frente a los intereses de los trabajadores, ya que si no se estableciera esta posibilidad podría resultar inviable la venta de la empresa.

El principio de protección del interés prevalente ha sido aplicado también por el TJUE en el ámbito civil, en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de mayo de 2022, dictada en el asunto C-410/20 (**Caso Popular-Santander**) que, como veremos más en detalle, excluye la responsabilidad de la empresa sucesora (Banco Santander) frente a los demandantes que acudieron a la ampliación de capital de Banco Popular, al considerar prioritaria la estabilidad del mercado financiero (protegido por el procedimiento de resolución⁶⁹⁰ por el que se llevó a cabo la venta del Popular al Banco Santander por un euro), que los intereses de los accionistas afectados por la ampliación, que vieron reducida toda su inversión a cero.

Aunque este principio no se haya aplicado en el ámbito penal, el legislador español podría establecer la posibilidad de exonerar a la entidad adquirente de toda responsabilidad penal por hechos “cometidos” por la adquirida cuando se trate de una operación en la que confluyan intereses prevalentes, arbitrando los mecanismos oportunos, a semejanza de la posibilidad existente en el ámbito laboral al amparo de la Directiva 2001/23/CE o en los procedimientos de resolución de entidades financieras.

1.8.5 Derecho fiscal

El art. 42.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁶⁹¹ (LGT) establece la responsabilidad solidaria del sucesor en caso de adquisición de empresa por las obligaciones tributarias contraídas por el anterior titular y derivadas de su ejercicio. Excepciona, no obstante, las ventas de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones permitan la continuación de la explotación o actividad. Además, deja fuera de su

⁶⁹⁰ Procedimiento previsto en la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión

⁶⁹¹ Art. 42.1 LGT: Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: ... c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

aplicación a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal⁶⁹².

Como mecanismo para evitar contingencias no tenidas en cuenta en caso de adquisición de una empresa, el art. 175 LGT establece la posibilidad de limitar la responsabilidad solidaria del adquirente a las cantidades que consten en el certificado que, con carácter previo a la adquisición, puede solicitar a la Administración⁶⁹³.

1.8.6 Derecho concursal

El RDL 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (LC), no impide que una sociedad en concurso lleve a cabo una modificación estructural con los efectos inherentes a la sucesión universal. Así, por ejemplo, el art 317.3 LC⁶⁹⁴ permite incluir, en la propuesta de convenio, “la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada”⁶⁹⁵. Con anterioridad a la reforma de la LC operada en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre⁶⁹⁶, existía división doctrinal y judicial acerca de las consecuencias de la extinción de la personalidad jurídica de la concursada por razón de una operación de reestructuración, en concreto, si la extinción de la concursada, a resultas de una fusión o escisión, era causa de conclusión del concurso⁶⁹⁷. Esta controversia está hoy superada, ya que la reforma⁶⁹⁸ ha introducido

⁶⁹² El examen de los arts. 40 y 182 LGT, donde se establece la transmisión tanto de las obligaciones tributarias como de la sanción a la entidad sucesora, lo veremos en el capítulo dedicado a los antecedentes del art. 130.2 CP. Sobre la cuestión, vid. MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “La sucesión de empresa”, 2016, pp.315-341.

⁶⁹³ Art. 175 LGT: El que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, 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. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad de la 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 facilitará en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo.

⁶⁹⁴ Posibilidad introducida, en el anterior artículo 100.3 de la LC, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mantenida en la reforma operada por el art. único.1.4 del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre y art. Único Uno.8 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo.

⁶⁹⁵ Con anterioridad a la reforma de 2015, el art. 100.3 LC establecía que “En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (...), sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada”.

⁶⁹⁶ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE de 6 de septiembre de 2022).

⁶⁹⁷ La SAP de Murcia, Sección 4ª, n.º 299/2021, de 18/03/2021, concluye que la extinción de la concursada absorbida no es causa de conclusión del concurso: “el procedimiento concursal es algo esencialmente distinto a un "litigio", que se caracteriza por la existencia de un deudor común a varios acreedores (presupuesto subjetivo, - art. 1 LC-), que se encuentra en estado de insolvencia (presupuesto objetivo - art. 2 LC -), por lo que el elemento definitivo o esencial para "ocupar" la posición procesal del transmitente, no será tanto el hecho mismo de la transmisión (sucesión universal como consecuencia de la fusión por absorción), como la concurrencia en la parte cesionaria de los dos presupuestos anteriormente referidos”

⁶⁹⁸ Artículo ciento veintitrés de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

en el n.º 8 del art. 465 LC, como causa de conclusión del concurso, la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo⁶⁹⁹.

La “sucesión de empresa” a la que se refiere la LC no es, necesariamente, una “sucesión universal” que, como sabemos, solo tiene lugar, cuando afecta a personas jurídicas, en las modificaciones estructurales. Nos limitamos por ello a realizar unos breves apuntes de las cuestiones que resultan de relevancia al objeto de nuestro estudio. Sí queremos señalar que la LC permite⁷⁰⁰ la transmisión de unidades productivas en el procedimiento concursal bajo un régimen de sucesión que se asemeja a la sucesión universal, en cuanto que el adquirente queda subrogado, en los contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial que se desarrolle en la unidad o unidades productivas objeto de transmisión, sin necesidad de consentimiento de la otra parte (art. 222 LC, con la excepción de la cesión de contratos administrativos y de “aquellas licencias, autorizaciones o contratos no laborales en los que el adquirente, al formular la oferta, haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse”). Sin embargo, la sucesión no alcanza a todo el patrimonio activo y pasivo, como ocurre en la sucesión universal. Así, aunque la transmisión supone sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social⁷⁰¹, puede delimitarse un “perímetro” para concretar hasta donde alcanza la sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social⁷⁰².

Por otra parte, la regla general, en caso de transmisión de una unidad productiva, es la exoneración de la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión (art. 224 LC), con algunas excepciones (señaladamente, créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente), lo que implica su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas⁷⁰³. No se aplica esta regla “cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado” (art. 224.2).

⁶⁹⁹ Por el contrario, la venta de activos no es causa de conclusión del concurso, ya que el concurso solo concluirá tras el cumplimiento del convenio (art. 465 n.º 3).

⁷⁰⁰ Este mecanismo fue introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que añadió el artículo 146 bis a la anterior Ley Concursal.

⁷⁰¹ El art. 221 LC dispone expresamente que, en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa, siendo el juez del concurso el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa.

⁷⁰² RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 6, 2016.

⁷⁰³ Artículo 224 LC. Efectos sobre los créditos pendientes de pago.

1. La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.

2.º Cuando así lo establezca una disposición legal.

3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

2. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando los adquirentes de las unidades productivas sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

La idea clave a destacar es que en el ámbito concursal se permiten modulaciones a los efectos de la sucesión para lograr el fin del concurso: satisfacción de los acreedores (el precio se integra en la masa activa del concurso) y garantizar, al mismo tiempo, la continuidad de la empresa⁷⁰⁴.

1.8.7 Derecho penal

Como avanzábamos al principio de este capítulo, el art.130.2 Código Penal otorga relevancia al efecto que produce la sucesión universal en el Derecho societario (y la normativa de otras personas jurídicas que no revisten la forma de sociedades, por remisión a la LME). Solo desde el entendimiento de la institución se justifica la constitucionalidad de la norma. Cualquier otro planteamiento cae inexorablemente en el error de considerar que el tenor literal del precepto resulta contrario al principio de culpabilidad y personalidad de la pena, haciendo necesario, como así ha ocurrido, acudir a condicionantes que resultan espurios y que distorsionan la *ratio legis* del precepto, en un bienintencionado pero innecesario intento de adaptarlo al marco constitucional. En el caso de la transformación no hay verdadera “sucesión”, sino “identidad”, como se explicó en el capítulo dedicado a la transformación.

En la jurisdicción penal, la reciente STS sec. 1ª nº 6/2022, de 12-01-2022, (Rec. 1257/2020, Pte. Puente Segura, Leopoldo) se refiere, al examinar una fusión por absorción, a la **sucesión universal corporativa**, fenómeno que considera ha de tenerse en cuenta tanto cuando la absorbente es el sujeto pasivo o perjudicada por el delito como cuando se trata de la responsabilidad que establece el art. 130.2 CP:

*Como se sabe, la fusión de sociedades, bajo distintas fórmulas, constituye un acto corporativo por virtud del cual dos o más de ellas, previa disolución de alguna (absorción) o de todas ellas (creación de una nueva sociedad), confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. Lo característico, en todo caso, de esta clase de negocios corporativos es que las sociedades que se extinguen al fusionarse transmiten en bloque la totalidad de su patrimonio a la nueva sociedad resultante o a la absorbente. La sucesión se produce, y esta es una de sus características esenciales, a título universal (in universum ius). Ello permite que los distintos bienes, derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas se transmitan como un todo a la nueva o a la absorbente. **Nos encontramos así ante un supuesto de sucesión universal corporativa.***

En este contexto, el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que las personas, ya sean físicas o jurídicas, perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse

⁷⁰⁴ Sobre los efectos de la transposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en el tratamiento del crédito público y, singularmente, del crédito tributario y de Seguridad Social, AZOFRA VEGAS, F.: “Enajenación de unidades productivas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, (ISSN: 1578-956X), p. 42. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/7202/documento/art01.pdf?id=12055&forceDownload=true>.

parte en la causa ejercitando las acciones civiles y penales que pudieran corresponderles. Y este concepto de "perjudicado por el delito", indiscutiblemente desborda los meros estados de sujeto pasivo y/o víctima del ilícito penal. La práctica forense no escatima ejemplos en los que la acusación particular se ejercita por los parientes próximos del fallecido o por quienes, como consecuencia del ilícito penal, sin ser tampoco sujetos pasivos del mismo, han debido soportar perjuicios en su patrimonio. En el caso, es evidente que Caixabank, S.A no fue engañada, en tanto no actuaba como prestamista en el contrato que determinó la existencia de un desplazamiento patrimonial. Y es obvio que tampoco en ese momento, cuando se cometió el delito, padeció perjuicio alguno en su patrimonio. Sí pudo serlo, en cambio, --para el caso de que la existencia del referido engaño se confirmara, extremo que naturalmente no prejuzgamos--, Banco de Valencia. Dicha mercantil, sin embargo, se extinguió posteriormente pasando a ser absorbida por Caixabank, S.A., que llegaba así a ostentar la titularidad de cuantos bienes, derechos y obligaciones conformaban el patrimonio de aquélla. Mal puede sostenerse, por lo tanto, que la hoy recurrente no haya resultado perjudicada por el posible delito, en la medida en que cualquier ilegítima disposición de los bienes de Banco de Valencia, comportaba una disminución, también ilegítima, del valor neto de su patrimonio. Ciertamente que entre la fecha en que el delito pudo ser cometido y el momento en el que se produjo la absorción transcurrieron varios años. Pero el problema, por lo que ahora importa, sería el mismo si la fusión se hubiera materializado solo unos días después (o, incluso, tras haberse ejercitado la acción penal por Banco de Valencia). Un entendimiento como el aquí sostenido en la sentencia que se impugna, obligaría a considerar que la fusión por absorción (o la simple transformación o escisión) de la persona jurídica titular del bien lesionado por el delito, inmediatamente perjudicada por el mismo, determinaría la irremisible pérdida de la posibilidad de ejercitar la acusación particular con relación a aquél ilícito penal, tanto con respecto a la sociedad absorbida (y extinta) como a la absorbente.

A mayor abundamiento, el artículo 130.2 del Código Penal determina expresamente que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o a la entidad o entidades que resulten de la escisión (sin perjuicio de que el juez o tribunal pueda moderar el traslado de la pena a la persona jurídica resultante). Y si ello es así, en el consustancialmente más rígido marco de la propia responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto más habrá de serlo, si no se quiere que se resienta gravemente la coherencia del sistema todo, en cuanto a la trasmisión a la sociedad resultante de la condición de perjudicada por el delito.

En Alemania, las elecciones de 2021 dieron al traste con el proyecto de reforma⁷⁰⁵ que pretendía introducir la RPPJ y que contenía (sección 6) una previsión específica de

⁷⁰⁵ Proyecto de ley del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor de lucha contra la delincuencia de empresa, publicado el 15.08.2019.

transmisión de la responsabilidad en caso de sucesión universal, incluso aunque se tratara de sucesión universal parcial, a la entidad sucesora⁷⁰⁶.

1.9 Ámbito objetivo de la sucesión universal

Como hemos visto, en caso de fusión o escisión, la “transmisión” se extiende a la totalidad del patrimonio activo y pasivo (o a la parte escinda, en caso de escisión parcial). Recordemos que el hecho de que se transmitan todas las relaciones jurídicas imputables al sujeto no implica en sí mismo una sucesión universal, ya que este resultado puede producirse a través de múltiples transmisiones a título particular. La sucesión universal es un mecanismo especial de transmisión de los bienes jurídicos; su singularidad no radica tanto en el objeto de transmisión como en el modo en que se realiza. La transmisión del conjunto de relaciones jurídicas se realiza como un todo, cuya cohesión a efectos traslativos deriva del efecto unificador que impone la especial naturaleza del título jurídico de transmisión, y no de la vinculación económica de los elementos transmitidos⁷⁰⁷.

La cuestión que nos interesa a nosotros es, en concreto, si la responsabilidad penal es parte de aquello en lo que se produce la sucesión universal, es decir, si la entidad sucesora se subroga en la posición jurídica de la entidad predecesora también respecto a las eventuales responsabilidades penales que se puedan declarar tras la fusión o escisión.

Como veremos a continuación, el TJUE ha declarado que en la fusión (el argumento es aplicable a la escisión), hay sucesión en el ámbito penal; el fundamento es, por una parte, considerar que la responsabilidad penal forma parte del pasivo de la sociedad fusionada (o escindida) y, por tanto, se transmite junto con el resto de elementos del patrimonio (asunción discutible, *vid. infra*); por otra parte, entiende que la extinción de la responsabilidad penal sería contraria a la misma naturaleza de la fusión.

1.9.1 RP como elemento del patrimonio (STJUE Modelo Continente)

El TJUE, en la conocida sentencia de 5 de marzo de 2015 C 343/13 (Modelo Continente Hipermercados SA), considera que el concepto de patrimonio pasivo de la sociedad incluye la responsabilidad por infracciones cometidas por la sociedad absorbida, incluso aunque tales infracciones no hubiesen dado lugar a una sanción con anterioridad a la fusión.

La interpretación del Tribunal se apoya en el considerando tercero de la Directiva 78/855, que indica que la regulación de la fusión tiene como objetivo la protección de los asociados y de los terceros durante la fusión por absorción. Aunque del considerando sexto de la Directiva parece que estos terceros se limitan a los acreedores, obligacionistas o no, y a los portadores de otros títulos de las sociedades que se fusionan, el TJUE declara que respecto a situaciones nacidas antes de la fusión, los terceros han de incluir a quienes todavía no eran acreedores en el momento de la fusión, pero que sí lo serían de no haberse

⁷⁰⁶ § 6 Rechtsnachfolge: Im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) können die Verbands sanktionen nach § 8 Nummer 1 und 2 gegen den oder die Rechtsnachfolger verhängt werden.

⁷⁰⁷ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, pp. 78-79. La Ley sujeta una masa de bienes a un mismo régimen jurídico de transmisión para conseguir su transmisión conjunta y *uno actu*.

producido la fusión. Esta consideración de tercero incluye también al Estado por las expectativas de sanción que pudieran resultar de actos cometidos con anterioridad a la fusión⁷⁰⁸.

El caso versa sobre la condena (multa) por infracción del Derecho de trabajo⁷⁰⁹ a la sociedad absorbente (Modelo Continente Hipermercados, en lo sucesivo, MCH) por hechos cometidos por Good and Cheap — Comércio Retalhista SA (en lo sucesivo, «Good and Cheap») antes de su absorción por MCH⁷¹⁰. El TJUE declaró que la sociedad absorbente era responsable de la infracción cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión, aunque la sanción hubiera sido impuesta después de la fusión. Viene a considerar, por tanto, que dicha responsabilidad se integra en el concepto de pasivo del patrimonio. Entiende que esta es la interpretación del término patrimonio que exige la finalidad de la Directiva⁷¹¹. El TJUE realiza interesantes precisiones:

- a) En primer lugar, asume la competencia, declarándose competente para pronunciarse sobre la cuestión. Rechaza así la pretensión austríaca, que consideraba que la cuestión prejudicial, planteada por el tribunal portugués, no debía admitirse, alegando que la directiva no regulaba la transmisión de una infracción laboral cometida con anterioridad a la fusión y, por tanto, se trataba de una materia sujeta al derecho interno de los Estados⁷¹². MCH, por su parte, alegaba que las autoridades portuguesas habían realizado una interpretación extensiva del art. 19 de la Directiva (es decir, de lo que constituye activo y pasivo del patrimonio que se transmite). El Tribunal considera, por el contrario, que es una cuestión sobre la que debe pronunciarse, con lo cual, implícitamente, considera que **la Directiva sobre fusiones tiene efectos más allá del ámbito civil**, es decir, en el ámbito sancionador. Por otra parte, hay que señalar que al plantear el Gobierno austríaco expresamente que “*la cuestión de la responsabilidad penal evocada en la cuarta cuestión prejudicial no está regulada en la Directiva 2011/35*”, el TJUE no rechaza el examen de la cuarta cuestión porque la Directiva no tuviera alcance en el ámbito penal, sino porque la cuestión planteada por el tribunal portugués⁷¹³ pedía al TJUE que se pronunciara sobre principios del derecho nacional portugués (principio de responsabilidad por culpa).

⁷⁰⁸ ARENAS GARCÍA, R.: “Fusión por absorción y responsabilidad 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)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 28, ed. Wolters Kluwer, julio de 2015.

⁷⁰⁹ En concreto, sobre el número de horas consecutivas prestadas por determinados empleados y el número de horas de descanso entre los períodos de trabajo.

⁷¹⁰ El proyecto de fusión fue presentado en el Registro mercantil el 22 de febrero de 2011; la ACT levantó dos actas contra Good and Cheap por las infracciones el 7 de marzo de 2011, que fueron notificadas el 4 de abril de 2011; el 31 de marzo de 2011 fue registrada la fusión por absorción.

⁷¹¹ Facilitar las fusiones, pero salvaguardando los intereses de socios y terceros.

⁷¹² Hace referencia a la tercera cuestión planteada por el órgano judicial portugués, que preguntaba al TJUE si “La interpretación del artículo 112 del CSC en el sentido de que no implica la extinción del procedimiento por una infracción laboral cometida con anterioridad a la fusión ni de la multa que corresponda imponer, ¿resulta contraria a la citada Directiva 2011/35, que establece los efectos de la fusión de sociedades, constituyendo de este modo una interpretación extensiva del precepto contraria a los principios del Derecho [de la Unión] y, en particular, al artículo 19 de [dicha] Directiva?”

⁷¹³ La cuarta cuestión planteada era si “(c)onstituye la anterior interpretación una violación del principio de que no pueden existir infracciones laborales sin que la entidad absorbente haya incurrido en responsabilidad objetiva (atenuada) o en responsabilidad por culpa”.

- b) Una fusión por absorción implica ipso iure la transmisión universal del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente (§23).
- c) Subraya que el término “**patrimonio activo y pasivo**” no está definido en la directiva y no contiene una remisión al Derecho de los Estados miembros, por lo que debe ser objeto de una **interpretación autónoma y uniforme en toda la UE**, por exigencia de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad.
- d) **Como la sociedad absorbida deja de existir**, “si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría”. Incluye no solo la sanción impuesta antes de la fusión (lo que no reviste ninguna dificultad), sino también la impuesta tras la fusión, como fue aquí el caso.
- e) Esa extinción de la responsabilidad contradiría la propia **naturaleza** de una fusión, que consiste en una transmisión de la totalidad del patrimonio a la sociedad adquirente a raíz de una disolución sin liquidación.
- f) Considera al Estado como tercero acreedor (respecto al pago de la multa) cuyo interés debe ser protegido en una fusión.
- g) Considera que esta es la interpretación necesaria para impedir que la fusión puede ser utilizada para eludir responsabilidades:

“si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados”

- h) A ello no es obstáculo el interés de los acreedores y accionistas de la sociedad absorbente que no hayan tenido en cuenta la sanción para evaluar las consecuencias económicas y patrimoniales de dicha fusión

La STJUE Modelo Continente, de 5 de marzo de 2015, establece que en el patrimonio pasivo se incluye la expectativa de sanción en que podría incurrir la absorbida por actuaciones realizadas antes de la fusión.

No es esta la primera vez que el TJUE se pronuncia sobre los efectos de la sucesión que se produce en una fusión o escisión respecto al Derecho sancionador, si bien antes las resoluciones se referían al ámbito del Derecho de la competencia. Así, por ejemplo, la STJUE 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 P⁷¹⁴, 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

⁷¹⁴ ECLI:EU:C:2009:576.

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»⁷¹⁵.

El TJUE considera que la inclusión de la multa en el pasivo transmitido a la sociedad absorbente no atenta contra los derechos de sus acreedores y socios porque, dice, están suficientemente protegidos por los mecanismos previstos en la directiva y las cautelas que pueden adoptar (menciona como tales mecanismos la auditoria o *due diligence* previa a la adquisición, la incorporación de cláusulas de garantía en el contrato de adquisición y el ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores). Ahora bien, estos mecanismos pueden resultar ineficaces si la empresa adquirente no ha tenido conocimiento del hecho ilícito y, dependiendo de la gravedad de la responsabilidad aparejada al mismo, puede ver no solo fallida su inversión, sino su propia supervivencia. La inclusión de la sanción en el pasivo se justifica, en realidad, por otro de los motivos expuestos por el TJUE: la extinción de la sanción, si no se transmitiera a la sociedad resultante de la fusión, sería contraria a la misma naturaleza de la fusión⁷¹⁶.

La STS (Sala Cuarta, de lo Social) de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014) se hace eco de esta importante resolución del TJUE, señalando que la sucesión abarca no solo las sanciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión, sino también las que se hallasen *in fieri*.

1.9.2 Crítica a la consideración de la RP como elemento del patrimonio

Esta consideración de la responsabilidad penal no declarada al tiempo de la fusión como elemento del patrimonio pasivo no está exenta de críticas.

ÁLVAREZ ROYO⁷¹⁷ defiende que la sanción no impuesta al tiempo de la fusión no forma parte todavía del pasivo de la sociedad absorbida, diferenciando entre la responsabilidad derivada de la sanción, que nace cuando se impone, y la responsabilidad civil, que nace desde que se produce el daño, no desde que se declara judicialmente. Considera que si entendemos que lo que se transmite es el patrimonio, la empresa adquirente no responde de la sanción no impuesta al tiempo de la adquisición (sea por fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos), dado que no formaba parte del patrimonio adquirido al tiempo de la operación. Si lo que se transmite es el patrimonio, el Estado no es acreedor

⁷¹⁵ En el mismo sentido, vid. STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, (ECLI:EU:C:2007:775), §§ 40 a 43; 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, reseñadas en GOENA VIVES, B.: “Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?”, *Indret*, 2022, n.º 1.

⁷¹⁶ En este sentido también, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 94. No es este el lugar para referirnos a ello, pero hay que recordar que la pena (de multa o de cualquier otra naturaleza) tiene fines que no se agotan en el puramente retributivo (y en cualquier caso, no se persigue un fin recaudatorio). Esta cuestión, sin embargo, entendemos que debe analizarse en el ámbito del art. 31 bis CP (culpabilidad y personalidad de la pena), no del art. 130.2. Las insuficiencias o deficiencias del régimen previsto en el art. 31 bis CP no deben “salvarse” desdibujando el mecanismo de imputación que establece el art. 130.2 CP. La regulación de las eximentes y atenuantes y los mecanismos para la pronta terminación del proceso, o su evitación, deben ofrecer seguridad y certeza en cualquier supuesto de RPPJ, no solo en caso de adquisiciones de empresa.

⁷¹⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, pp. 193-194.

respecto a una sanción todavía no impuesta al tiempo de la adquisición, ni la sanción forma parte del patrimonio. Por otra parte, tampoco forman parte del patrimonio las sanciones sin contenido económico (intervención judicial, prohibición de contratar, etc.), por lo que la postura que se adopte debe influir en la posibilidad o no de su transmisión.

1.9.3 La sociedad con su pasado, no solo su patrimonio

El TJUE, quizá con una argumentación técnicamente no muy acertada, ha subrayado que la empresa adquirente se coloca en el lugar de la empresa absorbida, que se adquiere la empresa en su integridad, incluido su pasado⁷¹⁸. Así, el abogado general de Modelo Continente defendió que el efecto subrogatorio se aplica no solo a las obligaciones, sino también a los derechos *in statu nascendi*, argumentando que se adquiere “la sociedad” y no el patrimonio de la misma, acercándose a la idea de **integración de la teoría modificativa italiana**.

Desde un punto de vista funcional, se puede argumentar que en caso de fusión o escisión no hay extinción, sino continuación de la empresa; es decir, lo que impone la sucesión universal no es tanto la transmisión de activos y pasivos sino una subrogación en todas las situaciones jurídicas⁷¹⁹. Ello hace innecesario tener que considerar al Estado como un acreedor necesitado de protección, postura incómoda si tenemos en cuenta que con las sanciones (sean administrativas o penales), no se trata tanto de proteger los derechos económicos del Estado, sino su potestad sancionadora; el Estado no solo tiene un interés económico en cobrar la multa, sino también en defender el orden público económico⁷²⁰.

Nuestro legislador ha recogido expresamente esta idea de la sucesión universal como subrogación en algo más que un patrimonio en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, art. 97.3:

“La Administración General del Estado quedará subrogada automáticamente en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores, tanto de carácter principal como accesorias, a la fecha de adopción del acuerdo de disolución o, en su defecto, a la fecha en que concurriera la causa de disolución, incluyendo los activos y pasivos sobrevenidos. Esta subrogación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas”

⁷¹⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, pp. 94-95.

⁷¹⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 196; SALTO GUGLIERI, J. y ROMERO DE LA VEGA, A.: “Manual de operaciones de reestructuración empresarial”, Valencia, CISS, 2010, p. 23: la transmisión en bloque del patrimonio implica también la de las “situaciones jurídicas”. En contra, ARENAS GARCÍA (“Fusión por absorción y responsabilidad 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)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 28, Wolters Kluwer, julio de 2015) considera que las sanciones que se impongan a la sociedad absorbente deberán tener contenido económico: la fusión implica la transmisión en bloque del patrimonio de las sociedades que participan en la fusión, y una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que poseen naturaleza económica.

⁷²⁰ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 201.

Desde esta postura, el fundamento de la responsabilidad penal de la empresa adquirente está no tanto en el interés a proteger del Estado como tercero, titular de un crédito frente a la empresa absorbida, sino en la propia naturaleza de la fusión o escisión, basada, dependiendo de la teoría que se defiende, en la sucesión de la sociedad fusionada por la resultante de la fusión, en considerarla una mera modificación de la estructura de una empresa que continúa existiendo como tal o, en fin, en la continuidad de un patrimonio que se ha transmitido pero que no ha desaparecido.

La responsabilidad penal se “traslada” o extiende” a la entidad sucesora en caso de fusión o escisión porque no solo se “transmite” en bloque un patrimonio, sino la posición que ocupaba la sociedad adquirida en cualquier tipo de relación jurídica.

1.10 ¿Efecto automático en el ámbito sancionador?

A partir de lo expuesto, la pregunta que surge es si la subrogación en la sanción no impuesta al tiempo de la adquisición resulta aplicable aunque las normas que regulan la sanción no la prevean; es decir, si la solución del TJUE opera de una forma directa para todo tipo de posible responsabilidad derivada de las actuaciones de la sociedad absorbida y con independencia de la regulación en la materia de los Estados miembros o si, por el contrario, debe tenerse en cuenta las previsiones nacionales sobre transmisión de la responsabilidad por las actuaciones de la sociedad absorbida. En caso de respuesta afirmativa, la siguiente cuestión sería si es admisible una norma de derecho nacional que prevea la no transmisión o establezca límites a la misma, como hace el art. 130.2 CP, que faculta al juez para modular la pena atendiendo a las circunstancias del caso.

ÁLVAREZ ROYO-VILANOVA⁷²¹ considera que el TJUE, al declarar la transmisión de la sanción no impuesta como consecuencia necesaria de la fusión, abre la opción a considerar que esto ocurre así de forma directa para todo tipo de sanciones, es decir, que se impone la transmisión aun cuando las normas que regulan la sanción no lo prevean expresamente, que no es necesario que una norma específica prevea la sucesión, pero sí que la extensión a la adquirente sea conforme a la norma que establece la sanción. Respecto a la segunda cuestión, defiende que la necesidad de un concepto único de sucesión universal en el ámbito de la UE no impide que la regulación propia de cada Estado sobre las relaciones que se transmiten influya sobre el régimen de transmisión. En el ámbito de las sanciones, nada obsta a que el Estado renuncie a la protección a que se refiere el TJUE (Estado como acreedor). La sanción se impone así con arreglo a la ley que la establece. En este sentido, la limitación que establece el art. 130.2 CP sería ajustada a la normativa comunitaria.

Coincidimos con la respuesta a la segunda cuestión, no con la de la primera. Entendemos que el principio de legalidad que rige en materia penal impide extender el ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 130.2 CP a supuestos no previstos y, por tanto, por más que en la cesión global de activo y pasivo haya una subrogación del adquirente en la posición jurídica del cedente, no cabría extender la responsabilidad penal a este supuesto. La STJCE de 8 de octubre de 1987 (asunto C-80/86), efectuó dos importantes precisiones:

⁷²¹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, pp. 196-198.

a la cuestión prejudicial de si “cuando el Juez nacional deba interpretar una norma de Derecho nacional, debe o puede dejarse guiar en dicha interpretación por el contenido de una directiva aplicable: el TJUE contestó que “al aplicar su legislación nacional, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado, pero una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley promulgada para su aplicación, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan”.

En el mismo sentido, ARENAS GARCÍA⁷²² sostiene que para que pueda operar la extensión de la responsabilidad a la sociedad absorbente, es necesario que el Derecho sancionador nacional prevea esta extensión de responsabilidad más allá de la desaparición del sujeto infractor. De otra forma no se justificaría la protección del Estado como fundamento para incluir tal responsabilidad en el patrimonio pasivo de la sociedad. La remisión al Derecho nacional no opera para la interpretación del concepto «patrimonio pasivo», que siempre incluirá las expectativas de sanción que surjan de acciones realizadas por la sociedad absorbida, sino en la fase de identificar si esa expectativa de sanción existe, lo que solamente puede determinar el Derecho sancionador que haya de ser aplicado. Explica que, de otra forma, la Directiva sobre fusiones (y la Ley de Modificaciones Estructurales que la transpone al ordenamiento español) corregiría la previsión del art. 130.2 CP, que diferencia entre la responsabilidad penal de la sociedad absorbente por actos de la absorbida y la que le correspondería a esta, diferenciación que no podría existir si entendemos que imperativamente la absorbente asume la misma posición que la absorbida frente al órgano sancionador, en virtud de lo previsto en el art. 19 de la Directiva en materia de fusiones.

1.11 Conclusiones

- 1) La libertad de empresa permite a las sociedades acogerse al régimen establecido en la LME para las fusiones y escisiones, que tiene como efecto común la sucesión universal de la empresa adquirente en la posición jurídica de la adquirida.
- 2) El fundamento del art. 130.2 CP se encuentra en la sucesión universal, “continuidad del patrimonio” o “continuidad de la empresa”, que se produce como consecuencia de la fusión o escisión. Una modificación estructural puede implicar la extinción de la persona jurídica en el aspecto institucional, pero no la de la empresa en sentido funcional⁷²³.
- 3) El TJUE, en Modelo Continente, ha declarado que la sanción no impuesta se integra en el concepto de patrimonio pasivo transmitido y que, por tanto, la entidad adquirente resulta responsable por los ilícitos cometidos por la empresa adquirida antes de la fusión. Entiende que de otra forma no quedaría protegido el derecho del Estado a cobrar la multa y que la multa que es consecuencia de la comisión de un hecho ilícito se integra en el pasivo del patrimonio de la sociedad absorbente, como consecuencia necesaria de la propia naturaleza de la sucesión.

⁷²² ARENAS GARCÍA, R.: “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida”, *ibid.*

⁷²³ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 116.

- 4) La postura del TJUE, referida a la “realidad económica”, tiene la ventaja de permitir sortear el obstáculo que supone la coexistencia de tradiciones jurídicas muy distintas entre los países que componen la UE, algunos de los cuales no aplican “nuestra” doctrina de la sucesión universal.
- 5) La doctrina sentada por el TJUE en Modelo Continente puede ser interpretada en el sentido de admitir la transmisión de la responsabilidad por hecho ilícito como consecuencia de la sucesión universal, como un efecto más, sin necesidad de norma especial que lo prevea. Es decir, la transmisión de la responsabilidad penal se produciría ex lege e ipso iure cuando tiene lugar una fusión o escisión. De hecho, ni Francia ni Holanda, países de tradición continental, cuentan con un precepto similar al art. 130.2 CP y, sin embargo, han condenado a la entidad sucesora por delitos cometidos por la entidad predecesora.
- 6) Consideramos, sin embargo, que no es esta la conclusión adecuada. El TJUE se limitó a declarar que la interpretación de la norma portuguesa objeto de análisis no era contraria a los objetivos del Derecho de la Unión. Ha hecho bien el legislador español al introducir un artículo que expresamente establece los efectos de la fusión o escisión en el ámbito de la responsabilidad penal, lo cual denota, por otra parte, que no ha considerado suficiente que este efecto se pudiera producir como consecuencia automática de la sucesión universal.
- 7) Los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar el Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión, siempre que esta interpretación no implique que las disposiciones de una Directiva produzcan efectos directos contra un particular⁷²⁴. Este límite se respeta cuando el texto nacional puede interpretarse en el sentido de la Directiva, de modo que no sea necesario anularlo para dar pleno efecto a la Directiva.
- 8) En el caso de que sea una persona extranjera la responsable del delito del que conozcan los tribunales españoles, y se fusione o escinda con arreglo a su ley nacional, el art. 130.2 CP impone la responsabilidad penal de las sociedades beneficiarias, con independencia del régimen aplicable a la fusión y escisión en el Estado del que sean nacionales⁷²⁵.
- 9) El pacto por el que las partes excluyeran la transmisión de la responsabilidad penal sería ineficaz. El precepto establece expresamente un mecanismo de extensión de la punibilidad a la entidad beneficiaria, por lo que esta no puede alegar, para oponerse a la imputación, la existencia de un pacto que la exima de responsabilidad penal, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la indemnización que corresponda, en su caso.
- 10) En caso de escisión parcial o segregación, la sociedad escindida no se libera de su responsabilidad penal, aunque se hubiera transmitido el negocio donde se cometió el delito. El precepto prevé expresamente que la responsabilidad se “extenderá” y, además, no establece que la escisión parcial sea causa de extinción de la responsabilidad penal. Tampoco la legislación mercantil libera de responsabilidad a

⁷²⁴ TJCE, sentencia de 26 de septiembre de 1993, Arcaro, C-168/95; TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02

⁷²⁵Las Directivas comunitarias se limitan, teniendo en cuenta las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, a establecer los efectos de la fusión y escisión, sin calificar el régimen de transmisión patrimonial, lo que dejan a la legislación interna de los Estados.

la sociedad escindida, sino que establece la responsabilidad ilimitada de la misma en caso de incumplimiento de la beneficiaria a quien se hubiera transmitido la obligación.

- 11) El art. 130.2 CP no se refiere a la cesión global de activo y pasivo, aunque también en este caso opera la sucesión universal. Tampoco la ha excluido expresamente. No obstante, atendido el silencio del legislador, entendemos que el principio de legalidad impide extender la responsabilidad penal a un supuesto no previsto por la norma.
- 12) El TJUE, en Modelo Continente, subraya que la sociedad absorbida había dejado de existir y que, por tanto, si no se transmitiera la responsabilidad, como elemento del patrimonio pasivo, la responsabilidad se extinguiría. Esto ocurre, como hemos visto, en la fusión o en la escisión total; sin embargo, tanto en la escisión parcial como en la segregación, la sociedad escindida o segregada continúa existiendo. Resulta preferible restringir el término “escisión” contenido en el art. 130.2 CP a la escisión total.

2. Supuestos de aplicación del art. 130.2 CP

2.1 Premisas y precisiones terminológicas

En este capítulo analizamos los distintos supuestos de aplicación del art. 130.2 CP a las adquisiciones de empresas realizadas con anterioridad al inicio del procedimiento penal.

2.1.1 Primera premisa

Partimos de una primera premisa: la adquisición de una empresa puede activar la regla de extensión de la punibilidad prevista en el art. 130.2 CP en tres supuestos, contenidos, los dos primeros, en el primer párrafo, y el tercer supuesto, en el segundo párrafo:

- a) en caso de fusión,
- b) en caso de escisión,
- c) además, proponemos que la lectura más ajustada del segundo párrafo permitiría extender la responsabilidad penal a la empresa adquirente en dos casos: primero, cuando la adquisición se lleve a cabo mediante una cesión global de activo y pasivo que sea calificada como disolución “encubierta o meramente aparente”, entendiendo como tal una disolución fraudulenta; segundo, cuando la disolución fraudulenta tenga lugar en el seno de un grupo de empresas.

Cada una de estas operaciones puede dar lugar, a su vez, a una variedad de situaciones diversas, en función de las personas jurídicas que intervengan (sociedades, pertenecientes o no al mismo grupo de empresas; sociedades cotizadas; fundaciones, asociaciones, cooperativas), del ámbito territorial afectado (autonómico, nacional, internacional y, dentro de este, en el espacio de la UE o fuera de él), de la situación económica de la sociedad transmitente (en situación de dificultad financiera, en concurso de acreedores o bien en expansión y dispuesta a afrontar un cambio de estrategia, por poner solo algún ejemplo), del sector económico en que se produzca la operación (sector financiero y, dentro de este, podríamos diferenciar el caso de las cajas de ahorros; sectores más regulados, como la energía nuclear, etc.). Por ello, ya avanzamos que el modesto propósito del capítulo se limita al análisis de las cuestiones que plantea la aplicación del precepto penal en términos generales, sin entrar a analizar las particularidades que pueden darse dependiendo de las variables apuntadas.

2.1.2 Segunda premisa

En nuestro análisis adoptamos como segunda premisa que la regla contenida en el primer párrafo del art. 130.2 CP constituye un mecanismo de extensión de la responsabilidad penal contenida en el art. 31 bis: esto es, se trata de un hecho cometido, en todo caso, por una persona física, cuya responsabilidad se atribuye a una persona jurídica cuando se cumplen los presupuestos y requisitos del art. 31 bis, que a su vez, por mor de la regla del art. 130.2 CP, se traslada o extiende a la entidad adquirente en caso de fusión o escisión (y también, como hemos apuntado, en ciertos casos de disolución fraudulenta).

La consecuencia es, en primer lugar, que para que recaiga condena, la acusación debe probar la concurrencia de los requisitos del art. 31 bis; en segundo lugar, la aplicación del 31 bis supone que la entidad sucesora acusada podrá alegar en su defensa todos los hechos que justifiquen la aplicación de una eximente o atenuante. Todo ello supone que la activación de la regla del primer párrafo del art. 130.2 CP, ante la fusión o escisión de la entidad delinciente, no implica necesariamente la condena de la entidad sucesora.

En caso de condena, entendemos que la facultad de moderación que se otorga al juez penal no puede interpretarse como una mera fórmula matemática, de forma que la ecuación de canje de las acciones o títulos, o el porcentaje que represente la entidad predecesora respecto a la sucesora en cuanto a facturación, número de trabajadores o cualquier otro parámetro de comparación, determine de forma inexorable y automática la pena “trasladable” a la nueva entidad. Proponemos poner el acento, especialmente, en los factores directamente relacionados con el delito y el cambio que respecto a estos factores haya supuesto la fusión o escisión (v.g. implementación de un programa de cumplimiento penal).

En el plano terminológico y en aras a facilitar la claridad y fluidez del texto, optamos por utilizar indistintamente la expresión “transmitir” (el patrimonio, derecho, obligación o responsabilidad), “heredar” o “subrogarse en la posición jurídica” para referirnos a la sucesión universal que se produce como consecuencia de la modificación estructural de que se trate (fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo). Asimismo, utilizamos indistintamente los términos empresa (empresa entendida como sujeto⁷²⁶), sociedad, entidad, o persona jurídica, para referirnos a los sujetos que pueden llevar a cabo una adquisición que quede sujeta al art. 130.2 CP.

Por otra parte, utilizamos el término empresa “contaminada”, “criminal”, o “delinciente”, para referirnos a la empresa fusionada, escindida o cedente “originariamente responsable del delito”, terminología a la que no afecta la posición que se sustente acerca del modelo de imputación penal seguido por el legislador (responsabilidad vicarial o responsabilidad por “hecho propio”). Asimismo, utilizamos la expresión “que cometió el delito” en lugar de “responsable por el delito” para dar mayor fluidez al texto, en el bien entendido que, en cualquiera de los casos, se trata de la atribución del delito cometido por la persona física bajo los presupuestos, condiciones y requisitos del art. 31 bis CP⁷²⁷.

2.1.3 Tercera premisa

Finalmente, el correcto entendimiento del precepto exige distinguir entre la extinción de la persona jurídica y la extinción de la empresa. Como expusimos en el primer capítulo del Bloque I, la empresa, en cuanto conjunto de activos y pasivos para desarrollar una actividad económica (v.g. explotar un hotel), puede ser transmitida a través de distintos mecanismos (por ejemplo, contrato de compraventa o cesión global de activo y pasivo) y, por tanto, continuar existiendo, con independencia de que su anterior titular se extinga, disuelva o simplemente quede sin actividad.

⁷²⁶ Sobre esta cuestión, nos remitimos al capítulo dedicado al presupuesto subjetivo del art. 130.2 CP, persona jurídica.

⁷²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 23.

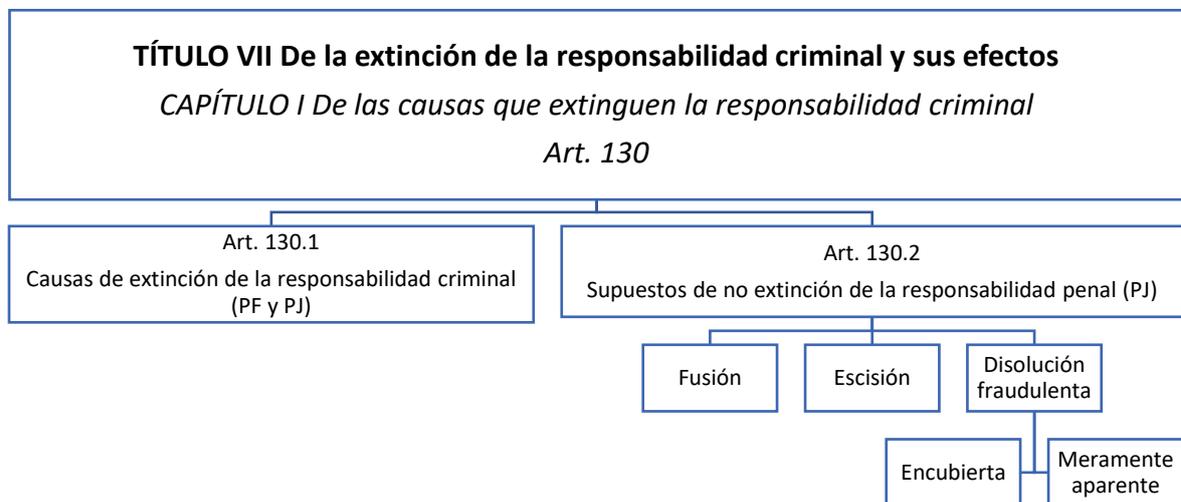
Así, cuando una entidad lleva a cabo una adquisición mediante una modificación estructural (fusión, escisión y, también, cesión global de activo y pasivo), adquiere la empresa (conjunto de activos y pasivos) de “otra” entidad, pero en virtud de la sucesión universal que opera en estos casos, la adquirente “sucede” a la adquirida, subrogándose en su posición jurídica o, por utilizar la terminología adoptada por el TJUE y TEDH, la “continúa” en sentido económico y funcional, en cuanto nueva titular de la empresa. Decimos por ello que el precepto contiene una “regla de extensión de la punibilidad”, desde la entidad originariamente responsable del delito a la entidad adquirente. En el plano formal hay un cambio en el sujeto de imputación, no así en el plano real, por cuanto responderá el patrimonio de la entidad contaminada que, para el Derecho, pervive, continúa o se extiende tras la modificación estructural traslativa, disolviéndose (fusión o escisión total), pero no liquidándose.

2.1.4 Interpretación propuesta

Bajo estas premisas, realizando una interpretación sistemática y teleológica del precepto, proponemos que, más que la extinción de la responsabilidad penal en caso de disolución no fraudulenta, interpretación posible, a sensu contrario, pero no ineludible, el art. 130.2 CP establece la NO extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica delincente en dos grupos de casos, previstos, respectivamente, en los párrafos primero y segundo del art. 130.2 CP.

Figura 1

Diagrama del art. 130 CP



Elaboración propia

a) Fusión o escisión (primer párrafo)

En caso de fusión o escisión⁷²⁸, la entidad sucesora “hereda” la responsabilidad penal de su antecesora.

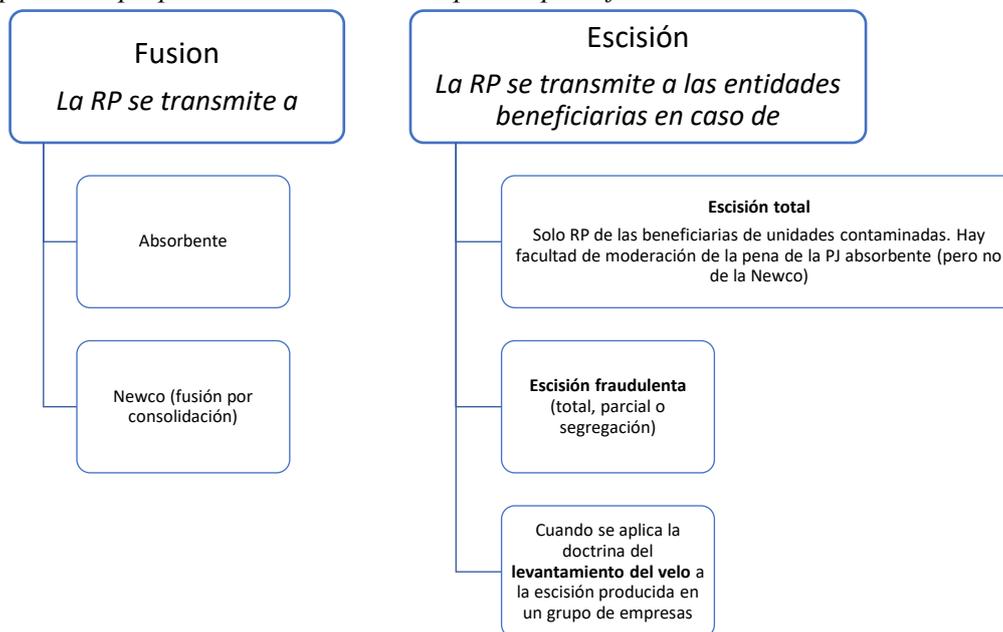
Como hemos visto, en caso de fusión o escisión total se produce una extinción de la sociedad delinciente, pero no la liquidación de su patrimonio, que se transmite, por sucesión universal, a la nueva titular. Ahora bien, la transmisión por sucesión universal también opera en caso de escisión parcial o segregación. El legislador penal, sin embargo, parece no distinguir si a consecuencia de la escisión se produce o no la extinción de la antecesora (delinciente), equiparando de esta forma los efectos penales que se producen como consecuencia de la sucesión universal en los distintos tipos de escisión. El precepto revela un fundamento económico o funcional, no formal, que da relevancia a la continuidad del patrimonio por encima del hecho de la novación subjetiva que se produce en la titularidad del mismo. Sin embargo, no hay que perder de vista el artículo en el que se incluye, dedicado a las causas de extinción de la responsabilidad penal, lo que únicamente ocurre en caso de fusión o de escisión total, no en los casos de escisión parcial ni de segregación. Proponemos, como criterio general, limitar la responsabilidad penal de la entidad sucesora a los casos de escisión total, excluyendo del ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 130.2 CP los supuestos de escisión parcial o segregación. Ahora bien, como excepción a la regla general, mantenemos la transmisión de la responsabilidad penal a toda entidad beneficiaria de una escisión, sin las exigencias que entendemos debe cumplir la “escisión” para que la entidad sucesora resulte penalmente responsable, en dos grupos de casos:

- (i) escisión fraudulenta (aplicando la *ratio legis* del segundo párrafo del precepto, extinción fraudulenta de la persona jurídica delinciente) y
- (ii) escisión producida dentro de un grupo de empresas en un supuesto en el que resulte aplicable la doctrina del levantamiento del velo.

⁷²⁸ Como señalamos en el capítulo dedicado a la transformación (capítulo 4 del Bloque I), esta modificación estructural no produce ni la transmisión del patrimonio ni tampoco la disolución o liquidación de la entidad originariamente responsable del delito.

Figura 2.

Interpretación propuesta del art. 130.2 CP primer párrafo



Elaboración propia

Pese a considerar preferible una interpretación teleológica que excluya la responsabilidad penal de la entidad beneficiaria o absorbente en caso de escisión parcial o segregación, analizaremos también estos supuestos, ya que si se opta por una interpretación literal se incluirían en el ámbito de aplicación del precepto.

Por otra parte, bajo el tenor literal del precepto, la entidad adquirente responde penalmente sin límite alguno, con la sola posibilidad de que el juez penal “modere” la pena en algunos supuestos y, además, sin claras opciones de evitar la “pena de banquillo” y verse sometida a un siempre incierto y excesivo período de instrucción. Todo ello conlleva una grave inseguridad jurídica para los operadores económicos y encierra el peligro de desalentar las fusiones y escisiones entre empresas no vinculadas, siendo así que estos mecanismos especiales de transmisión han sido diseñados por el legislador, precisamente, para facilitar la reorganización de la empresa y permitir que se adapte a las necesidades del mercado. Es urgente por ello clarificar la interpretación del precepto, identificando los supuestos en los que las consecuencias de aplicar su tenor literal pueden resultar desproporcionadas o, directamente, su aplicación puede vulnerar el principio de culpabilidad y de responsabilidad por hecho propio.

b) Disolución fraudulenta (segundo párrafo)

La responsabilidad penal no se extinguirá en caso de “disolución encubierta” o “meramente aparente”, lo que proponemos interpretar como maniobra fraudulenta encaminada a la extinción para eludir la responsabilidad penal.

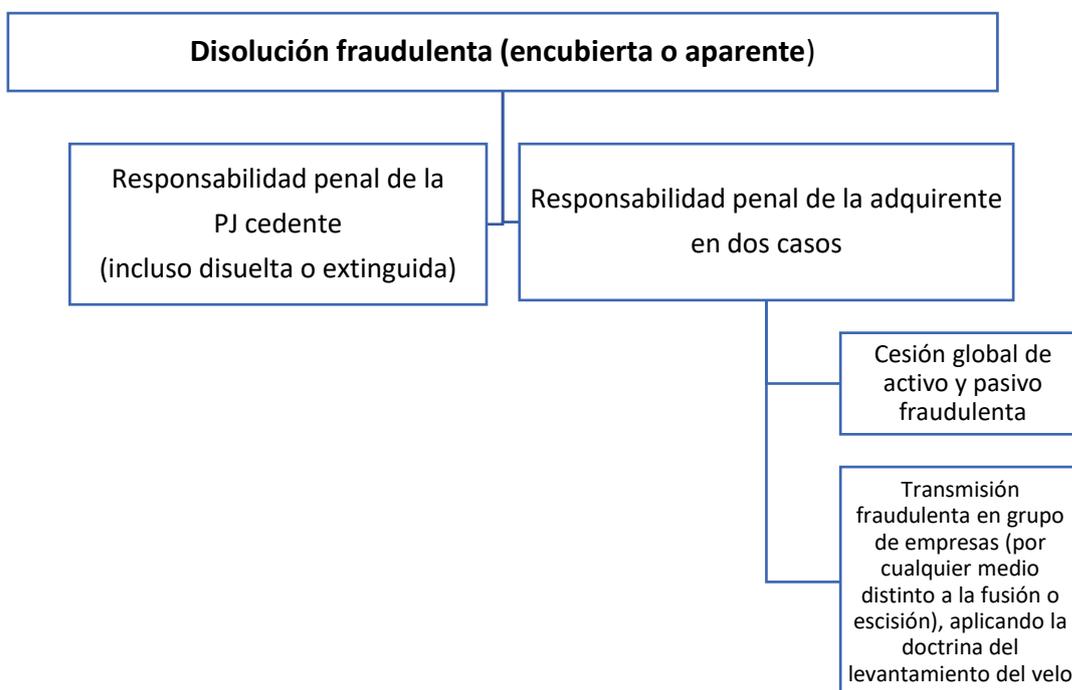
Los términos elegidos para describir la maniobra no resultan demasiado afortunados y han sido objeto de la crítica prácticamente unánime de la doctrina. Además, el legislador penal identifica, en una clara presunción contra reo, la continuidad de la empresa como indicio de mecanismo elusivo, por más que la continuidad de la empresa y la consiguiente evitación de la pérdida de puestos de trabajo sea precisamente el fin buscado, por ejemplo, en la legislación concursal. Entendemos que el precepto, pese a la interpretación auténtica de la que viene acompañado, debe ser interpretado restrictivamente, limitándolo a los supuestos de fraude de ley en los que se persigue eludir la responsabilidad penal.

El precepto, por otra parte, se limita a realizar una declaración en términos negativos: la responsabilidad penal no se extingue, pero no dice expresamente ni que sea la entidad disuelta la que deba responder ni que sea otra la que “herede” o a la que se traslade o extienda la responsabilidad penal originada en la entidad disuelta.

Como ya hemos señalado, este precepto no es sino una regla de imputación adicional a la contenida en el art. 31 bis. Aquí se declara que el art. 31 bis opera, es decir, que hay responsabilidad penal, aun cuando la entidad originariamente responsable se haya disuelto. El precepto no señala a nadie más. Y en esta tesitura, los principios de legalidad y culpabilidad que rigen en materia penal impiden hacer responsables a “otras personas” por los delitos “cometidos” por la sociedad delincente disuelta (*rectius* extinguida), lo que excluye a la(s) adquirente(s) de la empresa “disuelta”, salvo en dos supuestos excepcionales:

- (i) transmisión mediante cesión global de activo y pasivo fraudulenta;
- (ii) “disolución” fraudulenta dentro de un grupo de empresas donde resulte aplicable la doctrina del levantamiento del velo.

La siguiente figura plasma la interpretación que proponemos para el supuesto de hecho que contempla el segundo párrafo del art.130.2 CP:

Figura 3.*Interpretación propuesta del art. 130.2 CP segundo párrafo**Elaboración propia*

La lectura constitucional del precepto aconseja entender que es la entidad delincuente disuelta o extinguida la que debe responder del delito, aplicando la doctrina de la “personalidad jurídica residual”, según la cual la sociedad no se extingue definitivamente mientras existan relaciones jurídicas pendientes. Aquí, la relación pendiente es la responsabilidad penal, en particular, la obligación de pago de la pena de multa y la eventual responsabilidad civil *ex delicto*, conceptos que pueden ser calificados como “pasivos sobrevenidos” (según la definición dada por el TJUE) o como parte integrante de la “empresa” que se transmite, en cuanto relación jurídica de la persona jurídica contaminada. En la exposición del capítulo, prescindiendo de esta diferenciación, nos limitamos a hablar de “pasivo sobrevenido” para referirnos a la pena no impuesta al tiempo de la operación de que se trate.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el hecho de que la única responsable penal deba ser la sociedad extinguida o disuelta no impide que, en cuanto a las eventuales responsabilidades civiles que pudieran darse, deban responder, como responsables civiles, los responsables de los pasivos sobrevenidos de la entidad disuelta. Estos responsables pueden ser, según los casos, los socios, los liquidadores⁷²⁹ e, incluso, los adquirentes de

⁷²⁹ En las sociedades de capital, los liquidadores responden en caso de actuación interviniendo dolo o culpa (art. 397 LCS). Si se trata de sociedad colectiva o comanditaria simple, se aplica el régimen de responsabilidad previsto en art. 231 CCo, que exige la concurrencia de fraude o negligencia grave.

la empresa, si bien solo en los casos en que las circunstancias de la operación permitan la transmisión de esta responsabilidad que, insistimos, tendrá carácter civil, no penal.

Bajo estas premisas y precisiones terminológicas, desarrollamos nuestra propuesta con el análisis de los distintos supuestos que podemos encontrar en caso de fusión y escisión; además, examinamos en qué casos de adquisición fraudulenta, distintos a la fusión o absorción, puede trasladarse la responsabilidad penal de la empresa “disuelta” a la entidad adquirente, en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 130.2 CP, lo que exige, a su vez, un breve recorrido previo por los distintos supuestos que se engloban bajo el término “disolución”, vaya acompañada o no de la transmisión y continuación de la empresa por el adquirente.

2.2 Responsabilidad penal en caso de fusión

2.2.1 Planteamiento

La responsabilidad penal por los delitos “cometidos⁷³⁰” por la sociedad fusionada se traslada a las sociedades beneficiarias de la fusión, teniendo el juez o tribunal la facultad de moderar el traslado de la pena en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella (art. 130.2 CP).

Como hemos visto en el capítulo dedicado a la fusión, la sociedad fusionada o absorbida “originariamente responsable del delito”, desaparece como efecto de la fusión, a la vez que su patrimonio se transmite a una sociedad beneficiaria que podrá ser de nueva constitución o ya existente con anterioridad a la fusión (absorción). La doctrina francesa, que ha tenido gran influencia en la regulación impulsada por las directivas comunitarias, considera que las sociedades fusionadas o absorbidas perviven en la sociedad adquirente con la sola pérdida de su personalidad; la sociedad absorbida se transforma o muta, de forma que continúa su actividad unida a la sociedad absorbente. Para explicar el fenómeno se recurre al argumento de la continuidad de la empresa, que subsiste a través de las modificaciones de las estructuras jurídicas⁷³¹.

La cuestión central, desde la óptica del art. 130.2 CP, es que la sociedad que “cometió” el delito desaparece como efecto de la fusión, pero su patrimonio sigue existiendo, si bien continúa con un nuevo titular (con independencia del grado de “cambio” en términos reales que el nuevo titular represente con respecto al anterior⁷³²).

La inmensa mayoría de las fusiones que se realizan se producen entre empresas que adoptan la forma jurídica de sociedades de capital y, aunque las razones para acometer una fusión son muy variadas, al final deberá existir un motivo económico válido o, caso contrario, podrá considerarse que se ha realizado en fraude de ley. Para facilitar la conclusión de este objetivo económico, el ordenamiento pone a disposición de las empresas un mecanismo de transmisión extraordinario, la sucesión universal, que desplaza a los tradicionales mecanismos de transmisión del derecho común de los

⁷³⁰ Fórmula abreviada para referirnos a los delitos cometidos por una persona física de los cuales responde penalmente la persona jurídica en virtud de lo previsto en el art. 31 bis CP.

⁷³¹ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 83.

⁷³² Por ejemplo, la propiedad última puede permanecer inalterada si se trata de una mera reestructuración dentro de un grupo de empresas.

distintos elementos del activo y pasivo que componen el patrimonio (inmuebles, créditos, contratos, patentes, etc.). La sucesión universal *inter vivos* tiene como antecedente la sucesión hereditaria o *mortis causa*, donde por ficción legal el heredero se subroga en la posición jurídica del causante. En la fusión (como en el resto de modificaciones estructurales), la sucesión universal tiene una base real, puesto que el patrimonio sigue existiendo, y es su titular, que es una creación del Derecho, la persona jurídica, lo que cambia, si bien este cambio es restringido, en cuanto a sus efectos, por la aplicación del mecanismo de la sucesión universal. En Derecho penal, tras la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010, la entidad sucesora se subroga en la posición jurídica que respecto de los hechos delictivos ocupaba la sociedad fusionada, tal como venía ocurriendo ya en el ámbito fiscal, laboral, civil o administrativo.

La lectura del precepto bajo estas premisas permite contestar afirmativamente, en caso de fusión, a la cuestión de constitucionalidad planteada por un sector doctrinal. La entidad resultante de la fusión o absorbente no es “otra” en términos “reales” (en el sentido de no-formales), no responde por hecho ajeno, es la sucesora en la que continúa perviviendo la transmitente, ya que es la que se subroga en su patrimonio.

La STEDH de 1 de octubre de 2019 (caso Carrefour France)⁷³³ acoge la doctrina de la “continuidad de la empresa” en los términos siguientes:

“la empresa adquirida no es un verdadero 'otro' frente a la empresa adquirente debido a la continuidad de una empresa en otra, de tal forma que "condenar al segundo por actos restrictivos de la competencia cometidos antes de la fusión-absorción contraviene sólo en apariencia el principio de personalidad de las penas" y, por tanto, cualquiera que sea la conducta alegada contra el absorbente, debe poder ser imputado, independientemente de que esté o no comprendido en el ámbito de aplicación del derecho penal. La eficacia de la sanción pecuniaria se vería menoscabada por una aplicación mecánica del principio de la personalidad de las sanciones a las personas jurídicas" (§ 49).

El TJUE, ya en la sentencia de 5 de marzo de 2015 (C-343/13), caso Modelo Continente (*vid.* capítulo 5.3 del Bloque II), concluye que

una fusión por absorción, en el sentido de la Directiva 78/855/CEE (hoy Directiva (UE) 2017/1132), 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 laboral cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión

Además, en nuestro Derecho, la institución de la sucesión universal, aplicable *inter vivos* en caso de ME, implica que la entidad sucesora se coloca en la misma posición jurídica que la antecesora, efecto legal que se produce *ipso iure*, pero solo en los casos en que la ley (LME) así lo establece; entre ellos, por lo aquí nos interesa, la fusión.

⁷³³ *Vid.* capítulo 5.4 del Bloque II.

El paso siguiente será, activada la regla de extensión de la punibilidad del art. 130. 2 CP, examinar la concurrencia de los presupuestos, requisitos y condiciones exigidos para la aplicación del art. 31 bis como si se tratara de la entidad originariamente responsable del delito, teniendo en cuenta, eso sí, las circunstancias del nuevo titular.

Se podría plantear, incluso, la necesidad del primer párrafo del art. 130.2 CP para extender al ámbito penal las consecuencias de la sucesión universal que establece la LME, dado que la subrogación de la entidad sucesora en las relaciones jurídicas de la predecesora es un efecto que se produce *ex lege* cuando se inscribe la fusión en el Registro mercantil (o, como indicamos en el capítulo dedicado a la fusión, en el registro correspondiente, dependiendo del tipo de personas jurídicas fusionadas). De hecho, países como Holanda o Francia no disponen de un artículo, en sus códigos penales, que contenga una previsión específica al afecto, equiparable a nuestro art. 130.2 CP y, sin embargo, sus tribunales han declarado la responsabilidad penal de la entidad absorbente o resultante de la fusión por los delitos cometidos por la empresa fusionada⁷³⁴. En el capítulo 7 del Bloque I (cesión global de activo y pasivo) y en el primer capítulo de este Bloque (sucesión universal⁷³⁵) hemos razonado por qué entendemos que la aplicación del principio de legalidad impide la extensión de la punibilidad a supuestos distintos de los expresamente previstos por el legislador en el art. 130.2 CP.

Por otra parte, la transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión o escisión resulta acorde con la *ratio* del párrafo segundo del precepto: aunque se extinga la persona jurídica, si la empresa (entendida no como sujeto, sino como negocio) continúa, la responsabilidad penal no se extingue. En caso de fusión, la entidad extinguida continúa, “muta” o “pervive” en la entidad sucesora, a la que se habrá transmitido su patrimonio. Los socios de la entidad extinguida se han convertido en socios de la sucesora. Hacer responder a la entidad originariamente responsable del delito es hacer responder a la entidad sucesora, la cual se subroga en la posición jurídica de la predecesora a todos los efectos (lo que no obsta a ciertas particularidades como, por ejemplo, la posibilidad de elevar la renta o terminar ciertos contratos, que no condicionan la subrogación, sino que son consecuencia de la misma).

Entrando ya en el examen de los supuestos de aplicación del precepto a que puede dar lugar una fusión, distinguimos, denominando a la sociedad originariamente responsable del delito como entidad “A”, entre:

- a) Fusión por absorción: la sociedad absorbente (que denominamos “B”), ya existente con anterioridad a la fusión, adquiere la totalidad del patrimonio de A por sucesión universal; los socios de A (que se extingue) reciben, en contraprestación, las acciones o participaciones de B que se determine en función de la ecuación de canje establecida en el proyecto de fusión.
- b) Fusión por consolidación de dos entidades (A y Z) en una nueva entidad, que denominamos Newco (una S.L., en nuestro desarrollo), que adquiere el patrimonio de A y Z por sucesión universal; a cambio, los socios de A y Z reciben las participaciones en el capital de Newco; tras la fusión, A y Z se extinguen.

⁷³⁴ Vid capítulos dedicados a Holanda y Francia.

⁷³⁵ Vid. epígrafe 1.9.

2.2.2 Fusión por absorción

Tras la fusión por absorción, la entidad beneficiaria se convierte en la nueva titular del patrimonio de la entidad criminal absorbida. En este caso, el juez o tribunal podrá moderar el traslado de la pena en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con la absorbente. Conviene realizar las siguientes precisiones al respecto.

En primer lugar, llama la atención que el término de la comparación para decidir si hay que “moderar” y, en su caso, cuánto, sea la proporción que representa la empresa absorbida respecto a la absorbente, siendo así que estamos hablando de una absorción del 100% de la empresa contaminada. Cualquiera que sea la proporción que represente A respecto a B, la totalidad de la empresa contaminada, A, sigue existiendo.

En segundo lugar, el precepto no especifica qué magnitud hay que tomar como referencia en la comparación, por lo que puede acudir al valor contable, al valor real, al volumen de facturación, al número de empleados o cualquier otro parámetro que resulte más adecuado, atendidas las circunstancias.

En tercer lugar, la facultad de moderación resulta sin duda relevante respecto a la pena de multa, que es la única pena que de forma obligatoria habrá de incluir la condena por cualquiera de los delitos aplicables a las personas jurídicas. Respecto al resto de penas del art. 33.7 CP, el órgano sentenciador tiene potestad para decidir si las aplica o no y, en su caso, el grado que estime oportuno.

Sobre esta cuestión, FARADO CABANA⁷³⁶ recuerda que para la imposición de penas restrictivas de derechos se requiere, además de la comisión del hecho imputable a la persona jurídica, una peligrosidad subjetiva: la pena ha de ser necesaria para prevenir la continuidad delictiva. El riesgo se refiere a la posibilidad de comisión de nuevos delitos de las características de aquel o aquellos por los que la persona jurídica ha sido condenada. Si la entidad presentaba peligrosidad subjetiva en el momento de la comisión del delito, pero posteriormente ha adoptado medidas idóneas para eliminarla o reducirla, el juicio de peligrosidad decae y no procederá aplicar estas penas⁷³⁷.

En cuarto lugar, respecto a la pena de multa, la facultad de moderación puede entenderse que opera o bien dentro del arco punitivo establecido para el delito de que se trate, con lo cual se trataría de concretar la pena en la fase de individualización haciendo uso de esa facultad moderadora, pero siempre dentro del mínimo y el máximo establecido en el tipo penal de que se trate, o bien cabe entender que permite al órgano sentenciador rebajar la pena en uno o dos grados. Consideramos más adecuado permitir el mayor margen de discrecionalidad que implica esta segunda posibilidad:

⁷³⁶ FARADO CABANA, P.: “¿Es la multa una pena adecuada para las personas jurídicas?” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la y PÉREZ MACHÍO, A. I. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, 2013, *ibid.*, pp. 77-113.

⁷³⁷ Señala la autora que el Juez o Tribunal debe ponderar el posible impacto social de la pena, con el fin de evitar efectos desproporcionados sobre terceros inocentes, en particular los trabajadores. Vid epígrafe 2.7 de este capítulo.

- a) En primer lugar, esta previsión viene a completar el régimen especial de aplicación de las penas impuestas a personas jurídicas que establece el art. 66 bis CP, estableciendo una facultad “moderadora” que no se da fuera de los casos de fusión y escisión.
- b) La facultad de moderación, expresamente prevista por el legislador en caso de fusión o absorción de una parte escindida, contrasta con la exclusión del régimen general de circunstancias atenuantes que realiza el art. 31 quater CP.
- c) El principio de proporcionalidad, que justifica la reducción de la pena en caso de tentativa (art. 62 CP) o complicidad (art. 63 CP), también justifica, cuando se trate de trasladar la pena a una entidad “formalmente” distinta, que no “cometió” el delito, que se interprete dicha facultad de moderación en el sentido expresado, permitiendo al juez penal, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, equiparando su tratamiento a una circunstancia muy cualificada.

Veamos cuál es la situación en caso de fusión por consolidación y a continuación presentamos nuestra propuesta para concretar la “moderación” en ambos tipos de fusión.

2.2.3 Fusión por consolidación

En una fusión por consolidación, las sociedades participantes (A y Z) transmiten sus respectivos patrimonios a otra sociedad, Newco, S.L., y, a cambio, los socios de A y Z reciben las participaciones de Newco. Las sociedades fusionadas, A y Z, se extinguen tras la fusión.

El ajuste de la pena según la proporción que represente la sociedad fusionada contaminada respecto de la entidad resultante puede conducir a resultados insatisfactorios. En nuestro ejemplo, si A supone el 25 % de Newco y, por tanto, sus socios reciben el 25% de las participaciones de Newco, la aplicación de la facultad de moderación, tal como viene descrita, parece indicar que el juez podría reducir la pena a una cuarta parte del importe de la pena de multa que hubiera correspondido aplicar a A de no haberse extinguido como consecuencia de la fusión. Esta primera interpretación, sin embargo, carece de justificación, dado que el patrimonio de A se ha integrado en Newco y, por tanto, no hay razón para justificar la reducción de la pena. Si de lo que se trata, por el contrario, es de dar al juez penal una pauta para la individualización de la pena dentro del arco punitivo legal, el parámetro al que se refiere no deja de ser un criterio más a tener en cuenta para fijar la pena concreta. No obstante, la previsión legal tiene el valor de poner el foco en la entidad resultante, y ello, entendemos, tanto respecto de la pena de multa como respecto de la necesidad de cualquiera de las otras penas que el juez puede imponer de modo facultativo.

2.2.4 Propuesta

La determinación de la pena concreta en el supuesto de fusión de dos o más personas jurídicas debe tener en cuenta el estado o evolución, en la entidad resultante de la fusión, de aquellas circunstancias que permitieron o favorecieron la comisión del delito, además de la ecuación de canje o cualquier otro parámetro que pueda permitir establecer, en el

caso concreto, la proporción que representa la participación de los socios de la sociedad contaminada en la sucesora.

Entre dichos factores podemos mencionar, sin ánimo exhaustivo, los siguientes:

- a) El peso que el equipo de dirección de A tenga en la nueva sociedad, siendo relevante para ello la proporción de consejeros de la entidad sucesora provenientes de A y la relevancia de los cargos que los consejeros de A detenten en el consejo de administración surgido tras la fusión, en términos de capacidad para determinar la estrategia de la empresa y conformar su voluntad social.
- b) La calidad y grado de implementación del programa de cumplimiento de la entidad absorbente (B) o del introducido en la nueva entidad, respecto a la empresa contaminada.
- c) Las consecuencias de la fusión en la unidad económica delincente de A (si es que cabe dicha individualización del “delito”), lo que exige analizar si se ha mantenido la misma dinámica delictiva, si se ha puesto fin y denunciado, si la unidad sigue operativa o, por el contrario, ha sido sustituida por la unidad correspondiente de otra entidad participante en la fusión.

2.3 Responsabilidad penal en caso de escisión

2.3.1 Planteamiento

2.3.1.1 Presupuestos

El tenor literal del art. 130.2 CP no limita su alcance a la escisión total, único supuesto en que la sociedad escindida se extingue, sino que se refiere a “escisión”, término bajo el que se incluyen la escisión total, la escisión parcial y la segregación. Recordemos, por otra parte, que la parte o partes escindidas o segregadas pueden atribuirse a sociedades ya existentes (escisión-absorción) o bien a sociedades de nueva creación⁷³⁸.

Por tanto, al analizar el precepto, hemos de distinguir:

- (i) si la entidad escindida continúa existiendo o no tras la escisión y
- (ii) si la parte escindida se atribuye a una sociedad ya existente o a una de nueva creación.

En cuanto al significado económico de la operación, la escisión parcial puede dar lugar a una concentración de recursos económicos (que es el efecto inherente a la fusión), cuando la unidad económica de la sociedad que se escinde se transmite a una sociedad beneficiaria preexistente (escisión-absorción), por más que desde la óptica de la sociedad escindida, la escisión representa una desconcentración, ya que se separa una actividad económica⁷³⁹. Cuando lo que se lleva a cabo es una segregación, con atribución de las

⁷³⁸ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “La responsabilidad por las deudas sociales: La responsabilidad por las obligaciones incumplidas” en ROJO, A. et al. (coords.), *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p.372. Para las cuestiones mercantiles relacionadas con la escisión, nos remitimos al capítulo dedicado a este tipo de modificación estructural.

⁷³⁹ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibíd.*, p. 104.

acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria a la sociedad que se segrega, solo hay un cambio en la composición del patrimonio (no afecta a los socios), lo que puede permitir, por ejemplo, sustituir el ejercicio directo de la actividad empresarial por el desarrollo indirecto, a través de una filial.

2.3.1.2 Distinción entre “trasladar y extender” la RP

La distinción que realiza el precepto entre los términos “trasladar” y “extender” la pena puede ser objeto de distinta interpretación y valoración. Por una parte, hemos visto que la doctrina suele reservar el término “trasladar” para la fusión y el término “extender” para la escisión. Se dice por ello que la facultad de moderación del juez penal solo opera en caso de fusión, no de escisión. Es posible, sin embargo, realizar lecturas distintas de la distinción contenida en el precepto.

- a) Una alternativa es entender que cuando habla de “trasladar” la pena, el legislador parte de la extinción de la persona jurídica originariamente responsable del delito, motivo por el cual la pena no se “extiende” sino que se traslada; en cambio, cuando la persona jurídica delincente no se extingue, responde penalmente y, además, la pena también se aplica (se extiende) a la entidad sucesora. En este entendimiento, la facultad de moderación se aplicaría en caso de escisión total, pero no en caso de escisión parcial o segregación. La consecuencia sería que la pena aplicable a la entidad beneficiaria no podría ser “moderada” cuando respondiera conjuntamente con la entidad originariamente responsable del delito y sí, en cambio, cuando esta hubiera desaparecido. La facultad de moderación así entendida constituiría, en realidad, una atenuante, puesto que significaría que las penas de multas exigidas a las distintas beneficiarias, consideradas conjuntamente, podrían ser inferiores a la pena de multa correspondiente al delito cometido.
- b) Nos parece más adecuado, sin embargo, considerar que la distinción atiende a si la entidad sucesora es una sociedad ya existente que absorbe una parte de la entidad escindida o se trata de una entidad de nueva creación con los mismos socios que la sociedad escindida. Desde este entendimiento, la facultad de moderación se aplicaría, tanto en caso de escisión total como parcial, a la pena correspondiente a una sociedad ya existente (absorbente), mientras que no se aplicaría cuando se tratara de sociedades beneficiarias de nueva creación. Así, la facultad de moderación solo quedaría excluida en caso de escisión respecto a la entidad o entidades beneficiarias de nueva creación. Explicamos los motivos.

La interpretación (b) propuesta resulta más ajustada a la redacción de la norma, que establece, como consecuencia de la “absorción”, el “traslado” de la pena, y no la “extensión”:

la responsabilidad penal “se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida

El precepto establece, al mismo tiempo, que la responsabilidad penal “se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”. Las entidades beneficiarias de la escisión pueden ser, como hemos señalado, tanto personas jurídicas ya existentes como de nueva creación, pero si se trata de entidades ya existentes que absorben una parte escindida se

trataría, desde su punto de vista, de una absorción, por lo que quedaría subsumido en el anterior inciso y, por tanto, la pena “se trasladaría”, no “se extendería”.

Por otra parte., solo así resulta posible la previsión de que pueda haber “entidades” tras la “transformación, fusión o absorción”, ya que, por definición, tras la fusión o transformación solo existirá una entidad, la transformada o resultante de la fusión (el resto de entidades que participen en la fusión se extinguirán; y en la transformación solo interviene la entidad que se transforma). Por tanto, solo en caso de absorción de partes escindidas de la entidad originariamente delincente que se escinde es posible que existan “entidades” en las que la delincente quede “absorbida”.

Si atendemos a la “realidad” que subyace bajo las personas jurídicas intervinientes, esta solución resulta más equitativa, identificando

- (i) “entidad de nueva creación” con la que crean los socios de la sociedad escindida como resultado de la escisión; y
- (ii) “entidad absorbente” con la entidad que lleva a cabo una adquisición por absorción (ya sea fusión por absorción o escisión-absorción).

Así, cuando unos socios dividen la empresa, transfiriendo la(s) parte(s) dividida(s) a una(s) nueva(s) sociedad(es) cuyos títulos se reparten, no hay razón para moderar la pena que resulte aplicable; la suma total de las penas de multa impuestas a las sociedades participantes en la escisión deberá ser la que hubiera correspondido a la entidad escindida de no haber tenido lugar la escisión. En cambio, cuando se trate de una sociedad en la que, con carácter previo a la escisión, no tuvieran participación los socios de la escindida, las circunstancias de esta otra sociedad o de la adquisición pueden aconsejar la moderación de la pena. Así, la decisión de aplicar o no la facultad de moderación de la pena debe atender a las concretas circunstancias del caso, en lugar de poner el foco, únicamente, en la fecha de constitución de la sociedad utilizada como vehículo de la operación. Es decir, entendemos que la facultad de moderar la pena puede resultar igualmente adecuada si una sociedad ajena a la escindida (no pertenece al mismo grupo de empresas ni sus socios están relacionados con la sociedad escindida) decide llevar a cabo la adquisición mediante una sociedad constituida al efecto (Newco); y, a la inversa, no resultará procedente el ejercicio de la facultad de moderar la pena cuando los socios de la escindida se sirvan de sociedades ya existentes con anterioridad (por ejemplo, sociedades inactivas) para la operación. Lo relevante, a estos efectos, es el accionariado de la(s) sociedad(es) beneficiarias de la escisión, y no su fecha de constitución.

Por todo ello, sostenemos que el juez penal tendrá la facultad de moderar la pena en caso de absorción, ya sea de la entidad delincente fusionada (fusión por absorción) o de una parte escindida de la misma (escisión-absorción). Por el contrario, no concurrirían motivos para moderar la pena de las entidades beneficiarias de una escisión en la que participen únicamente los mismos socios de la sociedad escindida.

Para simplificar la exposición que sigue, utilizaremos los términos sociedad o entidad “de nueva creación” para referirnos a la sociedad beneficiaria en la que participan los mismos socios de la entidad escindida; y “ya existente” o “absorbente” para referirnos a aquella con participación de terceros.

2.3.1.3 Restricción de la “escisión” a la escisión total

Proponemos interpretar el término “escisión” como escisión total, excluyendo del ámbito de aplicación del primer párrafo del art. 130.2 CP los supuestos de escisión parcial y segregación, ya que en ninguno de ellos hay extinción de la sociedad escindida, que sigue existiendo y, por tanto, responderá del delito en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP⁷⁴⁰. En otras palabras, ni la escisión parcial ni la segregación extinguen la responsabilidad penal de la entidad escindida, por lo que no es necesario trasladar o extender la responsabilidad penal a otras personas jurídicas. Exponemos los motivos.

En primer lugar, a dicha conclusión conduce una interpretación sistemática del precepto, ubicado en el Título VII del Libro I, que lleva por título “de la extinción de la responsabilidad penal y sus efectos” y, en concreto, en el capítulo I, dedicado a “las causas que extinguen la responsabilidad criminal:

- i) el primer apartado del artículo 130 CP establece, sin carácter exhaustivo, las causas de extinción de la responsabilidad penal;
- ii) el apartado segundo, por el contrario, establece expresamente los supuestos de no extinción de la responsabilidad penal: en el primer párrafo, la transformación, la fusión, la escisión, la absorción (que se menciona como supuesto diferenciado de ambos); en el segundo párrafo, la disolución fraudulenta tras la transmisión de la empresa.

Ahora bien, ni en la escisión parcial ni en la segregación se produce la extinción de la sociedad escindida o segregada, por lo que no es necesario declarar la “no extinción” de la responsabilidad penal de la sociedad escindida, puesto que sigue existiendo y responde en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP. En suma, no es necesario ningún mecanismo adicional de imputación para evitar la extinción de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, la literalidad del precepto no exige incluir, dentro de su ámbito de aplicación, ni la escisión parcial ni la segregación. En efecto, la norma se refiere a la fusión, a la escisión y a la absorción como tres supuestos diferenciados. La posibilidad de que la escisión total se realice o bien a favor de entidades de nueva constitución (primera posibilidad), a favor de entidades ya existentes (segunda posibilidad) o a favor de una o más entidades absorbentes y una o más entidades de nueva creación (tercera posibilidad) explica que el precepto se refiera a la “entidad o entidades que resulten de la escisión”. En otras palabras, tras la escisión, entendida como escisión total, podría existir una entidad beneficiaria de nueva creación junto con una o más entidades absorbentes, o bien dos o más entidades de nueva creación.

En tercer lugar, la extinción de la sociedad contaminada es un elemento decisivo para el TJUE en estos casos:

- a) La STJUE de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17), dictada a propósito de la transmisión de la responsabilidad por conductas anticompetitivas llevadas a cabo por

⁷⁴⁰ En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: “Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP”, *ibid.*, pp. 438 y 440-441. PINAZO TOBES excluye la segregación, no la escisión parcial (“Interferencias entre normativa mercantil y las penas previstas en el 33.7 del Código Penal”, *ibid.*, pp. 198-199).

la entidad absorbida a la entidad absorbente (*vid.* capítulo 5.2 del Bloque II), hace referencia expresamente a la extinción de la primera como fundamento de la transmisión de la responsabilidad, para evitar la extinción de la responsabilidad que se produciría “simplemente por el hecho de que su identidad se ha visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo”.

- b) Asimismo, la STJUE de 5 de marzo de 2016 (asunto C-343/13, Modelo Continente), a propósito de un caso de fusión por absorción, señala que “si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría”, añadiendo que “esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 78/855, puesto que, según la citada disposición, una fusión de ese tipo consiste en una transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente a raíz de una disolución sin liquidación”. Concluye que si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron la multa. Por tanto, en Modelo Continente, la extinción de la sociedad originariamente responsable es la causa del traslado de la responsabilidad administrativa a la sociedad absorbente.

Frente a estos motivos puede aducirse, a favor de la extensión de la responsabilidad penal en caso de escisión parcial (no en caso de segregación), que la limitación de la responsabilidad penal a la sociedad escindida supondría que la responsabilidad penal se “extinguiría” respecto a una “parte” de la entidad delincuente, la parte escindida, siendo así que cuando son los socios de la sociedad escindida quienes tienen la totalidad de las acciones o participaciones de la nueva titular de esa porción del patrimonio, nada lo justifica⁷⁴¹. Se puede decir que la garantía de la responsabilidad universal del patrimonio del deudor es el fundamento que subyace en el régimen de responsabilidad civil que establece la LME y que ahora el CP traslada al ámbito penal, al establecer la responsabilidad de todo el patrimonio, incluida la parte escindida, por el delito cometido antes de la operación. Este “inconveniente” de la restricción propuesta se diluye, sin embargo, si tenemos en cuenta que la regla general no resultaría aplicable a los supuestos fraudulentos de escisión parcial o segregación ni cuando se aplique la doctrina del levantamiento del velo⁷⁴² (sea por su carácter fraudulento o por otro de los motivos que, como vimos, justifican la aplicación de la doctrina).

Analizamos a continuación los distintos supuestos de escisión, incluyendo la escisión parcial y la segregación, si bien entendemos que solo en determinados casos, que constituirían excepciones a la regla general, deberían incluirse en el ámbito de aplicación del precepto. A fin de facilitar el análisis de los escenarios posibles, la entidad escindida originariamente responsable del delito es designada como sociedad A.

⁷⁴¹ La sociedad de nueva creación (Newco) puede tener los mismos socios que la escindida pero puede también tener nuevos titulares, ajenos a la que se escinde, cuando los socios de Newco acuerdan un aumento de capital con renuncia a los derechos de suscripción preferente.

⁷⁴² La aplicación de la doctrina del velo implica que la responsabilidad penal se exige ex art. 31 bis CP (no se activa el mecanismo previsto en el art. 130.2 CP). Sobre esta cuestión, *vid.* capítulo 6 del Bloque II.

2.3.2 Escisión parcial

En la escisión parcial se produce un traspaso en bloque, por sucesión universal, de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales ha de formar una **unidad económica**. Recordemos que en la escisión parcial, los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad escindida, al mismo tiempo que esta reduce el capital social en la cuantía necesaria (pero no se extingue, a diferencia de lo que ocurre en la escisión total); en la segregación, en cambio, es la propia sociedad segregada la que recibe las acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias⁷⁴³.

Cuando se declare que la sociedad transmitente (es decir, la escindida) es responsable de un delito (lo que requiere el examen de los presupuestos, requisitos y condiciones del art. 31 bis), el art. 130.2 CP impone la “extensión” o “traslado” a la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión, por lo que el juez penal debería condenar tanto a la sociedad escindida como a todas las beneficiarias y, dependiendo de la opción interpretativa que se acoja, incluso sin posibilidad de moderar la pena de las entidades beneficiarias. Veamos cuales serían los efectos de la aplicación del precepto en los distintos supuestos de escisión parcial y cuál es la interpretación que consideramos más equitativa en cada caso.

2.3.2.1 Escisión-absorción parcial

Para que opere el art.130.2 CP se requiere que A, la entidad escindida, sea responsable de un delito en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP. Ahora bien, el delito cometido puede afectar a todas las unidades económicas de la empresa o solo a alguna o algunas unidades, sin perjuicio de que tanto en un caso como en otro A sea responsable del delito, con todas las consecuencias para esta entidad. Para determinar el alcance de la responsabilidad penal resulta relevante quién haya sido la persona física que cometió el delito (distinguiendo si se trata de una persona física mencionada en el apartado 1º (a) o 1º (b) del art. 31 bis) y las circunstancias que lo hayan hecho posible o favorecido.

Si el delito ha sido cometido, por ejemplo, en el departamento de ventas de un país específico, la unidad delincuente puede haber sido transmitida a B (entidad absorbente) o se puede haber quedado en A. En este segundo caso, por tanto, la unidad económica en la que se cometió el delito no ha sido transmitida, sigue estando en la sociedad escindida (A). ¿Qué fundamento tendría entonces el “traslado” o “extensión” de la responsabilidad penal a B, persona jurídica que ninguna relación tenía antes, ni tiene tampoco tras la escisión, con la unidad delincuente de A, ya que no fue objeto de transmisión? Hay que tener en cuenta que por muy concienzuda que hubiera sido la auditoría o *due diligence* previa a la adquisición, posiblemente no hubiera podido detectar ni la comisión del ilícito ni las condiciones que la hicieron posible. La *due diligence* tiene por objeto aquello que va a ser objeto de la adquisición, no la totalidad de los negocios de la empresa transmitente.

En el caso concreto, será preciso determinar:

⁷⁴³ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “La responsabilidad por las deudas sociales”, *ibid.*, p. 372.

- (i) En primer lugar, si la conducta delictiva ha contaminado toda la empresa o solo una parte;

Así, si una empresa que cuenta con un programa de cumplimiento tiene distintas divisiones o áreas de negocio (por ejemplo, fabricación de productos químicos en Marruecos y explotación de inmuebles en España en régimen de arrendamiento), el delito cometido por una persona física comprendida en el apartado b) del art. 31 bis puede afectar solo a una de las áreas de negocio (soborno a un funcionario marroquí para retrasar la licencia de un competidor perpetrado por un empleado local que actúa para asegurarse su bonus como comercial de la empresa). Cuando el delito haya sido cometido por los representantes legales de la empresa (consejero delegado, con el conocimiento del pleno del consejo de administración, que da instrucciones de llevar una contabilidad B con ingresos y gastos no declarados), puede contaminar todas las áreas de negocio.

- (ii) En segundo lugar, si el delito solo ha contaminado una parte, hay que determinar en qué concreta unidad económica ha de entenderse incluida la parte contaminada, lo que es una cuestión compleja, dado que el concepto de unidad económica no viene definido *a priori*, sino que dependerá del análisis de las circunstancias y en particular, del objeto del acuerdo y a si la persona física que cometió el delito puede entenderse que actúa en dicha unidad o no. La entidad escindida responderá penalmente, haya habido transmisión o no de la unidad económica contaminada, pero para que responda la absorbente será necesario que se subroge en una unidad económica contaminada.

La entidad sucesora puede haber tenido nulas opciones de conocer el riesgo penal de la operación (de aplicar una interpretación literal del precepto) si el objeto del acuerdo no incluía ninguna unidad contaminada. Distinto puede ser el caso, no obstante, cuando nos hallemos ante operaciones intra grupo, dado que aquí la dirección económica es unitaria y, por tanto, todas las entidades responden a las directrices de la cúpula del grupo (la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, cuando concurren los requisitos para ello, conduciría a una solución diferente a la regla general aplicable en caso de escisión parcial).

Resumimos lo dicho hasta aquí.

En caso de escisión parcial-absorción, salvo que se trate de una operación fraudulenta o se aplique la doctrina del levantamiento del velo (operación intragrupo), para establecer si debe operar o no la regla de extensión de la punibilidad del art. 130.2 CP, será necesario determinar:

Primero, si toda la empresa ha sido contaminada o puede considerarse que el delito solo afecta a una(s) unidad(es) económica(s). Para ello, será relevante determinar cuál es el hecho

de conexión, es decir, si la(s) persona física(s) que cometió el delito es representante legal, administrador o directivo (primer hecho de conexión) o bien empleado o subordinado (segundo hecho de conexión). Si se trata de una conducta realizada por quienes representan o “dirigen”, en principio, la conducta delictiva habrá “contaminado” toda la empresa y, por tanto, será difícil identificar unidades económicas que no hayan resultado contaminadas.

Segundo, en caso de que sea posible aislar la unidad contaminada, habrá que verificar si dicha unidad se ha transmitido a la entidad absorbente o, por el contrario, no ha sido objeto de transmisión y, por tanto, permanece en la sociedad escindida.

2.3.2.2 Escisión parcial con sociedad beneficiaria de nueva creación

En caso de escisión con atribución patrimonial a sociedades nuevas creadas al efecto, si están integradas por los mismos socios que la sociedad escindida⁷⁴⁴, la escisión se produce en virtud de la voluntad de sus socios, sin que intervengan terceras partes, a diferencia de lo que ocurre en la escisión-absorción. En este supuesto, ningún tercero, ajeno a la sociedad que se escinde, realiza una *due diligence*, puesto que no hay ese tercero. Los socios, simplemente, reorganizan su propiedad de otra forma.

Por ejemplo, los socios de A escinden la actividad inmobiliaria del resto de la empresa, transmitiendo a una nueva S.L. (que llamamos Newco) los inmuebles propiedad de A, que representa la mitad de su patrimonio. Los socios de A reciben la parte proporcional de participaciones de Newco que les corresponde según su porcentaje de participación en el capital A. Podría decirse que no hay razón para excluir la extensión de la responsabilidad penal a Newco, que podrá ser coacusada con A. La titularidad del patrimonio de A se ha dividido formalmente, pero en términos económicos sigue en las mismas manos. Si A es responsable de un delito y debe responder de la pena de multa, Newco debería responder también en la proporción que represente respecto de A, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y ne bis in idem, para evitar que la pena total resulte desproporcionada, y las circunstancias concretas⁷⁴⁵.

Ahora bien, si la “transmisión” de la responsabilidad penal se fundamenta en la subrogación que se produce a consecuencia de la sucesión universal en la parte escindida, será necesario, también aquí, para aplicar la regla de extensión de la punibilidad del art. 130.2 CP, que la parte escindida esté contaminada; si la unidad económica escindida y

⁷⁴⁴ Aunque es un supuesto frecuente, no siempre ocurre así. La parte escindida puede atribuirse también a una sociedad de nueva creación en la que se de entrada a nuevos socios mediante un aumento de capital.

⁷⁴⁵ Entre estas circunstancias cabe mencionar la proporción que los socios tengan en las distintas sociedades beneficiarias, si no es la misma; la existencia o no de nuevos socios en la Newco; si la operación de escisión parcial fue previa a la venta de Newco a otro grupo inversor, etc. Habrá que examinar la necesidad de pena en atención a la responsabilidad de cada PJ.

transmitida a Newco no está contaminada, salvo que se trate de una operación fraudulenta (como luego desarrollamos), debería ser excluida del ámbito de aplicación del precepto.

En caso de escisión parcial en virtud de la cual se transmite una unidad económica contaminada a una sociedad de nueva creación, la responsabilidad penal puede extenderse a la beneficiaria en la proporción que esta represente respecto de la entidad originariamente responsable del delito

En el ejemplo antes visto, si el delito fue cometido por los administradores, contaminando también la división inmobiliaria transmitido a Newco que, como hemos dicho, representa la mitad del valor de la sociedad escindida A, la pena de multa debería distribuirse en A y Newco a partes iguales.

2.3.2.3 Unidad económica

En caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se divide o segrega ha de constituir una unidad económica. Nos detendremos aquí para analizar, siquiera sea brevemente, el concepto de unidad económica y los elementos que en el caso concreto deben entenderse incluidos, en particular, qué “pasivos sobrevenidos” (término utilizado en sentido amplio, incluyendo las eventuales responsabilidades derivadas de infracciones cometidas antes de la escisión).

En el ámbito mercantil, como vimos, la jurisprudencia ha declarado que la unidad económica no tiene que tener vida propia con anterioridad a la escisión, ni tiene que coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio; basta que sea meramente funcional⁷⁴⁶.

ALONSO UREBA y RONCERO SÁNCHEZ señalan que se trata de bloques patrimoniales capaces, por su composición, de servir de base por sí mismos al desarrollo de una actividad productiva, es decir, a una actividad que, partiendo de ese conjunto patrimonial, permita colocar bienes o servicios en el mercado y obtener recursos suficientes del mismo para su viabilidad en términos económicos. Para estos autores, la finalidad de la exigencia de que el patrimonio objeto de escisión constituya una unidad económica parece conectarse con los efectos de la sucesión universal y la protección de

⁷⁴⁶ La STS 796/2012, de 3 de enero de 2013, Caso Ramón Vizcaíno (Pte: I. SANCHO GARGALLO) dice sobre esta cuestión: “es muy significativo que el proyecto de escisión hiciera mención a que afectaba a la actividad internacional de la compañía escindida, que constituía una unidad económica empresarial que se desarrollaba de forma autónoma. El hecho de que una supuesta deuda generada por la actividad internacional de la compañía Ramón Vizcaino, S.A. antes de la fusión, no se incluyera luego en el proyecto de escisión, en concreto en la designación y reparto de los elementos del activo y del pasivo que iban a transmitirse a la sociedad beneficiaria, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal, máxime cuando esta supuesta deuda no estaba tampoco contabilizada en la sociedad escindida. Por eso, debe entenderse que esta deuda estaba afectada al negocio internacional de la sociedad escindida, en que consiste la unidad económica transmitida a la sociedad beneficiaria, razón por la cual fue también transmitida a ésta última, formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque”. Sobre el concepto de unidad económica, GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 176 -194, sostiene que el concepto de rama de actividad es más restringido que el de unidad económica, concepto este último próximo al de empresa.

los acreedores de la sociedad que se escinde, particularmente como consecuencia de la ausencia, en caso de escisión parcial, de un régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias⁷⁴⁷.

Para otros, la finalidad de la norma es garantizar la continuidad de la empresa, impidiendo su segregación⁷⁴⁸.

El proyecto de escisión debe especificar el reparto preciso de los elementos del activo y pasivo que han de transmitirse a cada uno de las sociedades beneficiaras. Ahora bien, el hecho de que un determinado elemento no se incluya en el proyecto no significa necesariamente que quede excluido del efecto de la sucesión universal. Si dicho elemento está afectado a la unidad económica que se segrega, puede declararse su inclusión en el bloque de relaciones jurídicas traspasadas y la sociedad beneficiaria resultar responsable de su cumplimiento⁷⁴⁹.

Algunos autores propugnan que las deudas que tengan relación con una determinada unidad económica deben transmitirse con ella⁷⁵⁰, pero la ley no establece esta obligación y la jurisprudencia no ha sido siempre clara al respecto. Los casos de escisión parcial con despatrimonialización de la sociedad escindida no plantean problemas sobre la responsabilidad de la entidad beneficiaria por un pasivo no incluido expresamente en el bloque transmitido si, en el caso, cabe apreciar fraude de ley (caso Ercross, se transmite casi la totalidad de la actividad), o cuando la descripción de la operación del proyecto permite deducir claramente que su inclusión resulta obligada (caso Ramón Vizcaíno)⁷⁵¹. Pero fuera de estos casos, los tribunales se han mostrado reacios a pronunciarse sobre la existencia de una conexión objetiva entre la unidad económica transmitida y los

⁷⁴⁷ ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La escisión parcial financiera inversa como modificación estructural”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores* n.º 30/2022. Para los autores, el concepto de unidad económica se aproximaría al concepto de rama de actividad del que parte la normativa tributaria para determinar el ámbito de aplicación del régimen fiscal especial previsto para las operaciones de modificación estructural. En este sentido, rama de actividad se define como conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios (art. 76.4 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades) lo cual, sin embargo, parece constituir un concepto más restringido que el de unidad económica. Proponen un concepto de unidad económica más amplio que el de rama de actividad, que no incorpore la exigencia de que el conjunto patrimonial permita por sí mismo el desarrollo de una actividad económica, lo que directamente posibilitaría la consideración como unidad económica de un conjunto patrimonial integrado, por ejemplo, por acciones o participaciones de una sociedad de capital o por uno o varios inmuebles arrendados.

⁷⁴⁸ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 179, citando a ROJO.

⁷⁴⁹ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “La responsabilidad por las deudas sociales”, *ibid.*, pp. 372.

⁷⁵⁰ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, 2016, *ibid.*, p. 172, con cita de la STS de 3 de enero de 2013 y las SSTs de 12 de enero de 2006 y 30 de enero de 2006 (ambas dictadas en el caso ERCROS-ERTOIL). La autora considera contrario a la buena fe no incluir determinados pasivos en la escisión (con fundamento en ello cabría su inclusión y, por tanto, la declaración de responsabilidad de la entidad beneficiaria de la escisión). En el mismo sentido, RAMOS MUÑOZ, en “Reestructuración de grupo, responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión/segregación parcial y levantamiento del velo”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, Civitas, n.º 93, 2013, considera que las reglas de la escisión amplían la autonomía en el ámbito positivo, para designar la agrupación de bienes objeto de la subrogación, pero no tan claramente en el negativo, es decir, para determinar qué obligaciones quedan excluidas por no estar asociadas a dichos activos.

⁷⁵¹ RAMOS MUÑOZ, D.: “Reestructuración de grupo, responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión/segregación parcial y levantamiento del velo”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, n.º 93, 2013.

elementos no integrados en ella para modificar el perímetro de la unidad económica establecido por las partes y limitar así posibles abusos.

2.3.2.4 Régimen de responsabilidad en el ámbito mercantil

La escisión, como mecanismo de transmisión, contempla el patrimonio como una unidad que se fragmenta o divide, frente al principio general de responsabilidad universal que consagra el art. 1.911 CC como garantía de los acreedores. Esto explica, a juicio de algunos autores⁷⁵², la ordenación de la responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión en el ámbito mercantil.

En caso de escisión, el art. 80 LME dispone

De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación

Analicemos brevemente cuál es el régimen de responsabilidad que establece este precepto.

a) Límite objetivo-subjetivo de la responsabilidad de las sociedades beneficiarias

En primer lugar, de acuerdo con el régimen establecido en la LME, en caso de escisión parcial, las sociedades beneficiarias no responden por el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad escindida⁷⁵³. El art. 80 LME limita la responsabilidad de las sociedades beneficiarias al incumplimiento de las obligaciones de las otras sociedades beneficiarias.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que no se prevé un criterio de reparto de elementos del pasivo no atribuidos expresamente a alguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión, como sí ocurre cuando se trata de una escisión total. Como vimos, la doctrina mayoritaria sostiene que, en este caso, se entiende que quedan a cargo de la sociedad escindida⁷⁵⁴. En este sentido, el art. 75 LME se refiere, única y exclusivamente, al reparto de elementos del pasivo no atribuidos expresamente a ninguna sociedad

⁷⁵² OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p.110. El autor especifica que la responsabilidad es solidaria pero subsidiaria, bastando la previa reclamación del cumplimiento a la sociedad beneficiaria a la que se hubiese atribuido la obligación, sin que sea necesario la previa excusión de los bienes del deudor o la insolvencia del mismo para hacer efectiva la responsabilidad de las sociedades solidariamente responsables (p. 350). El precepto (decía el autor a propósito del antiguo art. 259 LSA, cuyo contenido se mantiene en el actual art. 80 LME), no tiene por finalidad la atribución del pasivo de la sociedad escindida, ni la determinación de la sociedad a la que corresponde la obligación, lo que se reserva al proyecto de escisión elaborado por las sociedades participantes en la operación, sino que se dirige a determinar las personas sometidas al poder coactivo del acreedor; se refiere únicamente a la esfera externa de la relación (p. 349).

⁷⁵³ PÉREZ TROYA, A.: “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en ROJO, A. et al. (coords.), *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2015, p. 604: “los acreedores de la sociedad parcialmente escindida, a diferencia de los acreedores de las sociedades beneficiarias, no cuentan en su favor con la regla de responsabilidad del art. 80 LME”.

⁷⁵⁴ ESCRIBANO GAMIR, C.: “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, núm. 36, 2011, p. 19, con cita de LÁZARO SÁNCHEZ.

beneficiaria en caso de escisión total. Esta distinción obedece a que en la escisión parcial (y también en la segregación), la sociedad transmitente sigue existiendo y, por tanto, puede responder con su patrimonio del cumplimiento de la obligación, mientras que, en caso de escisión total, por definición, la sociedad escindida se extingue y, por tanto, no puede responder de la obligación incumplida o del elemento del pasivo no atribuido a ninguna beneficiaria.

Sin embargo, no existe unanimidad en la doctrina en cuanto al alcance de la posibilidad de integración de la voluntad de las partes manifestada en el proyecto de escisión respecto a los elementos que no estén expresamente recogidos en el proyecto de escisión. Para unos, se debe entender transmitido el elemento del activo o pasivo cuando pertenece a una unidad económica transmitida, aunque no se mencione expresamente en el proyecto de escisión; argumentan en apoyo de esta tesis que la LME exige, para que opere la sucesión universal, que la parte de patrimonio escindida constituya una unidad económica⁷⁵⁵. En favor de la tesis opuesta se argumenta que se deja la posibilidad a las partes de retener algún elemento del activo o pasivo que pertenezca a una unidad económica objeto de transmisión, sin que ello excluya el efecto de la sucesión universal o, en otras palabras, sin que la sucesión universal determine su inclusión obligatoria, aunque no se mencione en el proyecto, con el límite, claro está, de que no constituya un fraude de ley o abuso de derecho (como ocurrió en el caso Ramón Vizcaíno)⁷⁵⁶.

b) Límite cuantitativo de la responsabilidad de las sociedades beneficiarias

Otra importante consecuencia del art. 80 LME es la **limitación** de la responsabilidad de las sociedades beneficiarias **al activo neto atribuido**, límite al que no hace referencia el Código Penal y que, por tanto, no es necesario aplicar a la eventual pena de multa, pero que sí habrá de tenerse en cuenta en los pronunciamientos civiles de la sentencia (indemnización a cargo de la sociedad beneficiaria)⁷⁵⁷. OLEO BANET distingue entre el aspecto externo e interno de la responsabilidad. En el aspecto interno de la relación entre los corresponsables solidarios, la sociedad beneficiaria que pague al acreedor tendrá acción de reembolso por la totalidad del importe pagado contra la sociedad deudora a la que se hubiera transferido la obligación (art. 1838 CC), y frente al resto de las sociedades beneficiarias, por la parte que proporcionalmente corresponda a cada una (arts. 1145 y 1844 CC) hasta el límite de su responsabilidad (valor neto atribuido).

c) Responsabilidad ilimitada de la sociedad escindida

Por el contrario, la responsabilidad de la sociedad escindida por las deudas transmitidas a las sociedades beneficiarias es ilimitada⁷⁵⁸. Ahora bien, para que responda la sociedad

⁷⁵⁵ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.: “La responsabilidad por las deudas sociales”, *ibid.*, p. 373.

⁷⁵⁶ VICENT CHULIÁ defiende que en la escisión parcial la sociedad escindida sigue siendo el deudor al no haber asumido la sociedad beneficiaria las obligaciones de la escindida (“Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 2022, *ibid.*, p. 1601). Cita como ejemplos la SAP Barcelona, Secc. 15ª n.º 769/2003, de 3 de diciembre de 2003 (ponente, J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL), SAP Barcelona, Secc. 15ª n.º 386/2004, de 16 julio de 2004 (ponente, J.L. FORGAS FOLCH) y SAP Madrid, Secc. 14ª n.º 64/2004, de 27 de enero de 2004 (ponente, A. CAMAZÓN LINACERO).

⁷⁵⁷ OLEO BANET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 351.

⁷⁵⁸ PÉREZ TROYA, A.: “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *ibid.*, p. 604. OLEO BANET critica que no se aplique límite alguno a la responsabilidad de la sociedad parcialmente escindida, porque agrava la posición de los acreedores no “transferidos”, al haber sido transferida una parte del activo de la sociedad a la vez que continúa siendo responsable de las obligaciones que lo acompañan.

escindida debe haber un incumplimiento de la sociedad beneficiaria, porque su responsabilidad, aunque solidaria e ilimitada, es subsidiaria⁷⁵⁹.

La cuestión, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, ha sido abordada por la reciente STS (Sala Primera, de lo Civil) n.º 621/2022 de 26 de septiembre de 2022. En el caso examinado, la sociedad demandada, Inversis, traspasó mediante una escisión parcial la totalidad del negocio minorista a Andbank. La demanda se fundamentaba en error vicio en el consentimiento y se solicitaba que se declarara la nulidad de los contratos suscritos por los demandantes con Inversis para la adquisición de dos bonos estructurados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva, considerando que los demandantes habían contratado con Inversis, y estimó la demanda en lo relativo a la petición de nulidad de los contratos de adquisición de los bonos. La recurrente planteó la falta de legitimación pasiva, motivo que acoge la sentencia: conforme al régimen previsto en la LME, la entidad pasivamente legitimada para responder frente a los demandantes sería la beneficiaria de la escisión, Andbank, pues Inversis traspasó la totalidad del negocio minorista por sucesión universal a aquella; en tanto que Andbank no incumpliera su obligación de restitución frente a los demandantes, derivada de la nulidad que pudiera declararse en el proceso, Inversis carecía de legitimación pasiva, pues su responsabilidad es de carácter subsidiario. La sentencia concluye que al haberse producido la escisión parcial de Inversis antes del inicio del litigio, siendo Andbank la sociedad beneficiaria de esa escisión, existió una sucesión universal entre Inversis y Andbank respecto de la unidad económica consistente en el negocio minorista o *retail*. Expresamente declara:

la transmisión en bloque del negocio minorista de Inversis a Andbank no supuso la transmisión de una obligación de pago que pudiera resultar incumplida. Lo que se transmitió fue la titularidad de la relación negocial entre Inversis y sus clientes de negocio minorista y, con ella, la posición pasiva respecto de una futura acción de nulidad del contrato por error vicio.

La responsabilidad solidaria de Inversis respecto de las obligaciones de Andbank derivadas de la unidad económica transmitida, prevista en el art. 80 LME, tendría por objeto, en este caso, la obligación de restitución que es consecuencia de la declaración de nulidad por error vicio de los contratos de adquisición de los productos estructurados por parte de los demandantes.

Pero para que dicha obligación nazca, es preciso que previamente se haya instado por los clientes la nulidad contra la

Al mismo tiempo, estos acreedores solo cuentan con la responsabilidad de la sociedad escindida, a diferencia de los acreedores cuyo crédito fue transferido a alguna de las sociedades beneficiarias, que disponen de la responsabilidad del resto de sociedades participantes en la escisión. ESCRIBANO GAMIR liga la responsabilidad de la sociedad escindida por el incumplimiento de las obligaciones transmitidas a las beneficiarias con el hecho de que la transmisión de las deudas no libera al anterior deudor, sino que incorpora nuevos obligados al cumplimiento, en el supuesto de asunción cumulativa de deuda (ESCRIBANO GAMIR, C: “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 36, 2011, p. 14).

⁷⁵⁹ STS (Sala Primera, de lo Civil) n.º 621/2022 de 26 de septiembre de 2022. Ponente: R. SARAZÁ JIMENA.

sociedad titular de la relación contractual cuya anulación se pretende y que se haya declarado la nulidad y la consiguiente obligación de la sociedad beneficiaria de restituir a los clientes lo pagado por estos. Y esa sociedad frente a la que ha de instarse la nulidad no es Inversis, que traspasó en bloque, por sucesión universal, la unidad económica de su negocio minorista antes incluso de que esa pretensión fuera ejercitada, sino Andbank, a la que fue transmitida tal unidad económica en la operación de escisión parcial de Inversis y asumió la posición contractual de esta en la relación negocial con los demandantes.

(...) habría sido admisible que los demandantes hubieran dirigido la demanda no solo contra Andbank sino también contra Inversis para que, en caso de que una vez conseguida la declaración de nulidad de los contratos frente a Andbank y la condena de esta a restituir a los demandantes lo pagado por estos Andbank no hubiera dado cumplimiento a esa obligación restitutoria, poder exigir a Inversis, sin necesidad de instar un nuevo proceso en su contra, ni siquiera de hacer excusión de los bienes de Andbank, su responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria respecto de la de Andbank. Así se reconoció en la sentencia 439/2017, de 13 de julio, en un supuesto de segregación del art. 71 LME, en el que el régimen de responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria de la sociedad segregada es, a estos efectos, el mismo que el de la sociedad escindida.

Este supuesto nos puede servir de ejemplo para examinar, a efectos meramente dialécticos, cuál sería la consecuencia de aplicar el art. 130.2 CP si los hechos hubieran sido enjuiciados en un procedimiento penal y calificados como constitutivos de un delito de estafa (art. 251 bis en relación con el art. 248 CP). En este caso, INVERSIS respondería en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP. Además, si aplicamos el tenor literal del art. 130.2 CP, también respondería penalmente Andbank, la sociedad beneficiaria de la escisión (sin perjuicio de que esta pudiera alegar en su defensa, por ejemplo, la eximente de contar con un programa de cumplimiento eficaz, haber realizado una auditoría previa a la adquisición que, sin embargo, no hubiera sido capaz de detectar los hechos y haber implementado su programa en la unidad adquirida y, al final, resultar merecedora de una exención o atenuación de la pena); por el contrario, si se aplica la interpretación restringida del precepto que proponemos, como no es un caso de escisión total, Andbank no sería penalmente responsable, sin perjuicio de su eventual responsabilidad civil.

En cuanto a las consecuencias civiles del delito, la situación, en este escenario hipotético, sería la siguiente:

- a) INVERSIS respondería civilmente como autora del delito (arts. 109 y 110 CP); es decir, respondería civilmente de manera directa, no subsidiaria respecto de Andbank.
- b) En el caso de Adbank, si se interpreta que el término “escisión” engloba tanto la escisión total como la parcial, la responsabilidad penal se “trasladaría” o “extendería” a Adbank; por el contrario, si adoptamos la tesis restrictiva aquí propuesta, que limita

la aplicación del precepto a los casos de escisión total, Adbank no sería penalmente responsable. En cuanto a la responsabilidad civil, la obligación nacida de la responsabilidad *ex delicto* constituye un pasivo sobrevenido; formaría parte de la unidad económica transmitida, por lo que civilmente respondería también Adbank, como entidad absorbente de la unidad escindida a la que corresponde el pasivo sobrevenido.

2.3.2.5 Régimen de responsabilidad de la LME versus art. 130.2 CP

En caso de escisión parcial, el tenor literal del art.130.2 CP se aparta del régimen de responsabilidad establecido en la legislación mercantil:

- a) en primer lugar, hace responder a la sociedad beneficiaria (incluyendo a la sociedad absorbente ya existente con anterioridad) más allá del régimen de responsabilidad establecido en el art. 80 LME, en cuanto la hace corresponsable de un “pasivo” (si adoptamos la terminología que parece utilizar el TJUE respecto de la pena de multa) aunque no haya sido objeto de transmisión;

La legislación mercantil no hace responsables a las sociedades beneficiarias por el incumplimiento de las obligaciones civiles a cargo de la sociedad escindida, lo que, para un sector de la doctrina, incluye aquellas obligaciones que no hubieran sido expresamente asignadas a ninguna entidad beneficiaria. En todo caso, no se podrían entender incluidas en “todas las unidades económicas”, solo en aquella(s) a la(s) que estuviera(n) vinculada(s). El régimen del art. 130.2 CP puede resultar más gravoso si se interpreta en sentido literal (además de resultar contrario al principio de culpabilidad, como ya se ha apuntado), ya que supondría hacer responder penalmente a todas las entidades participantes en una escisión parcial o segregación, aunque se tratara de un “pasivo” que no les hubiera sido asignado en el proyecto de escisión y aunque este pasivo no tuviera conexión con la parte transmitida.

- b) en segundo lugar, **no** establece **límite cuantitativo** alguno a la responsabilidad de la sociedad beneficiaria o absorbente, por lo que podría llegar a superar el activo neto atribuido.

Mientras que la responsabilidad civil de la entidad beneficiaria se limita al activo neto atribuido, la pena de multa no está sujeta a límite cuantitativo alguno (sin perjuicio del respeto a los principios de ne bis in ídem y proporcionalidad).

En suma, una aplicación literal del art. 130.2 CP podría suponer la responsabilidad de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión parcial sin límite cuantitativo alguno, y aun cuando ninguna relación tuviera la parte de patrimonio que les ha sido transmitida con la unidad económica contaminada; a ello hay que añadir que, de prosperar la opinión más extendida, el juez penal no tendría la facultad de moderar la pena en este caso. Con todo, y aun cuando fuera esta la interpretación seguida, hay que tener en cuenta que aún en el marco del proceso penal, la responsabilidad civil derivada del delito debe ajustarse

a las reglas que rigen la escisión parcial, de tal forma que las sociedades beneficiarias de una escisión parcial solo podrían ser declaradas responsables de las eventuales responsabilidades civiles derivadas del delito hasta el límite del valor neto atribuido a cada una, y solo responderían de forma solidaria respecto al incumplimiento de las otras sociedades beneficiarias participantes en la escisión, no respecto a la sociedad delincente escindida.

En la interpretación que aquí se defiende, en caso de escisión parcial, solo respondería penalmente la entidad originariamente responsable del delito.

2.3.2.6 Límites constitucionales al traslado o extensión de la pena

Ahora bien, aun si se entiende que el término “escisión” debe comprender tanto la escisión total como la escisión parcial, no siempre será admisible la extensión o traslado de la responsabilidad a la sociedad beneficiaria o absorbente de la unidad escindida. Analizamos bajo qué condiciones resulta constitucionalmente admisible el traslado o extensión de la responsabilidad penal en caso de escisión.

a) Traspaso de unidades no contaminadas

Debe excluirse el traslado o extensión de la responsabilidad penal a la entidad o entidades beneficiarias de la escisión parcial cuando:

- (i) sea posible identificar o aislar la unidad económica contaminada por el delito y
- (ii) la unidad económica contaminada no se haya transmitido, es decir, permanezca en la sociedad escindida delincente, o se haya transmitido a otra entidad beneficiaria.

En este caso, no concurre la ratio legis del art. 130.2 CP: si no hay sucesión universal respecto del patrimonio contaminado (no la hay si, por ejemplo, la parte contaminada permanece en la entidad delincente), la regla de imputación contenida en el art. 130.2 CP no debe ser activada. En otras palabras, no existe fundamento para trasladar o extender la responsabilidad penal a la sociedad beneficiaria de la escisión.

b) Traspaso de unidades contaminadas

La cuestión se complica cuando la unidad económica que se escinde y se transmite a la entidad beneficiaria está contaminada.

En este caso, aunque no sea la interpretación que propugnamos, consideramos que es constitucionalmente admisible la imputación tanto de la sociedad escindida como de la sociedad beneficiaria de la unidad económica contaminada. Esta opción es compatible con el tenor literal del art. 130.2 CP y encuentra su fundamento en la subrogación de la entidad beneficiaria de la escisión en la posición jurídica de la entidad transmitente (escindida) contaminada, ya que la sucesora continúa su “personalidad” respecto a las relaciones jurídicas que conforman el patrimonio escindido. Para la condena de la sucesora será necesario constatar, no obstante, que concurren los presupuestos y hechos de conexión del art. 31 bis respecto a la sociedad escindida y que no concurren circunstancias eximentes respecto a la entidad beneficiaria.

En cuanto a la pena de multa aplicable a cada una de las entidades participantes, habría que tener en cuenta la proporción que representa la parte contaminada transmitida en concreto a cada una respecto al patrimonio total antes de la escisión y la procedencia o no de aplicar la facultad de moderación que la ley otorga al juez penal. Como hemos visto, respecto a la pena de multa no rige el límite del activo neto atribuido que establece la LME, dado que la pena no tiene naturaleza civil. No obstante, nada impide al juez penal tener en cuenta este dato junto con el resto de elementos y circunstancias de la operación (sobre esta cuestión, nos remitimos al epígrafe 2.7 de este capítulo donde tratamos las cuestiones atinentes a la concreción de la pena).

2.3.2.7 Responsabilidad civil ex delicto

En cuando a la **responsabilidad civil** que se pudiera derivar del hecho delictivo, habría que distinguir:

- a) Si la **unidad económica contaminada** no hubiera sido **incluida** en el proyecto de escisión, la obligación surgida de la comisión del hecho generador de la responsabilidad permanece en la sociedad escindida. Por tanto, de su cumplimiento responde, únicamente, la sociedad escindida. Sostener lo contrario, es decir, entender que son responsables civiles todas las entidades participantes en la escisión, siendo así que se trataría de una obligación de la sociedad escindida, resulta incompatible con el régimen establecido en el art. 80 LME, que limita la responsabilidad de las sociedades beneficiarias al incumplimiento de las obligaciones de las otras sociedades beneficiarias y, en cualquier caso, con el tope del activo neto atribuido a cada una de ellas. Salvo en el muy hipotético caso de expresa transmisión de la obligación a una sociedad beneficiaria, y siempre que dicho pacto hubiera sido admitido en la calificación previa a la inscripción en el registro (al amparo de la libertad de las partes para configurar el perímetro de transmisión, pese a no formar parte de la unidad económica transmitida, y con el límite del respeto a la ley, que prohíbe el fraude de ley y el abuso de derecho), hay que concluir que solo respondería, civilmente, la sociedad escindida.
- b) Si la **unidad económica contaminada** hubiera sido **transmitida**, la obligación de indemnizar, reparar o restituir constituiría un pasivo sobrevenido transmitido junto con la unidad económica contaminada, aun cuando no viniera incluido en el proyecto de escisión, aplicando el razonamiento de la STS (Sala Primera, de lo Civil) n.º 621/2022 (Inversis). La obligación derivada de una responsabilidad civil, aunque se declare con posterioridad a la fusión o escisión, afecta a la sociedad adquirente, porque la obligación nace desde que se produce el daño, no desde que se declara judicialmente⁷⁶⁰. En cuanto al resto de entidades participantes, dado que se trata de un pasivo sobrevenido, y no de una obligación “asumida” por una entidad beneficiaria, del incumplimiento de la obligación de la entidad beneficiaria de una unidad contaminada no responderían las demás beneficiarias.

⁷⁶⁰ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA. S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 194.

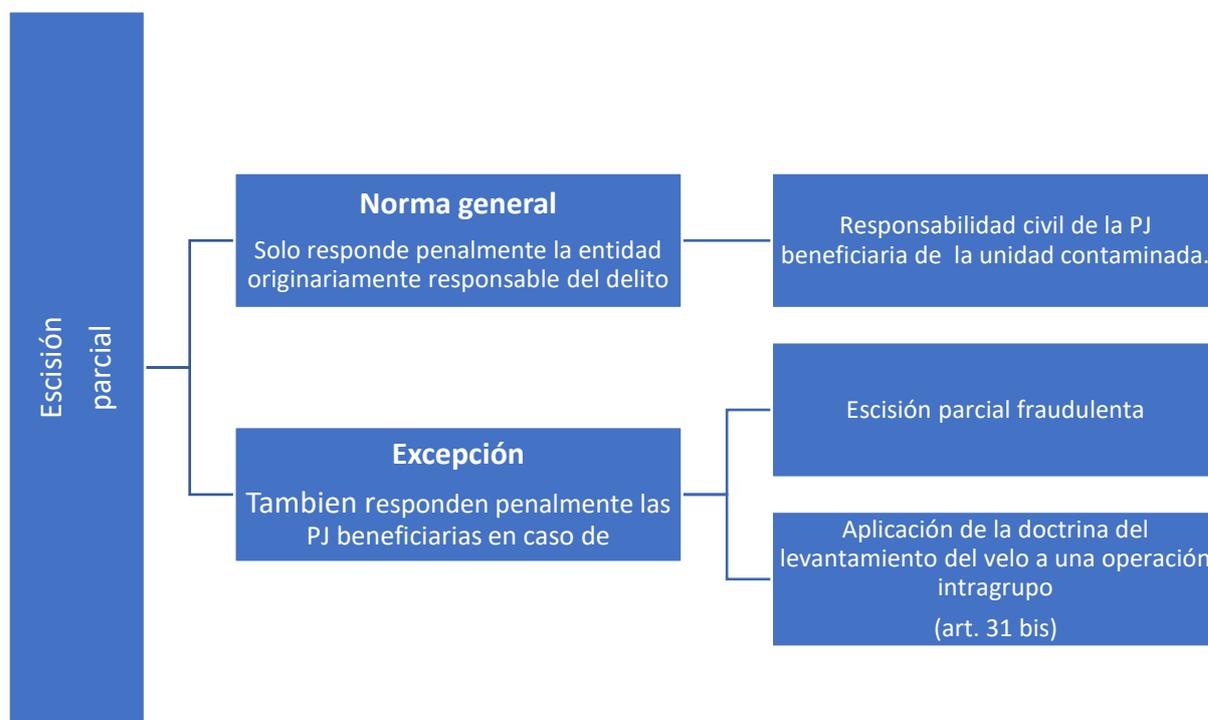
Frente a esta opción interpretativa, la regla general que proponemos, en caso de escisión parcial, es considerar penalmente responsable, únicamente, a la entidad originariamente responsable del delito, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que se puedan derivar. Como excepción, cabe exigir responsabilidad penal a las entidades beneficiarias si se trata de una escisión parcial fraudulenta o cuando resulte aplicable la doctrina del levantamiento del velo en una operación intra grupo.

Interpretado el precepto atendiendo a la ratio legis del art. 130 en su conjunto, el primer párrafo del segundo apartado limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los se produce la extinción de la entidad originariamente responsable del delito. Ahora bien, cuando se trate de una escisión parcial fraudulenta, la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 130.2 CP justifica el traslado o la extensión de la responsabilidad penal a la entidad o entidades beneficiarias de la escisión, de tal forma que responderán penalmente tanto la entidad escindida como la(s) entidad(es) beneficiaria(s) de la escisión.

Por otra parte, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo puede dar lugar a la responsabilidad penal de todas las sociedades participantes, también en caso de escisión parcial; la exigencia de responsabilidad penal se fundamentaría directamente en el art. 31 bis CP.

La siguiente figura plasma la interpretación propuesta en caso de escisión parcial:

Figura 4
Responsabilidad en caso de escisión parcial



Elaboración propia

2.3.3 Segregación

En caso de segregación de una o varias unidades económicas, es la propia sociedad transmitente la que recibe los títulos (acciones, participaciones o cuotas) de la entidad beneficiaria, y no sus socios (como en la escisión parcial). Como expusimos en el capítulo dedicado a la escisión, la segregación se regula en la LME como un tipo de escisión, no obstante su naturaleza singular⁷⁶¹, por lo que la aplicación del art. 130.2 CP a los supuestos de segregación respetaría el tenor literal del precepto y, por tanto, el principio de legalidad.

Sin perjuicio de defender, como se ha expuesto anteriormente, una interpretación restrictiva del precepto, limitada a los supuestos de escisión total (salvo las excepciones mencionadas), la extensión de la responsabilidad penal a la empresa beneficiaria de la parte segregada resulta en principio admisible, aunque no en todos los casos, ya que si no

⁷⁶¹ FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, p. 25.

hay “sucesión” el principio de culpabilidad resultaría vulnerado, ya que se trataría de una responsabilidad por hecho de “otro”. Analizamos los escenarios posibles tras la operación de segregación.

a) Primer escenario: la segregación no incluye la unidad económica contaminada

Siguiendo el razonamiento antes expuesto, si la unidad económica donde se cometió el delito permanece en la sociedad que se segrega, es decir, no es objeto de transmisión (que exige, como en el caso de escisión parcial visto anteriormente, que sea posible dicha individualización de la conducta delictiva, lo que nos traslada, nuevamente, al ámbito de aplicación del apartado 1b) del art. 31 bis CP), decae la justificación de la extensión de la responsabilidad. La sociedad contaminada sigue existiendo y sigue teniendo el mismo capital social. Únicamente habrá variado la composición de una parte de su patrimonio: en lugar de la unidad económica segregada (por ejemplo, fábricas de envases, hoteles, etc.), tendrá como activo las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria (por ejemplo, una parte de las acciones de una empresa líder en el sector correspondiente).

Para PINAZO TOBES, no tiene sentido trasladar la responsabilidad penal a la entidad a la que se traspa en bloque la parte del patrimonio segregado, que nada tiene que ver con el delito. Entiende que se produciría el efecto indeseado de reducir la responsabilidad de la entidad delincente y, al mismo tiempo, el riesgo de responsabilidad penal desincentivaría las segregaciones. Señala que el precepto parece pensado para el supuesto de escisión, donde sí cabe aplicar la extensión de la responsabilidad criminal a la entidad o entidades que resulten de la escisión, y que solo en caso de escisión tiene sentido la facultad de moderación en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella⁷⁶².

Coincidimos con este autor en la conveniencia de interpretar restrictivamente el precepto, excluyendo este tipo de supuestos de su ámbito de aplicación. La sociedad delincente sigue existiendo y aunque haya variado su composición, el patrimonio, cuantitativamente, no debería haber experimentado modificación (la variación será cualitativa). Además, desde el plano constitucional, si la unidad contaminada no es segregada, la sociedad beneficiaria no “sucede” a la entidad delincente en la unidad contaminada, es “otra”, no hay sucesión. En estas circunstancias, la extensión de la responsabilidad penal supondría desconocer el principio de culpabilidad.

La segregación sin transmisión de la unidad económica contaminada no es título hábil para “extender” la responsabilidad penal; lo contrario supondría vulnerar el principio de culpabilidad.

⁷⁶² PINAZO TOBES, E.: “Interferencias entre normativa mercantil y las penas previstas en el 33.7. del CP”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 198-199. Para el autor, este criterio de moderación no tiene sentido en los supuestos de fusión, ya que podría diluirse la pena injustamente, lo que no ocurre respecto de otras responsabilidades.

- b) Segundo escenario: la segregación sí incluye la unidad económica contaminada

En un segundo escenario, la segregación sí incluiría la transmisión de la unidad económica contaminada. Podemos aplicar aquí la misma solución que en el caso anterior, tal como propone PINAZO TOBES, entendiendo que el término “escisión” que aparece en el art. 130.2 CP no incluye la segregación. La aplicación del precepto en este caso, sin embargo, no encontraría el obstáculo constitucional que hemos visto antes, puesto que se habría producido la transmisión de la parte del patrimonio contaminada mediante sucesión universal.

Es cierto, como señala PINAZO TOBES, que a diferencia de la escisión en sentido propio, donde son los accionistas quienes reciben las acciones o participaciones de la beneficiaria de la parte escindida, aquí es la propia entidad segregante la que recibe la contraprestación pactada por la parte segregada. Esta diferencia entre la segregación y la escisión es relevante a efectos de considerar la solvencia de la entidad segregante. La segregación no afecta, salvo que se trate de una maniobra fraudulenta, a las posibilidades de ejecución de las penas en las que se concrete la eventual responsabilidad penal de la sociedad segregante, dado que en lugar de la unidad contaminada encontraríamos otro activo (acciones o participaciones de la entidad beneficiaria). El patrimonio del cual es titular la entidad delincente sigue existiendo y en términos cuantitativos debería permanecer intacto. El Estado, considerado en su posición de “acreedor”, no ve alterada su posición, dado que no se trata de una obligación cuya titularidad pueda ser modificada por voluntad de las partes; la posición del Estado como acreedor es distinta a la de los acreedores de la unidad económica transmitida, a quienes la LME otorga una protección alternativa a la que ofrece el régimen de transmisión ordinaria de los distintos elementos del activo y pasivo porque no se requiere su consentimiento para que opere la transmisión cuando esta se produce por sucesión universal. En otras palabras, el Estado sigue siendo acreedor de la sociedad delincente y esta sigue teniendo su patrimonio para responder penalmente en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP.

La aplicación del precepto en estos casos podría responder, sin embargo, a un propósito político criminal, no tanto de asegurar la ejecución de la pena de multa, sino de incentivar la adopción de medidas de cumplimiento de la legalidad penal en las empresas. El Estado, cuando regula la RPPJ, atiende intereses que van más allá del mero efecto recaudador de la pena de multa. El fin, la protección de bienes jurídicos, se busca mediante la promoción de una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal, impulsando la cooperación de las propias empresas en la prevención penal mediante la amenaza de las penas y el premio de las conductas que prevengan la comisión de delitos o faciliten su persecución⁷⁶³. En este aspecto, la responsabilidad penal de la empresa que adquiere mediante segregación la unidad contaminada puede resultar adecuada para conseguir este fin, ya que se ve obligada a “hacer sus deberes” para detectar posibles riesgos penales, es decir, asegurarse de que no asume una responsabilidad penal. En cualquier caso, si la actividad delictiva continuara después de la segregación, la imputación de la nueva titular

⁷⁶³ ARLEN, JENNIFER and KORNHAUSE, LEWIS A.: “Deterring Corporate Crime: Implications of Expressive Law and Empirical Psychology for Corporate and Individual Liability for Organizational Misconduct, Compliance and Enforcement, *PCCE New York University School of Law*, entrada de 18/09/2002: “Corporate self-reporting and cooperation is essential to deterrence because expressive law alone cannot suffice to deter as long as employees can benefit from misconduct without fear of punishment”.

se produciría, como es obvio, no en virtud de lo previsto en el artículo 130.2 CP, sino directamente por aplicación del art. 31 bis.

En caso de segregación con transmisión de la unidad económica contaminada, la aplicación del art. 130.2 CP no vulneraría el principio de culpabilidad y podría servir el objetivo político criminal de impulsar la colaboración de las empresas en los fines de prevención, detección y colaboración en la persecución de los delitos cometidos en el seno de la persona jurídica. Sin embargo, una interpretación teleológica del precepto aconseja excluir la segregación no fraudulenta de su ámbito de aplicación, porque en este caso no hay extinción de la sociedad delincente.

2.3.4 Escisión parcial o segregación fraudulenta

Un supuesto diferenciado de los anteriores sería la escisión parcial o la segregación de carácter fraudulento, mediante la cual las partes pretenden eludir la responsabilidad penal de la entidad delincente escindida o segregada.

En la escisión parcial fraudulenta las partes buscan aprovechar la asimetría vertical y horizontal del régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias (art. 80 LME⁷⁶⁴) para eludir la responsabilidad penal de la sociedad escindida. La protección de la transmisión en bloque evita el comportamiento oportunista de los terceros que contratan con la sociedad que, en caso contrario, tratarían de obtener beneficios si aquella tuviese que negociar la transmisión de los contratos uno a uno, lo que tiene especial importancia cuando los activos principales de una empresa son sus contratos (por ejemplo, en el negocio bancario). Como señala RAMOS MUÑOZ⁷⁶⁵, la combinación de una protección “lateral” (contra las demás beneficiarias) con la “vertical ascendente” (contra la entidad escindida) puede alentar comportamientos oportunistas: basta transferir las unidades solventes a las sociedades beneficiarias, dejando los créditos afectados en la sociedad escindida subsistente, que queda así infra patrimonializada.

En estos casos, entendemos que la ratio del primer párrafo del art. 130.2 CP debe completarse con lo dispuesto en el párrafo segundo. Nos explicamos. Es cierto que no estamos ante una disolución “aparente” de la sociedad escindida, porque tras la escisión parcial la entidad no se habrá disuelto, continúa existiendo, aunque sin la parte escindida, que en los casos que denominamos “patológicos” resultará en la insolvencia de la empresa cuando se ejecute la pena, porque los activos sobre los que se podría hacer efectiva la pena de multa habrán desaparecido. Se trata, sin embargo, de una disolución encubierta para conseguir el fin castigado por la norma, eludir la responsabilidad penal. En estos

⁷⁶⁴ Art- 80 LME: “De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación”.

⁷⁶⁵ RAMOS MUÑOZ, D.: “Reestructuración de grupo, responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión/segregación parcial y levantamiento del velo”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, Civitas, n.º 93, 2013.

casos, tanto si se ha transmitido la unidad económica delinciente como si no, la regla de extensión de la punibilidad debe operar sin más límites que los derivados del principio de proporcionalidad y prohibición del *ne bis in idem*. Por la vía del fraude de ley, la escisión parcial fraudulenta “desgaja” la parte del patrimonio de la empresa delinciente que debiera responder de las consecuencias penales de la comisión del hecho delictivo, lo que supone, de facto, una “disolución encubierta”. La consecuencia, aplicando la doctrina del fraude de ley, es la aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiera tratado de eludir (art. 6.4 CC), en este caso, la responsabilidad impuesta por el art. 31 bis CP, lo que se logra aplicando el primer párrafo del art. 130.2 CP.

Iguales consideraciones cabe hacer en el supuesto de segregación fraudulenta. No es lo mismo, a la hora de ejecutar una pena, contar con un activo dentro de la propia sociedad condenada (por ejemplo, un inmueble) que con un paquete de acciones de otra empresa, que además puede no otorgar el control, ni tan siquiera un porcentaje relevante del capital para poder influir en su gestión.

En caso de escisión parcial o segregación fraudulentas, el art. 130.2 CP permite extender la responsabilidad penal a las sociedades beneficiarias, tanto si se trata de sociedades ya existentes como si son de nueva constitución

2.3.5 Escisión total

En caso de escisión total, la sociedad escindida se extingue. Cuando, con posterioridad a su extinción, se incoe un proceso penal por delito “cometido” por la sociedad escindida con anterioridad a la escisión, el art. 130.2 CP permite trasladar o extender la responsabilidad penal a todas las entidades beneficiarias.

Para analizar correctamente el supuesto consideremos, a efectos meramente dialécticos, que si el delito fuera juzgado y sentenciado antes de la escisión, la condena se referiría, como es obvio, únicamente a la sociedad contaminada que luego se escinde y extingue. La pena de multa y la responsabilidad civil se transmitirían, como parte del pasivo, a una o varias de las entidades beneficiarias. La asignación de este elemento del pasivo debería figurar en el proyecto de escisión.

Cuando el proceso penal se inicie después de la escisión, que es el supuesto más previsible, la eventual pena de multa constituirá un elemento “sobrevenido” del pasivo, no existente al tiempo de la escisión⁷⁶⁶.

A título ilustrativo, veamos el régimen que establece la legislación mercantil en caso de escisión total respecto a los elementos del pasivo:

⁷⁶⁶ Como vimos, ALVAREZ ROYO-VILLANOVA (“La sucesión universal”, *ibid.*, p. 194) propone que, en el caso de sanciones, la obligación (elemento del pasivo) surge desde su imposición, no desde el hecho generador de la sanción, a diferencia de la obligación de indemnizar (responsabilidad civil), que surge desde el momento en que se produce el hecho generador de la obligación de indemnizar. No es este, sin embargo, el planteamiento que hace el TJUE (Modelo Continente).

- a) en primer lugar, habrá que estar al proyecto de la operación de escisión, es decir, solo responderá aquella sociedad a quien se asigne el elemento en el proyecto;
- b) si no se incluyera un elemento del pasivo en el proyecto, habrá que interpretar este documento para determinar cuál era la voluntad de las partes, viendo, por ejemplo, si se dividió la empresa en distintas áreas de negocio, o por áreas geográficas;
- c) y si no fuera posible, el art. 75 LME establece que “responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias”⁷⁶⁷; como vemos, no se aplica aquí el límite que establece el art. 80 LME (“De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas”), puesto que no se trata de una obligación “asumida” por ninguna sociedad beneficiaria.

Si el proceso penal, iniciado tras la escisión, termina en condena, la pena de multa constituirá un elemento del pasivo sobrevenido que no habrá sido atribuido a ninguna de las entidades beneficiarias en el proyecto de escisión. Como la sociedad escindida se habrá extinguido tras la escisión total, si la responsabilidad penal no se trasladara o extendiera a las sociedades beneficiarias, la responsabilidad se extinguiría. Asumido el mandato legal de no dar por extinguida la responsabilidad penal y “extenderla” a las entidades que resulten de la escisión total, la cuestión es si debemos trasladar la responsabilidad penal a todas las personas jurídicas beneficiarias, solo a alguna o algunas y, en todo caso, en qué medida.

Distingamos algunos de los posibles escenarios que podemos encontrar:

- a) La escisión total puede tener lugar dentro de un mismo grupo de empresas, en el marco de una reestructuración de negocios o del patrimonio del grupo. Por ejemplo, A, empresa matriz, decide escindir su filial B y aportar cada una de las partes escindidas a otras filiales (C y D).
- b) La escisión total puede tener lugar como forma de disolver la sociedad atribuyendo a cada socio una parte de la misma. Por ejemplo, dos hijos que reciben en herencia la empresa de su padre deciden continuar cada uno por su cuenta el negocio, para lo cual dividen la empresa y cada uno se queda con una línea de negocio.
- c) La escisión total puede ser el mecanismo previo a la venta de la empresa por partes para conseguir un precio mayor que si se vendiera a un solo comprador, o ser la única forma de venderla, por no haber nadie interesado en adquirirla entera (por ejemplo, en un concurso).

⁷⁶⁷ OLEO BANET señala (“La escisión de la sociedad anónima”, *ibid.*, p. 76) que la subrogación solidaria de las sociedades sucesoras en el pasivo de la sociedad escindida es consecuencia de la consideración del patrimonio como un ámbito unitario de responsabilidad (art. 1911 CC) frente a los terceros y del hecho de que la sucesión universal realice una transmisión del patrimonio en bloque (como un todo). Propone (p. 357), en el ámbito interno, que la deuda se divida en proporción al valor del activo neto atribuido a cada sociedad beneficiaria en la escisión, siguiendo un criterio análogo al del art. 1.085.I CC para la acción de reembolso entre coherederos.

- d) Cualquiera que sea el motivo de la operación, las partes escindidas pueden atribuirse a sociedades ya existentes o de nueva creación.
- e) En cualquiera de los supuestos anteriores, además, el delito puede haberse cometido por una de las personas físicas del apartado 1a) del art. 31 bis CP (v.g. administrador único, miembros del consejo de administración) o por alguna de las personas físicas comprendidas en el apartado 1b) (empleados bajo el control de los anteriores).
- f) El delito puede haberse cometido en un área de negocio concreta y diferenciada del resto o no. Recuérdese que aquí, a diferencia de lo que ocurre en la escisión parcial o en la segregación, las partes escindidas no tienen por qué constituir una unidad económica, es decir, los lotes se pueden formar siguiendo criterios distintos al criterio funcional.

La cuestión de quién, cómo y dónde cometió el delito resultará relevante cuando la empresa se haya dividido en partes que se hayan transmitido a personas que no estén vinculadas ni especialmente relacionadas con la sociedad escindida. La condena a una entidad que no hubiera sido beneficiaria de la unidad económica o negocio en la que se cometió el delito podría resultar totalmente imprevisible, con independencia de la calidad de la investigación previa realizada.

El tiempo lo dirá, pero previsiblemente, en la mayoría de los casos, la responsabilidad penal por el delito cometido se predicará de la persona jurídica escindida sin más matices, sin identificar a qué unidades económicas pertenecían las personas que perpetraron los hechos delictivos o las que incumplieron gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control. Además, cuando se trate de delitos cometidos por los representantes legales de la sociedad escindida, o por aquellos que ostentaban facultades de organización y control, será difícil justificar que su conducta criminal no contaminó toda la empresa.

Como norma general, por tanto, la regla de extensión de la punibilidad del art. 130.2 CP se aplicará a todas las sociedades beneficiarias de la escisión, que deberán responder del delito porque todas ellas se habrán subrogado en una posición jurídica contaminada, sin perjuicio de que cada una lo deba hacer de acuerdo con su grado de responsabilidad. En el plano civil, se estará a lo dispuesto en el art. 75.2 LME (“En caso de escisión total, cuando un elemento del pasivo no sea atribuido a alguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias

El caso menos probable, aquel en que resulte acreditado que el delito se cometió en una unidad económica concreta, sin afectar al resto de la empresa, es el que plantea mayores retos a los que vamos a intentar dar respuesta.

2.3.5.1 Unidades contaminadas individualizadas

Aplicando el mismo razonamiento, siguiendo el hilo conductor de la sucesión universal que se produce en caso de escisión, y salvo que se tratara de una escisión fraudulenta, el traslado o extensión de la responsabilidad penal debería limitarse a las entidades beneficiarias de unidades o partes contaminadas. La aplicación de la regla de extensión de la punibilidad del art. 130.2 CP se restringiría a aquella sociedad o sociedades

beneficiarias que se hubieran subrogado en la posición jurídica de la transmitente en la porción o porciones de su patrimonio en las cuales se hubiera cometido el delito.

Abogan en favor de esta solución los siguientes argumentos:

- a) La entidad sucesora se subroga en la posición jurídica de la entidad escindida, hasta el punto que algunos autores prefieren hablar de continuidad en la titularidad del patrimonio, en lugar de transmisión del patrimonio (tesis modificativas, no traslativas), pero solo respecto a la porción del patrimonio que es transmitida, no al resto.
- b) Cada parte escindida se transmite a una única entidad, no al resto, por lo que las sociedades a quienes no se hubieran transmitido partes contaminadas, si resultaran condenadas, estarían respondiendo por hechos “de otro”, puesto que no se habrían subrogado en la posición jurídica contaminada.
- c) En el plano civil, salvo que se acreditara fraude de ley, se estaría al proyecto de escisión (si lo incluye expresamente, cosa bastante improbable, o bien cabe interpretar cuál era la voluntad de las partes) para determinar la entidad responsable; las entidades beneficiarias respecto a las que se determinara no asignarles ese elemento sobrevenido del pasivo, lo que resultaría procedente si no tiene conexión con la parte transmitida, no estarían sujetas a la responsabilidad solidaria prevista en el art. 80 LME, ya que dicha responsabilidad se establece respecto del incumplimiento de “obligaciones asumidas”, no de obligaciones sobrevenidas. Solo si no fuera posible determinar la asignación del pasivo sobrevenido en base a lo dispuesto en el proyecto responderían solidariamente todas las sociedades beneficiarias, aquí, sin límite cuantitativo (art. 75 LME).

En contra de la propuesta de restringir la responsabilidad penal a la entidad beneficiaria de la parte contaminada se puede argumentar:

- a) En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en caso de escisión parcial o de segregación (donde la sociedad escindida o segregada sigue existiendo y responde), aquí no respondería nadie más que la concreta beneficiaria de la porción contaminada, lo que podría ocasionar la **insolvencia** de la entidad beneficiaria y, por tanto, su falta de capacidad económica para hacer frente a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil derivada del delito. Ahora bien, esta posibilidad se daría, principalmente, en los supuestos de escisión fraudulenta, que consideramos merecen un tratamiento especial y que constituyen una excepción a la regla general propuesta, como veremos a continuación.
- b) En segundo lugar, se produciría el efecto indeseado de dejar **exenta** de responsabilidad a una parte de la persona delincuente como efecto de la escisión, siendo así que dicha operación, como hemos visto, puede responder a una mera decisión de los titulares de reordenar sus negocios. Así, carecería de justificación limitar la responsabilidad penal por el delito cometido cuando se trate de una operación dentro de un mismo grupo de empresas o de socios que deciden poner fin al negocio conjunto. Esta consecuencia indeseada se puede combatir, no obstante, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, cuando

la escisión tiene lugar en el seno de un grupo de sociedades, concurriendo las circunstancias que justifican su aplicación⁷⁶⁸.

Examinemos los dos supuestos que, como excepción a la regla general, permiten el traslado o extensión de la responsabilidad penal a las sociedades beneficiarias, con independencia de la parte, contaminada o no, que cada una haya adquirido.

2.3.5.2 Escisión total fraudulenta

Como hemos visto, el tenor literal del precepto permite sostener el traslado de la pena a las sociedades resultantes de la escisión total sin exigir requisito adicional alguno. Sin embargo, una interpretación del primer párrafo respetuosa con el principio de culpabilidad exige limitar el traslado a aquellas entidades que sean beneficiarias de la unidad económica contaminada. Ahora bien, cuando la escisión total se realice con el propósito de eludir la responsabilidad penal de la empresa escindida, no concurren motivos para limitar su alcance a alguna o algunas de las entidades participantes.

El párrafo segundo habla de “disolución” y, como sabemos, en la escisión total hay disolución de la sociedad escindida. Los términos con los que se describe la disolución “encubierta o meramente aparente” implican, sin más, que hay una continuidad de la actividad empresarial. Y esto ocurre en caso de escisión total.

Por tanto, cuando se trate de una escisión total fraudulenta, la responsabilidad penal se “trasladaría” o “extendería” a todas las sociedades beneficiarias. Esta interpretación se encuentra dentro de la literalidad del precepto y responde a su *ratio legis*.

Además, la responsabilidad penal de todas las beneficiarias sería el resultado que se obtendría si se aplicara la doctrina del fraude de ley (eliminar aquellos efectos de la escisión que se hubieran conseguido mediante la distribución del patrimonio de forma artificiosa para eludir en la práctica la responsabilidad penal), que desarrollamos más adelante, o la doctrina del levantamiento del velo, si las sociedades beneficiarias formaran parte de un mismo grupo de empresas y hubieran tratado, justamente, de eludir su responsabilidad mediante la distribución del patrimonio bajo el manto de distintas sociedades del grupo.

En caso fusión o escisión no es posible declarar la nulidad de la operación salvo por las causas tasadas que recoge la legislación mercantil, que transpone a nuestro ordenamiento la normativa de la UE en esta materia, y que tiene como finalidad favorecer este tipo de operaciones para permitir la adaptación de las empresas europeas al entorno cambiante del mercado. Declarar la nulidad de una fusión o escisión al cabo de años resulta, en la inmensa mayoría de casos, técnicamente imposible, dada la complejidad que entrañaría retrotraer todas las relaciones jurídicas que se hubieran creado en el ínterin y la inseguridad que ello supondría. En la práctica, por ello, incluso las sentencias que declaran la nulidad de la operación por fraude de ley, en el fondo se limitan a excluir los efectos de la operación obtenidos de modo fraudulento. A tener en cuenta, además, que el art. 153 de la Directiva 2017/1132 de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, establece que la nulidad de la escisión no afectará por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de las sociedades

⁷⁶⁸ Vid. capítulo 2.6.5 del Bloque I y capítulo 6 del Bloque II.

beneficiarias, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en que haya surtido efecto la escisión.

En consecuencia, en caso de escisión total de la entidad delinciente en fraude de ley, podrá declararse la responsabilidad penal de todas las sociedades beneficiarias de la escisión, con independencia de las concretas partes transmitidas a cada una.

En caso de escisión total fraudulenta, la doctrina del fraude de ley permite el traslado de la responsabilidad penal a todas las entidades beneficiarias. Esta es, además, la ratio legis del art. 130.2 CP, en una lectura conjunta de sus dos párrafos.

2.3.5.3 Escisión total dentro de un grupo de sociedades

Cuando la escisión total patológica (aquella que busca, precisamente, eludir la responsabilidad penal) se produce en un grupo de sociedades (v.g., la sociedad dominante lleva a cabo una escisión total de una filial, que da como resultado dos nuevas filiales), la aplicación de la doctrina del velo permite declarar la responsabilidad penal de las titulares de todo el patrimonio escindido, es decir, de todas las sociedades beneficiarias de la escisión. Además, en la interpretación propuesta, el mero carácter patológico de la operación justificaría la extensión o traslado a todas las sociedades beneficiarias.

Fuera de los casos patológicos, si aplicáramos la regla general propuesta, la responsabilidad penal debería limitarse a la(s) entidad(es) beneficiaria(s) de la(s) unidad(es) contaminada(s). Sin embargo, en caso de escisión total dentro de un grupo de sociedades, todas las sociedades beneficiarias responderían penalmente si resulta de aplicación, atendidas las circunstancias del caso, la doctrina del levantamiento del velo.

Hay que tener en cuenta, como señaló la STS (Sala Primera) de 10-11-1995, que la mera pertenencia de una sociedad a un grupo no la hace responsable de las deudas de las demás, es decir, la mera existencia de un grupo de sociedades no es argumento válido para levantar el velo⁷⁶⁹. Sin embargo, ya la STS (Sala Segunda) n.º 1336/2002, de 15 de julio de 2002, confirmó la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa matriz por delito contra la Hacienda Pública cometido por la filial, declarada en la instancia, aplicando la doctrina del levantamiento del velo⁷⁷⁰, porque quedó acreditado que el modus operandi resultaba “funcional en términos económicos y, en general, de intereses” de estas sociedades. El criterio determinante en esta sentencia para establecer la relación de subordinación matriz-filial no es la participación accionarial, que no se menciona, sino que la

⁷⁶⁹ ÁNGEL YÁGÜEZ, R: “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”, 6ª ed., 2013, *ibid.*, p. 196.

⁷⁷⁰ El autor del delito, consejero delegado de la matriz y a la vez consejero delegado de la filial, actuó en el marco de las funciones inherentes a ese cargo en las dos, y contrató en la forma que lo hizo porque “resultaba funcional en términos económicos”, es decir, redundaba en interés de la matriz.

sociedad cuya responsabilidad civil subsidiaria se declara “funcionó como empresa matriz, sede central en la que se adoptaban las decisiones, que solían instrumentarse a través de una filial”. Es decir, pone el acento en quién es la persona que toma las decisiones.

Razonamos la propuesta:

- a) La literalidad del art. 130.2 CP se opone a la extinción de la responsabilidad penal por la mera extinción de la entidad escindida; la ratio del precepto es extenderla a las entidades que resulten beneficiarias de la escisión;
- b) Solo cuando la constitucionalidad del precepto esté en juego porque su aplicación *strictu sensu* pueda vulnerar un principio constitucional (principio de culpabilidad o proporcionalidad), resulta justificado realizar una interpretación restrictiva o moderar la pena.
- c) En caso de grupo de empresas, cuando exista una escisión adoptada por quien de hecho ostenta el control y que determine la reestructuración patrimonial entre distintas sociedades del grupo, no existe motivo para limitar la extensión de la responsabilidad penal entre las distintas sociedades beneficiarias del mismo grupo.
- d) La exigencia de responsabilidad se justifica, en este caso, por la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo⁷⁷¹, para evitar que se pueda perjudicar el interés público (ejercicio del ius puniendi) e intereses privados afectados (víctimas y perjudicados) de manera contraria a la equidad.
- e) La doctrina del levantamiento del velo busca evitar el abuso de la independencia de la persona jurídica (art. 7.2 CC), aplicar una concepción realista (no formalista), atender a la realidad económica que subyace bajo la forma jurídica. Como señala la STS (Sala Primera) n.º 330, de 28 de mayo de 1984, de cita obligada en esta materia, hay que evitar que al socaire de la forma legal de la persona jurídica se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, señalando que no se puede invocar la limitación de la responsabilidad de la persona jurídica por quien ejerce un control sobre esta para un ejercicio antisocial del derecho (entendemos, del derecho de libertad de empresa, mediante la constitución de sociedades para el desarrollo de la actividad económica). Nótese, además, que la sentencia, en el fragmento transcrito a continuación, declara aplicable la doctrina no solo en caso de fraude de ley, sino también cuando se puedan perjudicar intereses (privados o públicos) de manera contraria a la equidad, lo que ocurriría de no aplicar el art. 130.2 CP a todas las sociedades beneficiarias de la escisión.

en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (art. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art.7.1

⁷⁷¹ En España, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica se plasma en la STS (Sala Primera) n.º 330, de 28 de mayo de 1984, que fundamenta la doctrina en el fraude de ley y el perjuicio de intereses de terceros, el abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, la equidad y la buena fe.

CC), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un "ejercicio antisocial" de su derecho (art. 7.2 CC), lo cual significa constatar, a los efectos del tercero de buena fe, cual sea la auténtica y "constitutiva" personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad "ex contractu" o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, "quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes" y menos "cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad", según la doctrina patria.

En suma, cuando estemos en un supuesto de escisión total dentro de un grupo de sociedades, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo permite exigir responsabilidad penal a todas las sociedades beneficiarias, aun cuando la operación no persiga directamente eludir la responsabilidad penal. Se trataría de una aplicación directa del art. 31 bis CP, puesto que estaríamos suprimiendo la consideración de las sociedades del grupo como titulares de patrimonios diferenciados.

Cuando la escisión total tiene lugar en un grupo de sociedades, la doctrina del levantamiento del velo, cuando resulta aplicable, legitima la exigencia de responsabilidad penal a todas las sociedades beneficiarias participantes, con independencia del carácter, contaminado o no, de la parte que les haya sido transmitida a cada una.

Con estas precisiones, que aseguran el respeto a los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, podemos formular ya una propuesta interpretativa del precepto en caso de escisión total:

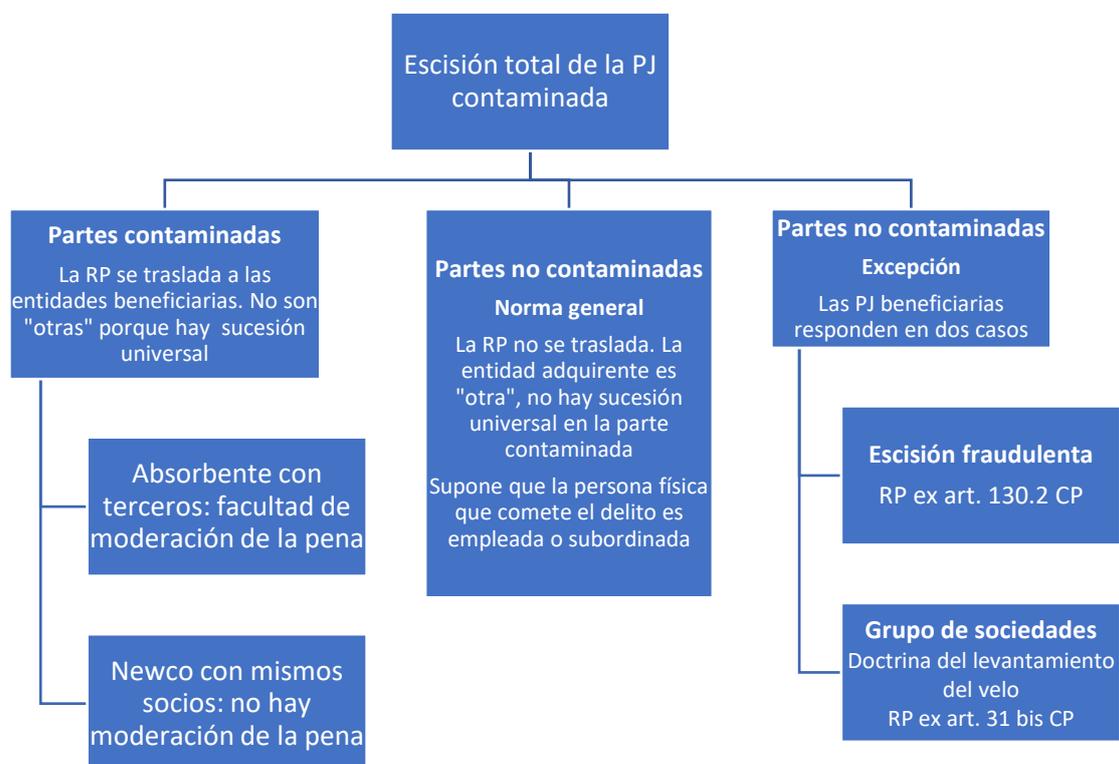
En caso de escisión total, el respeto al principio de culpabilidad exige que la responsabilidad penal no se traslade ni extienda a aquellas entidades beneficiarias cuya sucesión solo opere respecto a unidades económicas o partes de la empresa no contaminadas.

La restricción no se aplicará si se trata de una escisión fraudulenta. En este caso, todas las sociedades participantes en la escisión responderán penalmente.

Además, cuando resulte aplicable la doctrina del levantamiento del velo, responderán penalmente las sociedades participantes en la escisión con independencia de la parte que les haya sido asignada (contaminada o no).

La siguiente figura plasma los supuestos que pueden darse en caso de escisión total y nuestra propuesta:

Figura 5
Escisión total



Elaboración propia

2.4 Escisión seguida de fusión por absorción con varias sociedades beneficiarias

En la práctica, las operaciones de fusión y escisión pueden formar parte de un mismo proceso de reestructuración, lo que puede dificultar determinar cuál debe ser el traslado o extensión de la responsabilidad penal. Probemos cuál sería el resultado de las interpretaciones propuestas en un caso hipotético.

CARLOS, propietario de AXA, sociedad limitada, en la cual se ha cometido un delito de corrupción en los negocios de los arts. 286 bis y ss. CP en el área de envasado al vacío (aunque Carlos lo ignora), es titular de dos inmuebles alquilados a una cadena de supermercados. Carlos decide vender su empresa para retirarse de los negocios. Su asesor le aconseja dividir en dos partes la empresa y vender por separado cada parte para obtener mejor precio. El diseño de la operación queda así:

- a) Carlos escinde la división inmobiliaria, transmitiendo a una sociedad de nueva creación (Newco) tanto el activo como el pasivo de dicha unidad (inmuebles, préstamos hipotecarios, contratos y trabajadores), recibiendo directamente él, como socio de AXA, las participaciones de Newco, con la consiguiente reducción del capital social de AXA; Newco es vendida a la sociedad inmobiliaria BETA, que la adquiere en una fusión por absorción, tras la cual Newco se extingue.
- b) Por otra parte, Carlos vende AXA, que retiene, ya como única rama de negocio, la actividad de envasado, a otra empresa del sector de envasado (CECA), interesada en adquirir mayor cuota de mercado; CECA adquiere, mediante fusión por absorción, AXA; como resultado de la fusión por absorción, AXA se extingue.

Para nuestro estudio, asumamos que todas estas operaciones se llevan a cabo el mismo día: (1) la escisión con reducción del capital social de AXA a favor de Newco; (2) la absorción de Newco por BETA y (3) la absorción de AXA por CECA. Hay que tener en cuenta que, en este escenario, lo previsible es que la *due diligence* de BETA se limitara al bloque inmobiliario, verificando el título de propiedad, las condiciones del contrato, el estado de cargas, el pago de impuestos y demás.

En una interpretación literal del art. 130.2 CP, cabría sostener que tanto BETA como CECA serían responsables del delito cometido por AXA, aunque solo CECA recibió, por sucesión universal, la unidad económica de la empresa donde se cometió el delito. En el ejemplo, la parte de patrimonio adquirida por BETA se circunscribía al bloque constituido por la actividad inmobiliaria, unidad económica distinta de la de envasado al vacío.

Si bien no siempre resultará sencillo identificar en qué parte de una empresa se comete o, en términos negativos, no se comete el delito, aquí resulta evidente que BETA no tuvo opción de acceder a la información que le hubiera permitido descubrir una política comercial basada en prácticas corruptas o la falta de mecanismos de control adecuados, ya que su *due diligence* se limitó a NEWCO y el delito se cometió en una unidad económica que se quedó en AXA. Además, BETA no “sucedió” a AXA, sino a NEWCO.

La interpretación restrictiva propuesta, limitando la aplicación del art. 130.2 CP a la entidad beneficiaria que se subroga en la posición jurídica del titular de la unidad económica criminal (en nuestro ejemplo, CECA), considerando que quien no se subroga

en la unidad contaminada es “otro” que, por tanto, no puede responder del hecho ajeno, alcanzaría, en el caso, un resultado acorde con los principios constitucionales.

Si la operación se hubiera planteado a la inversa, es decir, si la parte escindida hubiera sido la de envasado y la actividad retenida en AXA fuera la inmobiliaria:

- i) CECA hubiera absorbido Newco, a la que se habría transferido la unidad de envasado; la responsabilidad penal de AXA se hubiera extendido a Newco y de NEWCO a CECA
- ii) BETA hubiera absorbido AXA, que ya solo tendría la unidad económica dedicada a la actividad inmobiliaria, pero hubiera adquirido una sociedad con todo su pasado.
- iii) La *due diligence* de BETA no debería, en este caso, limitarse al negocio actual de AXA, sino extenderse también a su pasado (no prescrito) antes de decidir llevar a cabo la adquisición de esa forma. BETA en este caso también respondería penalmente, pero sí habría “sucedido” a la entidad delinciente y, por tanto, no sería “otro” a efectos penales.

Salvo supuestos de fraude, el diseño de las operaciones responderá, sobre todo, a criterios fiscales o maximizadores del beneficio (conseguir mejor precio de venta). En ausencia de unas reglas claras de juego, que eviten los efectos desproporcionados a que puede dar lugar la interpretación literal del art.130.2 CP, los operadores jurídicos deberán tener en cuenta el riesgo penal a la hora de diseñar el procedimiento de adquisición de una empresa, con el objetivo de minimizar el riesgo de asumir responsabilidades penales “heredadas” de la empresa adquirida.

2.5 Fusión o escisión de entidades en concurso

El concurso no impide la fusión o escisión de la entidad concursada⁷⁷². Es más, tampoco se prevé ninguna norma particular para las fusiones o escisiones de entidades concursadas, ni en la LME ni en la LC.

Con la legislación actual, y aunque pueda parecer superfluo mencionarlo, el juez del concurso no puede excluir elemento alguno del pasivo (en concreto, responsabilidades derivadas de la comisión de un ilícito penal) en caso de venta mediante una operación incluida en la LME (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo). En primer lugar, el art. 324 LC parece referirse solo a la transmisión de empresa mediante el procedimiento de venta de activos (*asset deal*)⁷⁷³, precisamente porque la venta de acciones comporta necesariamente la adquisición de todas las deudas, sin que en este caso (venta de acciones o participaciones) se pueda aplicar la exención de pasivo del art. 224 LC⁷⁷⁴. En segundo lugar, los créditos públicos constituyen una excepción al principio de universalidad del

⁷⁷² Es más, la reforma aprobada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE de 6 de septiembre de 2022), añade, en el nuevo art. 399 ter, que “los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición” a la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo del convenio.

⁷⁷³ VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, 2022, *ibíd.*, p. 3418.

⁷⁷⁴ La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo las excepciones previstas en el art. 324 LC.

pasivo susceptible de afectación⁷⁷⁵ (además de los créditos laborales, los alimenticios y los extracontractuales)⁷⁷⁶. Por otro lado, cuando se produce la transmisión de la empresa por procedimiento distinto a la fusión o escisión, el primer párrafo del art. 130.2 CP no resulta aplicable; el principio de legalidad y la consiguiente prohibición de la aplicación analógica de la ley penal lo impide.

Por tanto, con la legislación actual,

La empresa absorbente de una sociedad en concurso puede resultar responsable conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 130.2 CP.

Como es lógico, la sola posibilidad de imputación de la sociedad que absorbe una parte de la sociedad concursada, que puede estar o no “contaminada”, tiene un efecto indeseable en el seno del procedimiento concursal, actuando en sentido contrario a los objetivos que la regulación concursal pretende alcanzar (conservación de la empresa y puestos de trabajo, satisfacción de los acreedores) y a los que contribuía, hasta ahora, el mecanismo de la sucesión universal que opera en caso de fusión o escisión. Ahora, con el art. 130.2 CP, las empresas interesadas en continuar la actividad de la empresa concursada mediante su adquisición pueden no encontrar atractiva la fórmula diseñada para facilitar la operación (la fusión o escisión). Una contingencia penal no evaluable puede ser un precio demasiado alto para asumir el riesgo.

Por este motivo proponemos, como desarrollamos en el siguiente capítulo, la exclusión de las absorciones acordadas en un procedimiento concursal del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP primer párrafo, salvo aquellas que tengan lugar a favor de personas especialmente relacionadas con la concursada.

2.6 Disolución encubierta o meramente aparente

Cuando examinamos la responsabilidad penal del adquirente de una empresa hay que tener en cuenta, no solo lo dispuesto en el párrafo primero del art. 130.2 CP, referido a la fusión y escisión, sino también la expresa previsión contenida en el apartado segundo y que, en nuestra opinión, es donde se recogen los supuestos de transmisión fraudulenta de empresa.

En este caso, el precepto se limita a establecer la consecuencia: no se extinguirá la responsabilidad penal. Una posible lectura sería entender que dicha responsabilidad se podrá exigir no solo a la sociedad contaminada, sino también a la entidad adquirente, es decir, a la nueva titular del patrimonio de la sociedad disuelta fraudulentamente (disolución meramente aparente) o bien “vaciada” mediante un procedimiento que no implique su disolución a efectos jurídicos, pero sí su “muerte” en términos económicos

⁷⁷⁵ Los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

⁷⁷⁶ La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, introduce la posibilidad de que las partes interesadas puedan solicitar una confirmación previa ante la autoridad judicial competente.

(disolución encubierta). La lectura correcta, sin embargo, podría ser otra, como examinamos a continuación.

2.6.1 Concepto de disolución

El segundo párrafo del art. 130.2 CP establece que la disolución encubierta o meramente aparente no extingue la responsabilidad penal. No define el término “disolución”.

Algunos autores⁷⁷⁷ proponen un concepto de disolución propio del Derecho penal, según el cual “la disolución produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y de la capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad”, por remisión al régimen previsto para la pena de “disolución” de la persona jurídica (art. 33.7 letra b) CP). De ahí, interpretando el art. 130.2 CP *a contrario*, defienden la extinción de la responsabilidad criminal a causa de la disolución real, que implica, según esta tesis, la desaparición de la persona jurídica disuelta, que deja de tener personalidad jurídica, requisito indispensable para poder ser sujeto de imputación penal (art. 31 bis CP). Se equipara así la pérdida de la personalidad jurídica con la muerte del reo (persona física): “si el reo desaparece, no es posible su enjuiciamiento ni la imposición de una pena” (BLANCO CORDERO). Para MOLINA FERNANDEZ⁷⁷⁸, aunque el Código Penal no contempla la disolución de forma expresa en el catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal del art. 130.1, su virtualidad deriva del carácter personal de las penas, “si no existe ya el sujeto que ha cometido el delito no hay posibilidad de pedir responsabilidades”⁷⁷⁹.

Si atendemos a la legislación mercantil, hay que diferenciar los conceptos de disolución, liquidación (y dentro de la liquidación, la societaria y la empresarial) y extinción⁷⁸⁰. La

⁷⁷⁷ BLANCO CORDERO, I.: “Responsabilidad criminal de la empresa disuelta” en De Vicente Remesal et al. (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, 2020, *ibid.*, pp. 513-522; MOLINA FERNANDEZ, F.: “Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas” en *Memento práctico penal*, Lefevre, 2021, pp. 830-831; la sentencia 68/2015 del Juzgado de lo penal n.º 2 de Oviedo, de 9 de marzo de 2015 absolvió a una sociedad en concurso contra la que se había dictado auto acordando la disolución y apertura de la fase de liquidación, razonando que se encontraba disuelta y, por tanto, se había extinguido su responsabilidad criminal, aunque siguiera teniendo personalidad jurídica; vid. entrada del blog En Ocasiones Veo Reos titulada “¿Cuándo se extingue la personalidad jurídica? O de cuando un juez penal innova derecho concursal”, de Juan Antonio Frago Amada, disponible en <https://enocasioneseveoreos.blogspot.com/2017/05/cuando-se-extingue-la-personalidad.html>.

⁷⁷⁸ MOLINA FERNANDEZ, F.: “Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, *ibid.*, pp. 830-831.

⁷⁷⁹ MOLINA FERNANDEZ, F.: “Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, *ibid.*, p. 831, n.º 6786. Establece un paralelismo entre la persona jurídica disuelta y los entes carentes de personalidad jurídica, al señalar que “(l)a disolución formal pero no material de la persona jurídica la aproxima a las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, que carecen de responsabilidad penal, aunque pueden aplicársele consecuencias accesorias. No es fácil explicar una diferencia de tratamiento aparentemente tan radical para casos tan próximos. Un argumento más que pone en cuestión que la responsabilidad de las personas jurídicas sea catalogada como responsabilidad penal”. Para MOLINA, “(u)na solución parcial a este problema podría haberse alcanzado extendiendo también a este caso las posibilidades de graduación proporcional de la responsabilidad que el Código prevé para la traslación de responsabilidad en caso de transformación, fusión o absorción, pero no parece que esta solución sea aquí posible porque el precepto se expresa en términos de todo o nada: o bien hay disolución ficticia, y la responsabilidad se mantiene íntegra, o bien no la hay y decae la responsabilidad”.

⁷⁸⁰ Vid. LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 365-400. La disolución y la liquidación de la sociedad son instituciones dirigidas a la

disolución no produce la extinción de la personalidad de las personas jurídicas (v.g., el art. 371 LSC establece que la disolución abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación⁷⁸¹; en el ámbito concursal, vid. art. 413.3 LC⁷⁸²). La pérdida definitiva de la personalidad jurídica se produce con la extinción; solo entonces pierde la sociedad su capacidad de actuar en el tráfico jurídico o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita⁷⁸³. La disolución no paraliza la actividad social, sino que la condiciona teleológicamente: la sociedad puede continuar su actividad o contraer nuevas obligaciones siempre y cuando esté justificado por las necesidades de la liquidación⁷⁸⁴. A su vez, la liquidación es el período que comienza con el acuerdo de disolución y concluye con la extinción o con la reactivación de la sociedad⁷⁸⁵.

disgregación del vínculo que une a los socios en un procedimiento en el que a la disolución sucede el período de liquidación y a éste la extinción formal de la sociedad (p. 365).

⁷⁸¹ PINAZO TOBES, E.: “Interferencias entre normativa mercantil y las penas previstas en el 33.7. del CP”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 195 y 197-198. OLEO BANET alertaba en “La escisión de sociedad anónima”, *ibid.*, p. 66, de la incorrección técnica en que incurría la LSA de 1951, al utilizar el término disolución en lugar de “extinción” al referirse a la escisión total o a la fusión como “causas de disolución”. GARCÍA-CRUCES, J.A.: “La reactivación de la sociedad” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 101.

⁷⁸² Art. 413.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal: “Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos a todos los efectos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte”.

⁷⁸³ PINAZO TOBES, E.: “Interferencias entre normativa mercantil y las penas previstas en el 33.7. del CP”, *ibid.*, p. 196. Vid. sobre esta cuestión, BATALLER GRAU, J.: “La disolución” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 21-99. Para el autor, la disolución societaria es un mecanismo societario que, mediante un acuerdo adoptado durante la vida de la sociedad debidamente constituida, conduce a la liquidación societaria. Sigue un concepto restringido de disolución (el efecto se circunscribe a la apertura de la liquidación, frente a un concepto amplio, bajo el cual el efecto sería la extinción de la sociedad). Contraponen liquidación societaria a liquidación empresarial. A su vez, la extinción de la sociedad capitalista se puede producir por liquidación societaria, es decir, por el proceso regulado en la LSC, lo que requiere suficiencia patrimonial para atender las obligaciones pendientes con terceros (el art. 221 CCo establece las causas de disolución comunes a toda sociedad mercantil y los arts. 222 y 224 las causas específicas; además, vid. arts. 360 y ss. LSC), pero también por otros procedimientos extintivos con singularidades propias: por liquidación concursal (si bien no toda sociedad declarada en concurso ha de ser extinguida, ya que es posible la continuación de la sociedad si se alcanza un convenio con los acreedores), donde la apertura del concurso no es causa de disolución (art. 361 LSC), sino la apertura de la liquidación concursal; por nulidad (vid. art. 56 LSC); y también se puede producir la extinción de la sociedad sin liquidación societaria, como ocurre en los supuestos de modificaciones estructurales.

⁷⁸⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La liquidación y el liquidador”, en VV. AA: *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5184. También, en la misma obra colectiva, SEQUEIRA MARTÍN, A.: “La reactivación de una sociedad anónima en liquidación a la luz del nuevo reglamento del registro mercantil”, p. 5213, señala que la disolución no supone ni alteración de la personalidad jurídica de la sociedad anónima ni una modificación de su capacidad de obrar con carácter general, que lo que se produce es una modificación del fin social, que se orienta ahora a la liquidación.

⁷⁸⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La liquidación y el liquidador”, *ibid.*, p. 5185. Sobre la reactivación, vid. GARCÍA-CRUCES, J.A.: “La reactivación de la sociedad” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 101-166.

El análisis del precepto penal debe partir de la regulación mercantil para determinar el momento en que se produce la pérdida de la personalidad jurídica⁷⁸⁶. Sintetizamos las cuestiones relevantes para nuestro objeto de estudio en los puntos siguientes:

- a) La sociedad en liquidación sigue siendo un sujeto de derecho con plena personalidad jurídica y capacidad de obrar, dotado de estructura orgánica para su funcionamiento, si bien adaptada a la nueva actividad liquidatoria⁷⁸⁷. Por ejemplo, los administradores son sustituidos por los liquidadores, que representan a la sociedad frente a terceros.
- b) El acuerdo de disolución no puede tener otras consecuencias que las que estén previstas en la ley, y entre estas consecuencias no se encuentra la paralización o suspensión radical de su actividad⁷⁸⁸; por tanto, los liquidadores pueden concertar nuevos contratos cuando sea necesario para la liquidación de la sociedad⁷⁸⁹, lo que conlleva, a su vez, que los hechos delictivos se puedan cometer tras el acuerdo de disolución de la sociedad e, incluso, tras la aprobación del balance de liquidación, antes de la cancelación de la inscripción registral.
- c) Por otra parte, la literalidad del precepto obligaría a considerar que la disolución acordada judicialmente en el marco de un proceso concursal es una disolución “aparente”, ya que la liquidación de la sociedad no tiene por qué producirse de forma inmediata, y hasta el cese de la actividad existirá una identidad de clientes, proveedores y empleados con los existentes antes de la fecha de la resolución que acuerde la disolución.
- d) Muestra de la falta de rigor técnico del legislador penal es la descripción de los efectos de la pena de disolución que establece el apartado b) del art. 33.7 CP. La pena de disolución impuesta por sentencia penal simplemente producirá el efecto de suspender las actividades de la persona jurídica en el tráfico mercantil, pero no producirá su pérdida de personalidad, podrá seguir siendo demandada incluso tras la conclusión de las operaciones de liquidación y extinción registral si existen acreedores insatisfechos (de acuerdo con la tesis de la personalidad jurídica residual que se explica a continuación).

Por tanto, salvo excepciones, tras la disolución se abre el proceso dirigido a su liquidación y extinción (art. 371 LSC), conservando la sociedad en liquidación su personalidad jurídica en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, es decir, hasta su completa y regular liquidación⁷⁹⁰. La personalidad jurídica subsiste de forma indefinida hasta tanto la liquidación no haya cumplido sus funciones, entre ellas, el pago total de las deudas sociales. De ahí que un sector doctrinal defienda que los asientos registrales de cancelación tienen carácter simplemente declarativo, ya

⁷⁸⁶ *Vid.* sobre esta cuestión el capítulo 2.6 Bloque I.

⁷⁸⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A.: “La reactivación de una sociedad anónima en liquidación a la luz del nuevo reglamento del registro mercantil”, *ibid.*, p. 5213.

⁷⁸⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La liquidación y el liquidador”, *ibid.*, p. 5196, con cita de amplia bibliografía.

⁷⁸⁹ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La liquidación y el liquidador”, *ibid.*, p. 5197.

⁷⁹⁰ ALONSO ESPINOSA en “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores (A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo)”, en FERNÁNDEZ TORRES, I. et al. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 77-78, en un interesante trabajo sobre la STS 324/2017, de 24 de mayo, que confirma la doctrina establecida en las anteriores SSTS 220/2013, de 20 de marzo, y 979/2011, de 27 de diciembre.

que “después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular”⁷⁹¹.

La cuestión de la extinción definitiva de las sociedades es uno de los problemas más discutidos doctrinalmente en el Derecho de sociedades (LARA GONZÁLEZ⁷⁹²). La doctrina jurisprudencial ha desdibujado la pérdida de personalidad jurídica tras la liquidación, de tal forma que la mera liquidación registral de la sociedad no conllevará su desaparición de la esfera mercantil si de esta forma se defraudaran los legítimos intereses de los acreedores, permitiendo demandar a una persona jurídica, aunque esté disuelta, extinguida, e incluso cancelada en el Registro Mercantil⁷⁹³. La definitiva desaparición de la sociedad solo se producirá cuando la cancelación registral responda a la situación real, es decir, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir⁷⁹⁴. Más recientemente, incluso, la jurisprudencia ha señalado⁷⁹⁵, que “la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas”. La sociedad de capital mantiene indefinidamente su personalidad jurídica, como sociedad en liquidación, hasta su completa y regular liquidación⁷⁹⁶; la personalidad jurídica no se extingue en los casos en que la sociedad de capital solo haya sido formalmente liquidada y extinguida porque, realmente, siga siendo deudora en relaciones jurídicas de las que es o era parte y que no han sido liquidados o bien han sido irregularmente liquidados. En suma, la personalidad jurídica de la sociedad subsiste en tanto no se extingan todas sus relaciones

⁷⁹¹ RDGRN de 14 de diciembre de 2016, comentada por ALONSO ESPINOSA en “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación”, *ibid.*, p. 77.

⁷⁹² LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 367-373. Motivos a favor de la tesis de la liquidación formal serían (i) el mismo procedimiento de liquidación, que debe conducir a la liquidación; (ii) motivos de certeza jurídica y (iii) razones de eficiencia económica, por cuanto los bienes deben pasar cuanto antes a los socios para ser destinados a nuevas iniciativas empresariales. En contra, la inseguridad que generaría para el tráfico jurídico, ya que vendría a suponer la extinción de los derechos de los acreedores de la sociedad que no hubieran sido satisfechos durante la liquidación, sin que exista la necesaria norma expresa que así lo establezca. Por ello, la doctrina sostiene que la tesis de la liquidación formal solo puede ser acogida si se establece un sistema que garantice a los acreedores su derecho sobre el patrimonio social. Así, la subsistencia de un acreedor o de un bien social vician de nulidad la liquidación: el acreedor social insatisfecho o cualquier socio pueden solicitar la declaración de nulidad y consiguiente reapertura o reconstitución de la liquidación. El autor entiende, sin embargo, que la LSC (y antes, la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) ya establece un mecanismo al efecto en los arts. 398 y 399 (responsabilidad de socios y liquidadores), lo que conduce al mismo resultado que la doctrina de la liquidación material. El autor considera, sin embargo, que ello no impide que sea declarada en concurso de acreedores una sociedad cancelada cuando sea el único medio de que los acreedores intenten conseguir satisfacción de sus créditos

⁷⁹³ LEONES VALVERDE, R.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas declaradas en concurso” en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 189.

⁷⁹⁴ STS 220/2013, de 20 de marzo de 2013; STS de 25 de julio de 2012.

⁷⁹⁵ STS 324/2017, de 24 de mayo, confirmando la doctrina establecida por las SSTs 220/2013, de 20 de marzo, y 979/2011, de 27 de diciembre, sobre los efectos meramente declarativos de los asientos de cancelación de la sociedad.

⁷⁹⁶ ALONSO ESPINOSA, F.J.: “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores (A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo)”, *ibid.*, 2018, p. 75, comentando la STS 324/2017, de 24 de mayo, fundamenta dicha postura en los arts. 397-400 LSC.

jurídicas, pese a la cancelación de sus asientos registrales. La cancelación registral meramente presume, no determina, la extinción de la personalidad jurídica (SAP Ciudad Real de 14-10-2005⁷⁹⁷).

Al hilo de esta cuestión hay que considerar la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad cancelada, lo que podría resultar de interés si la imputación penal tiene lugar cuando la sociedad se ha extinguido, después de transmitir su negocio (de forma fraudulenta o no). La respuesta a la posibilidad de solicitar la declaración de concurso dependerá de la posición que se asuma respecto al momento en que se produce la extinción definitiva de la sociedad cancelada. BELTRAN señala que en la mayoría de los casos, los acreedores de una sociedad cancelada carecerán de interés por solicitar el concurso porque contarán con la responsabilidad de los antiguos socios e incluso con la responsabilidad por daños de los liquidadores, pero “la facultad de los acreedores de instar el concurso de la sociedad cancelada y, en consecuencia, la concursabilidad de la sociedad cancelada no puede ser negada: si se defendiera que una sociedad cancelada no puede ser declarada en concurso, la satisfacción de los acreedores podría llegar a ser imposible”⁷⁹⁸. Esta interpretación se refuerza, a juicio del autor, si tenemos en cuenta que la Dirección General de los Registros y del Notariado⁷⁹⁹ permite la cancelación registral de una sociedad, aunque existan acreedores sociales, si resulta acreditada la inexistencia de haber social: el presupuesto que permite la cancelación registral es la “inexistencia de haber social” y no la “inexistencia de deudas”. Es más, la Resolución de 22 de agosto de 2016, reafirma que ni las normas de la LSC ni de la LC supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso. Ahora bien, solo una perspectiva favorable de reintegración de la masa o de responsabilidad de los administradores o de los liquidadores justificaría la declaración de concurso de una sociedad cancelada. En este caso, el juez que declare el concurso deberá acordar la expedición de mandamiento dirigido al registrador mercantil correspondiente para que deje sin efecto la anotación de cancelación.

En esta misma línea, VILLEGAS GARCIA⁸⁰⁰ sostiene que la sociedad no se extingue hasta que no culmine el período de liquidación, durante el cual los liquidadores deberán concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para liquidar la sociedad (artículo 384 LSC), así como percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales (artículo 385 LSC), todo ello con carácter previo a dividir el patrimonio social resultante entre los socios, si es que lo hubiera. A tenor de este marco legal, si una

⁷⁹⁷ LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad”, *ibid.*, p. 368. En el caso, la sociedad disuelta, TRUBIA, S.A., liquidó su patrimonio mediante una cesión global de activo a favor de su socio único, BEX, que se subrogó en su posición, hasta el valor de la cuota de liquidación. BEX a su vez fue absorbida por BBVA, S.A., que, como sucesor universal, debía responder, hasta el valor de la cuota de liquidación, frente a los acreedores de TRUBIA.

⁷⁹⁸ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 510-512.

⁷⁹⁹ Resoluciones de 13 de abril de 2000 y 29 de abril de 2011.

⁸⁰⁰ VILLEGAS GARÍA, M.A.: “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Cuadernos Digitales de Formación* 9, CGPJ, 2019. La autora señala que, en la jurisdicción federal de los Estados Unidos, la disolución de una *corporation* no implicará la extinción de su responsabilidad penal si las normas del Estado conforme a las cuales se constituyó prevén expresamente la prolongación de su existencia más allá de dicho momento, a fin de hacer frente a las correspondientes obligaciones y acciones que pudieran ejercerse contra ella, lo que es la regla general. De esta manera, si le fue impuesta una pena (por ejemplo, una multa) antes de acordarse la disolución, deberá hacer frente a ella durante la liquidación, y ello independientemente de que dicha disolución pueda considerarse o no fraudulenta.

sociedad condenada penalmente se disuelve, dicha disolución no debería suponer automáticamente la extinción de su responsabilidad penal. Si hasta su extinción mantiene su personalidad jurídica y durante el período de liquidación debe hacer frente a sus obligaciones en todos los ámbitos, no hay razón alguna para que entre estas "obligaciones" no se incluyan aquellas derivadas de una condena penal. El hecho de que la mera disolución de la sociedad (en ausencia de fraude) suponga la extinción de su responsabilidad penal, podría llevar al resultado de que una entidad, durante su período de liquidación, no tuviera que afrontar, por ejemplo, el pago de las multas impuestas en sentencia. La extinción de la responsabilidad penal solo puede tener lugar cuando la entidad en cuestión pierda su personalidad jurídica y, con ello, su capacidad para realizar cualquier actividad económica. De la misma manera, y porque continúa manteniendo su capacidad para actuar en el tráfico jurídico, debería ser posible exigir responsabilidad penal a una entidad hasta el momento de su extinción.

Ni la disolución ni la liquidación suponen la efectiva extinción de la personalidad jurídica de la sociedad y, por tanto, pueden ser parte en el proceso penal.

La cuestión de si una sociedad puede liquidarse sin que se haya procedido a la completa satisfacción de todos los acreedores o qué ocurre si la liquidación se revela incompleta, ha sido largamente discutida⁸⁰¹. A la ventaja que supone, en aras a garantizar la seguridad jurídica, considerar que la inscripción de la extinción en el registro correspondiente tiene naturaleza constitutiva (y no meramente declarativa), se contraponen la protección de los intereses que pueden verse afectados por la liquidación incompleta (especialmente, acreedores, incluyendo ahora tanto al Estado como a las posibles víctimas del delito) y el perjuicio que puede suponer la extinción de la sociedad. Frente a la garantía que supone un patrimonio autónomo, el acreedor se encontraría ante la tesitura de tener que perseguir a los antiguos socios. La doctrina que hasta ahora se ha ocupado del tema lo ha hecho desde la óptica de las relaciones de Derecho privado (civil, mercantil), dada la inexistencia, hasta tiempos recientes, de la RPPJ. Por ello, algunos de los criterios tenidos en cuenta para adoptar una u otra solución (v.g., la publicidad del Registro Mercantil), en nuestra opinión, no resultan aplicables. La complejidad de la cuestión, que sin duda merece un estudio en profundidad, no nos permite ahora más que esbozar, brevemente, las líneas principales de la doctrina que se ha ocupado del tema:

- a) En la doctrina italiana, tras el actual Codice Civile⁸⁰², que establece la responsabilidad del socio y, en caso de culpa, del liquidador, la opinión mayoritaria sostiene que la sociedad se extingue, respondiendo socios y liquidadores frente a los acreedores

⁸⁰¹ CARLÓN, LUIS: "La extinción de la sociedad anónima", *Revista de Derecho Privado*, vol. 54 n.º 2, 1970, pp. 118-139. *Vid.*, asimismo, OLEO BANET, "La escisión", *ibid.*, pp. 65-66, con cita de abundante bibliografía.

⁸⁰² El actual art. 2.495 y antes, el art. 2.456 del *Codice Civile* italiano, aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n.º 262, dispone que después de la cancelación de la sociedad, los acreedores insatisfechos de la sociedad pueden hacer valer sus derechos contra los accionistas, hasta el monto de las sumas cobradas por ellos sobre la base del balance final de liquidación, y contra los liquidadores, si la falta de pago fue debida a culpa de estos. Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile>. Visitado el 6/12/2022.

insatisfechos (un sector excepciona el supuesto de impago de deudas conocidas por los liquidadores). Con anterioridad, la opinión mayoritaria sostenía que era necesaria la satisfacción total de los acreedores para la extinción de la sociedad. Para fundamentar la responsabilidad directa de los socios frente a los acreedores sociales, los autores acuden a variados expedientes: (i) la doctrina del enriquecimiento injusto; (ii) calificar al socio como sucesor de la sociedad extinguida o (iii) considerar que existe una continuación de la relación originaria a consecuencia de la relación entre la sociedad y el socio.

- b) En Alemania (Sección 273 de la Aktiengesetz), si con posterioridad a la liquidación se comprueba que son necesarias nuevas medidas de liquidación, el órgano jurisdiccional, a petición de una de las partes implicadas, volverá a nombrar a los liquidadores anteriores o nombrará otros. Con anterioridad a la actual legislación, ya SCHUMANN, en contra de la entonces opinión mayoritaria, propugnaba que los acreedores insatisfechos conservan, aun después del reparto, acción frente a la sociedad, solución adoptada por el Wetboek van Koophandel holandés, que ya permitía reanudar la liquidación de la sociedad por la aparición de un crédito insatisfecho.
- c) Declarar la inoponibilidad del acto extintivo frente a los acreedores insatisfechos, de forma que respecto a dichos acreedores, la sociedad subsiste en tanto no se satisfagan sus créditos (tesis tradicionalmente mayoritaria en la doctrina francesa y belga, frente a las recientes que propugnan la posibilidad de extinción, conservando los acreedores acción contra los socios).

En España, como hemos visto (capítulo 2.7 del Bloque I), el ordenamiento jurídico no precisa el momento en que se produce la extinción de la persona jurídica y la cuestión no es pacífica. A grandes rasgos podemos decir que mientras para unos la inscripción en el registro tiene carácter constitutivo y la extinción se produce con la inscripción del acuerdo de extinción, para otros la inscripción es de carácter meramente declarativo, de tal forma que la efectiva extinción depende no solo de los requisitos formales, sino de la desaparición del sustrato sustancial de la sociedad, es decir, de todas sus relaciones jurídicas, lo que exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso. El art. 399 LSC establece la responsabilidad solidaria y directa (directa, no subsidiaria de la sociedad irregularmente liquidada) de los antiguos socios respecto del pasivo sobrevenido (“las deudas sociales no satisfechas”) hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación y, cumulativamente, la de los liquidadores, cuando hubieran actuado con dolo o culpa grave. El Reglamento del Registro Mercantil (art. 248) se refiere al activo sobrevenido, pero no al pasivo sobrevenido (que es lo que aquí nos ocupa).

Tanto la pena de multa como la responsabilidad civil derivada de la comisión del hecho delictivo precisan su declaración judicial. Cuando esta declaración tenga lugar tras la liquidación, lo que ocurrirá si el proceso se inicia tras la liquidación (y, según nuestra posición, también tras la baja en el registro), los importes en que se concreten la multa, la responsabilidad civil y las costas constituirán, en este sentido, pasivos sobrevenidos. Si la sociedad “formalmente extinguida” resulta ser indiciariamente responsable (penalmente) de un delito cometido por una persona física antes de su extinción, no basta con la responsabilidad directa de los socios que establece el art. 399 LSC, ya que los socios no responderán (civilmente) si no hay una sentencia que condene a la sociedad. Esta previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad exige, obviamente, que la acción penal pueda dirigirse contra la sociedad, aun después de su baja en el Registro

Mercantil; además, dado que las penas (v.g. la pena de multa) tienen carácter personalísimo, solo declarando la responsabilidad penal de la sociedad se podrá proceder a una nueva liquidación, acordando el reparto del patrimonio entre los socios previo pago de la pena de multa y responsabilidades civiles. Es decir, no cabe una acción directa contra los socios, indebidamente enriquecidos (se han repartido el haber patrimonial sin detraer el importe de la pena de multa correspondiente al delito y sin satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieran originado) si no se ejercita la acción penal contra la sociedad. Dicho ejercicio de la acción solo es posible, una vez producida la baja registral, admitiendo la posibilidad imputar a una sociedad ya liquidada “formalmente”.

Proponemos que, en estos casos, lo adecuado será imputar en el procedimiento penal a la sociedad “irregularmente liquidada”, que podrá ser declarada penalmente responsable. Respecto al pago de la multa, cabrá acudir a la “reintegración patrimonial” de la sociedad para recuperar el patrimonio repartido indebidamente entre los socios, lo que, a la postre, se traduce en un derecho de crédito frente a los socios por el importe de lo que han recibido indebidamente. En caso de condena, podrá aplicarse, además, respecto a las eventuales responsabilidades civiles (si se ha ejercitado la acción civil), la responsabilidad que establece el art. 399 LSC respecto a socios y liquidadores, siendo posible imputarlos en el mismo procedimiento penal como responsables civiles. Para todo ello se debe solicitar al juez penal la anulación de la cancelación registral indebidamente practicada⁸⁰³.

Proponemos la imputación de la sociedad contaminada “aparentemente disuelta”, a los efectos de que responda del hecho delictivo.

Recordemos que la STS (Civil, Pleno) n.º 324/2017, de 24 de mayo, establece que, en el plano civil, la demanda puede dirigirse directamente contra la sociedad extinguida y, al mismo tiempo, contra los antiguos socios y, en su caso, liquidadores, para evitar que, tras la condena de la sociedad formalmente extinguida, haya que iniciar un nuevo procedimiento contra socios y, en su caso, liquidadores, para obtener el pago del pasivo sobrevenido ya judicialmente declarado.

Cuestión distinta es el destino que se ha de dar al patrimonio de la persona jurídica cuando la disolución se impone como pena a la sociedad que se ha utilizado instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. FARALDO CABANA distingue⁸⁰⁴: si la actividad de la empresa es exclusivamente ilícita, el destino del patrimonio resultante de su liquidación debiera ser el comiso; pero si parte de la actividad ha sido lícita, se deberían pagar las deudas sociales y decomisarse el resto. Entendemos, sin embargo, que aún en caso de aplicación de la pena de disolución, para decidir sobre el destino del patrimonio social de la PJ condenada

⁸⁰³ Sobre la necesidad o conveniencia de solicitar la anulación de la inscripción de cancelación de la sociedad, vid. CARLÓN, LUIS: “La extinción de la sociedad anónima”, *ibíd.*, pp. 138-140.

⁸⁰⁴ FARALDO CABANA, Patricia: “¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y PÉREZ MACHÍO, A.I. (editores): *Armonización penal en Europa*, IVAP, 2013. pp. 77-113.

habrá que atender, más que al carácter de la actividad, lícita o ilícita, a la existencia de deudas sociales o no y, si existen, al carácter lícito o ilícito de dicha deuda.

Entendemos que la finalidad del art. 130.2 CP no es otro que excluir que la mera “disolución⁸⁰⁵” o, en términos más adecuados, la extinción de una sociedad, sea causa de extinción de la responsabilidad penal cuando no exista una verdadera liquidación del patrimonio (que vendría a equipararse a la “muerte real”) de la persona jurídica. Es decir, el párrafo segundo del art. 130.2 CP viene a consagrar la pervivencia de la responsabilidad penal cuando la persona jurídica se haya “disuelto” fraudulentamente, teniendo en cuenta que aquí el legislador parece emplear el término disolución no en su concepción técnico jurídica, sino como sinónimo de extinción.

El art. 130.2 CP excluye la “disolución” como causa de extinción de la responsabilidad penal cuando o bien exista una continuidad del patrimonio de la persona jurídica con un nuevo titular (supuesto previsto en el primer párrafo, fusión o escisión) o bien cuando la disolución encierre una maniobra fraudulenta para evitar la responsabilidad penal (cesión global fraudulenta o cualquier otro tipo de maniobra que persiga este fin).

2.6.2 Disolución encubierta

El acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el Registro Mercantil (art. 369 LSC y arts. 239 y 388.18 Reglamento del Registro Mercantil), siendo dicha inscripción de carácter constitutivo⁸⁰⁶. La extinción de la sociedad requiere, asimismo, la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro (art. 396 LSC), siendo discutida la naturaleza de dicha inscripción (constitutiva o declarativa), como ya vimos en el capítulo 2.7 del Bloque I.

El término “disolución encubierta” parece hacer referencia a una disolución o extinción “de facto”, no inscrita.

Hay que recordar la obligación que el art. 367 LSC impone a los administradores de convocar la junta general (plazo de dos meses) si concurre una causa legal o estatutaria de disolución

⁸⁰⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 61, 2021, defiende que la disolución implica la terminación del contrato de sociedad y, por tanto, la de los vínculos obligatorios entre los socios; según este autor, la disolución no es, como sostiene la doctrina mayoritaria, una novación del contrato de sociedad, ni una modificación del fin común, ni, simplemente, la apertura de la fase de liquidación. La doctrina más generalizada sostiene que la extinción de la sociedad no se produce en un solo acto, sino que es un procedimiento que se inicia con la disolución, continúa con la liquidación y termina con la extinción –y cancelación de la página registral de la sociedad en su caso– de la sociedad. El autor propone entender la disolución como terminación del contrato de sociedad y la liquidación como el procedimiento de extinción de la persona jurídica –del patrimonio–.

⁸⁰⁶ MADRID PARRA, A.: “Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 740.

para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución (o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa) o, en su defecto, insten la disolución judicial. En caso de incumplimiento, responden solidariamente de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

El segundo párrafo del art. 130.2 CP, sin embargo, no hace referencia a la falta de inscripción del acuerdo de disolución o a la falta del mismo, concurriendo causa para ello, sino que define lo que se ha de entender como “disolución encubierta” a partir de la triple identidad “sustancial” a la que ya hemos hecho referencia (clientes, proveedores y empleados). Sin embargo, a fin de evitar innecesarios excesos, es necesario limitar la aplicación de la previsión contenida en el segundo párrafo del art. 130.2 CP a los supuestos de extinción fraudulenta, que no son todos aquellos en los que concurre la circunstancia aludida. Esta identidad es inherente, por ejemplo, a la figura de la cesión global de activos y pasivos, pero esto no quiere decir, obviamente, que todas las cesiones globales de activo y pasivo sean fraudulentas.

Como señalábamos en el capítulo dedicado a la cesión global de activo y pasivo, esta figura constituye una clase diferenciada y autónoma de modificación estructural, y como tal se regula en la LME. Aunque tenga como efecto la sucesión universal del cesionario, no ha sido mencionada en el art. 130.2 CP junto a la transformación, fusión y escisión. Sostenemos que, ante el silencio del legislador, no cabe incluirla en el ámbito de aplicación del primer párrafo; su inclusión supondría una aplicación analógica de la ley penal contraria al principio de legalidad. Caso distinto sería que al amparo de esta figura lo que se pretendiera llevar a cabo fuera una disolución encubierta o meramente aparente, como tipifica el párrafo segundo del precepto. Estaríamos, en este caso, ante una cesión global liquidatoria (seguida de la liquidación de la entidad cedente) fraudulenta, con la que se pretendería eludir eventuales responsabilidades de la cedente, transmitiendo el patrimonio a otra persona. En este caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica no desaparecería con su disolución.

En esta figura, la cesionaria puede ser tanto una **persona física** como jurídica (a diferencia de lo que ocurre en cualquier otra modificación estructural, donde la cesionaria necesariamente ha de ser una persona jurídica)⁸⁰⁷. En caso de maniobra fraudulenta, la doctrina del fraude de ley o abuso de derecho se aplica, en el ámbito civil, tanto si la actividad de la extinta persona jurídica es continuada por una persona jurídica como si lo es por una persona física (por ejemplo, en caso de cesión global a favor del socio único, persona física).

Ahora bien, como ya decíamos en el capítulo dedicado a la cesión global, no siempre que se cumplen las circunstancias contempladas por el legislador penal (la triple identidad a que hace mención el párrafo segundo del art. 130.2 CP) cabe tachar de fraudulenta una cesión global de activo y pasivo, ya que lo que se describe son los efectos inherentes a toda cesión global de activo y pasivo. Como es obvio, no cabe tachar de fraudulenta una operación que no solo es legal, sino que incluso se ve fomentada por el legislador. Como

⁸⁰⁷ GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, 2016, *ibid.*, p. 146, con cita de abundante bibliografía y operaciones a favor del socio único persona física publicadas en el BORME.

señala BACIGALUPO SAGESE⁸⁰⁸, el párrafo segundo del art. 130.2 CP establece una presunción de disolución encubierta o meramente aparente cuando se continúe con la misma actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados o una parte relevante de ellos, presunción que constituye una inversión de la carga de la prueba lesiva del principio de presunción de inocencia, derecho fundamental aplicable también a las personas jurídicas.

Examinemos, para una correcta interpretación de lo que hay que entender como “disolución” fraudulenta, la institución del fraude de ley.

2.6.2.1 Concepto de fraude de ley

Frente a la muy criticable presunción que establece el párrafo segundo del art. 130.2 CP, para apreciar fraude de ley será necesario que la acusación acredite que la operación de que se trate constituye, en realidad, un negocio jurídico simulado o fraudulento, es decir, que existe una discordancia entre lo querido y lo formalmente exteriorizado. Existirá fraude de ley cuando la única finalidad de la operación o de la cadena de operaciones (“la causa”), sea eludir la aplicación de una norma imperativa⁸⁰⁹; existirá fraude de ley cuando el conjunto de la operación no tenga un objetivo empresarial o, dicho de otra forma, cuando no exista un motivo económico válido, no se persiga una reorganización de la empresa sino, por ejemplo, la evasión fiscal, o impedir que un tercero pueda ejercitar su derecho.

Hay que tener en cuenta, como ha señalado la jurisprudencia a la que hicimos mención en el Bloque I, que no constituye fraude de ley el hecho de que se persiga la simplificación del procedimiento de adquisición a través del efecto de la sucesión universal que consagra la LME o la neutralidad fiscal que ofrece la legislación tributaria: las sociedades pueden utilizar diversos procedimientos para adquirir una empresa, y una de las razones para elegir el complejo procedimiento de las modificaciones estructurales (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, además de la transformación que, como hemos visto, no es vehículo adecuado para adquirir una empresa) es, justamente, la simplificación que supone la sucesión universal. Por ello, el simple hecho de perseguir esta simplificación no es motivo para apreciar fraude, pues es lo que persigue también la norma⁸¹⁰.

A efectos de considerar si una cesión global de activo y pasivo es fraudulenta hay que tener en cuenta, además, que la LME solo exige que los distintos bloques patrimoniales

⁸⁰⁸ BACIGALUPO SAGESE, S.: “El modelo de imputación penal de los entes colectivos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 93-94.

⁸⁰⁹ SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 de mayo de 2011 (Rec. 128/2008), comentada por ALVAREZ ROYO en “La sucesión universal”, p. 313.

⁸¹⁰ ALVAREZ ROYO, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 312. ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A. en “La escisión parcial financiera inversa como modificación estructural”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 30/2022, señalan, en el mismo sentido, que en orden a apreciar si la operación se realiza en fraude de ley, no es suficiente con constatar que el mismo resultado que se pretende conseguir a través de la misma, podría obtenerse a través de otros mecanismos previstos legalmente. La similitud o equivalencia entre los resultados funcionales o económicos de dos operaciones jurídicas no implica que estas deban entenderse incompatibles entre sí. El ordenamiento jurídico ofrece institutos o técnicas que, aun cuando puedan coincidir en sus resultados, difieren total o parcialmente en su naturaleza, estructura, caracteres y régimen, resultando por ello posibilidades alternativas cuya elección dependerá de su mayor o menor adecuación a un caso concreto en atención a las circunstancias y a la composición de intereses concurrentes.

constituyan unidades económicas, pero no exige que haya una correlación entre el activo y el pasivo; eso sí, las deudas que tengan relación con una determinada unidad económica deberán transmitirse con ella⁸¹¹.

Por otra parte, hay que resaltar que la mera exclusión de responsabilidad de la entidad transmitente no sería automáticamente constitutiva de fraude, como resulta de la STS nº 509/2022 de 28 de junio de 2022 (cesión global de activo y pasivo de CajaSur por parte del FROB a BBK, actualmente Kutxabank)⁸¹². La sentencia no examina la validez de la cláusula de exclusión de la responsabilidad, ya que no fue impugnada (lo que afectaría a su oponibilidad, que es una cuestión distinta a la consideración del contrato como fraudulento por la inclusión de dicho pacto). En otros casos, sin embargo, la exclusión de

⁸¹¹ GÁLLEGO LANAU (“La cesión global de activo y pasivo”, *ibid.*, p. 171) señala, en este sentido, que los acreedores cuentan con vías de protección en las modificaciones estructurales.

⁸¹² La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 509/2022 de 28 de junio de 2022, desestimó la demanda formulada por Kutxabank solicitando la nulidad de la adquisición de CajaSur por error en el consentimiento, al desconocer que las cláusulas suelo de los préstamos concertados por CajaSur serían declaradas ulteriormente nulas por abusivas con la consiguiente obligación de restitución de las cantidades recibidas. Los antecedentes de la resolución son los siguientes: a consecuencia de la crisis internacional iniciada en 2007, el FROB (Fondo de Reestructuración Bancaria) intervino la entidad CajaSur, constituyéndose en su administrador provisional y, tras la correspondiente inyección económica, puso en marcha el proceso de su reestructuración, mediante una operación de cesión global de todos sus activos y pasivos en un procedimiento competitivo. Las entidades concurrentes tuvieron acceso a los informes de la Due Diligence (financiero, fiscal, legal y laboral) preparados por Deloitte, S.L., a instancia del FROB. Tras el examen de la documentación y del Data Room, BBK, mediante carta de 8 de julio de 2010, presentó una oferta vinculante e irrevocable. La oferta fue aceptada por el FROB con fecha 16 de julio de 2010. La correspondiente escritura pública de cesión global de activos y pasivos se suscribió el 29 de diciembre de 2010. AUSBANK interpuso una demanda colectiva contra CajaSur, que contenía una petición de nulidad por abusivas de las cláusulas suelo/techo, que se incluyeron en los préstamos hipotecarios concertados por dicha entidad financiera. CajaSur comunicó la demanda al FROB, el 22 de septiembre de 2010, de la que tuvo constancia la actora, antes del otorgamiento de la escritura pública de cesión. El 16 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Córdoba dictó sentencia de 16 de noviembre de 2012, estimando la demanda y decretando la nulidad por abusivas de las precitadas cláusulas suelo. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por sentencia de 21 de mayo de 2013, pronunciada por la Audiencia Provincial de dicha ciudad. El recurso de casación fue desestimado, a su vez, por la sentencia de 24 de marzo de 2015 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aplicando la doctrina de la sentencia de 9 de mayo de 2013. El 21 de diciembre de 2016 se dictó sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se proclamó que los efectos restitutorios de la nulidad se producen desde la fecha de suscripción de los contratos. A consecuencia de dichas resoluciones judiciales, la entidad actora Kutxabank se vio obligada a restituir los intereses cobrados de más en virtud de las cláusulas suelo de los préstamos concertados por CajaSur, así como a dejar de aplicar en lo sucesivo los límites al interés variable objeto de los préstamos concertados por la referida caja de ahorros. En atención a la situación expuesta, Kutxabank presentó demanda contra el FROB, solicitando la condena de dicha entidad a abonar a la actora la suma de 454.000.000 euros, con sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. La sentencia razona que el FROB fue transparente con respecto al estado patrimonial de la entidad financiera transmitida, a la que sometió a una Due Diligence por una entidad independiente, Deloitte, cuyos resultados, igual que los obtenidos por medio del Data Room electrónico, se pusieron en conocimiento de la actora sin omitir información relevante. Tampoco existía entre las partes una asimetría informativa provocadora de lesión económica. La cesionaria era una entidad financiera consolidada en el mercado, que conocía perfectamente el negocio bancario y sus riesgos, y notoriamente cualificada para abordar y tomar cumplida constancia del estado de la caja de ahorros objeto de cesión. Los riesgos de la operación fueron contractualmente asumidos por la parte compradora. No podía alegar la parte actora que no valoró adecuadamente los riesgos del contrato, cuando expresamente liberó de ellos a la entidad cedente, y cuando conocía, además, la existencia de las demandas judiciales sobre la nulidad de la cláusula suelo, a pesar de lo cual ratificó esta concreta estipulación convencional de absorción de riesgos. En definitiva, como quiera que el contrato contenía una cláusula cuya validez no fue cuestionada, que exoneraba al cedente por posibles defectos ocultos de la cosa transmitida, no cabía reasignar los riesgos mediante el ejercicio de una acción de anulabilidad por error.

responsabilidad de la adquirente por pasivos sobrevenidos no ha sido aceptada, entendiéndose que semejante cláusula no era oponible a terceros perjudicados (por ejemplo, contratos de productos financieros con consumidores anulados por error en el consentimiento)⁸¹³. Por otra parte, se reputará transmitida la responsabilidad cuando se aprecie fraude de ley (caso Ercros-Ertoil, por ejemplo).

En general, podemos decir que en la medida en que a través de la operación de modificación estructural de que se trate se persiga una reorganización empresarial y no se constate la existencia de abuso de derecho o de fraude de ley, ha de presumirse que la misma tiene causa y que la causa es lícita y verdadera, sin necesidad de indagar las razones últimas que justifican la reorganización empresarial en el caso concreto⁸¹⁴.

2.6.2.2 Consecuencias de la aplicación de la doctrina del fraude de ley

En el ámbito civil, la determinación del contenido y alcance del efecto de la calificación de los hechos como fraude de ley reviste cierta complejidad, ya que por una parte el art. 6.4 CC establece que la apreciación del fraude de ley conlleva la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir y, por otro lado, el art. 47 LME establece que tras la inscripción, la fusión (aplicable por remisión en caso de escisión) deviene inimpugnable cuando se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME, siendo norma especial con respecto a las normas generales sobre la nulidad⁸¹⁵. La cuestión es, en esencia, si la consecuencia ha de ser la nulidad de la fusión o escisión y, por tanto, de la sucesión universal, tal como declaró la STS de 26 de octubre de 2011 (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Rec. 5245/2007) o bien, como propone ÁLVAREZ ROYO, solo aquellos efectos contrarios a la ley o al ordenamiento (que es lo que, a la postre, hace la propia sentencia de 26 de octubre de 2011, que se limita a excluir la ventaja fiscal que se había pretendido obtener con la fusión), por ejemplo, que la fusión sea inoponible frente a los acreedores defraudados⁸¹⁶.

La aplicación de la doctrina del fraude de ley (aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir) en caso de fusión o escisión, en una lectura teleológica de lo dispuesto en los dos párrafos del art. 130.2 CP, determina, como avanzábamos en las páginas anteriores, la extensión de la responsabilidad penal a todas las entidades beneficiarias de la escisión, con independencia de las unidades económicas que a cada una les hubieran sido transmitidas y, en caso de fusión, que la entidad resultante o absorbente no podrá alegar como eximente o atenuante la implementación de un programa de cumplimiento.

2.6.3 Disolución meramente aparente

El supuesto al que se refiere el párrafo segundo del art. 130.2 CP como “disolución meramente aparente” supone que la entidad indiciariamente responsable del delito es disuelta antes de que sea juzgada o antes de que recaiga condena en el procedimiento penal. La primera cuestión es, por tanto, si puede ser citada como investigada la entidad

⁸¹³ Por ejemplo. STS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 19), STS de 12 de junio de 2019 (RJ 2019, 2374) y STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 141).

⁸¹⁴ ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La escisión parcial financiera inversa”, *ibid.*

⁸¹⁵ ALVAREZ ROYO, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 318.

⁸¹⁶ ALVAREZ ROYO, S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 319.

disuelta. En segundo lugar, si en caso de disolución meramente aparente, debe responder, además o en lugar de la entidad disuelta, alguna otra persona (física o jurídica).

El art. 130.2 CP se limita a decir que cuando la disolución sea meramente aparente, la responsabilidad penal no se extinguirá, pero no dice quién ni cómo ha de responder penalmente. Véase la diferencia con lo dispuesto en el primer párrafo: en caso de fusión, el precepto dice expresamente que la responsabilidad penal se traslada de la sociedad fusionada (que se habrá disuelto) a la entidad absorbente o beneficiaria de la fusión; en la escisión total, la responsabilidad se traslada de la sociedad escindida (que se habrá disuelto) a las entidades beneficiarias; en el primer párrafo, por tanto, el legislador sí determina el sujeto que ha de considerarse responsable penal: la entidad o entidades beneficiarias de la fusión o la escisión. En el párrafo segundo, en cambio, no dice si ha de responder penalmente la entidad disuelta, la persona que continúe con la empresa, o ambas. Estudiemos por tanto las posibles opciones, comenzando por las distintas situaciones en que puede encontrarse la entidad delincuente en el momento de su posible imputación penal.

2.6.3.1 La sociedad disuelta pero no extinguida

Como hemos visto, la extinción de una persona jurídica no es un acontecimiento instantáneo, sino el resultado de un proceso que se inicia con la disolución y acaba con la liquidación de las relaciones jurídicas entre la sociedad, los socios y los terceros⁸¹⁷. La LSC, como ya hiciera con anterioridad la Ley de Sociedades Anónimas, distingue, en el proceso de extinción, entre la disolución y la fase de liquidación. Una entidad disuelta, pero no liquidada, conserva su personalidad jurídica, sigue teniendo un patrimonio. La disolución puede ser el resultado de un acto jurídico (un acuerdo de disolución, una sentencia judicial que ordene la disolución), pero también puede ser consecuencia de un hecho jurídico (el transcurso del tiempo); en ambos casos, el hecho o el acto abren el proceso de liquidación encaminado a la extinción total de la sociedad⁸¹⁸. La sociedad en liquidación, por otra parte, puede ser reactivada por acuerdo de los socios, lo que supondría poner fin a la liquidación; puede, asimismo, acordar la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo.

La disolución, contrariamente a la interpretación que se ha venido dando al segundo párrafo del art. 130.2 CP, no es causa de extinción de la responsabilidad penal.

Proponemos, por tanto, que la sociedad disuelta pero todavía no extinguida puede ser, durante el proceso de liquidación, responsable de los delitos que se cometan en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. Es decir, la entidad disuelta pero no extinguida no solo tiene capacidad procesal para ser juzgada por los delitos que hubiera cometido

⁸¹⁷ FONT RIBAS, A.: “La disolución de pleno derecho como sanción: algunos problemas prácticos”, en VV. AA: *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 5147, en referencia a las sociedades anónimas.

⁸¹⁸ FONT RIBAS, A.: “La disolución de pleno derecho como sanción”, *ibid.*, p. 5148. Además, reflexiona acerca del efecto que produce sobre el órgano de representación en p. 5151, con cita de la STS de 14 de marzo de 1998 (RJA 1488).

con anterioridad a la disolución, sino que debe responder penalmente por los delitos cometidos en el período comprendido entre la disolución y su efectiva extinción.

No hay obstáculo legal para imputar a la entidad disuelta, pero no liquidada, para que responda con su patrimonio de la pena de multa que en su caso pudiera serle impuesta.

En caso de concurso, habría que delimitar las facultades del juez penal y del juez del concurso (concurso que podría iniciarse tras la imputación penal).

Volviendo a la posibilidad de imputar a la entidad disuelta, aunque es cierto que algunas penas podrían resultar ineficaces (por ejemplo, la pena de disolución o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas), no ocurre así con la pena de multa, que es la única que en toda condena habrá de imponer el juez penal. En otras palabras, no hay motivo para permitir que los socios puedan repartirse los bienes sociales sin que la sociedad disuelta haya satisfecho, previamente, la pena de multa y las responsabilidades civiles por la comisión del ilícito.

La sociedad disuelta pero no extinguida debe responder penalmente: a) tanto si se trata de una disolución aparente o real o, dicho en términos más exactos, tanto si la empresa o negocio desaparece definitivamente como si continúa bajo un nuevo titular; b) tanto respecto a los delitos cometidos antes de la disolución como a los cometidos después de la disolución, en tanto en cuanto se prolongue el período de liquidación.

2.6.3.2 La sociedad disuelta y extinguida

Mayor complejidad entraña dilucidar si la entidad liquidada y extinguida puede ser imputada y, en su caso, condenada, en un procedimiento penal.

De acuerdo con la doctrina de la "**personalidad residual**", la extinción de una sociedad no impide que pueda ser llamada al proceso para responder de pasivos sobrevenidos. La sentencia dictada por el pleno de la Sala 1ª del TS n.º 324/2017, de 24 de mayo, declaró que la sociedad de capital disuelta y liquidada, cuyos asientos registrales han sido cancelados, sigue manteniendo capacidad para ser parte demandada, representada por el liquidador, en la reclamación de pasivos sobrevenidos. Aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los socios ex art. 399 LSC.

Un sector doctrinal⁸¹⁹ considera que no es necesario ya postular la subsistencia de la sociedad por la aparición de activos o pasivos sobrevenidos, lo que obligaría a los liquidadores a revocar la cancelación y proseguir la liquidación, dado que la LSC prevé un mecanismo adecuado para dar solución a ambas cuestiones (respecto a los pasivos sobrevenidos, la responsabilidad de socios y liquidadores); hasta el momento de la cancelación, los acreedores sociales insatisfechos conservan acción frente a la sociedad; a partir de ese momento, extinguida la sociedad, su acción debe dirigirse contra los antiguos socios, que asumen *ex lege* las antiguas deudas sociales (hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación), convirtiéndose en obligados directos frente a los acreedores sociales. Esta previsión legal se aplica igualmente al acreedor que, con posterioridad a la cancelación de los asientos de la sociedad deudora en el Registro, obtenga, en virtud de una sentencia, el reconocimiento de su crédito, por lo que podrá exigir el pago a los antiguos socios.

Entendemos, sin embargo, que el mecanismo establecido en la LSC resulta insuficiente en el supuesto examinado: si no es posible dirigir la acción penal contra la sociedad “disuelta” no se podrá declarar su responsabilidad penal, responsabilidad que el art. 130.2 CP, en caso de disolución fraudulenta, declara que no se extingue.

Desde el enfoque apuntado por el TJUE en la sentencia Modelo Continente (C-343/13), antes comentada, podríamos considerar la eventual pena de multa como un pasivo sobrevenido y al Estado, víctimas y perjudicados por el delito, como acreedores y, por tanto, admitir que se pueda dirigir la acción penal contra una sociedad incluso después de la fecha de inscripción de la extinción en el Registro Mercantil. Sin embargo, el segundo párrafo del art. 130.2 CP circunscribe la posibilidad de imputar a la sociedad extinguida a aquellos casos en que exista una continuidad de la empresa (con la triple identidad a la que se refiere) y la disolución de la entidad delincente haya tenido carácter fraudulento. Analicemos separadamente estas cuestiones.

a) “Pasivos sobrevenidos”

Se puede definir el pasivo sobrevenido como el conjunto de deudas sociales aparecidas después de cancelados los asientos registrales de la sociedad⁸²⁰. Para otorgar dicha calificación, el pasivo debe reunir los siguientes requisitos: a) que las deudas que lo integran tengan la condición de sociales, o sea, que hayan sido contraídas por la sociedad en un momento previo a la inscripción de la escritura pública de extinción; b) que tales deudas no se hubiesen computado ni, por tanto, satisfecho, durante el proceso normal de liquidación; c) que hagan su aparición tras la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida.

El art. 399 LSC establece la responsabilidad solidaria de los antiguos socios por las deudas sociales no satisfechas, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio, además, de la responsabilidad de los liquidadores. Es irrelevante, a este efecto, si las deudas aparecían o no reflejadas en la contabilidad o si su existencia podía inferirse de la documentación de la sociedad extinta, aun cuando pueda

⁸¹⁹ Vid. LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad” en *La liquidación de sociedades mercantiles*, 2016, *ibid.*

⁸²⁰ BOTANA AGRA, M: “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos en la sociedad de responsabilidad limitada”, en *“Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V, 2002, pp. 5123-5146.

resultar relevante a la hora de juzgar la eventual responsabilidad de los liquidadores. La norma se refiere a las deudas como “pasivo sobrevenido”, aunque con ello no prejuzga la posible existencia previa de las mismas ni su conocimiento por los socios. Son “sobrevenidas” porque no pudieron o no se quiso atenderlas durante la fase de liquidación de la sociedad, quedando fuera del balance final de liquidación; el término pasivo comprende cualquier deuda u obligación de la sociedad extinta susceptible de ser contabilizada como partida de pasivo en su balance⁸²¹.

BOTANA AGRA⁸²² distingue los conceptos de deudas sociales y pasivo sobrevenido; incluye en las primeras, además del pasivo sobrevenido, cualesquiera otras que se encuentren insatisfechas al tiempo de producirse la extinción de la sociedad, siendo irrelevante que sean deudas conocidas y computadas durante el período de liquidación normal o que su aparición se produzca tras la extinción del ente societario; exige únicamente que se trate de una deuda social, es decir, pasivo que se incorporó al patrimonio de la sociedad antes de su extinción como persona jurídica y que no se haya satisfecho. La insatisfacción de la deuda puede haberse debido, incluso, a la conflictividad surgida en torno a la deuda, resuelta con posterioridad a la extinción. Es más, el autor propone que, cuando a consecuencia de la declaración del pasivo sobrevenido se manifieste una situación de insolvencia, el acreedor no debe soportar él solo las consecuencias de la insolvencia manifestada tras la extinción de la sociedad, sino que habrán de soportarla todos los acreedores, por aplicación de la regla *par conditio creditorum*. Confiere al acreedor por pasivo sobrevenido legitimación para instar que se anule el pago efectuado durante la liquidación ordinaria a los acreedores computados en ese momento y reabrir la liquidación nuevamente, a fin de que se incluya el pasivo sobrevenido⁸²³. El fundamento de la responsabilidad de los antiguos socios por las deudas sociales declaradas tras la extinción de la sociedad se encuentra, para el autor, en el destino prevalente del patrimonio social, que es satisfacer el pasivo social⁸²⁴.

Otra solución para el acreedor, alternativa al art. 399 LSC, será solicitar la declaración de concurso de la sociedad, para lo cual será necesario que acredite la “utilidad” del procedimiento, por ejemplo, porque pueda obtenerse alguna reintegración del patrimonio social a través del ejercicio de las acciones rescisorias o de impugnación o a través de la sección de calificación⁸²⁵.

b) Principio de culpabilidad

La solución dada en el ámbito civil, que “traslada” la responsabilidad por la obligación insatisfecha a los antiguos socios y, en su caso, liquidadores, no es válida cuando nos enfrentamos a la RPPJ. Las razones que impiden aplicar la misma fórmula pueden resumirse así: 1) supondría una vulneración del principio de legalidad (no existe expresa previsión legal que establezca la transmisión de la responsabilidad penal a los antiguos socios); 2) vulneraría el principio de culpabilidad, dado que se estaría condenando a otros, los socios, que responderían por un hecho ajeno (el de la entidad disuelta/extinguida).

⁸²¹ LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad” en *La liquidación de sociedades mercantiles*, *ibid.*, pp. 399-400.

⁸²² BOTANA AGRA, M.: “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos”, *ibid.*, p. 5137.

⁸²³ BOTANA AGRA, M.: “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos”, *ibid.*, p. 5146.

⁸²⁴ BOTANA AGRA, M.: “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos”, *ibid.*, p. 5141.

⁸²⁵ LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad” en *La liquidación de sociedades mercantiles*, *ibid.*, pp. 388-389.

Si la solución, por tanto, en caso de extinción fraudulenta, no puede ser condenar a “otro” por un delito atribuible a la sociedad extinguida, no cabe otra posibilidad que imputar la responsabilidad penal a la entidad extinguida, sin perjuicio de la responsabilidad civil de los antiguos socios y, en su caso, de los liquidadores que hubieren actuado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo (art. 397 LSC) o fraude o negligencia grave, en caso de sociedades personalistas (art. 231 CCo). Declarada la responsabilidad penal de la sociedad extinguida, entendemos que una opción posible, para la ejecución de la pena de multa, podría ser solicitar el concurso de la sociedad y reintegrar el patrimonio social.

En caso de extinción fraudulenta, la entidad delinciente (aunque haya sido dada de baja en el registro correspondiente) seguirá respondiendo penalmente en los términos previstos en el art. 31 bis CP. Respecto a la eventual responsabilidad civil derivada del delito, responderán los antiguos socios (hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación) y los liquidadores, de acuerdo con el régimen de responsabilidad que resulte aplicable.

2.6.3.3 Posición del adquirente de la empresa aparentemente disuelta

La siguiente cuestión a dilucidar es la posición del adquirente de la “empresa”, entendida como “el conjunto de medios personales y materiales que el empresario organiza o coordina bajo su dirección y titularidad⁸²⁶”. La persona jurídica delinciente puede haberse extinguido, pero su “empresa”, su negocio, puede continuar con un nuevo titular. El adquirente puede ser un tercero de buena o mala fe, una persona especialmente relacionada con la entidad delinciente o un tercero sin vinculación ni relación alguna; por otra parte, la transmisión de la empresa o negocio de la entidad “aparentemente disuelta” puede llevarse a cabo mediante la cesión global de activo o pasivo o mediante otros mecanismos legales que no impliquen la sucesión universal del adquirente.

El precepto no distingue, en cuanto a los efectos para el adquirente de la empresa, si se trata de un adquirente de buena o de mala fe (entendiendo como adquirente de mala fe aquel que adquiere la empresa a sabiendas de que la entidad delinciente quiere eludir su responsabilidad penal); ni si se trata de una operación entre partes vinculadas o no; ni el título por el que se lleva a cabo la transmisión de la empresa de la entidad disuelta. Pese a ello, es posible aplicar un tratamiento diferente cuando la transmisión de la empresa se realiza fraudulentamente por medio de una cesión global de activo y pasivo (porque se produce una transmisión por sucesión universal⁸²⁷) o bien tiene lugar dentro de un mismo grupo de empresas (aplicando la doctrina del levantamiento del velo): en estos dos casos,

⁸²⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La liquidación y el liquidador”, en “*Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*”, vol. V, *ibid.*, p. 5174.

⁸²⁷ *Vid.* en este sentido MARIMÓN DURÁ, R.: “La cesión global de activo y pasivo”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010, pp. 52-54. La inscripción de la escritura de acuerdo de cesión global tiene eficacia constitutiva de la transmisión del patrimonio cedido a título universal (art. 89 LME). La sucesión a título universal permite que el cesionario asuma “*uno actu*” la posición del cedente en relación con sus créditos y responsabilidades, liberando a este de unos y otras, sin necesidad de respetar la sucesión particular o la ley de circulación de los distintos elementos que componen el patrimonio transmitido. Supone la subrogación automática del cesionario o cesionarios en las relaciones reales y obligatorias de la sociedad cedente, así como en su posición empresarial.

propugnamos que sí cabe extender la responsabilidad penal, y no solo la responsabilidad civil, al adquirente de la empresa de la entidad “disuelta”. El cesionario, en una cesión global, adquiere el activo y pasivo por sucesión universal (art. 81 LME; *vid.* capítulo 7 – Cesión global de activo y pasivo- del Bloque I). Las mismas razones que legitiman la transmisión de la RPPJ en caso fusión y escisión, en aplicación de lo previsto en el primer párrafo del art-. 130.2 CP, concurren en caso de cesión global de activo y pasivo fraudulenta, esta vez, en aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del art. 130.2 CP. La sociedad cedente, en caso de cesión global fraudulenta, si no se ha extinguido, sigue siendo responsable, penal y civilmente (art. 91 LME, por la totalidad de la obligación). El fundamento radica, en el ámbito civil, en el hecho de que la obligación incumplida fue constituida por la sociedad cedente, motivo por el que se afirma su responsabilidad incluso cuando no haya sido la única destinataria de la contraprestación satisfecha por el cesionario (este es el caso cuando se haya asignado una parte directamente a los socios). *Mutatis mutandi*, el fundamento de la responsabilidad penal de la entidad cedente radica en la comisión del hecho delictivo por una persona física en las circunstancias previstas en el art. 31 bis CP.

Lo anterior no significa que la actuación del adquirente, fuera de estos dos supuestos, quede impune. Así, en caso de disolución, el adquirente podría ser responsable de un nuevo delito (blanqueo de capitales, frustración a la ejecución, u otro), distinto al que en su día originó la responsabilidad penal de la entidad disuelta, pero no estaría participando en la comisión del delito ya ejecutado. Estamos ante “otra persona” que puede ser, además, tanto una persona física como jurídica. Se trata de otra persona y otro delito, y nada en el segundo párrafo del art. 130.2 CP ordena “trasladar” o “extender” la responsabilidad penal a la persona que adquiere la empresa, aun cuando se trate de una adquisición fraudulenta, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito fiscal (v.g., art. 40 LGT⁸²⁸) En el ámbito civil, la declaración del fraude de ley puede tener las consecuencias anudadas a la misma que hemos visto antes.

En caso de venta fraudulenta de los activos de la empresa (asset deal), aunque vaya seguida de la disolución de la entidad delinciente, NO es posible trasladar ni extender la responsabilidad penal a la nueva titular (salvo que se trate de una operación fraudulenta entre sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas ⁸²⁹), sin perjuicio de la responsabilidad penal en que el nuevo titular haya podido incurrir al llevar a cabo la adquisición fraudulenta.

⁸²⁸ Art. 40.3 LGT: “En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades y entidades con personalidad jurídica, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad y entidad con personalidad jurídica”.

⁸²⁹ *Infra* epígrafe 2.6.4.

En caso de cesión global de activo y pasivo de carácter fraudulento, tanto la entidad cedente como la cesionaria son responsables del delito cometido con anterioridad a la operación. En este caso, SÍ es posible “extender” la responsabilidad penal a la entidad adquirente⁸³⁰.

2.6.4 Disolución fraudulenta en un grupo de empresas

2.6.4.1 Grupo de empresas

Nuestro Derecho no contiene normas generales sobre grupos de sociedades y las normas que hacen referencia a los mismos restringen su aplicación a efectos concretos⁸³¹. El concepto de grupo de empresas en el ámbito mercantil, tributario y laboral es funcional: existe grupo cuando una sociedad pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras⁸³².

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas implantado por el legislador español no contiene ninguna previsión específica para el caso de que una o varias de las sociedades imputadas pertenezca a un grupo de empresas. La figura de grupo de sociedades más habitual se caracteriza porque existe una relación de subordinación, vertical o jerárquica; las sociedades son jurídicamente independientes, pero están sometidas a la dirección económica de otra sociedad (por ejemplo, un holding, esto es, una agrupación de empresas en la que una sociedad adquiere todas o la mayor parte de las acciones de otras sociedades con el fin principal o único de tener o administrar (controlar) la propiedad de estas); existe una empresa dominante, la empresa matriz, siendo el resto filiales o participadas controladas por la matriz⁸³³. La doctrina mayoritaria entiende que el grupo como tal no es un sujeto que pueda ser penalmente responsable, dado que carece de personalidad jurídica, si bien algunos autores defienden la aplicación al grupo de las consecuencias accesorias del art. 129 CP⁸³⁴.

⁸³⁰ Vid. Figura 3 (epígrafe 2.1.4 de este mismo capítulo).

⁸³¹ PAZ ARES RODRÍGUEZ, C. y PERDICES HUETOS, A.B.: “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo IV, vol. 2º B, Madrid, Thomson Civitas, 2003, pp. 557-558. La definición de sociedad dominante se elabora teniendo en cuenta los fines de la normativa a la que sirve.

⁸³² Así, el art. 18 LSC establece que “a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”; en el ámbito tributario, art. 58 LIS.

⁸³³ BLANCO CORDERO, I.: “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, en ALONSO ÁLAMO, M., MORILLAS CUEVA, L. Y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (dirs.): *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018.

⁸³⁴ Sobre la cuestión, vid. DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, p. 165. A favor de la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP al grupo, BLANCO CORDERO (vid. BLANCO CORDERO, I.: “Negocios internacionales y responsabilidad penal de la empresa matriz por actos de corrupción cometidos en el extranjero” en CANCIO MELIÁ, M et el. (dirs.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, UAM Ediciones, 2019, p. 904. En contra de la aplicación de las medidas del art. 129 CP, GARCÍA ALBERO (vid. GARCÍA ALBERO, R.: “Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas”, en GÓMEZ COLOMER J.L. (dir.):

La cuestión de cuándo y por qué responde la sociedad matriz por delitos atribuibles a las filiales no es pacífica. Apuntamos, brevemente, unos ejemplos de las tesis sustentadas (la complejidad de la cuestión impide abordar su estudio en detalle).

Para la FGE⁸³⁵, la sociedad matriz puede responder penalmente (“en cascada”) cuando actúe como administradora de la filial y se haya cometido el delito bajo su responsabilidad.

BLANCO CORDERO⁸³⁶ propone que la matriz responda penalmente del comportamiento de la filial tanto por comisión activa (cuando la matriz determina la voluntad de la filial mediante las directrices o instrucciones dirigidas a los directivos de la filial⁸³⁷) como en comisión por omisión (la matriz no determina activamente el comportamiento delictivo de la filial, pero, estando en una posición de garante que le obliga a controlar los riesgos penales derivados de ella, omite las acciones que hubieran evitado el delito⁸³⁸).

GARCIA ALBERO considera necesario que exista un vínculo funcional u orgánico entre la persona física que comete el delito y la sociedad dominante y, además, que haya un “beneficio directo o indirecto” de la sociedad dominante⁸³⁹; así, la sociedad dominante responde ex art. 31 bis CP cuando haya actuado como administrador de hecho de la

Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 277-298).

⁸³⁵ La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad de los grupos de empresas o holdings empresariales, dice así: “como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal. Así pues, cabría la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del holding empresarial”.

⁸³⁶ BLANCO CORDERO, I.: “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, 2018, *ibid.*

⁸³⁷ Para considerar a la matriz administradora de hecho de la filial, es necesario que, además de la planificación estratégica y organizativa del grupo, la matriz gestione la filial de manera continuada y efectiva, de manera directa y sistemática, lo que requiere analizar el grado de autonomía de la filial y el ejercicio de la capacidad de control de la matriz. La existencia de un grupo no supone necesariamente que la matriz actúe como administradora de hecho. Pero un porcentaje alto de participación social implica que la filial carece de margen de maniobra alguno, siendo la filial una unidad o departamento de la matriz, un autor mediato de la matriz. Sobre esta cuestión, LATORRE CHINER, N.: “El administrador de hecho en las sociedades de capital”, Granada, Comares, 2003.

⁸³⁸ Fundamenta la posición de garante de la empresa matriz, idónea para basar su responsabilidad por omisión, en el ejercicio de un poder de dirección y coordinación. Cita, en la doctrina suiza, a INGOLD, para quien la matriz se encuentra en una posición de garante derivada del criterio de la injerencia y responde de la actividad de la filial como fuente de riesgo.

⁸³⁹ GARCÍA ALBERO (“Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas”, *ibid.*) propone limitar la consideración de “beneficio” de la sociedad dominante a aquel beneficio que sea propio de esta sociedad (por ejemplo, incremento del volumen de negocio por la adjudicación de contratos), distinto al beneficio que sea consecuencia del reparto de dividendos de la filial donde se ha cometido el ilícito o beneficiaria del mismo. Sostiene que lo contrario, admitir que el beneficio de cualquier sociedad integrante del grupo basta para entender cumplido el requisito respecto de la sociedad dominante, supondría presumir que los intereses de la dominante y las filiales son siempre coincidentes, lo cual no tiene por qué ser así necesariamente. Así, excluye que haya “beneficio” cuando la sociedad dominante resulte perjudicada por la comisión del ilícito. Considera que el ahorro en medidas de control no puede ser considerado un “beneficio indirecto” para la sociedad dominante, un ahorro de gastos para reducir el peligro es distinto al ahorro buscado de propósito con la comisión del delito. BLANCO CORDERO (“Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, *ibid.*), por el contrario, considera que todo hecho cometido en provecho de la filial genera automáticamente un beneficio (al menos indirecto) para el grupo y, por lo tanto, para la empresa matriz.

filial⁸⁴⁰. Excluye, sin embargo, la responsabilidad en comisión por omisión de la matriz por los hechos cometidos por los empleados sometidos al control de los dirigentes de la filial, salvo que se tratara de una sociedad pantalla, sin verdadero sustrato, por considerar que no existe un deber de vigilancia penal de la matriz respecto de sus filiales.

Criterio de la “unidad económica”. La Comisión Europea y el TJUE vienen aplicando, en el ámbito del derecho de la competencia, el criterio de la “unidad económica” de la empresa, que tiene en cuenta la realidad económica de la empresa y no tanto la forma jurídica de la misma; aplicando este criterio, pueden considerar responsable a la matriz del comportamiento de la filial⁸⁴¹: si la matriz y la filial forman una “unidad económica”, constituyen una misma “empresa”, por lo que la Comisión puede imponer multas a la sociedad matriz sin tener que demostrar la implicación personal de la matriz en la infracción. Dos son los requisitos que deben concurrir para que las actuaciones de la filial puedan imputarse a la matriz: a) la sociedad matriz debe estar en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial; y b) la matriz debe efectivamente ejercer ese poder sobre la filial⁸⁴². La doctrina pretende corregir los efectos perniciosos que conlleva la limitación de la responsabilidad de los socios; no se impone la responsabilidad a otras sociedades del grupo por el mero hecho de formar parte de un mismo grupo, sino por constituir una sola “unidad económica” con la sociedad que delinque. Se atiende al plano funcional, a cómo opera y gestiona sus riesgos el grupo⁸⁴³. Lo que caracteriza la existencia de un grupo, desde un punto de vista funcional, es la existencia y ejercicio de la “dirección unitaria” por parte de la matriz (en particular, la política de financiación).

Resulta esclarecedor el análisis que realiza sobre la cuestión la sentencia n.º 20-83.098, de 16 de junio de 2021, de la *Cour de Cassation* francesa⁸⁴⁴: confirma la condena de la sociedad holding (matriz) del grupo Alcatel-Lucent por delito de soborno activo de

⁸⁴⁰ Cita, en este sentido, la STJUE (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2014, resolviendo el recurso frente a la Decisión C (2008) 5476 de la Comisión, que sancionó directamente a Repsol Petróleo por las actuaciones de su filial Rylesea, apreciando responsabilidad por influencia decisiva.

⁸⁴¹ La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1972 (asunto 48/69, Imperial Chemical Industries c. Comisión), aplica el criterio de la unidad económica, según el cual “el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz”.

⁸⁴² En estos casos, las filiales no pueden determinar de forma autónoma su comportamiento en el mercado, por lo que responde la empresa matriz por la influencia decisiva que ejerce. Tratándose de una sociedad matriz que posee el 100 % del capital de su filial, autora de una conducta infractora, para el TJUE existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial.

⁸⁴³ BLANCO CORDERO es contrario a la aplicación de esta doctrina en el ámbito penal. Considera que el grupo como tal carece de personalidad jurídica, por lo que exigirle responsabilidad sería contrario al art. 31 bis CP y, además, no resulta necesario recurrir a la ficción de que el grupo es una empresa por razón de la unidad económica existente, ya que la empresa matriz que ocupe una posición de garante podrá responder del delito en comisión por omisión. Frente a este rechazo hay que señalar, sin embargo, que la doctrina de la unidad económica de la empresa no implica la atribución de responsabilidad al grupo en cuanto tal, sino a las sociedades que componen el grupo. Consiste precisamente en considerar que se trata de una misma empresa, no obstante haber limitado la responsabilidad entre las distintas entidades que componen el grupo, corrigiendo los efectos perniciosos que conlleva la limitación de la responsabilidad de los socios. No se impone la responsabilidad a otras sociedades del grupo por el mero hecho de formar parte de un mismo grupo, sino por constituir una sola unidad económica con la que delinque. Se atiende al plano funcional, a cómo opera y gestiona sus riesgos el grupo.

⁸⁴⁴ ECLI: FR: CCASS: 2021: CR00768.

funcionario público extranjero, cometido por los empleados de su filial, al considerar que actuaban en representación de la sociedad matriz. La sentencia conceptúa el término representante de la persona jurídica atendiendo a la estructura y organigrama “real” o “de facto” de la empresa, en lugar de limitarse a la estructura legal del grupo. Además, utiliza un concepto amplio del término órgano de la persona jurídica, al considerar que un Comité Central de Evaluación de Riesgos (RAC) constituye un órgano de la persona jurídica en el sentido del artículo 121-2 del Código Penal francés⁸⁴⁵.

En EEUU, la jurisprudencia acude a dos teorías para imputar los delitos cometidos por una empresa filial a la matriz, incluso si la matriz adquiere la filial mediante una fusión o absorción después de que haya comenzado la comisión del delito: la teoría de la agencia o representación (*agency theory*)⁸⁴⁶ y la teoría de la mera instrumentalidad o de la unidad de negocio⁸⁴⁷.

2.6.4.2 Disolución fraudulenta como abuso de la persona jurídica en fraude de ley

La disolución fraudulenta con transmisión de la empresa a otra sociedad del grupo constituye uno de los supuestos que se incluyen en el grupo de casos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, el denominado “de abuso de la persona jurídica en fraude de ley o en incumplimiento de obligaciones”. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en los supuestos de “disolución fraudulenta” (encubierta o aparente) de la entidad delinciente, permite el “traslado” de la responsabilidad penal a la entidad beneficiaria, con independencia de que el mecanismo de transmisión haya sido una cesión global de activo y pasivo, una venta de activos o cualquier otro que produzca el mismo efecto económico.

En el caso de grupos de sociedades, prevalece el interés de grupo frente a los intereses particulares de las sociedades que lo integran⁸⁴⁸, hay una dirección económica unitaria.

⁸⁴⁵ El art. 121-2 CP francés dispone que “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants”. En el caso examinado se analiza si las personas físicas que cometieron el delito actuaron o no en representación de la sociedad matriz y si el RAC puede ser considerado un órgano de la sociedad matriz. La Sala concluye que los hechos fueron cometidos dentro de un grupo de empresas del que la empresa condenada era la que ejercía el control, por lo que resultaba responsable del delito de soborno activo de funcionario público extranjero. El delito se cometió en nombre de la matriz por la intervención de tres empleados de las filiales de la empresa, representantes de facto de esta última, debido a la existencia de una organización transversal en el grupo, careciendo de importancia, a estos efectos, la ausencia de un vínculo legal o de una delegación de poderes específica a su favor; considera, asimismo, que el RAC central era un órgano de la empresa integrado por líderes del grupo cuya función hizo que validara, en nombre del grupo, el sistema de pagos ilícitos que se camuflaban bajo la forma de contratos de consultoría.

⁸⁴⁶ Básicamente, la agencia existe cuando una persona o empresa (el principal) encarga a otra persona (el agente) realizar un determinado trabajo o llevar a cabo una actividad de gestión en su nombre. La teoría permite hacer responsable a la matriz de los actos de su filial, considerando que los empleados de la filial son agentes o subagentes de la empresa matriz. Un empleado de la filial puede devenir en agente de la matriz si esta última autoriza al empleado a actuar como su agente en la actividad en que se cometió el delito.

⁸⁴⁷ La matriz puede ser responsable de los delitos de la filial cuando la utiliza para infringir la ley y no la trata como entidad separada. Por ejemplo, cuando la matriz se involucra en la gestión ordinaria y diaria de la filial, de manera que no actúa como un mero inversor en la filial, sino como el alter ego de la filial, dominando y controlando de manera efectiva a la filial, que carece de existencia real separada y distinta.

⁸⁴⁸ EMBID IRUJO ha destacado la dificultad de delimitar el supuesto de hecho del grupo, es decir, dar una definición de grupo que permita dar cabida a todos los casos en los que puede declararse la existencia de grupo de empresas.

Cuando no hay una auténtica “autonomía patrimonial” ni independencia en la actividad económica y la disolución resulta fraudulenta, la entidad disuelta y la adquirente de la empresa no pasan de ser meras formas⁸⁴⁹, que no merecen el reconocimiento de la personalidad jurídica que el ordenamiento jurídico otorga a dichas formas, lo que puede justificarse, aplicando la doctrina del levantamiento del velo, que la responsabilidad penal por el delito cometido por la entidad disuelta se “traslade” o, en términos más ajustados, se exija a la sociedad que continúa la actividad empresarial de la entidad extinguida.

La sentencia de referencia en esta materia, la STS (Sala Primera) n.º 330, de 28 de mayo de 1984⁸⁵⁰, tras referirse al conflicto entre seguridad jurídica y justicia, declara la conveniencia de aplicar la doctrina por vía de equidad y del principio de buena fe (art. 7.1 CC, que ha sido entendido como límite del ejercicio de los derechos), con el fin de evitar que la forma legal se utilice como camino del fraude (art. 6.4 CC) con perjuicio de intereses, para evitar el abuso de la independencia (art. 7.2 CC) de la persona jurídica, haciendo un mal uso de su personalidad, un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC). BOLDÓ RODA⁸⁵¹ critica la fundamentación de la doctrina en institutos tan dispares, por la incompatibilidad entre las diversas instituciones (responden a distintos supuestos de hecho) y las distintas consecuencias que tiene aplicar una u otra institución⁸⁵²; en su lugar propone, como único fundamento de la doctrina del levantamiento del velo, el abuso de la institución de la “persona jurídica”, lo que permite subsumir los distintos supuestos en el ámbito de aplicación del fraude de ley, siendo la norma de cobertura (la que se emplea para buscar un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él) la normativa referente a la persona jurídica⁸⁵³.

En el orden penal, las referencias a la doctrina del levantamiento del velo las encontramos, en casos donde se aprecia la existencia de un grupo de sociedades, para dar respuesta a las cuestiones de responsabilidad civil *ex delicto* y comiso⁸⁵⁴.

2.6.4.3 Extensión de la responsabilidad penal a la sociedad adquirente del grupo

La doctrina del levantamiento del velo supone imputar los efectos de un acto directamente a sus socios⁸⁵⁵, dejando de aplicar los efectos de la personalidad jurídica que se reconoce

⁸⁴⁹ Argumentos de la STS de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5897), citada por BOLDÓ RODA en “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 350.

⁸⁵⁰ La STS analiza la doctrina del levantamiento del velo en un caso de responsabilidad civil de una empresa del Ayuntamiento de Palma para entender interrumpida la prescripción.

⁸⁵¹ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español”, *ibid.*

⁸⁵² En caso de aplicación del principio de buena fe, por ejemplo, el efecto sería la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria con los actos propios previos, en el caso de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, la inoponibilidad de la existencia de la persona jurídica, cuando, por ejemplo, se ha presentado frente a terceros como la misma persona que su socio. El abuso de derecho (art. 7.2 CC) da lugar a la correspondiente indemnización y adopción de medidas que impidan su persistencia. El fraude de ley, la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (BOLDÓ RODA, en “Levantamiento del velo”, p. 232-251)

⁸⁵³ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 250. La autora señala que la categoría de fraude en el Derecho anglosajón es más amplia que en nuestro Derecho, ya que abarca actos fraudulentos, simulación y dolo, de tal forma que se puede decir que comprende cualquier acto u omisión destinado a engañar. La simulación es el fundamento de la aplicación del *disregard* en la mayoría de los casos (p. 90).

⁸⁵⁴ La monografía de ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”, 6ª ed., 2013, pp. 953 y 1169-1181, incluye una selección de sentencias del orden penal.

⁸⁵⁵ BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 191.

a las personas jurídicas (art. 35 CC) o algunos de sus efectos (en la mayoría de los casos, la responsabilidad limitada ligado a un tipo social). Como la norma que habitualmente se trata de eludir es el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, el efecto más usual de la doctrina del levantamiento del velo es la extensión de la responsabilidad a los socios⁸⁵⁶.

En el ámbito del art.130.2 CP, la aplicación de la doctrina en caso de disolución fraudulenta podría permitir considerar como sujeto penalmente responsable a la sociedad a la que se haya atribuido fraudulentamente el patrimonio de la entidad dominada delincuente, a la que se “extenderá” la responsabilidad penal de la sociedad originariamente responsable del delito.

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en caso de disolución fraudulenta tiene como efecto la “extensión” de la responsabilidad penal a la nueva titular

La solución propuesta para los casos de disolución fraudulenta en el seno de un grupo de empresas responde al razonamiento siguiente: la consecuencia de apreciar fraude de ley es aplicar la norma que se hubiera pretendido eludir (en este caso, la responsabilidad penal que establece el art. 31 bis CP), mediante la norma de cobertura (en este caso, el negocio que condujo a la disolución encubierta o aparente de la persona jurídica originariamente responsable), con el resultado que se hubiera tratado de burlar (la ejecución de la pena o el procedimiento penal). Cuando las partes pertenecen a un mismo grupo de sociedades, el nuevo titular del patrimonio no se considera un tercero, sino una misma persona jurídica, en virtud de la “fungibilidad subjetiva” que se aprecia en caso de fraude de ley cometido en el seno de un grupo de empresas o, desde la tesis del abuso de la persona jurídica (BOLDÓ RODA), diríamos que no estamos ante personas distintas (la disuelta y la adquirente), sino ante una misma realidad que, de forma torticera, abusando de los mecanismos que conlleva el uso de las formas societarias, se intenta sustraer de las consecuencias de la responsabilidad penal que establece el art. 31 bis CP.

2.6.5 Liquidación de la empresa concursada mediante transmisión de la empresa

2.6.5.1 La empresa concursada contaminada

Una empresa envuelta en un procedimiento penal puede ver deteriorarse rápidamente su solvencia y por ende termine abocada al concurso. Es este un supuesto complejo donde pueden converger el derecho penal, derecho de sociedades, concursal, laboral, fiscal y administrativo (protección de datos).

La liquidación concursal es la única solución para el concurso de la sociedad “en liquidación” que no haya transmitido la empresa durante el concurso y que no vaya a ser reactivada. Esto no significa que la empresa haya de desaparecer, al contrario, la transmisión global de la empresa es la solución preferida por el legislador, que declara

⁸⁵⁶ BOLDÓ RODA, C: “Levantamiento del velo”, *ibid.*, p. 225.

que los bienes de la empresa deberán ser enajenados de forma global siempre que sea factible⁸⁵⁷ (vid. art. 422⁸⁵⁸ LC y la Exposición de Motivos).

La apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores provoca que las operaciones de liquidación sean realizadas por la administración concursal, de acuerdo con las normas concursales (art. 372 LSC, art. 227 CCo)⁸⁵⁹. Si la sociedad se encuentra en estado de liquidación -social- y se abre la fase de liquidación en el concurso de acreedores, las normas concursales sustituyen a las sociales, es decir, la extinción de la sociedad a través de su liquidación pasa a ser materia concursal y las operaciones de liquidación se desarrollarán por la administración concursal.

Una vez dirigida la acción penal contra una persona jurídica, no hay razón para que su disolución determine la extinción de la responsabilidad penal, con independencia de si se continúa o no la actividad empresarial. Hay que tener en cuenta, a estos efectos, que la apertura de la fase de liquidación en el concurso determina la disolución de la sociedad de forma imperativa, si no estuviera ya producida; se trata de una disolución de pleno derecho, que se produce como consecuencia automática de la resolución judicial por la que se abre la fase de liquidación (art. 361.2 LSC); el efecto de la disolución determinada por la ley es el común, es decir, la liquidación social (art. 371 LSC), de modo que la sociedad concursada pasa a estar simultáneamente en liquidación como tal sociedad y sometida a la fase de liquidación del concurso de acreedores⁸⁶⁰. Ahora bien, como sabemos, la sociedad “en liquidación” conserva su personalidad jurídica, por lo que sigue teniendo capacidad procesal. Eso sí, tras la apertura de la fase de liquidación, cesará el órgano de administración y representación de la sociedad (administradores o, en su caso, los liquidadores), que será sustituido por la administración concursal (art. 413.2 LC). La eventual pena de multa que se pueda imponer, al término del proceso, será un crédito público contingente.

Si, en una interpretación literal, entendemos, *a contrario*, que el legislador dice que, una vez declarada la disolución, si no continúa la empresa, la responsabilidad penal se extingue, la apertura de la fase de liquidación en el concurso determinaría la terminación del proceso penal. Esta es una interpretación que se ajusta a la letra de la ley pero, entendemos, no a su finalidad, dado que de esta forma se haría depender el proceso, precisamente, de la decisión de “dejar o hacer morir la empresa”, agravando quizá las consecuencias de la insolvencia, con tal de eludir la responsabilidad penal. El precepto debe querer decir otra cosa. Desechada la opción de que se refiera a la extinción del proceso ya iniciado contra la sociedad concursada, entendemos que se refiere o bien a la extensión o traslado a la cesionaria o bien a la posibilidad de imputar a la concursada en un proceso penal, no obstante haber sido declarada su disolución. Desarrollamos este

⁸⁵⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, *ibid.*, pp. 504 y 530. La transmisión de la empresa constituye la forma predilecta de liquidación.

⁸⁵⁸ El art. 422 LC, tras la reforma operada por el art. único.103 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, dice así: “El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la masa activa se enajenará como un todo, salvo que el juez, al establecer las reglas especiales de liquidación, hubiera autorizado la enajenación individualizada. 2. En todo caso, la administración concursal, cuando lo estime conveniente para el interés del concurso, podrá solicitar del juez la autorización para la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan”.

⁸⁵⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, *ibid.*, p. 507.

⁸⁶⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, *ibid.*, p. 505.

segundo entendimiento, y luego contrastaremos el resultado con la otra posibilidad interpretativa que brinda el precepto, no obstante las dudas que expusimos nos suscita esta opción en el plano constitucional

2.6.5.2 Posición jurídica del adquirente

La entidad concursada puede ser liquidada a través de distintos mecanismos. La sociedad “en liquidación”, concursada o no, puede participar en una fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo (art. 100.3 LC) para llevar a cabo una enajenación conjunta o unitaria del establecimiento empresarial; la liquidación también puede llevarse a cabo por la división o realización aislada del patrimonio del deudor concursado. Veamos las distintas consecuencias bajo el régimen previsto en el art. 130.2 CP.

La fusión o escisión permitirían trasladar la RPPJ concursada a la entidad adquirente, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 130.2 CP. La transmisión de empresa por procedimiento distinto a la fusión o escisión no resulta subsumible en este párrafo (principio de legalidad). Ante el riesgo de convertirse en sucesora de la concursada contaminada, es posible que las entidades interesadas en su adquisición descarten rápidamente la fusión y la escisión.

Respecto a la aplicación del párrafo segundo del art. 130.2 CP, hemos propuesto que la transmisión de la empresa y posterior liquidación de la entidad cedente es presupuesto, pero no basta para su aplicación, aunque concurra la triple identidad a que hace referencia el precepto. Es necesario, además, que la transmisión de la empresa tenga un propósito fraudulento, y la mera continuidad de la empresa no constituye un indicio de la intención de eludir la responsabilidad penal. Es decir, la liquidación mediante venta o cesión de una empresa en concurso que fuera imputada con posterioridad a la venta, no ha de subsumirse en el segundo párrafo del art. 130.2 CP porque concurra la triple identidad que deriva de la continuación del negocio por la entidad adquirente, ni considerarse fraudulenta solo porque se aprecie que la empresa, el negocio, sigue existiendo bajo una nueva titularidad; es necesario algo más, una finalidad de eludir la responsabilidad penal.

Por el contrario, si se opta por aplicar la literalidad del precepto, tanto la adquisición llevada a cabo mediante una cesión global de activo y pasivo como mediante otros negocios jurídicos que permitan la continuidad del negocio (compraventa del establecimiento, arrendamiento) constituirían una “disolución aparente” y, por ende, permitirían la subsunción del supuesto en el ámbito de aplicación del segundo párrafo del art. 130.2 CP, por lo que sería posible imputar a la entidad concursada incluso después de su extinción.

En cuanto a la posición jurídica del adquirente de la empresa concursada, el art. 224.1 LC establece, como regla general, lo que se denomina el “**principio de inmunidad del adquirente de empresa en sede concursal**”⁸⁶¹, al disponer, respecto a los créditos pendientes de pago, que “la transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada

⁸⁶¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, *ibid*, p. 529. Se trata de no entorpecer las ventas de unidades productivas en sede concursal para permitir la continuidad de la actividad que venía desarrollando la empresa concursada. Sobre las consecuencias de la venta de empresas en concurso en el ámbito laboral, vid. MARTÍNEZ SALDAÑA et al.: “La sucesión de empresa”, 2016.

obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa”⁸⁶², salvo en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.

2.º Cuando así lo establezca una disposición legal.

3.º Cuando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente. El juez del concurso podrá acordar respecto de estos créditos que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

La regla general, sin embargo, no se aplica cuando los adquirentes de las unidades productivas sean “**personas especialmente relacionadas con el concursado**” (art. 224.2 LC)⁸⁶³, concepto que viene definido en el art. 283 LC, que considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

⁸⁶² Régimen que es calificado de “regla especial de la inmunidad del adquirente de empresa en sede concursal” por PERDICES HUETOS, A.B.: “La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión, *Anuario de derecho concursal*, 2015, n.º 34, pp.101-112.

⁸⁶³ Sobre esta cuestión, VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al Derecho mercantil”, 2022, *ibid.*, p. 3408

4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.

Por tanto, en caso de transmisión de una empresa o de una unidad productiva de una persona jurídica concursada a una persona que esté especialmente relacionada con la concursada (los socios con un determinado porcentaje del capital social, los administradores, liquidadores o sociedades del mismo grupo), el art. 224 de la Ley Concursal establece, como excepción a la regla general, la transmisión de la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión.

El art. 265.4 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, mantenido tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, incluye, dentro de los créditos públicos, “las liquidaciones vinculadas a delito”, estableciendo que “se reconocerán como contingentes las liquidaciones vinculadas a delito, hasta que recaiga sentencia firme”.

Tras la introducción de la RPPJ, cabe entender que la pena de multa impuesta, o que en su caso pudiera ser impuesta, a la entidad concursada imputada, se engloba en el concepto de “**crédito público**” utilizado por la Ley Concursal.

Dicho esto, hay que señalar que si se opta por la interpretación que propone la mayoría de los autores, que entiende que el párrafo segundo del art. 130.2 CP impone la transmisión de la RPPJ contaminada al cesionario de la empresa, la consecuencia sería que no solo respondería penalmente la persona adquirente que estuviera especialmente relacionada con la entidad concursada (224.2 LC), sino cualquier otro que continuara la actividad empresarial, ya que la transmisión de la RPPJ operaría en virtud de lo previsto en el n.º 2 del art. 224.1 LC, que excepciona, de la regla general vista, el supuesto de que “así lo establezca una disposición legal”, lo que en este caso se cumpliría, de prosperar esta interpretación (que no compartimos) del segundo párrafo del art. 130.2 CP.

2.7 Pena aplicable

2.7.1 Título de imputación (art. 31 bis o 130.2 CP)

Para determinar la pena aplicable a la entidad que ha participado en una fusión o escisión hay que distinguir, en primer lugar, si como consecuencia de la fusión o escisión se ha extinguido o no la persona jurídica originariamente responsable del delito (que denominamos A). Si (A) no se extingue tras la fusión o escisión⁸⁶⁴, será (A) la que responderá, y lo hará en virtud de lo previsto en el art. 31 bis CP. En este caso, de acuerdo con la tesis que defendemos, el art. 130.2 CP no resulta aplicable, por lo que no se produce ni traslado ni extensión de la responsabilidad penal a ninguna otra persona jurídica.

Figura 6 (a)

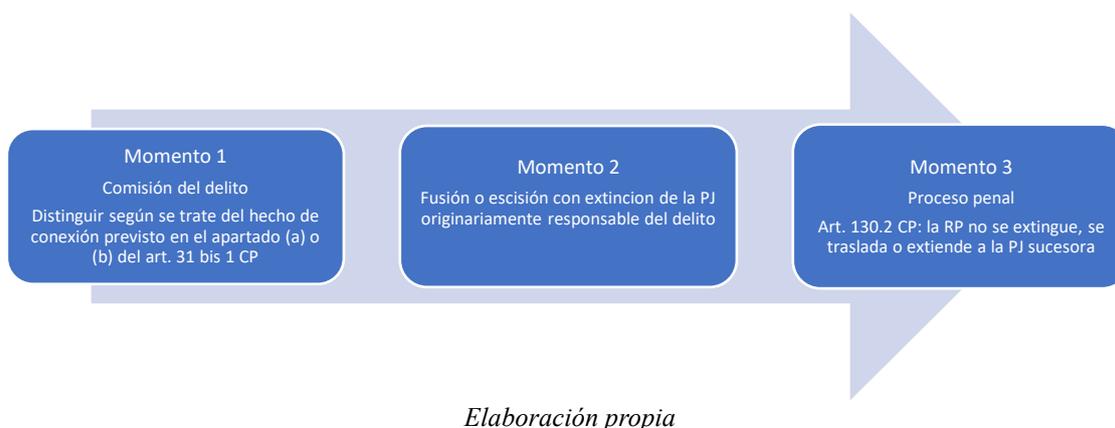
Secuencia temporal cuando subsiste la PJ originariamente responsable del delito (A)



Elaboración propia

Por el contrario, cuando la PJ originariamente responsable del delito se extingue como resultado de la fusión o escisión, el legislador (art. 130.2 CP) impone el traslado de la responsabilidad penal a la(s) entidad(es) beneficiarias.

⁸⁶⁴ La PJ originariamente responsable del delito subsistirá si se trata de la PJ absorbente, en caso de fusión o de escisión-absorción, o si lleva a cabo una escisión parcial o segregación.

Figura 6 (b)*Secuencia temporal cuando la PJ originariamente responsable se extingue*

Determinada la procedencia de trasladar o extender la responsabilidad penal a la empresa adquirente en virtud de lo dispuesto en el art. 130.2 CP, hay que examinar los criterios para concretar la cantidad de la pena de multa (de imposición obligatoria en todos los delitos de la parte especial del CP con RPPJ), y la admisibilidad, conveniencia y criterios de imposición del resto de catálogo de penas del art. 33.7 CP.

2.7.2 Pena de multa, “neutralidad” y principio de proporcionalidad

Cuando se den los presupuestos y hechos de conexión para aplicar el artículo 31 bis CP (momento 1), la pena que se imponga a la(s) persona(s) jurídica(s) responsable(s) (momento 3) será la que corresponda al delito cometido por la persona física del que responde la PJ originariamente responsable del delito. La regla de extensión o traslado contenida en el art. 130.2 CP no puede implicar en ningún caso el agravamiento de la pena con que se castiga el delito en la parte especial del Código Penal; lo contrario vulneraría los principios de legalidad y culpabilidad⁸⁶⁵ (en particular, el de proporcionalidad de la pena).

El precepto se limita, en coherencia con los principios constitucionales, a establecer la posibilidad de “moderar” la pena (en beneficio de la entidad a la que se traslade la responsabilidad), no de agravarla. Así, la pena de multa debe ser la que correspondería

⁸⁶⁵ LUZÓN PEÑA prefiere referirse al principio de responsabilidad subjetiva o principio de desvalor subjetivo de la acción, distinguiendo, dentro del concepto de culpabilidad en sentido amplio, un doble significado: 1.º exigencia de culpabilidad del sujeto por el hecho (imputabilidad, conciencia —potencial al menos— de la antijuridicidad, exigibilidad individual, ausencia de causas de exculpación) con adecuación al grado, pleno o disminuido, de culpabilidad; y 2º exigencia de responsabilidad subjetiva (desvalor de la acción: dolo o imprudencia) y adecuación a su gravedad. Con respecto a esta segunda, “la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción” (“Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, versión electrónica, p. 328). Sobre el concepto de culpabilidad, en sentido amplio, nos remitimos al capítulo 5 del Bloque II. Sobre la aplicación del principio de culpabilidad para la determinación de la pena, GARCÍA ARÁN, M.: “Los criterios de determinación de la pena en Derecho español”, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1982.

aplicar a la persona jurídica originariamente responsable del delito si no hubiera tenido lugar la operación (fusión o escisión) de que se trate, distribuida, en su caso, entre las distintas responsables (así, en caso de escisión total, se distribuiría entre las beneficiarias que hubieran sucedido en partes contaminadas). Es decir, el hecho de que haya más de una PJ que deba responder penalmente no quiere decir que haya tantas penas de multa como responsables. Seguirá habiendo una pena de multa por delito cometido, con independencia de la distribución de la misma entre las distintas responsables.

Avanzando en esta dirección y de forma muy visual, ALVAREZ ROYO-VILLANOVA se refiere al principio de neutralidad que, como vimos, opera en el ámbito fiscal, señalando que “la modificación estructural no debe suponer una alteración en las relaciones jurídicas de la sociedad extinguida o que se escinde sino su continuación” y que, en principio, la sanción “deberá ser la misma que se hubiera impuesto a la sociedad extinguida”⁸⁶⁶.

Este principio, consagrado en el ámbito fiscal, nos permite plantearnos si la situación económica a tener en cuenta para fijar la cuota diaria de la pena de multa (art. 50.5 CP) debe ser la existente antes de la fusión o escisión o al tiempo de dictarse la condena. Así, en caso de fusión, puede resultar más acorde con el principio de proporcionalidad estar a la situación existente antes de la fusión que a la que resulte de la misma.

El art. 31 del Decreto legislativo italiano n.º 231/2001, de 8 de junio de 2001, texto normativo en el que se inspiró el legislador español, ordena expresamente calcular la sanción pecuniaria teniendo en cuenta las condiciones económicas y los activos de la entidad originalmente responsable.

2.7.2.1 Fusión

Este podría ser el caso, por ejemplo, si una empresa multinacional adquiere una pequeña compañía con problemas financieros que resulta atractiva por su implantación en el mercado local.

(A), sociedad en concurso, es absorbida por (B), que dispone de amplios recursos financieros y una posición competitiva en el mercado. (A) es responsable de la comisión de un delito del art. 258 ter CP en relación con el art. 257.2 CP, castigado con pena de multa de uno a tres años. La cuota se fijaría, siguiendo esta opción, en atención al patrimonio de (A) previo a la fusión por absorción (lo que determina, en nuestro caso hipotético, una cuota de 60 euros), no al de la sociedad absorbente (B) (que determinaría una cuota de mil euros).

La cuota diaria así fijada deberá multiplicarse por el número de días o meses en que se concrete la pena.

Veamos qué sucedería en caso de escisión.

⁸⁶⁶ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA. S.: “La sucesión universal”, *ibid.*, p. 201.

2.7.2.2 Escisión total

Supongamos una escisión total por la que se transmite a dos sociedades creadas al efecto la mitad del patrimonio social (contaminado), asignándose a cada uno de los dos únicos socios la totalidad del capital social de una de las Newcos. La pena de multa correspondiente al delito se fija, como en el caso anterior, teniendo en cuenta la situación previa a la escisión, en multa de 100 días a razón de 60 euros diarios. A cada una de las sociedades beneficiarias, si tomamos como criterio único la proporción de patrimonio asignado⁸⁶⁷, se le impondría una pena de multa de 50 días con cuota diaria de 60 euros. En este caso, en principio, no habría motivo para moderar la pena (*vid.* 2.3.1.2).

Veamos ahora un caso en el que sí podría resultar adecuado moderar la pena. La sociedad (A) se escinde, pero la mitad es absorbida por una sociedad no vinculada y sin relación previa alguna con (A) que implementa un programa de cumplimiento. La “moderación” de la pena se aplicaría sobre la pena de multa de 50 días con cuota diaria de 60 euros (*vid.* infra).

2.7.2.3 Escisión parcial

En caso de escisión parcial decíamos (epígrafe 2.3.2.6) que si bien consideramos más adecuado excluir la escisión parcial del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP y castigar, en consecuencia, únicamente a la sociedad escindida (es decir, la originariamente responsable del delito), la opción de aplicar el precepto no resultaría inconstitucional cuando haya habido una subrogación en las relaciones jurídicas contaminadas (aunque, insistimos, no es la tesis defendida). Para calcular la pena de multa aplicable tendremos que distinguir entre las entidades participantes: por una parte, la entidad escindida; por otra parte, las distintas beneficiarias (si hay más de una).

- a) Pena aplicable a la(s) entidad(es) beneficiaria(s).

Como requisito para la válida aplicación del precepto, hay que recordar que solo responderían penalmente las entidades a quienes se atribuyera una unidad económica contaminada⁸⁶⁸.

Para calcular la cantidad de pena, tomemos los datos del ejemplo anterior:

El administrador único de (A) es la persona física que comete el delito que contamina toda la empresa. La mitad de la empresa se escinde y se transmite a (B); la otra parte permanece en (A) -la PJ escindida-.

En este caso, el principio de proporcionalidad exige que la pena aplicable a (B) no sea superior a la proporción que representa la parte contaminada que le ha sido transmitida respecto del patrimonio total⁸⁶⁹ antes de la escisión: así, a (B) le correspondería, como

⁸⁶⁷ Nuestra propuesta permite tomar en consideración otros datos cuando así sea posible un mayor ajuste de la pena a la responsabilidad de cada participante, razonándolo en sentencia

⁸⁶⁸ Supone que el hecho de conexión sea el contenido en el art. 31 bis 1 (b) CP; por ejemplo, el delito cometido por un empleado del área de expansión.

⁸⁶⁹ Nos referimos al patrimonio como magnitud de referencia, sin descartar, como hemos visto, que en el caso concreto otros criterios resulten más adecuados. En el ejemplo nos referimos únicamente a la valoración del patrimonio para mayor claridad.

máximo, una pena de multa de 50 días con cuota diaria de 60 euros. Esta cantidad actuaría como límite superior; no obstante, también cabría imponer una proporción de pena inferior al 50 %. Recordemos que respecto a la cuantía de la pena de multa, no rige el límite del activo neto atribuido que establece la LME, dado que la pena no tiene naturaleza civil. No obstante, nada impide al juez penal tener en cuenta el activo neto atribuido junto con el resto de circunstancias del caso.

b) Pena aplicable a la sociedad escindida (A)

La sociedad escindida (A) respondería penalmente en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP. En este caso, no resulta aplicable la facultad de moderación (la pena no se traslada ni se extiende, se impone a la entidad originariamente responsable del delito). Por otra parte, la proporción de la empresa (en nuestro ejemplo, 50%) que permanece en (A) no representa aquí un límite a la proporción de la pena de multa que le puede corresponder. Es decir, si se aplica un criterio distinto o complementario de reparto que determina que se imponga a la PJ beneficiaria un porcentaje menor de pena (esto es, con independencia de si procede o no moderar la pena), sería admisible incrementar correlativamente la pena de (A).

2.7.3 Facultad de moderación de la pena de multa

El legislador no especifica si la facultad de moderación establecida para los casos de fusión y absorción debe aplicarse respecto a la cuota o al plazo de la pena de multa. En este caso, la interpretación más favorable consistiría en entender que el juez penal puede “moderar” tanto la cuota como el plazo. Ahora bien, dado que lo que se especifica en la parte especial es el tiempo de multa, resulta lógico interpretar que la facultad de moderación debe referirse a la duración en todo caso. Dicho esto, hay que tener en cuenta que si no hay constancia de la situación patrimonial de la entidad, el juez o tribunal deberá imponer la pena en una cuota cercana al mínimo legal; se trataría de una consecuencia de la inactividad de la acusación (no del ejercicio de la facultad de moderación).

En cuanto al alcance de la moderación, como ya vimos en el epígrafe 2.2 (fusión) entendemos que el precepto permite aplicar, en ciertos supuestos, una rebaja de la pena en uno o dos grados, como en el caso previsto en el art. 66.2 CP (circunstancia atenuante muy cualificada) o art. 68 CP (eximente incompleta). Esta afirmación se apoya en las siguientes premisas:

- a) En primer lugar, que la facultad de moderar la pena no se puede traducir en ajustar la proporción de la pena de multa asignada a cada beneficiaria (B1, B2, etc.), en función de la proporción que guarde la PJ contaminada (A) respecto a aquellas (B1, B2), tal como parece desprenderse del texto legal. Si fuera así, cuanto más “grande” fuera la PJ adquirente (B), menos proporción de pena recibiría, lo cual no responde a ningún criterio de proporcionalidad de la pena.
- b) En segundo lugar, la facultad de moderación tampoco puede limitarse a permitir ajustar la cantidad de pena en función de la proporción de parte de PJ trasladada. Cuando solo una parte de (A) esté contaminada, puede ser suficiente. Pero resultará poco útil cuando el delito haya contaminado toda la empresa.

Si B y C se subrogan, respectivamente, en partes que representan el 50% de A, la moderación, así entendida, significaría que el juez penal podría imponer, si modera la pena, una pena que represente la mitad de la pena de multa que correspondería aplicar de no haber tenido lugar la escisión. Pero si no se ejercitara dicha facultad, la pena tampoco podría ser superior.

En otros casos, la facultad, aun entendida de este modo, sí tendría un efecto “útil”: por ejemplo, en caso de escisión total en la que solo una beneficiaria (B) recibiera una parte contaminada (por ejemplo, una parte que representara el 40% de A), de no moderarse la pena, a B le correspondería el 100% de la multa, mientras que el resto de PJ participantes, como sucederían en partes no contaminadas, no tendrían responsabilidad penal (según la interpretación defendida); aquí, la moderación permitiría reducir la pena de multa al 40% del importe de la pena que resultaría aplicable al delito.

En los casos en los que no es posible identificar partes no contaminadas y, por tanto, todas las beneficiaras participantes responden, una tercera lectura podría permitir ajustar mejor la pena: la proporción que representa la parte de (A) transmitida constituye el límite superior de la pena que se traslada o extiende; este límite se aplica a las PJ beneficiaras, que responden en virtud de la regla contenida en el art. 130.2 CP, a quienes se traslada o extiende la RP; no se aplica a la empresa originariamente del delito, A, a quien no se aplica el art. 130.2 CP, sino que responde, directamente, ex art. 31 bis CP. Para fijar el límite inferior de la pena tenemos dos opciones: o bien “moderar” dentro del arco punitivo fijado para el delito, o bien entender que el legislador ha dispuesto la posibilidad de aplicar una rebaja de grado. Como ya avanzamos, consideramos preferible esta segunda opción por los siguientes motivos:

- a) La previsión viene a completar el régimen especial de aplicación de las penas impuestas a personas jurídicas que establece el art. 66 bis CP.
- b) La facultad de moderación, expresamente prevista por el legislador en caso de fusión o absorción de una parte escindida, contrasta con la exclusión del régimen general de circunstancias atenuantes que realiza el art. 31 quater CP.
- c) El principio de proporcionalidad, que justifica la reducción de la pena en caso de tentativa (art. 62 CP) o complicidad (art. 63 CP), también justifica, cuando se trate de trasladar la pena a una entidad “formalmente” distinta de la originariamente responsable del delito, que permita al juez penal ajustar la pena atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

En cuanto a los factores a tener en cuenta cuando se decide si moderar o no la pena hay que mencionar, junto a la evaluación de la *due diligence* previa a la adquisición, aquellas circunstancias que permitieron o favorecieron la comisión del delito⁸⁷⁰, tales como:

⁸⁷⁰ Vid. epígrafe 2.2 en el capítulo dedicado a la fusión.

- a) El peso que el equipo de dirección de la entidad contaminada tenga en la nueva sociedad (proporción de consejeros y personal de dirección, relevancia de los cargos para determinar la estrategia de la empresa y conformar su voluntad social).
- b) Calidad y grado de implementación del programa de cumplimiento.
- c) Si la unidad económica contaminada se ha mantenido o ha sido suprimida.

La facultad de moderación, cuando resulte aplicable, puede alcanzar la rebaja de la pena en uno o dos grados.

Son circunstancias a tener en cuenta, para decidir sobre su aplicación, tanto la calidad de la due diligence previa a la fusión o absorción como las medidas adoptadas para corregir o subsanar cualquier déficit de control

Para evitar inútiles reiteraciones, en cuanto a los supuestos en que resulta aplicable la facultad de moderación, nos remitimos a lo expuesto en los epígrafes 2.2 y 2.3 de este mismo capítulo.

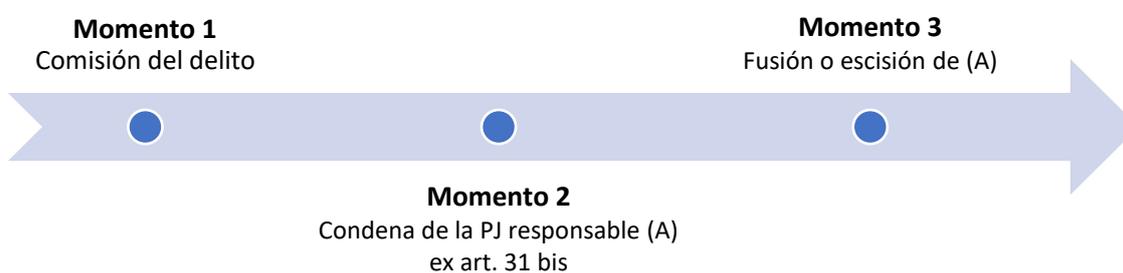
FARALDO CABANA⁸⁷¹ ha planteado la aplicación de la facultad de moderación cuando la fusión o escisión tienen lugar con posterioridad a la condena de la PJ originariamente responsable del delito (A). Considera que sería admisible su aplicación en caso de escisión total⁸⁷² y propone, como criterio para decidir sobre su procedencia, atender a la proporción que guarde el patrimonio de la escindida condenada con el patrimonio atribuido a cada entidad beneficiaria de la escisión. Desde esta perspectiva, la facultad de moderación no se limitaría a actuar sobre el mecanismo de extensión o traslado de la punibilidad para permitir ponderar sus efectos, lo que tiene lugar en la fase declarativa, sino que vendría a constituir una facultad que el juez penal podría ejercitar discrecionalmente para reducir la pena impuesta a la PJ que luego, tras la condena, se fusiona o escinde.

Mostramos esta otra secuencia temporal.

⁸⁷¹ FARALDO CABANA, P.: “Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP” en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2019, pp. 440-441. Considera que el Estado debería poderse oponer a la operación (de fusión o escisión) como un acreedor cualquiera, hasta que se garantice su crédito debidamente. distingue según la modificación estructural se produzca antes de la condena o una vez ya condenada la sociedad. Cuando la fusión o escisión se produce antes de la condena, habría un traslado de la condición de investigada

⁸⁷² No se podría moderar la pena de multa en caso de fusión porque la sociedad absorbente o resultante recibe en bloque todo el patrimonio de la sociedad fusionada y también a sus socios.

Figura 6 (c)
Fusión o escisión de PJ condenada (A)



Elaboración propia

Hay que tener en cuenta que como mecanismo de traslado o extensión de la punibilidad, el art. 130.2 CP actúa, en puridad, en la fase declarativa. Cuando la fusión o escisión tienen lugar con posterioridad a la condena, el proyecto tendrá que hacer referencia a la pena de multa impuesta, que constituirá un elemento del pasivo sujeto al régimen mercantil que resulte aplicable al tipo de operación de que se trate. No se trataría ya de un “pasivo sobrevenido”; la pena de multa se ejecutaría contra la entidad que se hubiera subrogado en dicha posición jurídica.

La moderación de la pena de multa cuando la fusión o escisión tienen lugar con posterioridad a la celebración del juicio tendría que realizarse bien en trámite de recurso contra una sentencia no firme o bien en fase de ejecución de sentencia. Ahora bien, esta posibilidad dejaría en manos de la PJ condenada en la instancia la opción de acudir a este expediente para obtener una reducción de la condena. Por otra parte, una vez que la condena fuera firme, ni el recurso de revisión (con causas tasadas) ni el art. 80 CP (que se aplica a las penas privativas de libertad) resultarían adecuados para articular esta opción.

2.7.4 Penas distintas a la pena de multa

La procedencia del traslado o extensión de la responsabilidad penal a la entidad adquirente, cuando concurren los presupuestos y requisitos que hemos visto, justifica su castigo con la pena de multa establecida por el legislador. La cuestión de aplicar penas distintas a la pena de multa es, sin embargo, más compleja.

En primer lugar, la doctrina del TJUE (Modelo Continente) legitima el castigo de la sociedad absorbente porque considera que una sanción económica o la expectativa de dicho tipo de sanción (lo que ocurre cuando la fusión es anterior al procedimiento sancionador⁸⁷³) forma parte del pasivo de la sociedad adquirida y, por tanto, del patrimonio transmitido. El concepto de patrimonio ha de limitarse a las relaciones jurídicas susceptibles de cuantificarse económicamente. ARENAS GARCÍA señala, en este sentido, que la Directiva sobre fusiones no ha optado por establecer una regla que prescriba la sustitución de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente, sino que ha

⁸⁷³ Criterio aplicable a la escisión.

preferido canalizar los efectos de la fusión mediante la previsión de la extinción de la sociedad absorbida y la transmisión de su patrimonio a la absorbente. Desde esta posición, por tanto, sería discutible incluir aquellas penas que, a diferencia de la pena de multa, no tengan un contenido económico⁸⁷⁴.

Como vimos en el capítulo 2 del Bloque II, Italia y Perú (países donde la responsabilidad de la PJ es formalmente administrativa) han dictado disposiciones sobre la aplicación de las penas en caso de fusión o escisión: el Decreto legislativo italiano n.º 231/2001, de 8 de junio de 2001, permite sustituir la sanción interdictiva por una sanción pecuniaria a petición de la entidad resultante de la fusión o la entidad participante en la escisión; en Perú, en caso de fusión o escisión, la persona jurídica absorbente solo puede ser sancionada con multa (que habrá de tener en cuenta el patrimonio transferido), salvo que se trate de una operación fraudulenta.

Es cierto, sin embargo, que la consideración de la expectativa de sanción económica como elemento del pasivo de la sociedad transmitida ha sido contestada por la doctrina de nuestro país⁸⁷⁵, que señala que no es necesario acudir a dicho argumento para justificar la transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión o escisión, porque la sucesión universal abarca todas las relaciones jurídicas de la sociedad adquirida, no solo las de contenido patrimonial. Desde esta posición, por tanto, no habría obstáculo para la aplicación, en su caso, de penas distintas a la pena de multa a las entidades beneficiarias de la operación de que se trate.

En segundo lugar, el carácter facultativo de las penas distintas a la pena de multa permite que el juez o tribunal puede imponerlas o no y, en el primer caso, fijar el *tantum* que estime oportuno. La facultad de moderación prevista en el art. 130.2 CP podría considerarse un refuerzo de esta discrecionalidad, pero también implica una exigencia de razonamiento reforzado cuando las penas interdictivas se impongan a la entidad sucesora. Esta motivación reforzada deberá tener en cuenta las circunstancias posteriores a la adquisición; en particular, el esfuerzo realizado para implantar en la empresa adquirida un programa de cumplimiento eficaz que promueva una “cultura de cumplimiento”.

NIETO MARTIN, tras recordar que el tipo de sanción debe tener en cuenta el supuesto concreto de que se trate, propone distinguir entre las sanciones de carácter preventivo especial (sanciones interdictivas e intervención judicial del art. 33.7 CP) o de prevención general (la pena de multa). La imposición de las sanciones preventivo especiales requiere que la peligrosidad delictiva exista en el momento no del hecho, sino de la imposición de la sanción. Una adquisición de empresa supone, generalmente, el cambio de directivos y administradores; la peligrosidad habrá cesado si la nueva dirección ha hecho cesar los factores de peligrosidad a través de una nueva política de gestión de riesgos⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ ARENAS GARCÍA. R.: “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida”, *ibid.*

⁸⁷⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* el epígrafe 1.9 del Bloque III, dedicado al análisis del ámbito objetivo de la sucesión universal.

⁸⁷⁶ Para el autor, la pena de multa no vulneraría el principio de personalidad de las penas porque no cabe referir este principio a los socios, sino que ha de referirse a la propia persona jurídica.

FARALDO CABANA propone diferenciar según se pueda limitar o no la aplicación de la pena, por su contenido, al ámbito de la unidad productiva contaminada, también cuando la modificación estructural se produce tras la condenada ⁸⁷⁷.

- a) En caso de fusión tras la condena de la sociedad originariamente responsable del delito, se pueden aplicar al ámbito de la unidad productiva contaminada las penas de clausura de locales, intervención judicial, suspensión de actividad o prohibición de realizar ciertas actividades relacionadas con el delito cometido; sería problemática la aplicación de las penas de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, ya que no se pueden limitar a la unidad productiva procedente de la sociedad condenada, si bien no la rechaza, dado que la sociedad resultante de la fusión recibe por sucesión universal todo el patrimonio.
- b) En caso de escisión posterior a la condena, distingue: si continúa existiendo la sociedad escindida, debe ser esta la única responsable (escisión parcial o segregación), por lo que no resulta de aplicación la facultad prevista para el caso de traslado de la pena; en caso de escisión total, el juez o tribunal podrá moderar las penas privativas de derechos, siguiendo el criterio de quién es la destinataria de la unidad productiva responsable de la infracción, con objeto de asegurar que la sanción acompañe a esa parte de la empresa.

⁸⁷⁷ La autora señala que la función de todas las penas distintas a la de multa es, principalmente, preventivo-especial, esto es, la contención de una específica peligrosidad subjetiva de la persona jurídica, como se desprende de las reglas específicas para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP. El requisito fundamental para su aplicación es que la pena sea necesaria para prevenir la continuidad delictiva; el riesgo se refiere a la posibilidad de comisión de nuevos delitos de las características de aquel o aquellos por los que la persona jurídica ha sido condenada. En segundo lugar, el Juez o Tribunal debe ponderar el posible impacto social de la pena, con el fin de evitar efectos desproporcionados sobre terceros inocentes, en particular los trabajadores, lo que obliga a ponderar los costes que puede ocasionar la imposición de la pena con los efectos positivos asociados a la prevención especial. En tercer lugar, se tiene en cuenta la posición de la persona física que incumplió el deber de control. Para la autora, la **pena de intervención** es una medida que puede resultar adecuada, si se configura como una suerte de “*probation*” corporativa, ya que permite desde la remoción de administradores y directores a la imposición de nuevas estructuras organizativas orientadas a la prevención de delitos dentro de la empresa. El interventor podrá obligar a la entidad, si ésta no lo hace voluntariamente, a adoptar medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura. Además, si se hubiere impuesto la **pena de disolución** y la persona jurídica, tras haber recibido la notificación de la condena, no realizara las actuaciones pertinentes para llevar a cabo su disolución de forma ordenada, la medida de intervención permitiría supervisar el proceso de liquidación (“¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y PÉREZ MACHÍO, A. I. (editores): *Armonización penal en Europa*, San Sebastián, IVAP, 2013, pp. 77-113).

3.Posibles límites a la aplicación del art. 130.2 CP

Las características de ciertas fusiones y absorciones obligan a cuestionar su encaje en el ámbito de aplicación del art. 130.2 CP primer párrafo o la conveniencia de establecer un límite a la sucesión universal en el ámbito penal. Nos referimos, en particular, a las adquisiciones acordadas en un MUR o en un procedimiento concursal. En estos dos casos, además de la intervención de una autoridad (juez del concurso, autoridades financieras nacionales y europeas) en el procedimiento en el que se produce el traspaso, concurren otros intereses a preservar (estabilidad del mercado financiero, satisfacción de los acreedores y conservación de la empresa) ante una situación de insolvencia de la entidad delincente que, en ausencia de medidas, haría ineficaz cualquier procedimiento penal en su contra para exigir responsabilidad penal a la propia entidad.

Entendemos que el traspaso del patrimonio mediante sucesión universal, ya sea respecto a la totalidad del mismo (sucesión universal total) o una porción del mismo (sucesión universal parcial), no impide que se excluyan determinados elementos⁸⁷⁸

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA⁸⁷⁹ ha planteado si una ley que limitara la transmisión de la responsabilidad por sanción podría considerarse contraria a las directivas que regulan las fusiones y escisiones, a la vista de que la STJUE n.º 343/13, de 5 de marzo de 2015 (Modelo Continente) declaró que una norma de un estado que impidiera la transmisión de responsabilidades derivadas de infracciones sería contraria a la naturaleza de la fusión. Considera, sin embargo, que las leyes sí pueden modular este principio general, dado que las especialidades de determinadas relaciones pueden justificar que las leyes establezcan requisitos distintos para su transmisión con ocasión de una modificación estructural. Sostiene que nada obsta a que el Estado renuncie al derecho a cobrar la sanción, de forma que la ley reguladora puede establecer que se transmita a la sucesora o no.

Hay que señalar que, interpretada en su conjunto, no puede decirse que la sentencia excluya que por ley se modulen los efectos de la sucesión universal en ciertos supuestos. La sentencia declara el interés del Estado en que la responsabilidad no se extinga tras la fusión y la tutela de dicho interés por la normativa comunitaria⁸⁸⁰. Entendemos, siguiendo este razonamiento, que este interés podría ceder frente a otros intereses superiores protegidos por el legislador comunitario. Además, hay que diferenciar entre una norma que pudiera perjudicar a acreedores y terceros distintos al Estado, si por ley se excluyera la transmisión de la responsabilidad de la sociedad fusionada a la entidad resultante

⁸⁷⁸ MARDONES OSORIO (“División de sociedades y sucesión universal”, *Ius et Praxis*, 2014, vol. 20, no 2, p. 320) menciona los negocios jurídicos *intuitu personae*. Además, defiende que a la regla general del traspaso íntegro del patrimonio de la sociedad en virtud de la sucesión universal, “podrán oponerse excepciones, en la medida que sea la propia ley la que contemple supuestos que se excluyen de la operatoria de la técnica sucesoria” (p. 327).

⁸⁷⁹ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA. S.: “La sucesión universal”, *ibíd.*, pp 118 y 199.

⁸⁸⁰ La sentencia señala que si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría y, por tanto, se vería desprotegido el interés del Estado. Añade, además, que la Directiva relativa a las fusiones tiene el objetivo particular de proteger los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción y que entre los terceros cuyos intereses pretende proteger la Directiva figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de «acreedores», situación en la que se encontraría el Estado respecto a la sanción no impuesta a la fecha de la fusión.

(determinaría la extinción de su crédito), y la situación del propio Estado cuando establece una excepción al ámbito de extensión de la sucesión universal. Es decir, sería contrario a las directivas comunitarias establecer límites o formalidades no previstos a la transmisión de los distintos elementos del patrimonio de la sociedad fusionada o escindida en perjuicio de socios, acreedores, trabajadores o, en general, terceros. Pero esto no excluye que, en aras a salvaguardar intereses superiores, el Estado no pueda delimitar el ámbito de aplicación en el que opere la sucesión universal.

La finalidad del régimen de las modificaciones estructurales es facilitar la reestructuración para permitir la adaptación de las empresas al mercado y, con ello, la conservación de las empresas. Las dos excepciones al régimen general de imputación extraordinaria de la RPPJ que aquí se proponen buscan, precisamente, proteger la eficacia de la normativa que permite, ante situaciones de insolvencia actuales o inminentes, acudir a fusiones y escisiones para asegurar la conservación de la empresa en crisis.

Además, en estos casos, las circunstancias tenidas en cuenta por el TJUE (sentencia de 5 de marzo de 2015, C-343/13, Modelo Continente) para justificar la transmisión de la responsabilidad penal a la empresa adquirente revisten cierta complejidad:

a) en primer lugar, difieren las circunstancias que se refieren a la posibilidad de negociar una cláusula de declaraciones y garantías con los socios de la empresa adquirida a incorporar en el acuerdo de fusión, cláusula que opera, en las fusiones y escisiones acordadas entre empresas, en protección de los accionistas de la sociedad absorbente; aquí, la transmisión es “negociada” con la autoridad competente, no con los socios de la sociedad adquirida;

b) en segundo lugar, si bien, con carácter general, como señala el TJU “nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad”, esa posibilidad puede verse mermada, cuando no devenir totalmente inviable, en cualquiera de los supuestos aludidos.

La aplicación del régimen de transmisión de la responsabilidad penal previsto en el art. 130.2 CP en estos casos resulta inadecuada, cuando no directamente cuestionable. Examinemos ambos tipos de adquisiciones y las circunstancias especiales que justifican su exclusión.

3.1 Adquisiciones acordadas en un MUR

3.1.1 Propuesta

La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, incorpora al Derecho español la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014 y el Reglamento (UE) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014. Establece un régimen armonizado de resolución que constituye un mecanismo para devolver la viabilidad a la

entidad de crédito en el que el “coste” de la inviabilidad bancaria se traslada a los accionistas, primero, y a continuación a los acreedores.⁸⁸¹.

El art. 25.1 de la Ley 11/2015 dispone que los instrumentos de resolución son la venta del negocio de la entidad, la transmisión de activos o pasivos a una entidad puente o a una sociedad de gestión de activos o la recapitalización interna (*bail-in*).

El art. 24 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, al regular el instrumento de venta del negocio, impone que el dispositivo de resolución establezca los instrumentos, activos, derechos y pasivos que serán transmitidos y el art. 26 establece, para el caso de segregación de activos, que el dispositivo de resolución determine los activos, derechos y pasivos que serán transmitidos.

Entendemos que, en estos casos, concurre un interés público que justificaría su exclusión del régimen previsto en el art. 130.2 CP. Cabe considerar, a dicho efecto, que la entidad adquirente sucede a la entidad “resuelta” únicamente en el perímetro delimitado en el dispositivo de resolución.

Las adquisiciones por fusión o escisión que se enmarcan en un procedimiento de resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión constituyen supuestos que deberían ser excluidos del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP.

3.1.2 Justificación

Razonamos nuestra propuesta analizando las características de este proceso:

- a) Interés público prevalente: Los instrumentos de resolución se aplican únicamente a los entes que estén en graves dificultades o que probablemente vayan a estarlo y únicamente cuando sea necesario para conseguir la estabilidad financiera en aras del interés general. La liquidación de este tipo de entidades en el marco del procedimiento de insolvencia ordinario podría poner en peligro la estabilidad financiera, interrumpir la prestación de los servicios básicos y afectar a la protección de los depositantes. Existe un interés público en la aplicación de instrumentos de resolución⁸⁸².
- b) La declaración de interés público no corresponde al juez penal: Las medidas que se adoptan en este mecanismo excepcional vienen justificadas por la razón imperiosa de interés general de preservar la estabilidad financiera⁸⁸³. Si no existe ese interés general no se adoptan, por tanto, no es algo que corresponda dilucidar al juez penal. Cuando una entidad haya sido “resuelta” por este procedimiento

⁸⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J.: “Resolución bancaria y bail in: no credit worse off”, en GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. et al. (coords.), *Delendus est Leviathan: liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute*, Wolters Kluwer, 2020, p. 511.

⁸⁸² Art. 18 y Considerando 58 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁸³ Considerando 46 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

excepcional alternativo a los establecidos con carácter general en la LC, hay un interés general a preservar.

- c) Principios: Entre los principios aplicables a este procedimiento se incluyen los siguientes⁸⁸⁴:
- i) los accionistas y acreedores deben asumir una parte adecuada de las pérdidas;
 - ii) la dirección debe ser, en principio, sustituida;
 - iii) los costes de la resolución del ente deben minimizarse y
 - iv) los acreedores de la misma categoría deben recibir un trato equitativo.
- d) Papel protagonista de la Junta: Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en los procesos de *due diligence* previos a una adquisición, aquí es la Junta⁸⁸⁵ o, en su caso, la autoridad nacional competente, quienes tienen la obligación de elaborar los planes de resolución, de evaluar su viabilidad y de tomar todas las medidas necesarias para abordar o eliminar los obstáculos a la resolución de tales entidades, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de las actividades del ente, la estructura de su accionariado, su forma jurídica, su perfil de riesgo, su tamaño y su estatuto jurídico. No estamos ante una operación de adquisición libremente decidida por comprador y vendedor⁸⁸⁶. Es la Junta la que debe decidir acerca del dispositivo de resolución pormenorizado de entre los instrumentos de resolución posibles (venta del negocio, constitución de una entidad puente, recapitalización interna y segregación de activos, previstos ya en la Directiva 2014/59/UE)⁸⁸⁷. Además, puede incluso exigir cambios en las estructuras jurídicas u operativas del ente (art. 10.11 g) del Reglamento (UE) n° 806/2014). En cuanto al dispositivo de resolución aplicable, se establece, como criterio rector, que la Junta, el Consejo y la Comisión deben optar, en la medida de lo posible, por el dispositivo menos costoso para el Fondo⁸⁸⁸. La Junta, por otra parte, tiene facultades de investigación extraordinarias, ya que frente a ella, decae el derecho/deber de secreto profesional de empleados o terceros a los que los entes afectados hayan subcontratado funciones o actividades⁸⁸⁹ y puede imponer multas disuasorias⁸⁹⁰.
- e) La celeridad del proceso de resolución es esencial para minimizar las perturbaciones del mercado financiero y la economía⁸⁹¹.
- f) Sucesión. El legislador europeo no se refiere a la sucesión universal, como no podía ser de otra manera, sino que se refiere a los efectos de la sucesión. En concreto, contempla la exclusión total o parcial de los pasivos en una serie de

⁸⁸⁴ Arts. 6, 14 y 15, entre otros, y considerando 60 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁸⁵ La Junta actúa cuando se trata de entidades de importancia sistémica.

⁸⁸⁶ El instrumento de venta permite vender el ente o una parte de sus actividades a uno o varios compradores sin requerir el consentimiento de los accionistas

⁸⁸⁷ Arts. 7, 25 y considerando 66 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁸⁸ Art. 22 y Considerando 85 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁸⁹ Arts. 34 a 41 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁹⁰ Art. 41 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁹¹ Art. 18 y Considerando 56 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

circunstancias y, en general, cuando sea necesario para evitar la propagación del contagio y la inestabilidad financiera que podrían causar un trastorno grave a la economía de un Estado miembro⁸⁹².

Por otra parte, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de mayo de 2022, dictada en el asunto C-410/20, caso Popular Banesto, que concluye así:

“(L)a Directiva 2014/59/UE deben interpretarse a la luz de la finalidad de la resolución, que persigue la satisfacción del interés general en solucionar rápidamente la crisis de una entidad de crédito y salvaguardar así la estabilidad del sistema financiero en aquellos supuestos en los que la consecución de tal interés público no sería posible utilizando el procedimiento ordinario de insolvencia. Este carácter excepcional del procedimiento y régimen de la Resolución implica que debe descartarse la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando puedan privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de Resolución y la consecución de sus objetivos”.

A la vista de las características del procedimiento, entendemos que los efectos de la sucesión quedan limitados a los activos y pasivos que se incluyen dentro del perímetro de la sucesión que fija el instrumento de resolución. Por tanto, incluso en caso de fusión o escisión,

la responsabilidad penal de la entidad adquirida no se trasladará a la entidad adquirente a menos que se incluya en el perímetro de transmisión.

En contra, AZAÚSTRE RUIZ y ZAMBRANO DOMÍNGUEZ⁸⁹³. Los autores, no obstante reconocer que el procedimiento de resolución es “un procedimiento administrativo singular”⁸⁹⁴, consideran, comentando el caso Banco Popular Santander, que aun en el marco de este procedimiento, en caso de fusión por absorción, la entidad adquirente (Banco Santander) sucede universalmente, “también, en la responsabilidad

⁸⁹² Arts. 37.2 y 39.2 de la Ley 11/2015 de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y Considerando 77 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁸⁹³ AZAÚSTRE RUIZ, P. y ZAMBRANO DOMÍNGUEZ, J., *Diario La Ley*, n.º 9390, Sección Tribuna, 4 de abril de 2019. Los autores admiten que “la figura jurídica de la resolución de entidades financieras tiene por finalidad evitar las consecuencias de dimensiones catastrófica que, para la economía de un Estado, tanto en términos macroeconómicos como desde la perspectiva de estabilidad institucional, podría acarrear el hecho de que sociedades pertenecientes a un sector tan estratégico y sensible como la banca, puedan verse abocadas a un procedimiento de liquidación ordinario o, incluso, a un interminable procedimiento de liquidación concursal, con los graves e incluso irreparables daños y perjuicios que ello ocasionaría a ahorradores, depositantes y acreedores de la entidad financiera perjudicada”.

⁸⁹⁴ Los autores añaden que “al contrario de la liquidación mercantil ordinaria o la operante en sede concursal —y en ello radica en nuestra opinión el núcleo de la cuestión—, no tiene por finalidad la rápida desaparición de la entidad en causa de resolución sino, muy al contrario, su intervención en pro de su pervivencia —al menos en el ejercicio de sus funciones esenciales— y, todo ello, en atención a notorias y expuestas razones de interés general que procuran el mantenimiento de la actividad económica, así como de la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados”.

penal de la entidad absorbida, ex artículo 130.2 del Código Penal”⁸⁹⁵. Razonan que el adquirente puede elegir el mecanismo de adquisición y, por tanto, si hubiera elegido la compra de activos y pasivos, en lugar de la fusión por absorción, hubiera podido evitar la responsabilidad penal que establece el art. 130.2 CP.

Considero que dicha posición limita las facultades que el Reglamento atribuye expresamente a las autoridades que fijan el perímetro de sucesión, ya que no tiene en cuenta la posibilidad de exclusión de pasivos que se prevé. En la práctica, podría suponer un obstáculo, quizá insalvable, excluir la fusión y la escisión como mecanismos de venta de las entidades intervenidas, siendo así que estas operaciones tienen un régimen especial destinado, precisamente, a evitar las dificultades que comporta la venta de un negocio por medio de la transmisión individualizada de cada uno de los activos y pasivos y, además, la celeridad en la conclusión del procedimiento es un factor esencial. En cualquier caso, lo cierto es que el perímetro de la sucesión se fija por la autoridad competente, que puede excluir los pasivos de forma parcial e incluso llegar a la exclusión total, ya que entre los grupos que se dice deben asumir el coste de la resolución se menciona a accionistas y acreedores (y recordemos que el TJUE ha considerado al Estado, en cuanto al pago de la pena de multa, como acreedor).

3.1.3 Principios de primacía, eficacia e interpretación conforme

La inaplicabilidad del art. 130.2 CP en los supuestos de fusión o escisión llevados a cabo en el marco de un instrumento de resolución puede fundamentarse en el principio de primacía y de eficacia del Derecho de la UE, que exige a los tribunales nacionales garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, dejando de aplicar, si fuera necesario, el derecho nacional, sin esperar a su revocación previa por la vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en la actualidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)— estableció el principio general de primacía del Derecho de la Comunidad Económica Europea (CEE) —actualmente la Unión Europea (UE)— sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, en la icónica Sentencia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa/ENEL. El principio general de «precedencia», «primacía» o «supremacía» del Derecho de la Unión garantiza su superioridad sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

El TJUE ha declarado⁸⁹⁶, asimismo, acerca del alcance del principio de precedencia, que se aplica a todos los actos de la UE con efecto vinculante, ya sean de Derecho primario

⁸⁹⁵ Los autores refuerzan su tesis aduciendo que el Santander tenía “intención de obtener algún tipo de rentabilidad o beneficio con la operación y, por consiguiente, por un libre ánimo interesado y oneroso, a nuestro criterio determinante de cara a la procedencia de la sucesión procesal acordada ex artículo 130.2 del Código Penal”

⁸⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal. Petición de decisión prejudicial: Pretura di Susa - Italia. Asunto 106/77: “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también — en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”.

(es decir, los tratados), de Derecho derivado (directivas, reglamentos, decisiones, etc.) o de la jurisprudencia del TJUE.

En concreto, los reglamentos (entre los que se encuentra el Reglamento (UE) n° 806/2014) son actos jurídicos que se aplican de manera automática y uniforme en todos los países de la UE desde su entrada en vigor, sin necesidad de incorporación al Derecho nacional. Son obligatorios, en todos sus elementos, en los Estados miembros⁸⁹⁷.

En una Declaración relativa a la primacía, aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸⁹⁸, la Conferencia recordó que el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional es un principio fundamental del Derecho de la Unión, independientemente del hecho de que no esté incluido en el Tratado.

Asimismo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar el Derecho nacional de manera conforme con el Derecho de la Unión, siempre que esta interpretación no lleve a que las disposiciones de una Directiva produzcan efectos directos contra un particular (TJCE, sentencia de 26 de septiembre de 1993, Arcaro, C-168/95; TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02). Este límite se respeta cuando el texto nacional puede interpretarse en el sentido de la Directiva, de modo que no es necesario anularlo para dar pleno efecto a la Directiva.

3.2 Transmisión de empresa en procedimiento concursal

La Ley concursal contempla distintos supuestos en los que la empresa del concursado o algunas de sus unidades productivas pueden ser objeto de transmisión a un tercero como medio para lograr una mejor satisfacción de los acreedores, finalidad perseguida con el concurso, pero con la intención también de mantener, en la medida de lo posible, la empresa y la continuidad de su actividad⁸⁹⁹. De hecho, uno de los objetivos del concurso de acreedores es ayudar a la conservación de la empresa en crisis, ya sea en manos del propio deudor o de un tercero⁹⁰⁰. La LC establece hoy una regla de preferencia (art. 219, en la redacción vigente tras la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre):

En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo,

⁸⁹⁷ Disponible en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_es

⁸⁹⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, versión consolidada (DO C 202 de 7.6.2016, pp. 47-360).

⁸⁹⁹ ALONSO LEDESMA, C.: “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2011. Texto de la intervención presentada en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 en la Harvard Law School, pp. 4-5.

⁹⁰⁰ Exposición de motivos de la Ley Concursal y Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores

La enajenación en conjunto de la empresa o de los establecimientos o unidades productivas que la integran, o de alguna de ellas, sigue siendo la alternativa preferida en la liquidación de una empresa⁹⁰¹. Aunque se trate de una empresa insolvente, su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto. Hay que distinguir así entre la liquidación de la empresa y la liquidación del patrimonio (que no implica necesariamente la primera).

La LC, con anterioridad a las reformas de los últimos años, ya establecía la posibilidad de transmitir la empresa del deudor concursado en las distintas fases del concurso⁹⁰²:

- (i) en la liquidación concursal, esto es, en la fase destinada a convertir en dinero los bienes y derechos que conforman la masa activa, favoreciendo que la liquidación judicial de ese patrimonio se produjera de forma unitaria, tanto si esa enajenación tenía lugar de acuerdo a lo previsto en el plan de liquidación aprobado por el juez o, de no aprobarse, con arreglo a las reglas legales supletorias previstas;
- (ii) la transmisión de la empresa podía formar parte del contenido del convenio; la transmisión, en este caso, no se llevaba a cabo mediante los trámites establecidos para la transmisión en la fase de liquidación, sino como parte del contenido del convenio, modalidad de convenio (el llamado convenio de asunción⁹⁰³) que constituía una excepción a la prohibición general que contenía el art. 100.3 de “cesión en pago o para pago de los bienes y derechos o liquidación global del

⁹⁰¹ AZOFRA VEGAS, F.: “Enajenación de unidades productivas”, *ibid*; MERCADER, J.R. y DE LA PUEBLA, A.: “Los efectos de la liquidación de la sociedad sobre los trabajadores” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 478.

⁹⁰² ALONSO LEDESMA, C.: “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, *ibid.*, pp. 6-11.

⁹⁰³ El convenio de asunción forma parte de los llamados convenios de continuación que son aquellos que tienen como premisa la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado. En el convenio de asunción interviene, además del concursado y de la colectividad de sus acreedores ordinarios, un tercero, el adquirente de la empresa, y es aprobado por el juez. ALONSO LEDESMA (“La transmisión de la empresa”, *ibid.*, pp. 36-37) defiende que en este caso estamos ante un negocio jurídico traslativo-obligacional trilateral, mediante el cual se transmite la empresa o las unidades productivas del concursado a un tercero que se compromete a pagar a los acreedores sus créditos (en los términos establecidos en el convenio) y a continuar con la actividad empresarial propia de la empresa o unidades productivas objeto de transmisión; no se trata, por tanto, de una simple compraventa de empresa ni tampoco de un contrato autónomo de asunción de deuda (que produce el *effectum iuris* de modificar la relación obligatoria primitiva existente entre el deudor y cada uno de sus acreedores, que aquí, sin embargo, no prestan su consentimiento individualizado a ese cambio de deudor, como sería lo propio en el contrato atípico de asunción de deudas). En cuanto al pasivo, la obligación que asume el adquirente no es la originaria del primitivo deudor, que ha sido modificada por obra de lo dispuesto en el convenio; lo que asume es una obligación propia y directa frente a los acreedores cuya fuente es el propio convenio; no es propiamente una sustitución de un deudor por otro, sino una nueva relación obligatoria que sustituye a las relaciones entre el concursado y la colectividad de sus acreedores. La aprobación judicial del convenio extingue la relación jurídica obligacional del concursado con la comunidad de sus acreedores que, por tanto, queda liberado. En cuanto a la extensión objetiva de la asunción, el problema se ha planteado en torno a los créditos no insinuados o no reconocidos en el concurso. La autora considera que la obligación del asumente no puede extenderse más allá de los créditos insinuados y reconocidos en el concurso; es más, tampoco considera admisible que si no se indica así expresamente en el convenio, se entienda que debe satisfacer también esos créditos.

patrimonio del concursado”; estaba sujeto a un régimen jurídico específico que imponía al adquirente de la empresa o de una o varias unidades productivas una doble obligación: la de asumir el pasivo del concursado (en los términos especificados en el convenio) y la de continuar el ejercicio empresarial.

- (iii) durante la fase común del concurso podía la administración concursal en determinadas circunstancias y con la debida autorización del juez del concurso (ex anterior art. 43.2) proceder a vender determinados activos o, incluso, alguna de las unidades productivas.

Hoy, tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la transmisión de la empresa puede tener lugar antes del convenio, como contenido del mismo o en fase de liquidación. Hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación, el modo ordinario de enajenación del conjunto de una empresa o de una o varias unidades productivas es la subasta electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización (art. 215 LC). Es más, el actual art. 216 LC dispone

en cualquier estado del concurso, o cuando la subasta quede desierta, el juez, mediante auto, podrá autorizar la enajenación directa del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas o la enajenación a través de persona o de entidad especializada

En suma, la sociedad “en liquidación”, concursada o no, puede participar en una fusión o escisión (art. 317.3 LC) y una fusión o escisión pueden constituir una cláusula del convenio que la sociedad concluya con sus acreedores⁹⁰⁴. El actual régimen de RPPJ y, en concreto, el primer párrafo del art. 130.2 CP, puede convertirse en un factor que desincentive acudir a estos mecanismos de liquidación de sociedades en crisis.

Por otra parte, no hay que olvidar la actual redacción del segundo párrafo del art. 130.2 CP no es clara respecto a los efectos de la adquisición de la empresa de una entidad concursada delincente, aunque la adquisición se haya llevado a cabo por procedimiento distinto a la fusión o escisión.

En efecto, el artículo 224 LC dispone que, con la excepción de los adquirentes que sean personas especialmente relacionadas con el concursado:

1. La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación.

2.º Cuando así lo establezca una disposición legal.

⁹⁰⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 502.

(...)

Si se interpreta, en contra de la tesis aquí sostenida⁹⁰⁵, que el párrafo segundo del art. 130.2 CP establece la responsabilidad penal del adquirente que continúe la empresa de la persona jurídica originariamente responsable del delito (es decir, si se da la triple identidad a la que alude el precepto), la consecuencia podría ser concluir que una disposición legal (el párrafo segundo del art. 130.2 CP) establece la obligación de pago, a cargo del adquirente o continuador, de los créditos no satisfechos (la pena de multa y las consecuencias civiles del delito) por el concursado (la persona jurídica originariamente responsable del delito).

Para evitar el riesgo de dificultar la transmisión de las empresas en concurso, proponemos excluir los supuestos de transmisión de una unidad productiva aprobada por el juez en un procedimiento concursal del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP, salvo que se indicara expresamente por el juez del concurso la subrogación del adquirente en la obligación de pago de la pena de multa (ya impuesta o que en su día se pudiera imponer, si se trata de un procedimiento en curso) o se tratara de personas especialmente relacionadas con la entidad concursada a las que se refiere el art. 283 LC.

En este sentido, cabe recordar que la legislación comunitaria⁹⁰⁶, incluso en casos en los que establece la sucesión de empresa, permite excepciones a la transmisión de las obligaciones cedentes a la entidad cesionaria, a fin de preservar el objetivo de facilitar la continuidad de las empresas, “a condición de que dicho procedimiento (de transmisión) esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas determinado por la legislación nacional). Nada impide al legislador español adoptar una cautela similar respecto a la responsabilidad penal en caso de fusiones o absorciones autorizadas en un procedimiento concursal, máxime teniendo en cuenta que no se exige, con carácter general, la RPPJ (a excepción de muy contados delitos, como hemos expuesto en el capítulo 1 del Bloque II) y que, en este caso, la modulación de los efectos de la sucesión universal, excluyendo la aplicación de la regla de extensión de la punibilidad, no solo no tendría un efecto negativo sobre las fusiones o escisiones, sino que favorecería claramente el recurso a dichas medidas para lograr los objetivos perseguidos en el concurso (satisfacción de los acreedores y continuidad de la empresa).

El legislador español no ha aprovechado el trance de trasposición de la Directiva 2019/1023 mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma de la Ley Concursal, para permitir excluir la responsabilidad penal del adquirente cuando la fusión o escisión se incluya en el convenio o en un plan de liquidación concursal y se trate de personas que no estén especialmente relacionadas con la entidad concursada.

⁹⁰⁵ Limitar el alcance del precepto a los supuestos fraudulentos de extinción y con efectos limitados a la PJ “disuelta”, salvo las excepciones vistas de cesión global de activo y pasivo o de operaciones de “vaciamiento” llevadas a cabo en el seno de un grupo de empresas, subsumibles en uno de los supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

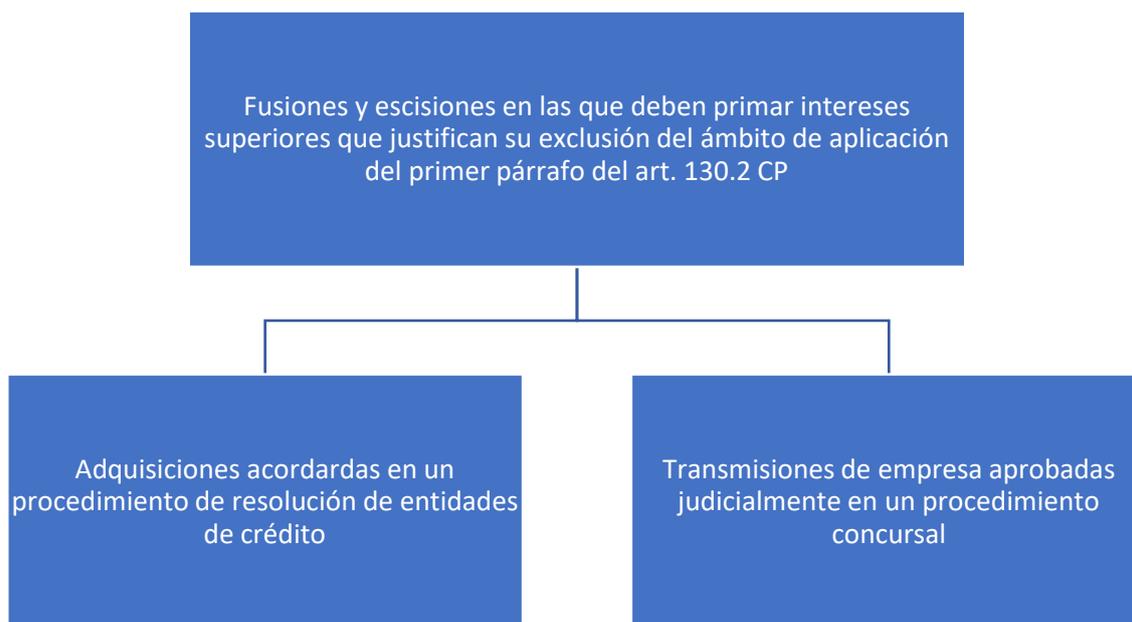
⁹⁰⁶ El art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, dispone que “(s)alvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente”.

Cualquier incertidumbre en torno a la subrogación o no del adquirente en la RPPJ supone una posible contingencia que, por su gravedad, puede retraer la licitación y la concurrencia de ofertas, perjudicando la maximización del valor de realización, en perjuicio de todos los acreedores, trabajadores y socios. Por ello, resulta aconsejable, además de mejorar la redacción del párrafo segundo del art. 130.2 CP (como indicamos en las propuestas recogidas en el Bloque V), introducir, a favor de la entidad beneficiaria que no sea persona vinculada o relacionada con la concursada, una garantía de “inmunidad” frente a posibles responsabilidades penales en caso de fusión o escisión autorizada judicialmente en un procedimiento concursal.

La siguiente figura sintetiza el contenido del presente capítulo.

Figura 7.

Límites propuestos al ámbito de aplicación del art. 130.2 CP primer párrafo.



Elaboración propia

4. Validación de la tesis

Sometamos a examen las propuestas realizadas en los capítulos anteriores, fruto del presente trabajo de investigación. Para ello, siguiendo a GONZÁLEZ CUSSAC⁹⁰⁷, la fundamentación e interpretación propuesta del art. 130.2 CP ha de ser confrontada desde tres planos diferentes: el político-criminal, el constitucional y el técnico-jurídico.

4.1 El plano político criminal

La responsabilidad criminal de los entes morales responde a una decisión política (como toda la materia penal), para alcanzar unos objetivos por medio de la ley penal. Esta decisión debe ser evaluada conforme a criterios de eficacia y eficiencia (la política responde a su propia lógica), siempre que se mantenga dentro de los límites constitucionales.

La decisión de trasladar o extender la responsabilidad penal en caso de fusión o escisión significa que el legislador ha considerado preferible, frente a la opción de considerar extinguida la responsabilidad penal por la disolución de la entidad fusionada o escindida, imponer la no-extinción de la responsabilidad penal y, en consecuencia, la responsabilidad de la empresa que tras la fusión o escisión sucede o “continúa” a la entidad originariamente delinciente. Así, en caso de fusión o absorción como mecanismos de adquisición de una empresa, el potencial comprador tendrá interés en revisar el programa de cumplimiento y su implantación para evaluar los riesgos penales de la operación. Además, puede resultar un eficaz colaborador de la justicia si el sistema permite premiar su denuncia y disposición al cambio de cultura de la empresa (especialmente, a través de pactos con la acusación para evitar el juicio, como ocurre en EE UU y ahora también en Francia).

NIETO MARTIN señala⁹⁰⁸, en este sentido, que el art. 130.2 CP representa un mecanismo para incentivar a las empresas a que implanten programas de cumplimiento eficaces. Si fruto de la *due diligence* los inversores consideran que la empresa no estaba bien protegida ante el riesgo penal, y que de ello pueden derivarse responsabilidades, lo normal es que este hecho afecte al valor de la empresa y negocien un precio de adquisición más bajo. No implantar sistemas de cumplimiento eficaces o, al menos, contar con un eficiente análisis de riesgos que demuestre el bajo riesgo penal, afecta al valor de empresa y constituye una administración negligente de la sociedad. Dicho de otro modo, la inteligencia político criminal del art. 130.2 radica en que con independencia de que en la persona jurídica se hayan cometido o no hechos delictivos, debe parecer “virtuosa” ante los ojos de posibles compradores, pues ello incrementa su valor económico, muy especialmente en los procesos de adquisiciones o fusiones de empresas. La transmisión de responsabilidad incentiva al nuevo capital, a los nuevos socios o inversores, a hacer una *due diligence penal* para comprobar en qué medida la empresa tenía un programa de

⁹⁰⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 23; “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en MATALLÍN EVANGELIO, A. (dir.): *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 91-111. LEÓN ALAPONT, J.: “La responsabilidad penal de los partidos políticos”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, somete a este triple test la responsabilidad penal de los partidos políticos.

⁹⁰⁸ NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento de la empresa”, 2015, *ibid.*

cumplimiento eficaz o, en caso de no tenerlo, realizar un análisis de riesgos y ver las posibles infracciones en que ha podido incurrir.

“Cuando existan sospechas de irregularidades concretas, los nuevos socios que van a adquirir la empresa o la entidad que va a fusionarse pueden incluso condicionar la compra o la fusión a que se realice una investigación interna destinada a comprobar si se han cometido determinadas infracciones que por su gravedad podían alterar el valor de la empresa. En caso de descubrir estas infracciones, podrían utilizar las distintas vías de cooperación que existen en el Código penal o en el derecho administrativo para “lavar” a la empresa de infracciones antes de su adquisición. Así, por ejemplo, si descubren que la empresa estaba implicada en prácticas restrictivas de la competencia puede acogerse a los programas de clemencia; si se trata de un delito fiscal, a la regularización tributaria. En cualquier caso tienen las atenuantes previstas en el art. 31 bis. Esta política de cooperación mostrará que la persona jurídica ha dejado de ser peligrosa, con lo que además de una importante reducción de la multa, dejará de lado el que puedan ser impuestas sanciones interdictivas”.

Podemos concluir, por tanto, que el precepto, desde la lectura que propugnamos, resulta eficaz y eficiente para evitar la impunidad de la PJ, favoreciendo la implementación de los programas de cumplimiento por parte de las empresas interesadas en la compra/venta de una empresa (eficacia) y la comprobación de su implantación por los mismos operadores jurídicos (eficiente, ahorro de medios de la propia Administración del Estado).

En España el Ministerio Fiscal no goza de las facultades que tiene la acusación pública en otros países y, por tanto el programa de cumplimiento no permite alcanzar el tipo de acuerdo con la acusación (por ejemplo, el DOJ o la SEC) que sí es posible cuando esta actúa de acuerdo con el principio de discrecionalidad.⁹⁰⁹

⁹⁰⁹ Hay voces que abogan por apreciar, ya en la fase de instrucción, la potencia exonerativa de los programas de cumplimiento. Vid. VELASCO NÚÑEZ, E.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021)”, *La Ley compliance penal, 2022, no 8, p. 12*, a propósito del Auto de la sección 4ª de la Audiencia Nacional de 8/07/21 (pte. MARTEL RIVERO). El auto, dictado en el caso INDRA, mercantil imputada por un presunto delito de cohecho, confirma el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de la corporación, al no haber quedado debidamente justificado el incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control, habiendo actuado la empresa con la diligencia exigible, de modo que no se podía reprochar penalmente su actuación. Recurre la decisión del instructor el representante del Ministerio Fiscal, además de por prematura, al considerar que no se ha agotado todavía la investigación, por valorar en la fase de instrucción la eficacia del modelo o programa de Compliance. El AAN confirma el archivo de responsabilidades penales, declarando que el sobreseimiento en la fase de instrucción es no sólo jurídicamente posible —ex art. 779 LECrim—, pudiendo evitar la «pena de banquillo» cuando conste la clara inexistencia de hecho punible, sino que, además, procura la justicia que supone evitar la continuación de un procedimiento penal indebido, en la línea de la jurisprudencia del TS (STS 202/18, de 25 de abril y 548/18, de 13 de noviembre), que reconoce que el Juez de Instrucción es perfectamente competente para analizar los elementos subjetivos del tipo en esa fase de instrucción y, en consecuencia, si los aprecia, puede sobreseer. Nótese, sin embargo, que el motivo del sobreseimiento no hace referencia al programa de cumplimiento, sino a la falta del presupuesto previsto en el art. 31 bis CP (grave incumplimiento del deber de supervisión). Crítico con

4.2 El plano constitucional

Es aquí donde reside el principal problema que plantea el precepto, lo mismo que ocurre con todo lo relacionado con la RPPJ⁹¹⁰. La doctrina penal está dividida respecto al encaje constitucional del art. 130.2 CP, como vimos al revisar las posturas de diferentes autores:

- a) Cierta sector doctrinal rechaza de plano la constitucionalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que no tienen capacidad de acción, ni de culpabilidad ni de pena. Señalan precisamente a este artículo como botón de muestra de cómo el legislador ha introducido un criterio de imputación de responsabilidad objetiva para las personas jurídicas.
- b) El sector mayoritario de la doctrina considera inadmisibles una interpretación literal del precepto: (i) unos, por considerar que supondría una responsabilidad objetiva, vulnerando, por tanto, los principios de culpabilidad y personalidad de las penas; proponen, para sortear los escollos constitucionales, una interpretación restringida a los supuestos de fusión o escisión fraudulentas, es decir, llevadas a cabo con la intención de eludir la responsabilidad penal; (ii) otros, los menos, reservan sus dudas sobre la constitucionalidad a ciertos supuestos de aplicación del precepto (segregación o escisión parcial, principalmente, aunque hay también quien admite alguna de estas operaciones y sin embargo rechaza la fusión).
- c) Otros autores consideran compatible el precepto con los límites constitucionales, si bien algunos propugnan una aplicación selectiva de las penas en función del supuesto de que se trate.

Para analizar el precepto desde el plano constitucional, es necesario examinar si cumple las exigencias derivadas del principio de legalidad (para VIVES ANTON, principio de principios). De las cuatro garantías que comprende (criminal, penal, procesal y de ejecución), interesan aquí las dos primeras.

El precepto, incluido en una Ley orgánica, cumple la garantía formal de reserva absoluta de la materia penal (*lex scripta y previa*), si bien la necesaria remisión a normas extrapenales para definir el supuesto de hecho (transformación, fusión, escisión o disolución) plantea dificultades, como ya hemos visto, que han conducido a interpretaciones contradictorias de doctrina y jurisprudencia.

Como señala GONZÁLEZ CUSSAC, en cuanto a los requisitos mínimos para respetar la garantía material (*lex certa et stricta*), hay que comprobar si el precepto reúne las exigencias mínimas de tipicidad y taxatividad. A este respecto, la ley es clara al mencionar los supuestos de transformación, fusión o escisión, perfectamente definidos, como hemos visto, en la legislación mercantil (otra cosa será si es adecuada una interpretación restrictiva del precepto por exigirlo así el principio de culpabilidad y limitar su alcance a la escisión total). No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el legislador describe lo que

esta posibilidad, GONZALEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, 2020, *ibíd.*, p. 217, que considera prematuro declarar idóneo o eficaz un programa de cumplimiento mientras todavía se está investigando el delito de referencia, al menos, cuando la comisión del delito proceda de un representante, administrador o directivo.

⁹¹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en MORALES PRATS et al. (coords.): *Represión Penal y Estado de Derecho. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Aranzadi, 2019.

considera una disolución encubierta o meramente aparente, ya que vendría a extender dicha consideración a cualquier supuesto en el que haya una continuidad de la empresa, aunque la disolución no sea ni encubierta ni aparente. Es necesario, por tanto, considerar que no basta la continuidad de la empresa para considerar una “disolución” como fraudulenta; otra cosa haría la ley imprevisible para sus destinatarios, vulnerando el canon de enjuiciamiento constitucional de la garantía material contenida en el art. 25.1 CE.

Los verdaderos problemas, sin embargo, se encuentran en los requerimientos derivados de los que se comprenden como “principios derivados del principio de legalidad”⁹¹¹, fundamentalmente, el principio de culpabilidad y, en menor medida, dada la posibilidad de moderación del traslado de la pena prevista (otra cosa será la aplicación que de la misma se haga en la práctica), de los principios de proporcionalidad (cantidad y calidad de la pena en relación con el comportamiento inculminado⁹¹²) y *ne bis in idem*.

Centrándonos pues en el verdadero caballo de batalla, el principio de culpabilidad, la crítica señala, fundamentalmente, que la mera identificación del presupuesto a que alude la norma primaria o precepto, la fusión o la escisión, no cumple las exigencias requeridas constitucionalmente para la culpabilidad, para decir que la sociedad contribuyó al hecho delictivo, ya que la empresa absorbente o resultante de la fusión o escisión es “otra” de la originariamente responsable del delito y, por tanto, el traslado o extensión de la responsabilidad significa hacerle responder por el hecho del otro, en contra de lo dispuesto en el art. 5 CP.

Recordemos, en este sentido, que la empresa resultante de la fusión o escisión, como cualquier otra persona jurídica contra quien se pretenda dirigir la acción penal, solo puede responder por su propio “hecho” y culpabilidad⁹¹³.

Hay que señalar, en primer lugar, que la propuesta formulada por gran parte de la doctrina, que viene a fundamentar el traslado de la pena en caso de fusión o escisión en la intención fraudulenta de eludir la responsabilidad penal con la operación, un requisito que no contiene la ley, no resuelve la cuestión de constitucionalidad que plantea el principio de culpabilidad. Dicha actuación fraudulenta constituiría una actuación posterior a la comisión del delito que se imputa a la sociedad fusionada o escindida que, por tanto, no justificaría la imposición de una pena por el hecho que habría cometido otra (la sociedad originariamente responsable del delito, que se habría disuelto, en caso de fusión o escisión total, o continuaría existiendo, en caso de escisión parcial o segregación). Dicha actuación fraudulenta podría ser constitutiva de otro ilícito penal, pero no justifica la extensión o traslado de la pena por el ya cometido por la persona física bajo los presupuestos, requisitos y condiciones descritos en el art. 31 bis CP respecto a la sociedad contaminada (aquí, fusionada o escindida).

⁹¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 59.

⁹¹² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, *ibid.*, p. 69.

⁹¹³ Conceptos interpretados hoy, conforme a los criterios sentados por la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada en la STS n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016, como “defecto de organización y ausencia de una cultura de cumplimiento conforme a Derecho que hayan posibilitado la comisión del hecho delictivo por no haber adoptado las debidas medidas de prevención”.

La lectura del precepto propuesta permite superar estos obstáculos, ya que justifica por qué la sociedad a la que se traslada o extiende la pena no es “otra”, sino la misma originariamente responsable del delito: la entidad absorbente o resultante de la fusión o escisión se subroga en la misma posición jurídica que su antecesora, que continúa, llevando a cabo una disolución sin liquidación, en la persona de su sucesora. Consecuencia de ello es, como hemos señalado, que la eficacia de los programas de cumplimiento deba analizarse tomando en consideración a la nueva entidad surgida tras la fusión o escisión, y no solo a la predecesora. Como en cualquier otro caso en que se juzgue la RPPJ, como ha señalado GONZÁLEZ CUSSAC, el régimen de equivalencias previsto para la atribución subjetiva de responsabilidad (dolo o imprudencia), con la exigencia de condiciones y requisitos de los programas de cumplimiento para eximir o atenuar la pena, impiden trasladar a la sociedad una responsabilidad sin culpabilidad.

4.3 El plano técnico-jurídico

La ley penal ha de contener un presupuesto suficiente para legitimar la sanción. En el ámbito de aplicación del art. 130.2 CP, este presupuesto se cumplirá cuando podamos decir que la entidad sucesora ha infringido la ley penal. En este sentido, la sociedad que se propone adquirir una empresa mediante fusión o escisión es destinataria de la norma (el art. 130.2 CP) y está obligada por ella, de ahí la exigencia de realizar, con carácter previo a la adquisición, una auditoría o *due diligence* de los riesgos penales y de actuar en consecuencia. En otras palabras, desde 2010, el Código impone una obligación a quien pretende adquirir una empresa mediante fusión o escisión-absorción, so pena de responder penalmente como sucesora de la empresa originariamente responsable del delito: (i) antes de subrogarse en la posición jurídica de la entidad originariamente responsable del delito, el adquirente debe asegurarse, en la medida que las circunstancias lo permitan, del cumplimiento de la legalidad penal por parte de la empresa que se propone adquirir y, con el resultado, tendrá que decidir si continúa adelante con la operación, denunciando y colaborando con las autoridades, en su caso; (ii) además, tras la adquisición, se impone al adquirente la obligación de implementar una cultura de cumplimiento en la empresa adquirida.

4.4 Conclusión

Partiendo de la doctrina de la sucesión universal como fundamento y criterio de aplicación, podemos afirmar que el art. 130.2 CP, en la lectura propuesta:

- a) desde el plano político criminal, constituye un mecanismo eficaz y eficiente en el régimen establecido por el legislador para exigir RPPJ, impulsando la inclusión de una auditoría penal en los procesos de adquisición de empresas; al mismo tiempo, otros objetivos igualmente necesarios, la estabilidad de los mercados financieros y la continuidad de las empresas en crisis, justifican las propuestas de *lege ferenda* de excluir explícitamente de su ámbito de aplicación las fusiones y escisiones autorizadas en un procedimiento de resolución al amparo de la Ley 11/2015, de 18 de junio, o por el juez del concurso en un procedimiento concursal;
- b) desde el plano constitucional, resulta conforme con los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, personalidad, proporcionalidad y *ne bis in idem*. Sin embargo:
 - i) una interpretación estricta del precepto, de acuerdo con su tenor literal, podría conducir a los excesos mencionados en el capítulo dedicado al examen de los

supuestos de aplicación, lo que supondría la vulneración del principio de culpabilidad (y sus derivados) en los supuestos de segregación o escisión;

- ii) respecto a la previsión contenida en el segundo párrafo del art. 130.2 CP, hay que señalar que la interpretación restrictiva del concepto “disolución encubierta o meramente aparente” que proponemos, entendiendo como tal una operación liquidatoria fraudulenta, permite superar los déficits de tipicidad y taxatividad a que da lugar la interpretación ofrecida por el legislador (excluyendo, por ejemplo, la cesión global de activo y pasivo no fraudulenta); la interpretación propuesta, además, limita los efectos (la imputación en el proceso penal) a la entidad disuelta (con las excepciones de los supuestos de cesión global de activo y pasivo fraudulenta o de operaciones fraudulentas realizadas en el seno de un grupo de empresas), excluyendo el traslado de la responsabilidad penal a la entidad adquirente en aquellos casos en que deba ser considerada “otra persona”, distinta a la persona jurídica fraudulentamente “disuelta”, lo que supondría vulnerar el principio de culpabilidad;
- c) desde el punto de vista dogmático, el primer párrafo del art. 130.2 CP establece una obligación por cuyo incumplimiento se puede exigir responsabilidad penal a la entidad sucesora; y a la inversa, debe premiarse su comportamiento respetuoso con la legalidad penal, aplicando una eximente o atenuando la pena que pudiera corresponder por el delito cometido por la persona física. De ahí el interés de las propuestas que realizamos en el último capítulo para (i) promover los acuerdos que eviten el juicio penal, a semejanza de las medidas adoptadas en otros países (EE.UU., Francia), (ii) clarificar la eficacia de los programas de cumplimiento o auditorías penales en los supuestos de adquisición de empresas y (iii) establecer protocolos de actuación claros para las empresas.

BLOQUE IV. CASOS DE APLICACIÓN DEL ART. 130.2 CP

Examinamos en este bloque casos juzgados en España en los que se ha invocado la aplicación del art. 130.2 CP o en los que el Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión.

1. Popular Santander (fusión por absorción)

1.1 Procedimiento penal

En las Diligencias Previas 42/2017 del Juzgado Central de Instrucción N.º 4, el auto nº 246/2019 de 30 de abril de 2019 de la Sección cuarta de la Audiencia Nacional (ponente, F.J. Echarri Casi), tras reconocer que “la cuestión relativa a la fusión, absorción, o escisión de las personas jurídicas y su responsabilidad penal, aún no ha sido objeto de debate en el Alto Tribunal”, dejaba sin efecto la imputación de Banco Santander en el procedimiento en el que se investigaban delitos cometidos en Banco Popular antes de su absorción por el Santander, al estimar el recurso de apelación presentado contra la imputación acordada por el instructor⁹¹⁴, el magistrado J.L. Calama Teixeira. El ATS (Sección 1ª) de 07-11-2019⁹¹⁵, (ponente S. Polo García) desestimó el recurso de queja interpuesto contra el auto de la Audiencia Nacional sin entrar a analizar la cuestión debatida, ya que se limitó a confirmar la irrecurribilidad de la resolución en casación por no concurrir los presupuestos del art. 848 LECrim⁹¹⁶: ni se trataba de un auto de sobreseimiento ni constituía una resolución judicial fundada (la que describe el hecho, consigna el derecho aplicable e indica las personas responsables, como sería el auto de transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado o el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario).

El auto del instructor sostiene que el art. 130.2 CP dice lo que dice, que el legislador pudo “haber excluido expresamente de su ámbito de aplicación determinadas operaciones societarias enmarcadas en las reestructuraciones bancarias”, pero no lo hizo; por ello, concluye que en caso de fusión por absorción, la responsabilidad criminal “se traslada - por mandato de la ley- a la entidad absorbente”, y que es en el apartado de riesgos legales contemplados en el proyecto de fusión donde se debe ponderar la posible culpabilidad de Banco Santander, lo que exige su intervención en condición de investigada, con todos los derechos propios de tal condición.

“el alcance del precepto comentado es más generalista y no está circunscrito solo a los supuestos en los que la operación societaria tenga por finalidad eludir las responsabilidades penales. No parece ser ese el espíritu que subyace en la norma; y tampoco se infiere de su literalidad. Si fuera así, probablemente

⁹¹⁴ Auto de fecha 15 de enero de 2019, confirmada por auto de 20 de marzo de 2019, que desestimó el recurso de reforma, al que se opuso el Ministerio Fiscal.

⁹¹⁵ Rec. 20533/2019.

⁹¹⁶ "Podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso y los autos definitivos dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales (...) cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y en la causa se haya dirigido contra el encausado mediante resolución judicial que suponga una imputación fundada".

no necesitaríamos dicha norma para combatir el hipotético fraude. Como bien dice el Sr. Fiscal, en su escrito de oposición al recurso, "el precepto penal no requiere de una actuación maliciosa de las entidades, tan solo da una solución a supuestos en los que no se produce la extinción de la persona jurídica sino su transformación". El art. 130.2 tiene dos párrafos: en el segundo, dedicado a la disolución de la sociedad, se refiere a que la misma sea encubierta o aparente; en el primero, relativo a las transformaciones o sucesiones de empresa (nuestro caso), prescinde de cualquier calificativo y se limita a decir de forma imperativa que en esos supuestos habrá una transferencia de responsabilidad penal".

El auto de la Audiencia Nacional comienza analizando el procedimiento administrativo especial de resolución en el que se produjo la fusión. Explica que la Resolución del Banco Popular fue acordada por Decisión de la Junta Única de Resolución (JUR) tras comunicarle el Banco Central Europeo que el banco Popular no podía hacer frente al pago de sus deudas o que no podría hacerlo en un futuro cercano, a tenor de lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión. Razona que la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, establece “un procedimiento administrativo especial que sustituye al procedimiento de liquidación propio”. Uno de los mecanismos por los que la JUR puede optar es el instrumento de venta del negocio (art. 24 Reglamento 806/2014).

Rechaza, sin embargo, el argumento del Santander: que, aunque en el proceso de venta se mantuviera formalmente la personalidad jurídica de la entidad en resolución (el Popular) para que continuara su actividad, materialmente era una nueva entidad, con nuevo capital y nueva administración, dando lugar a una nueva realidad jurídica a los restantes efectos. La AN considera que la distinción entre los efectos materiales y formales de la personalidad jurídica de la entidad objeto de resolución no se ajustaba a la realidad, ya que el Popular no se liquidó ni extinguió en ningún momento, lo que hubo fue una reducción de capital a cero y posterior aumento de capital, tras lo cual, por medio de una fusión por absorción, Banco Santander adquirió “en bloque y a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del Banco Popular”⁹¹⁷, con todos los riesgos y ganancias que conlleva tal reestructuración mercantil”. Señala:

“La decisión de optar por una fusión por absorción, fue libre y voluntaria por parte de la entidad absorbente, frente a otros tipos posibles de operaciones por los que se podía haber inclinado,

⁹¹⁷ “El FROB amortizó todas las acciones en que se dividía el capital social del Banco Popular Español, S.A., así como las obligaciones convertibles y subordinadas emitidas. Una vez reducido el capital a cero euros, el FROB acordó aumentar el capital por importe de 684.024.000 euros, dividido en acciones de un euro de valor nominal, que el FROB declaró íntegramente suscritas y desembolsadas al no existir accionista”. Tras la decisión de la JUR de 7 de junio de 2017, de resolver el Banco Popular Español, S.A., el FROB acordó la venta y transmisión forzosa de las acciones de aquel a un tercero, el Banco Santander, S.A. No se produjo la disolución de la persona jurídica, sino la intervención de la entidad bancaria Banco Popular Español, S.A., por parte de la Administración, a través del organismo competente para ello, el FROB, y la posterior venta al Banco Santander, S.A.

como la fusión fría (en la que cada empresa fusionada conserva su nombre, su cultura de negocio y parte de su autonomía, sistema empleado para la fusión de las Cajas de Ahorro y su posterior conversión en Bancos); o la cesión de activos (varias entidades ceden parte de sus activos o recursos para constituir una tercera entidad y operar con ella). Tal decisión no vino impuesta por organismo público alguno.

No estamos por tanto, ante una modificación estructural forzosa de la entidad, dictada por las autoridades públicas en el ejercicio de sus potestades públicas de intervención; no fue la Administración la que decide la fusión tal y como el recurrente pretende, sino que el Banco Santander ... el artículo 4 de la Ley 11/2015, dispone que "las personas físicas y jurídicas asumen su responsabilidad con arreglo al Derecho civil o penal nacional, por la inviabilidad del objeto de resolución". El mecanismo de resolución por el que se optó, no eximía a la entidad absorbente de ningún tipo de responsabilidad"

Tiene en cuenta, además, que la adquirente “era perfectamente conocedora” de la situación de la entidad absorbida” (Banco Popular Español, S.A.) y también que sus órganos directivos se encontraban sujetos a investigación penal.

Siguiendo la línea de razonamiento dibujada hasta aquí, parece que la conclusión lógica hubiera sido la desestimación del recurso y, por tanto, confirmar la imputación de Banco Santander. Sin embargo, el AAN da un giro brusco y declara la existencia de un “principio básico del derecho penal empresarial de ‘conservación de la empresa’, tanto de su actividad económica en general, como de la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados”, que se vulneraría con una aplicación automática del artículo 130.2 CP. Entiende necesario buscar límites para “evitar caer en una responsabilidad meramente objetiva, contraria a los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas”, y por ello afirma que el precepto “está pensando claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas” y que “(n)o se puede hacer responder por ello, a entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas”. A la vista de las circunstancias, excluye cualquier móvil espurio.

Suscrita dicha posición, lo dicho hasta ahí hubiera bastado. No obstante, el auto continúa examinando la conducta previa a la adquisición de la entidad adquirente, declarando que no se podía decir que Banco Santander no hubiera tenido en cuenta “los riesgos evidentes que una operación de este tipo implicaba, ni que hubiere sido negligente a la hora de cumplimentar su deber de información”, lo que parece apuntar la línea del examen de una exigente, lo que hubiera exigido, previamente, declarar aplicable el art. 130.2 CP, no su exclusión, como justo había hecho.

Además, dice a continuación: “en la entidad resultante tras la fusión por absorción, no concurre "hecho de referencia" alguno, ya que ninguna persona a su servicio ha cometido delito alguno, sino que el delito fue cometido por personas físicas en el seno de una entidad, ahora disuelta”. Es decir, analiza la conducta delictiva de la persona física desde el art. 31 bis, sin tener en cuenta la fusión (que sería el “hecho de referencia”) y el efecto que el art. 130.2 CP anuda a la misma (responsabilidad penal de la sociedad absorbente). Termina razonando así la revocación de la imputación del Santander:

“No existe dato alguno que indique una participación si quiera indiciaria del Banco de Santander, S.A., en los hechos objeto de investigación. No intervino ni en la ampliación de capital aprobada en mayo de 2016, ni en la supuesta manipulación del valor de cotización de las acciones de Banco Popular Español, S.A. supuestamente llevada a cabo bajo la supervisión del anterior Consejo de Administración.”

Acuerda, no obstante, el mantenimiento de Banco de Santander como responsable civil.

1.2 Comentario. Postura del TJUE

El AAN ha sido objeto de comentarios a los que hemos hecho referencia en distintos capítulos. Destacamos aquí, en representación de las voces críticas, el de AZAÚSTRE RUIZ y ZAMBRANO DOMÍNGUEZ⁹¹⁸, que no obstante reconocer que el procedimiento de resolución es “un procedimiento administrativo singular”⁹¹⁹, consideran que Banco Santander sucedió universalmente, “también, en la responsabilidad penal de la entidad absorbida, ex artículo 130.2 del Código Penal”⁹²⁰. Razonan que el adquirente debió inclinarse, en su caso, por la adquisición —en todo o en parte— de activos y pasivos de la entidad Banco Popular en lugar de la absorción. Consideran que la línea de defensa del Santander resulta incompatible con el mismo procedimiento de resolución, ya que por más que se reestructurara el capital social y se cambiara a sus administradores, personal ejecutivo y directivo, el fin y resultado del mecanismo jurídico ejecutado fue precisamente la continuidad de la entidad en el tráfico jurídico.

Es cierto que el planteamiento del juez de instrucción resulta coherente con el tenor literal del art. 130.2 CP y que el auto de la AN resulta confuso en cuanto al ámbito de aplicación del art. 31 bis y del 130.2 CP. Ahora bien, sin compartir los argumentos, coincidimos con la decisión de revocar la imputación. Entendemos que el carácter excepcional del procedimiento administrativo aplicado exige que se descarte la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión y de los Estados miembros que puedan privarlo de eficacia u obstaculizar la resolución de la entidad bancaria. Esta es la postura del TJUE en los procedimientos civiles contra Banco Santander como sucesor de Banco Popular,

⁹¹⁸ AZAÚSTRE RUIZ, P. y ZAMBRANO DOMÍNGUEZ, J. en *Diario La Ley*, n.º 9390, Sección Tribuna, 4 de abril de 2019. Los autores admiten que “la figura jurídica de la resolución de entidades financieras tiene por finalidad evitar las consecuencias de dimensiones catastrófica que, para la economía de un Estado, tanto en términos macroeconómicos como desde la perspectiva de estabilidad institucional, podría acarrear el hecho de que sociedades pertenecientes a un sector tan estratégico y sensible como la banca, puedan verse abocadas a un procedimiento de liquidación ordinario o, incluso, a un interminable procedimiento de liquidación concursal, con los graves e incluso irreparables daños y perjuicios que ello ocasionaría a ahorradores, depositantes y acreedores de la entidad financiera perjudicada”.

⁹¹⁹ Los autores añaden que “al contrario de la liquidación mercantil ordinaria o la operante en sede concursal —y en ello radica en nuestra opinión el núcleo de la cuestión—, no tiene por finalidad la rápida desaparición de la entidad en causa de resolución sino, muy al contrario, su intervención en pro de su pervivencia —al menos en el ejercicio de sus funciones esenciales— y, todo ello, en atención a notorias y expuestas razones de interés general que procuran el mantenimiento de la actividad económica, así como de la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados”.

⁹²⁰ Los autores refuerzan su tesis aduciendo que el Santander tenía “intención de obtener algún tipo de rentabilidad o beneficio con la operación y, por consiguiente, por un libre ánimo interesado y oneroso, a nuestro criterio determinante de cara a la procedencia de la sucesión procesal acordada ex artículo 130.2 del Código Penal”.

postura que entendemos debe ser respetada en todos los órdenes, incluido el penal. Y por supuesto, en la acción civil *ex delicto*. El fin del MUR no es la continuidad de la entidad sino la preservación de la estabilidad financiera en el mercado bancario europeo, lo que puede exigir modular los efectos de esa “continuidad” o, en otras palabras, el ámbito de la sucesión.

Analizamos a continuación las distintas resoluciones del TJUE, con un breve apunte previo sobre el contexto.

1.2.1 Marco legal

La Directiva 2014/59, implementada en España por la Ley 11/2015, de 18 de junio, establece un mecanismo excepcional destinado a preservar la estabilidad financiera de los Estados miembros, al crear un régimen de insolvencia que constituye una excepción al régimen general de los procedimientos de insolvencia, cuya aplicación únicamente se autoriza en circunstancias excepcionales y debe estar justificada por un interés general superior. Atiende a que la inviabilidad de un banco en un Estado miembro puede afectar a la estabilidad de los mercados financieros de toda la Unión. El carácter excepcional de este régimen implica que cabe descartar la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas puedan privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento (UE) n.º 806/2014⁹²¹, cuando considera que un banco está en situación de crisis, la Junta Única de Resolución⁹²² (JUR) puede preparar un dispositivo de resolución que pasa a la Comisión Europea para que esta lo apruebe formalmente⁹²³. Además, establece un Fondo Único de Resolución financiado con hasta un 1 % de los depósitos asegurados en todos los países de la UE participantes. Juntos, la JUR y el Fondo Único de Resolución, constituyen el Mecanismo Único de Resolución⁹²⁴, que junto al Mecanismo Único de Supervisión (que da poderes de supervisión al BCE), son la base de la unión bancaria de la UE. Expone⁹²⁵ que para el buen funcionamiento del mercado interior, es fundamental que se apliquen las mismas

⁹²¹ Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. En vigor desde el 1 de enero de 2016. Sin embargo, algunas disposiciones, como el inicio de las actividades de la Junta, están en vigor desde el 1 de enero de 2015. El Reglamento (UE) 2019/877 modifica el Reglamento original para incorporar a la legislación de la UE normas internacionales referentes a la absorción de pérdidas y la recapitalización de los bancos. En los considerandos explica que la Directiva 2014/59/UE estableció normas mínimas de armonización, sin centralizar el proceso de toma de decisiones en materia de resolución y no impide que los Estados miembros adopten por separado decisiones potencialmente contradictorias que puedan afectar a los costes globales de la resolución. El Reglamento avanza en el proceso de armonización en materia de resolución.

⁹²² La JUR se compone de un presidente, un vicepresidente, cuatro miembros permanentes y las autoridades de todos los países de la Unión Europea (UE) participantes.

⁹²³ Sumario del documento 32014R0806, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, versión modificada el 17/12/2019.

⁹²⁴ El MUR reúne a la Junta, al Consejo, a la Comisión y a las autoridades de resolución de los Estados miembros participantes. El Tribunal de Justicia es competente para controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por la Junta, el Consejo y la Comisión, de conformidad con el artículo 263 del TFUE, así como para determinar su responsabilidad extracontractual (arts. 1, 42 a 55 y considerando 120 del Reglamento (UE) n.º 806/2014).

⁹²⁵ Considerando 29 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

normas a todas las medidas de resolución, independientemente de que sean adoptadas por las autoridades de resolución con arreglo a la Directiva 2014/59/UE o en el marco del Mecanismo Único de Resolución (MUR)⁹²⁶. La Junta puede exigir cambios en la estructura y la organización de las entidades para mejorar la viabilidad de la resolución⁹²⁷.

1.2.2 Hechos

A mediados de 2016, Banco Popular realizó una ampliación de capital⁹²⁸ con la finalidad de obtener unos 2.500 millones de euros. El periodo de suscripción preferente finalizó el 11 de junio de 2016 y con ello se cubrió casi la totalidad de lo ofrecido, superándose en la segunda ronda el importe de la ampliación prevista.

El 3 de febrero de 2017 se publicaron los resultados del último trimestre del ejercicio 2016, que arrojaban una pérdida contable de 3.485 millones de euros. Posteriormente, el día 3 de abril de 2017, se comunicó por Banco Popular a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), como hechos relevantes, que tenía que provisionar 123 millones de euros más para afrontar riesgos, otros 160 millones de euros por determinados créditos y dar de baja garantías.

El 11 de mayo de 2017, Banco Popular emitió otra comunicación de hecho relevante a la CNMV en el que “niega categóricamente que se haya encargado la venta urgente del Banco (...) ni la necesidad inminente de fondos ante una fuga masiva de depósitos (...)” “al cierre del trimestre, el patrimonio neto del banco ascendía a 10.777 millones de euros y la ratio de capital total se situaba en 11,91% por encima de las exigencias regulatorias”.

El día 6 de junio de 2017, se comunicó al Banco Central Europeo que Banco Popular había agotado su liquidez para hacer frente a sus obligaciones de pago con depositantes y acreedores.

El 7 de junio de 2017, la Junta Única de Resolución (JUR) adoptó una Decisión relativa a un Dispositivo de resolución respecto de Banco Popular porque estaba en situación de graves dificultades o probablemente iba a estarlo, no existían otras medidas que pudieran impedir su inviabilidad en un plazo razonable y era necesaria, en aras del interés público, una medida de resolución en forma de instrumento de venta del negocio. En consecuencia, la JUR ejerció su competencia de amortización y de conversión de los instrumentos de capital de Banco Popular y decretó que **las nuevas acciones resultantes debían transferirse a Banco Santander por el precio de un euro.**

⁹²⁶ Analiza el caso Popular-Santander, comparándolo con el de Bankia, GARCÍA-VILLARUBIA, M.: “Las pretensiones de indemnización de los accionistas por la adquisición de títulos en el mercado de valores”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 102, 2021.

⁹²⁷ Considerando 46 del Reglamento (UE) n.º 806/2014.

⁹²⁸ GUTIÉRREZ ALONSO, D.: “Crítica a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la reclamación de daños y perjuicios por la compra de acciones en la ampliación de capital del Banco Popular” en *Boletín Comisión Privado de la Asociación Jueces para la Democracia*, junio 2022, pp. 18 a 25.

Ese mismo día 7 de junio de 2017, la Comisión Europea adoptó la Decisión (UE) 2017/1246, 2 por la que se aprobó este dispositivo de resolución⁹²⁹.

El 14 de junio de 2018, Deloitte remitió a la JUR la valoración de la diferencia de trato, contemplada en el artículo 20, apartados 16 a 18, del Reglamento n.º 806/2014, realizada a fin de evaluar si los accionistas y acreedores habrían recibido mejor tratamiento si Banco Popular hubiera iniciado un procedimiento de insolvencia ordinario («valoración 3»). El 31 de julio de 2018, Deloitte envió a la JUR un adendum a esa valoración, en el que se corregían algunos errores de forma.

El 28 de septiembre de 2018, como consecuencia de una **fusión por absorción, Banco Santander sucedió a título universal a Banco Popular**.

El 17 de marzo de 2020, la JUR adoptó la Decisión SRB/EES/2020/52, por la que se determina la potencial concesión de una compensación a los accionistas y acreedores de Banco Popular sobre los que se adoptaron las medidas de resolución. El 20 de marzo de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO2020, C 91, p. 2) un anuncio relativo a esta Decisión. En dicha Decisión, la JUR consideró que los accionistas y acreedores afectados por la resolución de Banco Popular no tenían derecho a compensación a cargo del FUR con arreglo al artículo 76, apartado 1, letra e), del Reglamento n.º 806/2014.

El 23 de mayo de 2018, un informe de la CNMV señala que hay “indicios que podrían cuestionar si la información financiera del Banco Popular correspondiente al ejercicio 2016 reflejaba la imagen fiel de su situación financiero patrimonial”.

Particulares que acudieron a esa ampliación de capital consideraron que habían sido engañados por la entidad y demandaron por errónea información suministrada en el folleto de la ampliación de capital. La mayoría de las resoluciones dictadas fueron favorables a los inversores, apreciando la existencia de una defectuosa información.

1.2.3 STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto C 410/20)

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de mayo de 2022, dictada en el asunto C-410/20, responde a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Provincial de A Coruña, en un procedimiento en el que Banco Santander, S. A. era demandado por dos inversores minoristas que adquirieron acciones del Banco Popular en el marco de la OPS realizada en junio de 2016. El TJUE declara, en síntesis, la inviabilidad de las acciones de responsabilidad y de nulidad de los accionistas del antiguo Banco Popular contra Banco Santander.

El procedimiento se inició por demanda de dos inversores minoristas que adquirieron acciones de Banco Popular en la oferta pública de suscripción (OPS) de junio de 2016 y que habían perdido íntegramente su inversión. Demandaron a Banco Popular y solicitaron la declaración de nulidad del contrato de suscripción de acciones por dos razones alternativas: (i) por error, al haberse firmado dicho contrato sobre la base de una información contable y patrimonial proporcionada de forma incompleta e inexacta en el

⁹²⁹ Decisión (UE) 2017/1246 de la Comisión, de 7 de junio de 2017, por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español SA (DO 2017, L 178, p. 15).

folleto publicado en virtud de la Directiva 2003/71; alternativamente (ii) por dolo, al haberse falseado y ocultado la información patrimonial.

La Sentencia de 3 de junio de 2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de A Coruña estimó la pretensión de nulidad por error y ordenó la restitución del precio de compra de las acciones, más los intereses legales. En concreto, declaró la nulidad del contrato de suscripción de acciones y ordenó la restitución a los dos accionistas minoristas de la inversión correspondiente, más intereses. Banco Santander interpuso recurso de apelación contra dicha Sentencia ante la Audiencia Provincial de A Coruña, que mediante auto de 28 de julio de 2020⁹³⁰ decidió plantear ante el TJUE cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de dos directivas: la Directiva 2003/71, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado, que fue derogada por el Reglamento UE 2017/1129, pero que resultaba de aplicación todavía en el momento de los hechos, y por otro lado, la Directiva 2014/59, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, cuya transposición se completó en España con la Ley 11/2015, de 18 de junio. Se preguntaba si, existiendo un procedimiento de resolución de entidades financieras que prevé la amortización de sus acciones, pueden los inversores promover por su cuenta acciones de resarcimiento de daños y perjuicios por defectuosa información, o bien ello frustraría el procedimiento previsto expresamente para la resolución de entidades financieras. En suma, si han de prevalecer las normas de la UE sobre responsabilidad por la información facilitada por la entidad en el folleto o bien son prioritarios los principios que rigen la resolución de entidades financieras y, por ello, los accionistas de una entidad objeto de resolución deben soportar las pérdidas sufridas.

El Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara (el resaltado es nuestro):

“Las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta

⁹³⁰ Cuestión: “si las normas del Derecho de la Unión en materia de responsabilidad civil derivada de la información facilitada en el folleto, tal como las interpretó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Hirmann (C-174/12, EU:C:2013:856), pueden prevalecer sobre los principios que rigen la resolución de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, establecidos en la Directiva 2014/59, en particular el principio según el cual los accionistas de una entidad o de una empresa objeto de resolución deben soportar en primer lugar las pérdidas sufridas”.

pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, en su versión modificada por la Directiva 2008/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, o una acción de nulidad del contrato de suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato”.

La Sala (apartado 31) plantea la cuestión en términos de compatibilidad u oposición entre dos conjuntos normativos del Derecho de la UE⁹³¹: Por una parte, la normativa de resolución de las entidades de crédito recogida en la Directiva 2014/59 y disposiciones concordantes. Por otra parte, la normativa que rige la responsabilidad del emisor ante los inversores por la información contenida en el folleto de emisión recogida en la Directiva 2003/71 y disposiciones concordantes.

La STJUE viene a sostener que una indemnización de los daños causados por defectos en el folleto o una restitución de la inversión por anulación de la suscripción serían equivalentes a exigir una indemnización por la absorción de pérdidas necesaria para solucionar la inviabilidad de la entidad⁹³².

En su razonamiento, la Sala establece las siguientes reglas⁹³³:

- 1) La regla general de resolución de las crisis de solvencia de las entidades financieras mediante la asunción de los costes derivados por los propios accionistas y acreedores (bail-in).

“32. (...) el artículo 34, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2014/59 establece el principio de que son los accionistas, seguidos por los acreedores, de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto del procedimiento de resolución quienes deben soportar prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación de dicho procedimiento”

⁹³¹ TAPIA HERMIDA, A.: “Estabilidad financiera vs accionistas de bancos rescatados”, entrada del blog del autor de 10/05/2022. Disponible en <http://ajtapia.com/2022/05/estabilidad-financiera-vs-accionistas-de-bancos-rescatados-sentencia-del-tjue-de-5-de-mayo-de-2022-asunto-c-410-20-banco-popular-banco-santander/>. Consultada el 27/07/2022.

⁹³² COLINO MEDIIVILLA, J.L.: “La resolución del Banco Popular y la STJUE en el asunto C-410/20”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 30/2022. El autor considera que la interpretación del TJUE no es conforme a Derecho porque no interpreta correctamente el régimen de la resolución.

⁹³³ TAPIA HERMIDA, A.: “Estabilidad financiera”, *ibid.*

- 2) La regla especial de aplicación del bail-in a la resolución mediante recapitalización
Esta regla se expresa, entre otros, en el apartado siguiente (el resaltado es nuestro):

*33. Cuando el procedimiento de resolución implique una recapitalización interna, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 57, de la Directiva 2014/59, el artículo 53, apartado 1, de esta prevé que la reducción de capital o la conversión o la cancelación permitidas por dicha recapitalización interna serán vinculantes de forma inmediata para los accionistas y acreedores afectados. Como se establece en el artículo 53, apartado 3, de dicha Directiva, cuando una autoridad de resolución reduzca a cero el principal o el importe pendiente de un pasivo, **cualesquiera obligaciones o reclamaciones derivadas del mismo que no hayan vencido en el momento de la resolución se considerarán liberadas a todos los efectos y no podrán oponerse a la entidad de crédito o a la empresa de servicios de inversión objeto de una medida de resolución o a otra sociedad que la suceda, en una eventual liquidación posterior**”.*

- 3) En cuanto a la defensa de los derechos de los accionistas de la entidad financiera rescatada, la Sala establece dos reglas⁹³⁴:

- a) La regla general de protección de los accionistas/inversores por el Derecho de sociedades⁹³⁵.
- b) La regla excepcional de eliminación de los mecanismos de protección de los derechos de los accionistas/inversores en los casos de resolución mediante recapitalización interna:

“37 Por lo tanto, la Directiva 2014/59 establece el recurso, en un contexto económico excepcional, a un procedimiento que puede afectar, en particular, a los derechos de los accionistas y de los acreedores de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión, a fin de preservar la estabilidad financiera de los Estados miembros, al crear un régimen de insolvencia que constituye una excepción al régimen general de los procedimientos de insolvencia, cuya aplicación únicamente se autoriza en circunstancias excepcionales y debe estar justificada por un interés general superior. El carácter excepcional de este régimen implica que cabe descartar la aplicación de otras disposiciones del Derecho de la Unión cuando estas puedan

⁹³⁴ TAPIA HERMIDA, A.: “Estabilidad financiera”, *ibid.*

⁹³⁵ “38 A este respecto, en el considerando 120 de la Directiva 2014/59 se puntualiza que las excepciones incluidas en esta Directiva a las normas obligatorias para la protección de los accionistas y acreedores de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de las directivas de la Unión sobre Derecho de sociedades, que pueden suponer un obstáculo para la actuación eficaz y la utilización de competencias e instrumentos de resolución por parte de las autoridades competentes, no solo deben ser adecuadas, sino también estar definidas de manera clara y precisa, a fin de garantizar la máxima seguridad jurídica para los interesados.

privar de eficacia u obstaculizar la aplicación del procedimiento de resolución”.

En síntesis, se declara la prevalencia del interés público sobre el interés privado de los accionistas que ejercitan acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones por vicio en el consentimiento⁹³⁶. La Sentencia aplica un razonamiento del tipo coste/beneficio (el resaltado es nuestro):

“48. A este respecto, es preciso subrayar que la Directiva 2014/59 también establece un mecanismo de salvaguardia para los accionistas y acreedores de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión objeto del procedimiento de resolución. A tenor del artículo 73, letra b), de dicha Directiva, al que remite el artículo 34, apartado 1, letra g), de esta, en dicho procedimiento se reconoce a los accionistas y a los acreedores el derecho a un reembolso o a una indemnización por sus créditos que no sea inferior a la estimación de lo que habrían recibido si la totalidad de la entidad o empresa de que se trate hubiera sido liquidada con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios”.

La Sala resuelve la contraposición de intereses públicos y privados en favor de los primeros:

“51. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que las disposiciones del artículo 34, apartado 1, letra a), en relación con las del artículo 53, apartados 1 y 3, y con las del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, letras b) y c), de la Directiva 2014/59 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, con posterioridad a la amortización total de las acciones del capital social de una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión objeto de un procedimiento de resolución, quienes hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por dicha entidad o dicha empresa, antes del inicio de tal procedimiento de resolución, ejerciten, contra esa entidad o esa empresa o contra la entidad que la suceda, una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, como se prevé en el artículo 6 de la Directiva 2003/71, o una acción de nulidad del contrato de

⁹³⁶ “41. Por lo que respecta, en particular, a la acción para exigir la responsabilidad por la información contenida en el folleto de venta de valores prevista en el artículo 6 de la Directiva 2003/71, esta acción, como manifestó el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, está comprendida en la categoría de las obligaciones o créditos que se consideran liberados a todos los efectos, siempre que no hayan vencido en el momento de la resolución, y que, por consiguiente, no pueden oponerse a la entidad de crédito o a la empresa de servicios de inversión objeto de resolución, o a la entidad de crédito que la haya sucedido, como resulta del propio tenor del artículo 53, apartado 3, de la Directiva 2014/59 e, implícitamente, del artículo 60, apartado 2, párrafo primero, de esta Directiva.

42. Lo mismo cabe decir por lo que respecta a una acción de nulidad de un contrato de suscripción de acciones, ejercitada contra la entidad de crédito o la empresa de servicios de inversión emisora del folleto o contra la entidad que la suceda, una vez aplicado el procedimiento de resolución”.

suscripción de esas acciones, que, habida cuenta de sus efectos retroactivos, da lugar a la restitución del contravalor de tales acciones, más los intereses devengados desde la fecha de celebración de dicho contrato”.

La consecuencia es la inviabilidad de las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones, así como la falta de legitimación activa y pasiva de las partes, incluida la entidad sucesora, en este caso, Banco Santander.

Los accionistas que hayan adquirido acciones en el marco de una oferta pública de suscripción emitida por una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, antes del inicio de tal procedimiento de resolución carecen de legitimación activa sustancial para ejercitar las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones.

La entidad de crédito o la empresa de servicios de inversión sometida a un procedimiento de resolución mediante recapitalización interna o la entidad que las suceda carecen de legitimación pasiva sustancial para soportar las acciones de responsabilidad por la información contenida en el folleto y de nulidad del contrato de suscripción de acciones.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁹³⁷ señala que la STJUE de 5 de mayo de 2022 implica que, aun en el hipotético caso de que un ordenamiento nacional contemplara entre las consecuencias de la nulidad la eliminación ex tunc de todos los efectos del contrato, incluida la condición de accionista de los demandantes, el principio de primacía del derecho comunitario haría prevalecer la interpretación mantenida. Por ello, “conviene limitar el alcance del viejo aforismo de que el contrato nulo no produce ningún efecto, pues no parece que el llamado efecto retroactivo de la nulidad permita borrar del plano fáctico cualquier evento que tuviera causa del contrato anulado. La eficacia ex tunc de la nulidad ha de limitarse, conforme al art. 1.303 CC, a la restitución recíproca de los desplazamientos patrimoniales realizados entre las partes, pero al margen de estos desplazamientos patrimoniales, de un contrato pueden derivar una multiplicidad de efectos en el plano fáctico que una declaración posterior de nulidad no puede borrar”. Y es que una cosa es restituir y otra cosa eliminar el pasado.

1.2.4 Sentencias del Tribunal General de la UE

La Sala Tercera ampliada del Tribunal General de la UE dictó cinco sentencias en fecha 1/06/2022 en los asuntos T-481/17 (Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno y SFL / JUR), T-510/17 (Del Valle Ruiz y otros / Comisión y JUR), T-523/17 (Eleveté Invest Group y otros / Comisión y JUR) T-570/17 (Algebris (UK) y Anchorage Capital Group / Comisión) y T-628/17 (Aeris Invest / Comisión y JUR), desestimando en todas ellas los

⁹³⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “El tribunal de justicia de la UE y la frustración de los accionistas del Banco Popular”, Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas, 18/10/2022. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>.

recursos de las partes demandantes que solicitaban la anulación del Dispositivo de resolución de Banco Popular de 7 de junio de 2017 y de la Decisión 2017/1246, así como las pretensiones de indemnización⁹³⁸. Hay que señalar que contra las resoluciones del Tribunal General puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

En estas sentencias el Tribunal General se pronuncia por primera vez sobre la legalidad de una decisión relativa a un dispositivo de resolución adoptada por la JUR⁹³⁹. Por ello, las Sentencias comienzan describiendo el marco jurídico de la creación de una Unión Bancaria en la Unión Europea, a raíz de la crisis financiera de 2008, para lo cual se adoptó el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución.

En lo que aquí interesa, destacamos la prioridad que otorga el tribunal a la protección de la estabilidad de los mercados financieros sobre los derechos de los accionistas de Banco Popular, al declarar que la restricción del derecho de propiedad de los accionistas estuvo justificada y fue proporcionada. Banco Popular se hallaba en graves dificultades o probablemente iba a estarlo y no existían medidas alternativas que pudieran impedir esa situación; por ello, la decisión de amortizar y convertir los instrumentos de capital de Banco Popular en el dispositivo de resolución no constituyó una intervención desmesurada e intolerable que afectara a la propia esencia del derecho de propiedad de las partes demandantes, sino que debe considerarse una restricción justificada y proporcionada de su derecho de propiedad⁹⁴⁰.

1.3 Conclusión

La mejor solución a los problemas que plantea la aplicación del art. 130.2 CP a las adquisiciones por fusión o escisión que se enmarquen en un procedimiento de resolución de entidades de crédito, sería introducir una previsión que expresamente los excluyera del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP. Dicha exclusión vendría justificada en aras a preservar un interés público de la UE, la estabilidad del mercado financiero único.

Podría considerarse, a estos efectos, que el perímetro de la sucesión universal queda limitado cuando la fusión o escisión se produce en el marco del procedimiento administrativo especial del Reglamento (UE) n.º 806/2014. El art. 24, al regular el instrumento de venta del negocio, impone que el dispositivo de resolución establezca los instrumentos, activos, derechos y pasivos que serán transmitidos; es decir, no se transmite necesariamente la totalidad del activo y pasivo, sino lo que establezca el dispositivo de resolución. Aplicando el mismo criterio, el art. 26 dispone, para el caso de segregación de activos, que el dispositivo de resolución establecerá los activos, derechos y pasivos que serán transmitidos. La sucesión solo se produciría así dentro del perímetro fijado por el dispositivo.

⁹³⁸ TAPIA HERMIDA, A.: “Desestimación íntegra de los recursos de anulación del dispositivo de resolución de Banco Popular mediante su venta al Banco Santander: Sentencias del Tribunal General de la UE de 1 de junio de 2022”, entrada de 9 de junio de 2022 en su blog [Alberto J. Tapia Hermida, Autor en El Blog de Alberto J. Tapia Hermida \(ajtapia.com\)](https://ajtapia.com). Consultado el 10/06/2022.

⁹³⁹ TAPIA HERMIDA, A., entrada de 8/06/2022. Consultado el 27/06/2022.

⁹⁴⁰ Apartados 258 a 273 y 478 a 535 de la Primera Sentencia de 1 de junio de 2022 dictada en el asunto T-481/17, Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno y SFL / JUR.

Sandra Schuller

A falta de dicha previsión, la opción de ordenar la crisis del procedimiento, ya en fase de instrucción, cuando concurren las condiciones y requisitos de la eximente del art. 31 bis (implementación de un modelo de organización y gestión), puede ser la opción más adecuada.

2. Caixa d' Estalvis del Penedès - Banco de Sabadell (STS n.º 530/2019)

La STS n.º 530/2019, de 31-10-2019 (ponente, MAGRO SERVET), al hilo del recurso de Banco de Sabadell, condenado como responsable civil subsidiario, aprovecha para tomar postura acerca de la interpretación y alcance del art. 130.2 CP, si bien con carácter de *obiter dicta* (la acción penal se dirigió únicamente contra las personas físicas).

2.1 Hechos

Los hechos enjuiciados se refieren a las disposiciones de efectivo de la cuenta bancaria de la mercantil CONESA 2007 PROMOCIONS, S.L, que fueron calificados como delito continuado de apropiación indebida, resultando condenado un empleado de la oficina de Caixa d' Estalvis del Penedès en la que estaba domiciliada la cuenta y Banco de Sabadell como responsable civil subsidiario.

Caixa d' Estalvis del Penedès, en fecha 14 de septiembre de 2011, segregó y transmitió en bloque a Banco Mare Nostrum, S.A. el conjunto de elementos patrimoniales principales y accesorios que componían su negocio financiero, entendido en el sentido más amplio, esto es, la totalidad de los activos, pasivos, derechos, obligaciones y expectativas, con excepción de la participación de dicha Caja en el propio Banco cesionario y los activos y pasivos afectos a su obra social. A su vez, el 31 de mayo de 2013, Banco Mare Nostrum, S.A. (BMN) cedió y transmitió a Banco de Sabadell los activos, pasivos y demás elementos que integraban el negocio bancario de la Dirección Territorial de Cataluña y Aragón, en la modalidad de cesión global de activo y pasivo.

La AP consideró que la responsabilidad civil dimanaba de la conducta de los anteriores empleados de Caixa d' Estalvis del Penedès, con independencia de que se hubiera declarado dicha responsabilidad o se hubiera ejercitado la acción correspondiente con anterioridad a la fecha de la transmisión, es decir, el 14 de septiembre de 2011, porque la obligación nació antes de la transmisión.

2.2 Fallo

El TS mantiene la condena del Sabadell como responsable civil subsidiario, aunque el empleado condenado no llegó a integrarse en la plantilla del Banco Sabadell, sino que quedó en BMN, considerando que

“cuando el Banco de Sabadell adquiere el negocio bancario correspondiente a la Dirección Territorial del BMN en Aragón y Cataluña, lo que adquiere es todos los activos y pasivos de este territorio, y dentro de este pasivo se encuentra el generado a Caixa del Penedés por la actividad delictiva de su empleado cometida en su oficina 0112 de Barcelona, cuya vinculación laboral no se discute. Dado que la cesión conlleva la correspondiente sucesión de empresas y que las cuentas y depósitos de los clientes del territorio de Aragón y Cataluña formaban parte del pasivo adquirido por el Banco de Sabadell, dicha entidad debe responder como responsable civil subsidiario (...) dado que la cesión conlleva la correspondiente sucesión de

empresas y que las cuentas y depósitos de los clientes del territorio de Aragón y Cataluña formaban parte del pasivo adquirido por el Banco de Sabadell, dicha entidad debe responder como responsable civil subsidiario sin que pueda mantenerse que no asume las responsabilidades civiles derivadas de actos ilícitos que integran el pasivo transmisible y asumible por quien recibe la cesión del activo, pero, también, del pasivo. Y la responsabilidad civil del art.120.4 CP no puede quedar extinguida en supuesto de acuerdo de cesión ex Ley 3/2009”.

A continuación, la sentencia se refiere al art. 130.2 CP, tras establecer un paralelismo entre “la transmisibilidad de la responsabilidad civil en supuestos de cesión, o cualesquiera de las formas que prevé la Ley 3/2009” y “este régimen de transmisión” que “se plasma hasta en la responsabilidad penal en su caso”, realiza las siguientes consideraciones:

En primer lugar, parece presuponer que la adquisición ha de tener una finalidad elusiva para exigir responsabilidad penal a la adquirente, al señalar (FJ 20º)

“Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los nº 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social”.

En el mismo sentido puede interpretarse la aseveración de que el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende

“que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para “escapar” de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta “la pena” impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex art. 31 bis CP”.

De forma novedosa, la sentencia propone incluir en el ámbito de aplicación del precepto todas las modalidades de operaciones contempladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, incluyendo así la cesión global de activo y pasivo

“existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del art. 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 y ss Ley 3/2009”

2.3 Comentario

En contra de la tesis aquí defendida, el TS viene a considerar, en este primer pronunciamiento, que el art.130.2 CP se aplica también en caso de cesión global de activos y pasivos. No parece considerar que la inclusión de la cesión global de activo y pasivo en el párrafo primero venga a suponer una aplicación analógica del precepto a un supuesto de hecho no previsto. Entendemos, como hemos desarrollado en otros capítulos, que el supuesto, tratándose de una operación fraudulenta, encuentra mejor encaje en el párrafo segundo del artículo.

Por otra parte, entendemos que la cesión global de activo y pasivo en el primer párrafo solo estaría justificada cuando se tratara de una cesión global liquidatoria, conducente a la extinción de la entidad cedente, por las mismas razones que consideramos más adecuada una interpretación restrictiva del precepto, limitada a los supuestos de fusión y escisión total. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la cesionaria puede ser tanto una persona jurídica como una persona física, lo que impide extender sin más el régimen legal aplicable a la fusión y escisión.

3. Caso Bankia-BFA (SAN 13/2020)

3.1 Hechos

El mediático caso Bankia-BFA concluyó con la sentencia nº 13/2020 de la Audiencia Nacional (Penal), sec. 4ª de 29-09-2020. En el proceso se enjuició la salida a Bolsa de Bankia, S.A. (en adelante, Bankia) en julio de 2011 y los estados de cuentas relativos a los ejercicios fiscales de 2010 y 2011; fueron acusados por delito de falsedad contable del art. 290 CP y estafa de inversores del art. 282 bis CP tanto los directivos de la entidad como la misma Bankia (resaltando la sentencia el error que suponía, por parte de las acusaciones particulares, imputar el delito del art. 282 bis CP a una persona jurídica) y también, por lo que aquí interesa, el Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (en adelante, BFA)⁹⁴¹. La absolución de todas las personas físicas acusadas por falta de prueba, unida a la falta de concreción de los hechos punibles que se imputaban a las personas jurídicas, explica que la sentencia se limitara a examinar brevemente las alegaciones de la defensa y no entrara en el examen del título de imputación del BFA.

El Ministerio Fiscal solicitó la absolución de Bankia, BFA y Deloitte, en atención a la actuación del nuevo equipo gestor de Bankia y BFA, liderado por José Ignacio Goirigolzarri, considerando que habían acreditado una «cultura ética y empresarial» merecedora de una exoneración de la imputación jurídica, remarcando la «ruptura completa» del órgano de administración, así como la composición «distinta» del capital tras la entrada del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) como principal accionista con el 100% de BFA. Es decir, la Fiscal solicitó la exención prevista en el art 31 bis tanto respecto de los bancos como respecto de Deloitte, sobre la que el Ministerio Fiscal señaló que “se le establece el régimen de exención a las personas jurídicas al haber adoptado «modelos de organización, vigilancia y control para prevenir los delitos objeto del presente caso».

La sentencia acoge la tesis del Ministerio Público, resaltando que el comportamiento de las dos entidades bancarias acreditaba el compromiso de sus dirigentes con una cultura ética empresarial, lo que justificaría la exención de la pena que podría haberles correspondido. Toma en cuenta que a partir del 18 de febrero de 2016⁹⁴², BANKIA

⁹⁴¹ La integración de siete Cajas de Ahorros dio origen a la constitución de su Sociedad Central, Banco Financiero y de Ahorros (BFA). La Junta general de accionistas de BFA acordó ampliar su capital social a través de la emisión de acciones ordinarias que fueron suscritas y desembolsadas íntegramente por las Cajas accionistas en proporción al porcentaje que ostentaron en BFA mediante aportación no dineraria consistente en los derechos de mutualización a favor del banco. La operación se articuló como una “adquisición inversa”, de manera que BFA, sociedad adquirida por las Cajas, aun siendo filial de éstas, se constituía como sociedad adquirente a efectos contables. Posteriormente, entre los días 14 y 17 de febrero de 2011, los Consejos de Administración de las 7 Cajas y de BFA aprobaron por unanimidad los proyectos de segregación de los activos y pasivos bancarios y parabancarios de las Cajas para su integración en BFA (“Primera Segregación”). El 16 de mayo de 2011 BFA segregó en favor de BANKIA (“Segunda Segregación”) una gran parte de los negocios bancarios y parabancarios que había recibido de las Cajas. Así, BFA cedió en bloque la mayor parte de sus activos y pasivos bancarios a cambio de acciones de BANKIA, reteniendo algunos activos y pasivos de peor calidad. El 28 de junio de 2011 las juntas generales de accionistas de BFA y BANKIA aprobaron poner en marcha la salida a Bolsa de BANKIA

⁹⁴² A esta fecha, dos SSTs de 3 de febrero de 2016 habían confirmado ya la nulidad de la suscripción de la OPS.

procedió a devolver el importe íntegro de su inversión inicial a todos los accionistas minoristas que acudieron a la salida a Bolsa⁹⁴³.

3.2 Comentario

DEL ROSAL BLASCO y LIGHTOWLER-STAHMBERG⁹⁴⁴ sostienen que en las situaciones de toma de control por parte del FROB de una entidad financiera, como es el caso de BFA/Bankia, estamos en realidad ante una nueva realidad societaria. Al tratarse de una reestructuración ordenada por ley, la BFA y la Bankia anteriores a la reestructuración no son las mismas entidades que las posteriores, cambio que proponen asimilar a una absorción o adquisición de activos y pasivos a la que no se debería aplicar el art. 130.2 CP. Entienden que la “*sustitución accionarial y saneamiento patrimonial rompe con toda la situación anterior de la entidad, en términos de gobierno corporativo y en términos de sucesión del patrimonio de la entidad, hasta el punto de que se puede hablar de una auténtica «refundación» en términos corporativos y patrimoniales*”.

Como alternativa a la postura de estos autores, hemos defendido⁹⁴⁵ que la toma en consideración de conductas posteriores a los hechos enjuiciados llevadas a cabo por la entidad adquirente, como puede ser la renovación de la cúpula directiva, la devolución de la inversión a los accionistas, u otras actuaciones, son circunstancias valorables en la aplicación de las eximentes y atenuantes previstas en el art 31 bis CP. No condicionan, sin embargo, la aplicación del art. 130.2 CP, por cuanto no constituyen ni desvirtúan el supuesto de hecho previsto en la norma, que se ciñe a la consideración de la entidad adquirente (beneficiaria de la fusión o escisión) como la sucesora (en idéntica posición jurídica respecto al delito cometido) de la persona en cuyo seno se cometió el delito antes de la adquisición. Lo contrario sería limitar la operatividad del art. 130.2 CP a los supuestos de reestructuración intragrupo, dado que rara vez se dejará de renovar el equipo directivo anterior tras la adquisición o toma de control de otra empresa.

⁹⁴³ Sobre este caso, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA”, en MARIMÓN DURÁ, R. (dir.): *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 21-44.

⁹⁴⁴ DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P.: “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia”, *Diario LA LEY*, n.º 9126, de 25 de enero 2018.

⁹⁴⁵ SCHULLER RAMOS, S.S.: “Análisis del art. 130.2 del Código Penal: responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la empresa adquirida. Continuidad patrimonial o económica de la empresa”, *La Ley Penal*, n.º 155, 2022.

4. Banco de Valencia-Caixabank (STS 6/2022 de 12-01-2022)

La STS 6/2022, de 12-01-2022 (ponente, Leopoldo Puente Segura), fundamenta la transmisión de la condición de perjudicada por el delito (originariamente, Banco de Valencia) a la sociedad absorbente (Caixabank), en su condición de adquirente de los derechos y obligaciones de la entidad absorbida por sucesión universal, estableciendo un paralelismo con el supuesto previsto en el art. 130.2 CP. Dice así:

“la fusión de sociedades, bajo distintas fórmulas, constituye un acto corporativo por virtud del cual dos o más de ellas, previa disolución de alguna (absorción) o de todas ellas (creación de una nueva sociedad), confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. Lo característico, en todo caso, de esta clase de negocios corporativos es que las sociedades que se extinguen al fusionarse transmiten en bloque la totalidad de su patrimonio a la nueva sociedad resultante o a la absorbente. La sucesión se produce, y esta es una de sus características esenciales, a título universal (in universum ius). Ello permite que los distintos bienes, derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas se transmitan como un todo a la nueva o a la absorbente. Nos encontramos así ante un supuesto de sucesión universal corporativa ...

En el caso, es evidente que Caixabank, S.A no fue engañada, en tanto no actuaba como prestamista en el contrato que determinó la existencia de un desplazamiento patrimonial. Y es obvio que tampoco en ese momento, cuando se cometió el delito, padeció perjuicio alguno en su patrimonio. Sí pudo serlo, en cambio, -- para el caso de que la existencia del referido engaño se confirmara, extremo que naturalmente no prejuzgamos--, Banco de Valencia. Dicha mercantil, sin embargo, se extinguió posteriormente pasando a ser absorbida por Caixabank, S.A., que llegaba así a ostentar la titularidad de cuantos bienes, derechos y obligaciones conformaban el patrimonio de aquélla. Mal puede sostenerse, por lo tanto, que la hoy recurrente no haya resultado perjudicada por el posible delito, en la medida en que cualquier ilegítima disposición de los bienes de Banco de Valencia, comportaba una disminución, también ilegítima, del valor neto de su patrimonio. Ciertamente que entre la fecha en que el delito pudo ser cometido y el momento en el que se produjo la absorción transcurrieron varios años. Pero el problema, por lo que ahora importa, sería el mismo si la fusión se hubiera materializado solo unos días después (o, incluso, tras haberse ejercitado la acción penal por Banco de Valencia). Un entendimiento como el aquí sostenido en la sentencia que se impugna, obligaría a considerar que la fusión por absorción (o la simple transformación o escisión) de la persona jurídica

titular del bien lesionado por el delito, inmediatamente perjudicada por el mismo, determinaría la irremisible pérdida de la posibilidad de ejercitar la acusación particular con relación a aquél ilícito penal, tanto con respecto a la sociedad absorbida (y extinta) como a la absorbente.

Específicamente, y en lo que aquí importa, se refiere específicamente al propio art. 130.2 CP, concluyendo

“A mayor abundamiento, el artículo 130.2 del Código Penal determina expresamente que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o a la entidad o entidades que resulten de la escisión (sin perjuicio de que el juez o tribunal pueda moderar el traslado de la pena a la persona jurídica resultante). Y si ello es así, en el consustancialmente más rígido marco de la propia responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto más habrá de serlo, si no se quiere que se resienta gravemente la coherencia del sistema todo, en cuanto a la trasmisión a la sociedad resultante de la condición de perjudicada por el delito”.

En esta sentencia, por tanto, si bien con carácter de *obiter dicta*, el TS no considera que la aplicación del art. 130.2 CP deba limitarse a los supuestos de fusión o escisión fraudulenta.

BLOQUE V

1. Conclusiones

- 1.1.El art. 130 establece las causas de extinción de la responsabilidad penal (apartado primero) y las causas de no-extinción de la responsabilidad penal (apartado segundo, párrafos primero y segundo).
- 1.2.La exclusión expresa de la transformación, fusión y escisión como causas de extinción de la responsabilidad penal es acorde con la doctrina del TJUE y del TEDH que se conoce como “continuidad económica y funcional”, que se fundamenta en la necesidad de impedir que la fusión o escisión implique, en caso de extinción de la sociedad originariamente responsable del ilícito, la extinción de la responsabilidad (ya sea administrativa o penal).
- 1.3.El art. 130.2 apartado primero CP se aplica a los supuestos de transmisión de empresas mediante fusión o escisión, ya sea a favor de entidades ya existentes o de nueva creación. No es necesario que concurra un propósito fraudulento, basta que se haya producido una transformación, una fusión o una escisión, si bien este elemento subjetivo sí tiene consecuencias en la responsabilidad penal de las entidades beneficiarias.
- 1.4.Siempre que exista una transmisión de la parte contaminada, la entidad “sucesora” tras la fusión o escisión no es “otra” persona jurídica distinta a la entidad fusionada o escindida, ya que por sucesión universal se subroga en la posición jurídica de la entidad originariamente responsable del delito.
- 1.5.La doctrina del levantamiento del velo, que permite tomar en consideración la realidad económica, prescindiendo de las formas del Derecho de sociedades, para excluir los efectos de la personalidad jurídica (en especial, la responsabilidad limitada de las sociedades de capital), no es el fundamento de la norma contenida en el art. 130.2 CP, sino un mecanismo alternativo de imputación de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, por la vía directa del art. 31 bis. Ahora bien, la mera pertenencia de las sociedades intervinientes en una adquisición (v.g. fusión o escisión) a un grupo de empresas no justifica el “levantamiento del velo”; es necesario que concurren los requisitos que justifican la aplicación de esta doctrina, de creación jurisprudencial extranjera (EE. UU) y que ha sido acogida por nuestros tribunales (STS de la Sala Civil n.º 330/1984, de 28 de mayo de 1984 y STS de la Sala Penal n.º 274/1996, de 20 de mayo de 1996).
- 1.6.El art. 130.2 CP (ambos párrafos) puede resultar aplicable tanto a operaciones entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas como a operaciones celebradas entre partes independientes (es decir, que no pertenecen al mismo grupo). Ahora bien, los supuestos de adquisición intragrupo en los que concurren las circunstancias que justifican la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo pueden tener una solución distinta a la propuesta para las operaciones suscritas entre partes no sujetas a una dirección económica unitaria (lo que determina la existencia del grupo). La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo permite considerar que estamos ante una misma persona jurídica, que responde directamente en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP, mientras que la responsabilidad que establece el art.

130.2 CP se fundamenta en la transmisión de la responsabilidad por sucesión universal de la precedente (v.g. fusionada, escindida) a la sucesora (v.g. absorbente, entidad de nueva creación).

- 1.7. En modalidades de transmisión de empresa distintas a la fusión y escisión no cabe aplicar el primer párrafo del art. 130.2 CP. El traslado o extensión de la responsabilidad penal debe limitarse a los supuestos expresamente previstos por el legislador, en virtud del principio de legalidad y prohibición de la analogía que rige en material penal. No se incluyen, por tanto, operaciones que pueden tener el mismo efecto económico que la fusión o escisión, pero que constituyen modificaciones estructurales, operaciones societarias o, en general, contratos, distintos a la fusión y escisión.
- 1.8. En las operaciones de **fusión**, el apartado primero del art. 130.2 CP establece el traslado de la responsabilidad penal a la entidad sucesora, ya se trate de una entidad ya existente (absorbente) o de nueva creación. El traslado de la responsabilidad penal tiene como fundamento la sucesión universal producida en las relaciones jurídicas del patrimonio transmitido. En este caso, el juez penal puede moderar el traslado de la pena, atendiendo a las circunstancias de la entidad resultante.
- 1.9. Una interpretación teleológica del art. 130.2 CP aconseja limitar el término “escisión” a los supuestos de escisión total. Es decir, quedarían fuera del ámbito de aplicación del art. 130.2 CP los casos de escisión parcial y de segregación, supuestos en los que la sociedad originariamente responsable del delito sigue existiendo tras la escisión y, por tanto, ninguna previsión es necesario adoptar respecto a la no-extinción de su responsabilidad, ya que nada impide que pueda ser condenada cuando se cumplan los requisitos del art. 31 bis. Como no hay traslado ni extensión de la responsabilidad penal, las sociedades beneficiarias no responderán penalmente.
- 1.10. Esta norma general puede exceptuarse cuando la escisión parcial constituya una maniobra fraudulenta, es decir, cuando tenga como propósito eludir la responsabilidad penal de la entidad originariamente responsable del delito. Basta para ello realizar una lectura conjunta de lo dispuesto en los dos párrafos del art. 130.2 CP.
- 1.11. Por otra parte, hay que tener en cuenta que cuando se trate de una escisión intragrupo que cumpla los requisitos para aplicar la doctrina del levantamiento del velo, podrá exigirse responsabilidad penal tanto a la sociedad escindida parcialmente, que sigue existiendo, como a las sociedades beneficiarias. En este caso, sin embargo, el fundamento no es la sucesión universal (art. 130.2 CP), sino la consideración de las distintas entidades como una sola persona, que responde en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis CP.
- 1.12. En todo caso, aunque se opte por incluir los supuestos de **escisión parcial** y **segregación** dentro del ámbito de aplicación del precepto, para activar el mecanismo de traslado o extensión de la punibilidad previsto será necesario que la(s) entidad(es) beneficiaria(s) haya(n) adquirido una unidad económica contaminada. Lo contrario, es decir, trasladar o extender la responsabilidad penal a una entidad que ha adquirido una parte de la empresa no contaminada, supondría vulnerar el principio de culpabilidad, porque la entidad absorbente o beneficiaria de la parte escindida sería “otra persona” respecto a la sociedad originariamente responsable; en este caso, la “sucesión” no tiene lugar respecto a una parte contaminada. Así:

- a) Cuando el delito se cometa por uno de las personas comprendidas en el apartado (a) del art. 31 bis 1 CP (representantes, administradores y directivos), en principio, toda la empresa se verá contaminada, por lo que cualquiera de las entidades beneficiarias de la escisión sucederá en una parte contaminada. Sin embargo, si el delito lo comete una persona comprendida en el apartado (b) del art. 31 bis 1 CP, puede no contaminar todas las unidades económicas; habrá que distinguir si la parte contaminada se ha transmitido o no y, en el primer caso, a qué PJ.
- b) Salvo que se trate de una operación fraudulenta, el principio de culpabilidad impone, como presupuesto para que opere la regla de imputación del art. 130.2 CP, que la unidad económica donde se cometió el delito sea transmitida a aquella entidad a quien se exige responsabilidad penal. Cumplido este requisito, no hay vulneración del principio de culpabilidad: en virtud de la sucesión universal que opera en caso de escisión, la persona jurídica originariamente responsable del delito continua en la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión, que no es “otra”.
- c) El juez penal tendrá la facultad de moderar la pena tanto en caso de fusión como de escisión. Lo determinante para su ejercicio son las circunstancias de la operación y, en particular, si la sociedad a quien se transmite la parte escindida está formada por los mismos socios de la sociedad contaminada escindida o bien se trata de terceros ajenos a la misma. La facultad de moderación así interpretada se aplica tanto cuando la sociedad beneficiaria absorbe a la sociedad contaminada (fusión por absorción) como cuando absorbe solo una parte (que habrá de constituir una unidad económica) de la sociedad contaminada (escisión-absorción).
- d) El ejercicio de la facultad de moderación debe tener en cuenta las características de la operación y la situación y estado de la parte contaminada tras la operación, en particular, de aquellas circunstancias que posibilitaron la comisión del delito. No se trata de aplicar una ecuación que parta de un dato meramente objetivo (el valor contable, la facturación, los beneficios, el número de empleados o cualquier otro) para establecer la proporción de la pena de multa entre las sociedades implicadas en la escisión (v.g., si se admite la escisión parcial, entre la sociedad escindida y la sociedad absorbente). El criterio propuesto resulta más respetuoso con los principios de personalidad y proporcionalidad. Aun así, cuando la parte escindida se transmita a una sociedad que no forme parte del mismo grupo de empresas, el juez penal debe ofrecer un razonamiento reforzado que explique los motivos para trasladar o extender la responsabilidad penal y la cantidad concreta de pena impuesta
- e) Cuando la unidad económica contaminada permanezca en la sociedad delincente, es decir, no se incluya en el proyecto de escisión, la entidad absorbente de una parte no contaminada es “otra”, no puede responder por el hecho de la entidad escindida, que le es ajeno. En este caso, la responsabilidad penal solo puede exigirse a la empresa escindida.
- f) Cuando la beneficiaria de una unidad económica contaminada es una sociedad de nueva creación íntegramente suscrita por los socios de la sociedad originariamente responsable del delito, no procede aplicar la facultad de moderación de la pena.

En este caso, la propiedad última no cambia, los socios de la sociedad escindida serán los socios de la nueva sociedad beneficiaria de la parte escindida. En este caso, la proporción entre las entidades participantes (valoración contenida en el proyecto de escisión) puede ser un criterio suficiente para determinar la responsabilidad penal de cada una.

- 1.13. La previsión contenida en el apartado primero del art. 130.2 CP no impone la condena de la entidad sucesora por el mero hecho de la fusión o escisión. Constituyen hechos que permiten aplicar el régimen de responsabilidad penal previsto en el art. 31 bis a una entidad formalmente distinta (de ahí la denominación que utilizamos de “norma de extensión de la punibilidad”). Por ello, en caso de fusión o escisión, la eficacia de los programas de cumplimiento (eximente o atenuante) debe evaluarse respecto a la entidad adquirente para determinar su responsabilidad.
- 1.14. La fusión y la escisión son mecanismos diseñados para facilitar la reestructuración y transmisión de empresas frente a los procedimientos del derecho común. El art. 130.2 CP puede suponer un freno a este tipo de operaciones. Frente a este riesgo, la regla de imputación encuentra su justificación en la necesidad de evitar que se vean desprotegidos los intereses de las víctimas del delito y garantizar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado tras la extinción de la persona jurídica y, de forma más discutible, tras su reducción en caso de escisión parcial o segregación.
- 1.15. La entidad absorbente o resultante de una fusión o escisión podrá invocar la exención prevista en el art. 31 bis (implementación de modelos de organización y gestión) cuando (i) con carácter previo a la adquisición, haya realizado una adecuada *due diligence*, atendidas las circunstancias del caso, y (ii) tras la operación, haya integrado a la empresa adquirida en su programa de cumplimiento, adoptando las medidas adecuadas para corregir o subsanar cualquier déficit de control que hubiera sido detectado, antes o después de la adquisición. Sobre esta cuestión, la Guía elaborada por el DOJ y la SEC para la aplicación de la FCPA resulta ilustrativa de los escenarios posibles y las soluciones adoptadas en EE. UU. Estas circunstancias son también relevantes en el ámbito de aplicación de la facultad de moderación prevista en el art. 130.2 CP.
- 1.16. La **disolución**, por sí sola, no es causa de extinción de la responsabilidad penal. La persona jurídica disuelta, incluso “en liquidación”, conserva su personalidad jurídica. Dirigida la acción penal contra una persona jurídica, no hay razón para que su disolución determine la extinción de la responsabilidad penal, con independencia de si ella misma, u otra persona, física o jurídica, continúa la actividad empresarial.
- 1.17. La entidad disuelta, pero no liquidada, puede cometer delitos, puede ser declarada responsable y debe responder con su patrimonio de las penas que se le impongan.
- 1.18. La mera concurrencia de la triple identidad de clientes, empleados y proveedores no basta para tachar de fraudulenta una venta o cesión de empresa.
- 1.19. En caso de extinción fraudulenta en el que se haya transmitido a otra persona la empresa, la entidad delincuente seguirá respondiendo penalmente en los términos previstos en el art. 31 bis CP del delito cometido antes de la extinción y, a estos efectos, recuperará su capacidad para ser parte en el proceso (doctrina de la personalidad jurídica residual). Respecto a la eventual responsabilidad civil derivada del delito,

responderán los antiguos socios y los liquidadores que hubieran incurrido en responsabilidad (dolo o negligencia, en el caso de sociedad de capital, dolo o culpa grave en el caso de sociedad personalista). Además, el juez penal podrá declarar la nulidad de los efectos prohibidos derivados de la operación fraudulenta. Por otra parte, la transmisión fraudulenta de la empresa podrá ser constitutiva de un nuevo delito en el que habrá participado la entidad adquirente. En suma:

- a) el segundo párrafo del art. 130.2 CP mantiene la responsabilidad penal de la persona jurídica delinciente “disuelta” (*rectius* extinguida) que transmite la empresa concurriendo fraude de ley o abuso de la persona jurídica;
- b) el juez penal puede declarar la nulidad de la operación fraudulenta (por ejemplo, en caso de venta de activos) para restablecer la situación existente con anterioridad y asegurar la ejecución de la pena;
- c) además, puede condenar, como responsables civiles, a los antiguos socios y, si hubieran incurrido en responsabilidad, también a los liquidadores;
- d) la operación por la que se haya llevado a cabo la transmisión puede ser constitutiva, a su vez, de nuevos delitos.

1.20. La mera subsunción de la transmisión de la empresa y desaparición de la entidad contaminada en el supuesto de hecho previsto en el párrafo segundo del art. 130.2 CP, es decir, su consideración como disolución fraudulenta, NO permite trasladar ni extender la responsabilidad penal a la nueva titular de la empresa o negocio. La persona adquirente (que puede ser una persona física o jurídica) es “otra persona” (salvo en los casos excepcionales que luego se dirá), por lo que el traslado o extensión de la responsabilidad penal supondría vulnerar el principio de culpabilidad.

1.21. La operación que busca, precisamente, evitar que pueda hacerse efectiva la responsabilidad por el delito imputable a la persona jurídica “vaciada” (compraventa de activos o cualquier otro negocio jurídico con el mismo efecto económico) podrá ser constitutiva de un nuevo delito (por ejemplo, delito de blanqueo de capitales o frustración de la ejecución), del que responderá la adquirente (sea persona física o jurídica). Además, si continúa la actividad delictiva previa a la adquisición, la nueva titular responderá del delito (si es persona jurídica, en virtud de lo previsto en el art. 31 bis CP, al margen del art. 130.2 CP).

1.22. Como excepción a la norma general establecida para el supuesto de hecho previsto en el segundo párrafo del art. 130.2 CP, será posible imputar en el procedimiento penal, no solo a la sociedad fraudulentamente disuelta, sino también a la adquirente de la empresa contaminada, en dos casos:

- a) cuando se trate de una operación fraudulenta llevada a cabo dentro de un grupo de empresas;
- b) cuando la transmisión de la empresa se lleve a cabo mediante una cesión global de activo y pasivo.

1.23. Cuando se trate de una transmisión fraudulenta de la empresa o establecimiento a otra sociedad del mismo grupo, la responsabilidad penal se podrá exigirse a la entidad cesionaria, ya que estaríamos ante el tipo de caso por excelencia en el que se aplica la

doctrina del levantamiento del velo. Se considera que los socios de la entidad originariamente responsable del delito y de aquella a la que se transmite su empresa han abusado de la persona jurídica y, por tanto, se prescinde de las formas legales o de alguno de los efectos de la personalidad jurídica (responsabilidad limitada de los socios). La responsabilidad penal se exige en este caso a la entidad que continúa la actividad de la PJ fraudulentamente “vacuada”, disuelta o extinguida.

- 1.24. En caso de transmisión fraudulenta mediante una operación de cesión global de activo y pasivo, la subrogación de la entidad adquirente mediante el mecanismo de la sucesión universal permite sostener que no es “otra” persona jurídica distinta, sino la sucesora que continua en la posición jurídica de la cedente. La exigencia de responsabilidad penal a la entidad adquirente, en caso de transmisión fraudulenta de la empresa mediante cesión global de activo y pasivo, no vulneraría el principio de culpabilidad.
- 1.25. Respecto a la pena de multa, tres conclusiones:
- a) La facultad de moderación, cuando resulte aplicable, permite la rebaja de la pena en uno o dos grados.
 - b) Son circunstancias a tener en cuenta para su aplicación tanto la calidad de la due diligence previa a la fusión o absorción, como las medidas adoptadas para corregir o subsanar cualquier déficit de control.
 - c) Si aplicamos el denominado criterio de “neutralidad”, la situación económica a tener en cuenta para fijar la cuota de la pena de multa debe ser el patrimonio de la entidad contaminada en el momento previo a la fusión o escisión.
- 1.26. Cuando la fusión o escisión tiene lugar con posterioridad a la finalización del procedimiento penal contra la persona jurídica originariamente responsable del delito, la cantidad en que se concrete la multa y otras penas impuestas formarán parte del pasivo de la entidad fusionada o escindida, sometiéndose al régimen general aplicable en materia de fusiones y escisiones. El inversor adquiere en este caso una sociedad condenada.

2. Propuestas

Como resultado de este estudio, apuntamos las siguientes propuestas que, entendemos, podrían aportar mayor seguridad y certeza a los operadores jurídicos y económicos, algunas de las cuales incorporan medidas con las que ya cuentan otros ordenamientos para lidiar con la RPPJ en las adquisiciones de empresas:

- 2.1 Precisar el régimen aplicable en caso cesión global de activo y pasivo, de forma que o bien se incluya en el apartado primero del art. 130.2 CP, o bien se excluya del régimen aplicable a la disolución “aparente o encubierta”. Además, convendría precisar qué ocurre cuando la beneficiaria de la cesión sea una persona física.
- 2.2 Con independencia de lo anterior, es necesario reformar la definición auténtica de disolución encubierta o aparente, precisando que la operación debe buscar eludir la responsabilidad penal.
- 2.3 Excluir del ámbito de aplicación del artículo 130.2 CP las ventas homologadas o autorizadas judicialmente o por una autoridad administrativa y, en concreto, las ventas acordadas en un proceso concursal o en un procedimiento de resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión, al amparo de lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 y la Directiva 2014/59 o de las normas que las sustituyan en el futuro.
 - 2.3.1 La enajenación de unidades productivas se configura como una alternativa eficaz de reestructuración, tanto en fase concursal como en fase preconcursal, y la fusión o escisión pueden ser los mecanismos adecuados para la transmisión⁹⁴⁶. Convendría eliminar cualquier asomo de incertidumbre para el posible comprador, excluyendo las operaciones de fusión y escisión que sean homologadas o aprobadas judicialmente del ámbito de aplicación del apartado primero del art. 130.2 CP, salvo que tengan lugar entre personas “especialmente relacionadas”.
 - 2.3.2 Además, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación del segundo párrafo del art. 130.2 CP las ventas de activos acordadas en un procedimiento concursal, no obstante concurrir la triple identidad a que se refiere el precepto. La inclusión de la responsabilidad penal como pasivo “sobrevenido” perjudicaría a todos los acreedores, contrariando el art. 269.2 TRLC (“[e]n el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley”). El Estado, en este caso, a quien el TJUE considera como “acreedor” (STJUE de 5 de marzo de 2015, C-343/13), se vería de esta forma privilegiado respecto al pago de la pena de multa frente al resto de acreedores.

⁹⁴⁶ AZOFRA VEGAS, F.: “Enajenación de unidades productivas”, *ibid.*, señala que la enajenación en conjunto de la empresa, y de los establecimientos o unidades productivas que la integran, o de alguna de ellas, sigue siendo la alternativa preferida en la liquidación. Sobre esta cuestión, PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho mercantil*, n.º 323, 2022

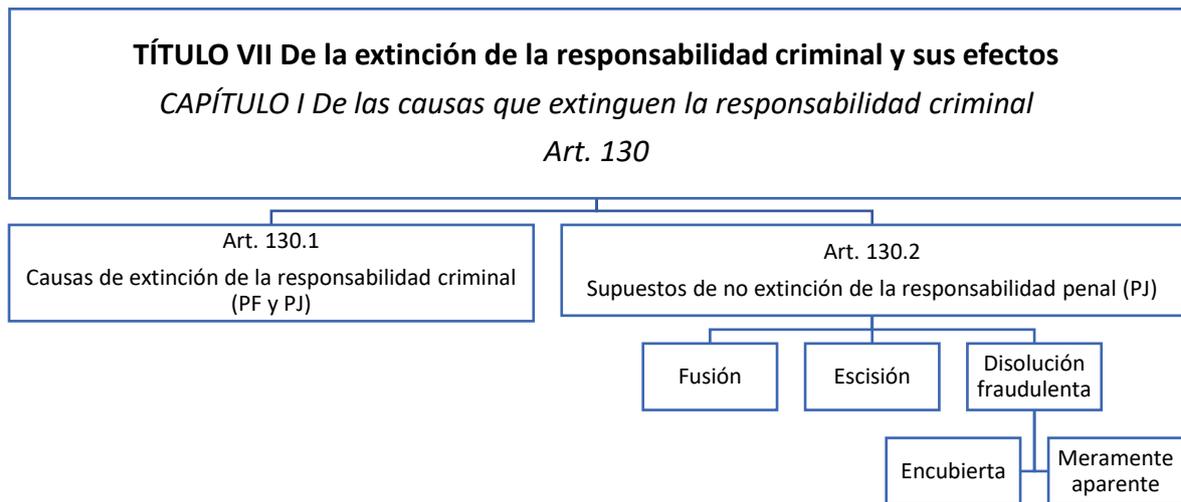
- 2.4 Facultar al Ministerio Fiscal para actuar en materia de RPPJ conforme al principio de oportunidad de forma clara y sin complejos, en línea con sus homólogos en Francia o EE. UU.
- 2.5 Introducir un apartado específico en la regulación de los programas de cumplimiento relativo al supuesto de adquisición de una empresa, tal como ha hecho el legislador peruano (exención de responsabilidad para el adquirente que realiza los esfuerzos necesarios para comprobar si su *target* ha cometido o no alguno de los delitos incluidos en el catálogo de la Ley N.º 30424), o es práctica habitual en EE. UU. y Francia (por ejemplo, acuerdos de enjuiciamiento diferido en procedimientos de corrupción). Al efecto, se pueden tener en cuenta tanto medidas anteriores como posteriores a la adquisición (*due diligence* penal previa adecuada; colaboración con las autoridades, denunciando; adopción de medidas correctivas, como la implementación eficaz de un programa de compliance; la renovación de la cúpula directiva tras la adquisición, etc.).
- 2.6 En caso de escisión, limitar la extensión o transmisión de la responsabilidad penal a la entidad sucesora de la unidad económica donde se hubiera cometido el delito, excluyendo a aquellas entidades beneficiarias, participantes en la escisión, que no adquieran la unidad contaminada, siempre que no se trate de una escisión fraudulenta o la escisión tenga lugar en un grupo de empresas.
- 2.7 Las partes interesadas en adquirir una sociedad deberían contar con la posibilidad de comprobar la inexistencia de procedimientos penales en su contra.
- 2.8 Resulta aconsejable que se precisen las consecuencias de la extinción de la persona jurídica, bien incluyéndola en el catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal, bien estableciendo expresamente su imputabilidad, a pesar de su extinción y baja en el registro correspondiente.

LISTADO DE FIGURAS (Elaboración propia)

1. Diagrama del art. 130 CP

Figura 1

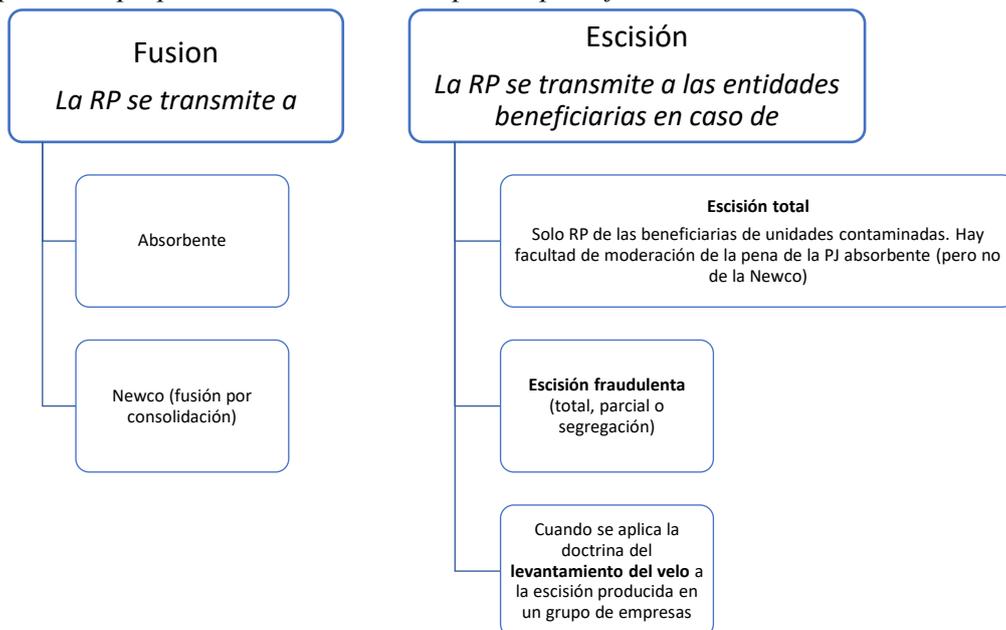
Diagrama del art. 130 CP



2. Interpretación del art. 130.2 CP primer párrafo

Figura 2.

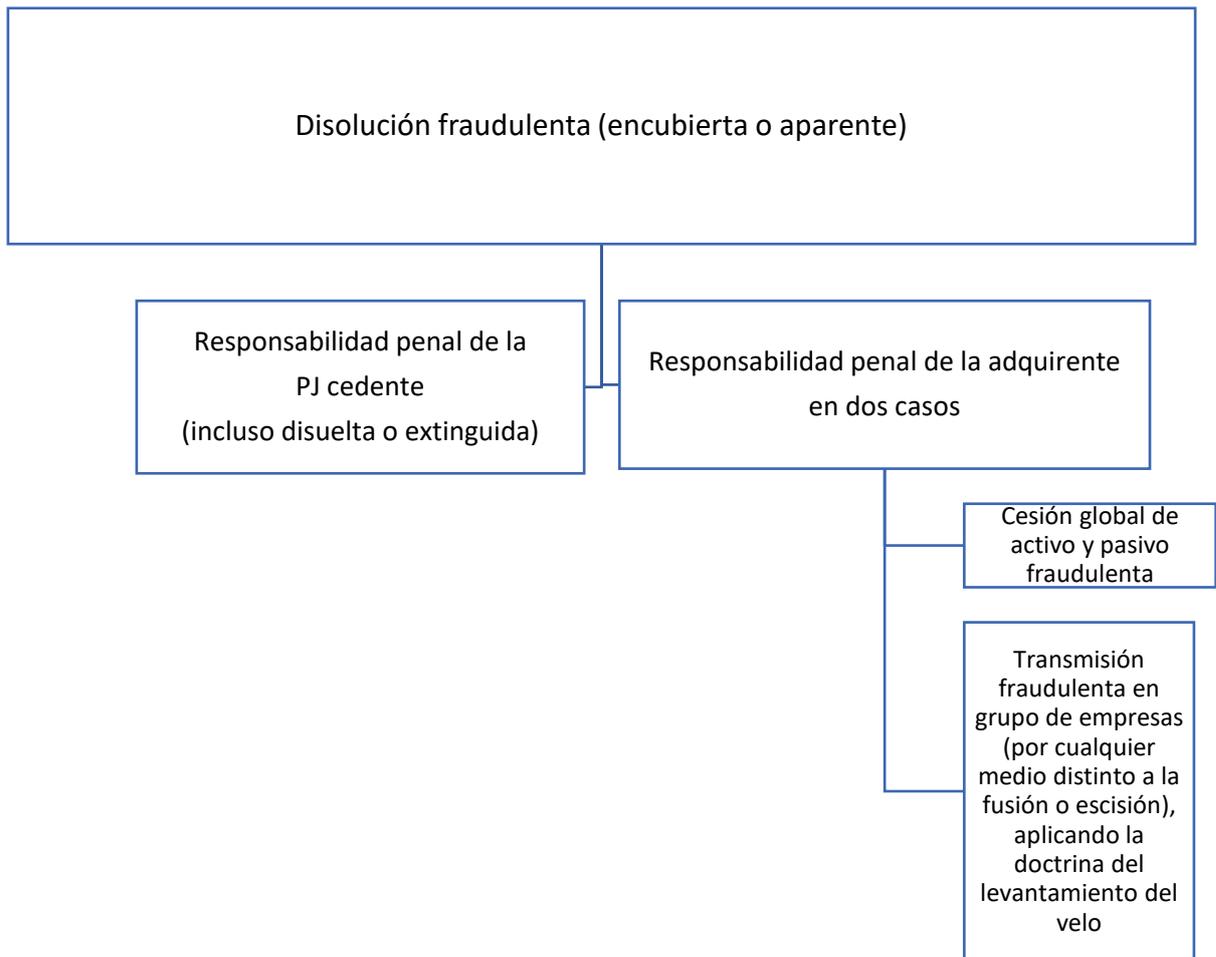
Interpretación propuesta del art. 130.2 CP primer párrafo



3. Interpretación del art. 130.2 CP segundo párrafo como disolución encubierta

Figura 3.

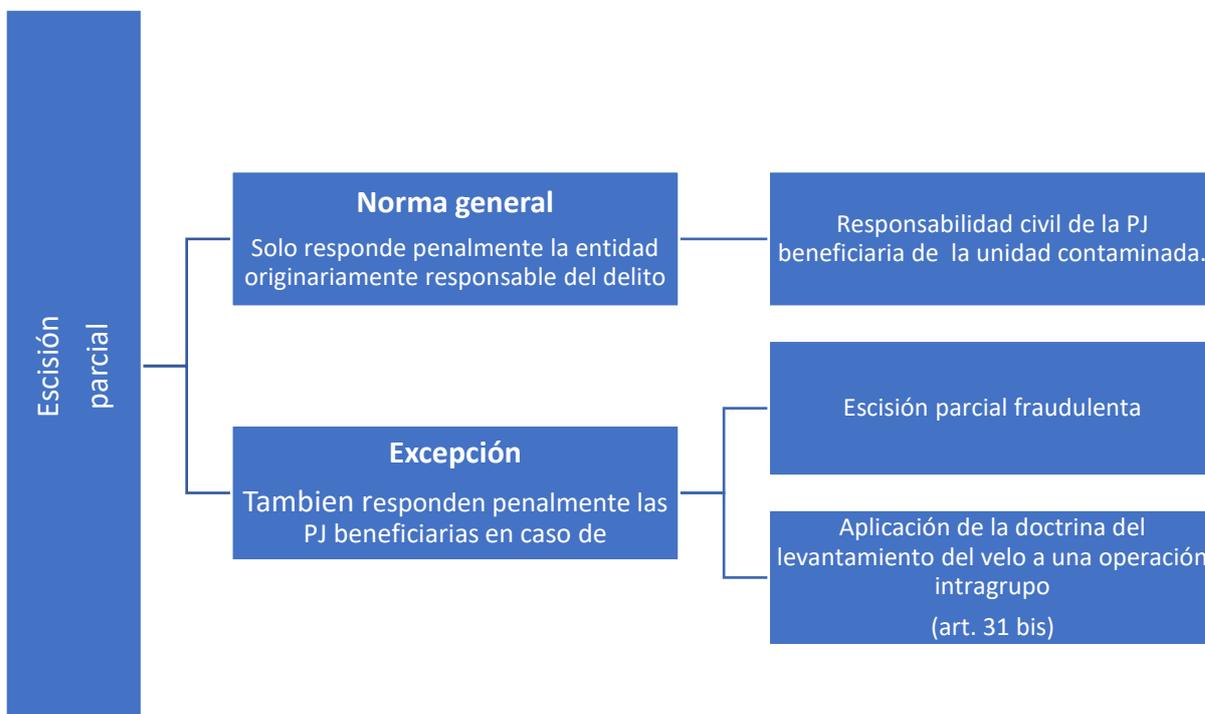
Interpretación propuesta del art. 130.2 CP segundo párrafo. Disolución encubierta



4. Supuestos de escisión parcial

Figura 4

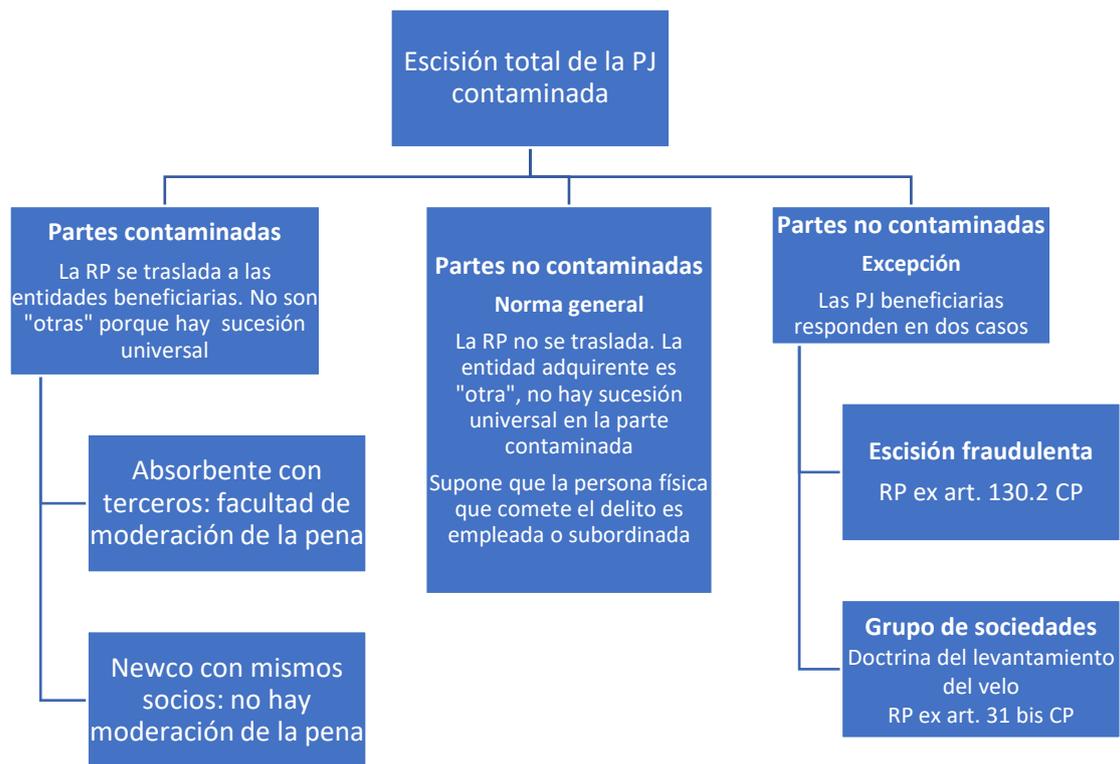
Responsabilidad en caso de escisión parcial



Elaboración propia

5. Supuestos de escisión de escisión total

Figura 5
Escisión total

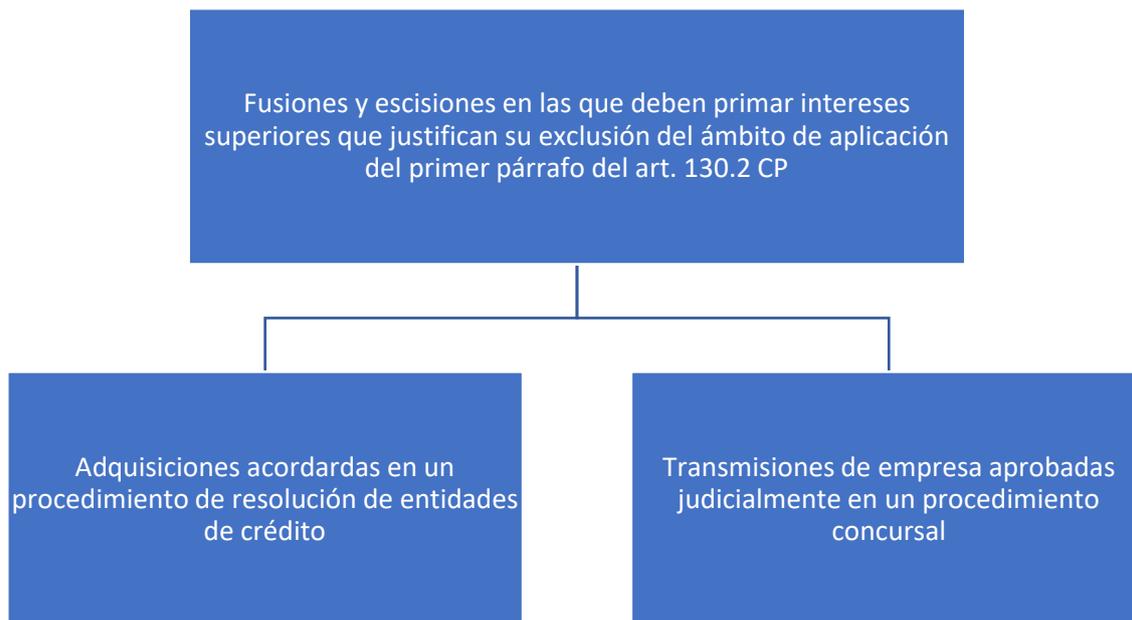


Elaboración propia

6. Límites al ámbito de aplicación del art. 130.2 CP párrafo 1º

Figura 6.

Límites propuestos al ámbito de aplicación del art. 130.2 CP primer párrafo.

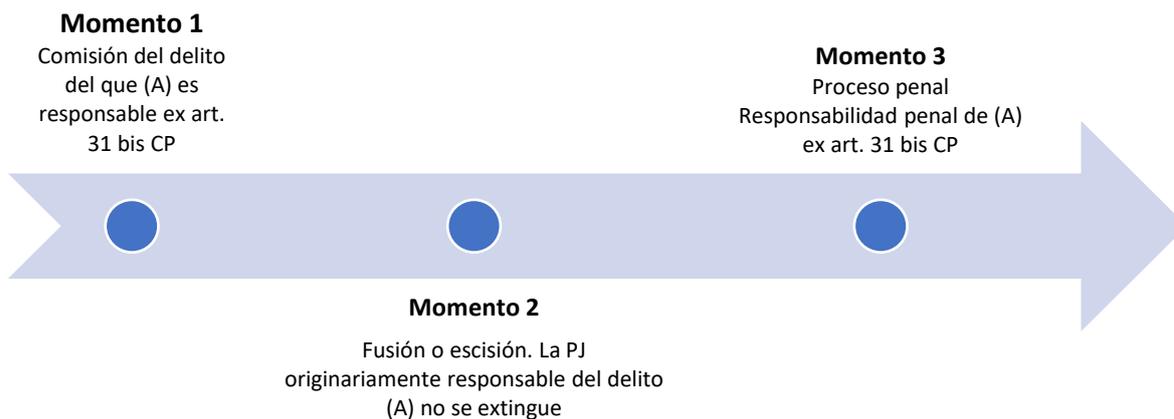


Elaboración propia

7. Secuencia temporal

Figura 7 (a)

Secuencia temporal cuando subsiste la PJ originariamente responsable del delito (A)



Elaboración propia

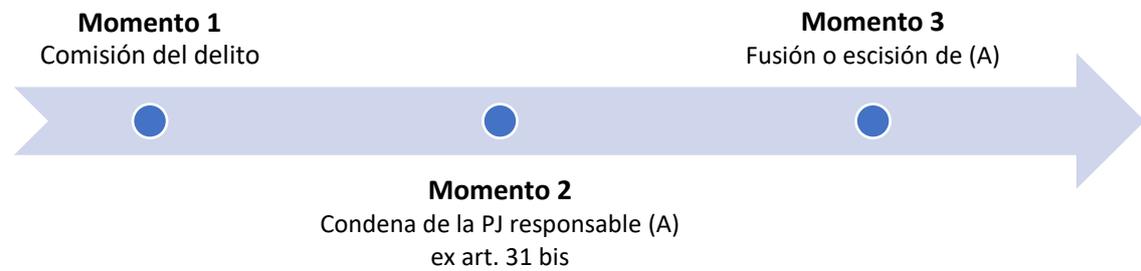
Figura 7 (b)

Secuencia temporal cuando la PJ originariamente responsable se extingue



Elaboración propia

Figura 7 (c)
Fusión o escisión de PJ condenada (A)



Elaboración propia

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA GORDILLO, R.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica “trasladada” por transformación, fusión o escisión: la situación del Santander como evidencia de la deficitaria fundamentación analítica de la responsabilidad criminal corporativa”, en OCHOA MARCO, R. y ORTEGA BURGOS, E. (coords.): *Derecho Penal 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

ALFARO ÁGUILA REAL, J.: “La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 62, 2021.

- “La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 61, 2021.
- “Disolución y liquidación societaria: la extinción de la personalidad jurídica y la terminación del contrato de sociedad”, *Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en <https://almacendederecho.org/disolucion-liquidacion-societaria-la-extincion-la-personalidad-juridica-la-terminacion-del-contrato-sociedad>.
- “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *InDret*, 1/2016. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334178&orden=0&info=link>.

ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores (A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo)”, en FERNÁNDEZ TORRES, I., ARIAS VARONA, F. J. y MARTÍNEZ ROSADO, J. (coords.): *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018.

ALONSO LEDESMA, C.: “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2011. Texto de la intervención presentada en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, celebrado entre los días 27 y 30 de septiembre de 2010 en la Harvard Law School.

- “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en VV.AA.: *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

ALONSO SOTO, R.: “La aplicación del derecho de competencia a las fusiones y a otras modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: el control de las operaciones de concentración económica”, en ROJO, A., JAVIER CORTÉS, L./CAMPUZANO, A. B. y PÉREZ TROYA, A. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A.: “La escisión parcial financiera inversa como modificación estructural”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 30/2022, Wolters Kluwer.

ALONSO UREBA, A.: “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

— “Sociedad en formación versus sociedad irregular. Cuestiones de caracterización y de régimen” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coords.): *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la ley 2/1995*, tomo I, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “La sucesión universal en las modificaciones estructurales”, Madrid, Dykinson, 2017.

ARENAS GARCÍA, R.: “Fusión por absorción y responsabilidad 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)”, *La Ley Unión Europea*, n.º 28, Wolters Kluwer, julio de 2015.

AZAÚSTRE RUIZ, P. y ZAMBRANO DOMÍNGUEZ, J.: “De la sucesión procesal como investigada de personas jurídicas en el proceso penal: especial consideración del caso Banco Popular”, *Diario La Ley*, n.º 9390, Sección Tribuna, 4 de abril de 2019.

AZOFRA VEGAS, F.: “Enajenación de unidades productivas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 54, 2020.

BACIGALUPO SAGGESE, S.: “El modelo de imputación penal de los entes colectivos”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

BATALLER GRAU, J.: “La disolución” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

BECKER, B. R. “Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime”, *American Journal of Criminal law*, vol. 19, n.º 3, Spring 1992.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

BLANCO CORDERO, I.: “La disolución como causa de extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica”, en DE VICENTE REMESAL, J. et al. (dirs.): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Madrid, Reus Editorial, 2020.

— “Responsabilidad criminal de la empresa disuelta” en DE VICENTE REMESAL, J. et al. (dirs): *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. I, Madrid, Reus Editorial, 2020.

- “Negocios internacionales y responsabilidad penal de la empresa matriz por actos de corrupción cometidos en el extranjero” en CANCIO MELIÁ, M. et al. (eds.): *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, UAM Ediciones, 2019.
- “Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas”, en ALONSO ÁLAMO, M., MORILLAS CUEVA, L. Y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (dirs.): *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos en Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018.

BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español”, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2006.

BOQUERA MATARREDONA, J.: “La transformación de las sociedades mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

BORJA JIMÉNEZ, E.: “Animal y víctima: en torno al sujeto pasivo del delito de maltrato animal de asistencia”, en GONZALEZ CUSSAC, J. L. (dir.): *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

BOTANA AGRA, M.: “Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos en la sociedad de responsabilidad limitada”, en VV. AA.: *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

BRANDÃO, N. y JESUS, S.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués”, *EGUZKILORE* n.º 28, 2014.

BROWN, H. Lowell: "Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law", *Arkansas Law Review*, vol. 49, Issue 3 (1996-1997).

BUIL ALDANA, I.: “Socios y financiación en tiempos de crisis covid-19 y transposición de la directiva de reestructuración temprana: una propuesta de régimen jurídico”, en *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n.º 1/2021, Cuatrecasas, 2021.

CADENA SERRANO, F.A.: “El estatuto de la persona jurídica” en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.): *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo I, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: “La responsabilidad por las deudas sociales. La responsabilidad por las obligaciones incumplidas” en ROJO, A., JAVIER CORTÉS, L., CAMPUZANO, A. B. y PÉREZ TROYA, A. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

CARBONELL MATEU, J. C.: “Diálogo sobre accesoriedad” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.): *Estudios Jurídicos en memoria de la profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2020.

- “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTOS BERENGUER, E. (dirs.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal:*

semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130)” en ALVAREZ GARCIA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

CARLÓN, L.: “La extinción de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 54 n.º 2, 1970.

COBO DEL ROSAL, M.: “Societas delinquere non potest, a pesar de los pesares”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, n.º 115, mayo 2015.

COLINO MEDIAVILLA, J. L.: “La resolución del Banco Popular y la STJUE en el asunto C-410/20”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 30/2022, Wolters Kluwer.

CONDE TEJÓN, A.: “Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

— “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)”, Madrid, Fundación Beneficentia et peritia iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

CORCOY BIDASOLO, M.: “Comentario al art.130” en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

COSTAS COMESAÑA, J.: “Apuntes sobre el concepto de concentración en la práctica de la Comisión Nacional de la Competencia”, en PILOÑETA ALONSO, L. M. y IRIBARREN BLANCO, M. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, 2011.

CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B.: “Curso de Derecho penal. Parte General”, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2015.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: “La Doctrina del <levantamiento del velo> de la persona jurídica en la jurisprudencia”, Madrid, Thomson-Civitas, 2017.

— DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 26, Lima, 2013.

— “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista penal México*, n.º 5, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y PÉREZ MACHÍO, A. I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las Directrices comunitarias y su

implementación por los Estados”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2013.

— Ambos autores: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. et al. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal” en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, N.: “El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El Derecho.com*, entrada de 28/07/2015.

DEL CASO JIMÉNEZ, M. T.: “Comentario al art. 31 bis” en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coord.): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, 4ª ed., Sepin, 2016.

DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P.: “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia”, *Diario LA LEY*, n.º 9126, Wolters Kluwer, 25 de enero 2018.

"DEL ROSAL BLASCO, B.: ""La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa"", en SUÁREZ LÓPEZ, J. M. et al. (coords.): *Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2015.

DIAMANTIS, M.: “Successor Identity”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 36, Issue 1 (Winter), 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “Política criminal y derecho penal. Estudios”, tomo I, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Responsabilidad de personas jurídicas” en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, 2021, n.º 6782, versión electrónica. Visitado el 29/07/2022.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico penal*, Lefebvre, 2021.

— “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DE LA MATA BARRANCO, DOPICO GÓMEZ-ALLER, LASCURAÍN SÁNCHEZ Y NIETO MARTÍN: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018.

— “Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2012.

EMBED IRUJO, J. M.: “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

ESCALONA FUENTES, C.: “La responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión: algunas dudas prácticas”, *Diario La Ley*, n.º 9746, Sección Doctrina, 1 de diciembre de 2020.

ESCRIBANO GAMIR, C.: “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Complutense, n.º 36, 2011.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: “Fundamento y alcance de los derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas y en las fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en ROJO, A., JAVIER CORTÉS, L., CAMPUZANO, A.B. y PÉREZ TROYA, A. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

FARALDO CABANA, P.: “Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el art. 130.2 CP”, en VV. AA, *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. I, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2019.

— “¿Es la multa una pena adecuada para las personas jurídicas?” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. y PÉREZ MACHÍO, A. I. (dirs.): *Armonización penal en Europa*, San Sebastián, IVAP, 2013.

FAURE, Michael G., GÖCZE, Csoban and JIANG Minzhen: “Tackling Environmental Crimes under EU Law: The Liability of Companies in the Context of Corporate Mergers and Acquisitions”, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, European Parliament PE 693.182, Junio 2021. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

— “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R. y HERNANDO CHANJAN, R.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, *Derecho PUCP*, n.º 77, 2016. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.014>.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L. M.: “Aspectos mercantiles de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

FERNANDEZ TERUELO, J. G.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 25, 2011.

FERRANDO VILLALBA, L.: “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

FONT GALÁN, J. I. y PAGADOR LÓPEZ, J.: “Hacia un estatuto material de la empresa. Bases normativas comunes para un concepto jurídico-patrimonial de empresa”, en PILOÑETA ALONSO, L. M. y IRIBARREN BLANCO, M. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.

FONT RIBAS, A.: “La disolución de pleno derecho como sanción: algunos problemas prácticos”, en VV. AA: *Derecho de sociedades: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

FRAGO AMADA, J. A.: “¿Cuándo se extingue la personalidad jurídica? O de cuando un juez penal innova derecho concursal”, blog *En Ocasiones Veo Reos*.

FRÍAS MARTÍNEZ, E.: “Comentario al art. 130 CP” en VV. AA: *Código penal comentado*, Barcelona, BOSCH, 2015.

GÁLLEGO LANAU, M.: “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

GALLOIS, J.: “Responsabilidad penal de la sociedad adquirente por actos cometidos por la sociedad adquirida” en *Negocio, Sociedad y mercado financiero*, diciembre 2020.

GARCÍA ALBERO, R.: “Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas”, en GÓMEZ COLOMER J. L. (dir.): *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

GARCÍA ARÁN, M.: “Los criterios de determinación de la pena en Derecho español”, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1982.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: “La reactivación de la sociedad” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

— “La sociedad de capital en formación”, Pamplona, Aranzadi, 1996.

GARCÍA-VILLARUBIA, M.: “Las pretensiones de indemnización de los accionistas por la adquisición de títulos en el mercado de valores”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 102, 2021.

GERAGHTY, A.: “Corporate criminal liability” en *American Criminal Law Review*, 39 (2 Annual Survey of White-Collar Crime), 2002.

GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J. M.: “La tutela de los trabajadores en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en ROJO, A., JAVIER CORTÉS, L., CAMPUZANO, A. B. y PÉREZ TROYA, A. (coords.): *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

GIRÓN TENA, J.: “Las sociedades irregulares”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, n.º 4, 1951.

GIUDICELLI-DELAGE, G.: “La responsabilité pénale des personnes morales en France. La Chambre criminelle entre convictions européennes et malaise jurisprudentiel” en VV. AA: *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Boletín Oficial del Estado, 2021.

GOENA VIVES, B.: “Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?”, *Indret*, n.º 1, 2022.

— “«To be or not to be». Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP)”, *La Ley Compliance Penal* (1), 2020.

GÓMEZ JARA, C.: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”, Buenos Aires, B de F, 2010.

— “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Lima, Ara Editores, 2010.

— “La culpabilidad de la persona jurídica” en BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

GÓMEZ MARTÍN, V.: “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en ONTIVEROS ALONSO (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GOMEZ TOMILLO, M.: “Concepto penal de persona jurídica y teoría de la autoría y la participación en el delito. Proyección sobre las uniones temporales de empresas”, en VV. AA: *El Derecho Penal en El Siglo XXI: Liber Amicorum En Honor Al Profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

— “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I.: “Derecho administrativo sancionador. Parte General”, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

GONZALEZ CUSSAC, J. L.: “La capacidad de acción de la persona jurídica” en GONZALEZ CUSSAC (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la profesora doctora Elena Górriz Royo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

- “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- “El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en VV. AA: *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, 2019.
- “El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Represión Penal y Estado de Derecho” en MORALES PRATS, F. et al. (coords.): *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, Aranzadi, 2019.
- “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en MATA LLÍN EVANGELIO, A. (dir.): *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- “Responsabilidad penal sobre OPS de acciones en el mercado bancario: el caso BFA-BANKIA”, en MARIMÓN DURÁ, R. (dir.): *La oferta pública de suscripción de acciones desde la perspectiva judicial. Análisis de la OPS de Bankia de 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.
- “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GÓMEZ COLOMER, J. L.; BARONA VILAR, S. y CALDERÓN CUADRADO, P. (coords.): *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, R.: “¿Es posible considerar la responsabilidad penal de las personas jurídicas?” en ONTIVEROS ALONSO (coord.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GUTIÉRREZ ALONSO, D.: “Crítica a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la reclamación de daños y perjuicios por la compra de acciones en la ampliación de capital del Banco Popular”, en *Boletín Comisión Privado*, Asociación Jueces Para la Democracia, junio 2022.

HALL, J. S.: “Corporate Criminal Liability”, *American Criminal Law Review*, vol. 35, n.º 3, *Annual Survey of White-Collar Crime*, Spring 1998.

HERMANN KNOTT y ROMAN ZAGROSEK: “The Company as Perpetrator Compliance and M&A under the Planned Corporate Criminal Sanctions Code”, *Revista de Direito comercial*, 2019.

JOSUNE PÉREZ, M.: “La imputación a las personas jurídicas: cuestiones procesales” en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

JUSTE MENCIA, J.: “Fusiones especiales” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Aranzadi, 2009.

KIRRY, A.F., DAVIS, F.T. y BISCH, A.: “French Anti-Corruption Authority Raises Alarm About M&A Transactions”, 2019. Disponible en https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2. Personas”, 6ª ed. (rev. por Delgado Echeverría, J.), Madrid, Dykinson, 2010.

— “Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones”, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009.

LARA GONZÁLEZ, R.: “La extinción de la sociedad” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

LATORRE CHINER, N.: “El administrador de hecho en las sociedades de capital”, Granada, Comares, 2003.

LEÓN ALAPONT, J.: “La responsabilidad penal de los partidos políticos”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

— “Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 51, 2020.

LEÓN SANZ, F. J.: “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Aranzadi, 2009.

LEONES VALVERDE, R.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas declaradas en concurso” en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

LÓPEZ Y LÓPEZ, E.: “Naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal” en Gómez-Jara Díez, C. (coord.): *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo I, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: “La sociedad. Contrato y persona jurídica” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

LUZÓN PEÑA, D. M.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, versión electrónica.

MADRID PARRA, A.: “Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

MADRID PARRA, A. y ALVARADO HERRERA, L.: “Transformación de las sociedades mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.): *Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*”, vol. 3, 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.

MARIMÓN DURÁ, R.: “La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y otras sociedades de su grupo (del Art. 10 LSRL al Art. 162 TRLSC)”, 2ª ed., Aranzadi, 2010.

— “La cesión global de activo y pasivo”, *Noticias de la Unión Europea*, 2010 (309).

MARTÍ MOYA, V.: “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva Ley de modificaciones estructurales”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 309, Wolters Kluwer, octubre 2010.

MAPELLI CAFFARENA, B.: “Comentario al art. 130 CP” en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2ª ed., 2011.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “Digitalización y sucesión de empresa”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 2022, 3(2), pp. 121-137. Disponible en <https://doi.org/10.20318/labos.2022.7065>.

MARTINEZ SALDAÑA, D. et al.: “La sucesión de empresas”, Lex Nova, 2016.

MELENDO PARDOS, M.: “Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad” en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al. (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y de la escisión” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Aranzadi, 2009.

MERCADER, J. R. y DE LA PUEBLA, A.: “Los efectos de la liquidación de la sociedad sobre los trabajadores” en ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs): *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MESTRE DELGADO, E.: “El principio de culpabilidad en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DE VICENTE REMESAL, J. et al., (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 1, Reus Editorial, 2020.

MIR PUIG, S.: “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad” en DE VICENTE REMESAL, J. et. el. (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 2, Reus Editorial, 2020.

MOLINA FERNANDEZ, F.: “Extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas” en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento práctico penal*, Lefevre, 2021.

MORALES GARCÍA, Ó.: “Comentario al art. 130”, en FERNÁNDEZ PALMA, R. y ÁLVAREZ FEIJOO, M. (dirs.): *Código penal con jurisprudencia*, 2ª ed., Aranzadi, 2015.

MORALES PRATS, F.: “De nuevo sobre las definiciones en el Derecho penal”, en CARBONEL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. (dirs.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M.: “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos” en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

MUÑOZ CONDE, F.: artículo de opinión de 14.05.2019, publicado en *La Información*.

NIETO MARTÍN, A.: “Manual de cumplimiento penal en la empresa”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

OLEO BENET, F.: “La escisión de la sociedad anónima”, Madrid, Civitas, 1995.

ONTIVEROS ALONSO, M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

ORLANDO, L.: “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica”, entrada de 29 marzo 2019. Disponible en <https://www.Diritto.it/la-responsabilita-amministrativa-della-persona-giuridica>.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Compendio de derecho penal: parte general”, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, versión electrónica.

PALÁ LAGUNA, R.: “Transformación de sociedades personalistas” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Aranzadi, 2009.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “La infracapitalización. Una aproximación contractual” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coords.): *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada: estudio sistemático de la ley 2/1995*, tomo I, Madrid, McGraw-Hill, 1996.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y JORDANO LUNA, M.: “El perímetro de vinculación”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, mayo-agosto de 2021.

PAZ ARES RODRÍGUEZ, C. y PERDICES HUETOS, A. B.: “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo IV, vol. 2º B, Madrid, Thomson Civitas, 2003.

PÉREZ MACHÍO, A. I.: “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

PÉREZ TROYA, A.: “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en ÁNGEL ROJO et al. (coords.): *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, 2015.

PINAZO TOBES, E.: “Interferencias entre normativa mercantil y las penas previstas en el 33.7. del CP”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. y MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (coords.): *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

PULGAR EZQUERRA, J.: “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho mercantil*, n.º 323, 2022.

— “Resolución bancaria y bail in: no credit worse off”, en GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. et al. (coords.), *Delendus est Leviathan: liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute*, Wolters Kluwer, 2020.

— “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Aranzadi, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G.: "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en VV. AA: *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.

RAGUÉS I VALLÉS, R.: “Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, SUAREZ LOPEZ, J. M. et al. (dirs.): *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2015.

RAMOS MUÑOZ, D.: “Reestructuración de grupo, responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión/segregación parcial y levantamiento del velo”, *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, n.º 93, Civitas, 2013.

REIS BRAVO, J.: “Derecho Penal de las Personas Jurídicas. Ensayo sobre el castigo de las personas jurídicas y entidades equivalentes”, Coimbra Editora, 2008.

ROBLES PLANAS, R.: “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, *La Ley*, n.º 7705, 2011.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Transmisión concursal de unidad productiva: continuidad, existencia de trabajadores y perímetro de la sucesión”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 6, 2016.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: “Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España”, en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*. A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Repositorio da Universidade da Coruña, 2012.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” en DE VICENTE REMESAL et al. (dirs.): *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, v. I, Madrid, Reus Editorial, 2020.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Aranzadi, 2009.

— “La liquidación y el liquidador”, en VV. AA: *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

SÁNCHEZ-JUNCO MANS, J.: “Comentario al art. 130”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código Penal comentado*, tomo I, 3ª ed., BOSCH, 2012.

SANZ MORÁN, A. J.: “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena” en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. et al. (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H.: “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 299/2021, de 18 de marzo de 2021”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55, enero-abril 2022.

SCHULLER RAMOS, S. S.: “Transmisión de la responsabilidad penal en caso de fusión: ¿seguirá España los pasos de Francia?” en Boletín penal n.º 5, septiembre 2022, *Revista de la Asociación de Jueces y Jueces para la Democracia*, vol. III-18.

— “Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: Responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la empresa adquirida. Continuidad patrimonial o económica de la empresa”, *La Ley Penal*, n.º 155, 2022.

SEIDL, D. y MORMANN, H.: "Niklas Luhmann as Organization Theorist", en *The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*, Oxford University Press, 2014.

SEQUERIA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

— “La reactivación de una sociedad anónima en liquidación a la luz del nuevo reglamento del registro mercantil”, en VV. AA, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

SILVA SANCHEZ, J. M.: “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio “jurisdiccional” de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado” en GARCÍA VALDÉS, C. et al (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, 2008.

TAPIA HERMIDA, A.: “Estabilidad financiera vs accionistas de bancos rescatados”, entrada del blog *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida* (ajtapia.com) de 10/05/2022. Disponible en <http://ajtapia.com/2022/05/estabilidad-financiera-vs-accionistas-de-bancos->

rescatados-sentencia-del-tjue-de-5-de-mayo-de-2022-asunto-c-410-20-banco-popular-banco-santander/. Consultada el 27/07/2022.

- “Desestimación íntegra de los recursos de anulación del dispositivo de resolución de Banco Popular mediante su venta al Banco Santander: Sentencias del Tribunal General de la UE de 1 de junio de 2022”, en *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*), entrada de 9 de junio de 2022. Consultado el 10/06/2022.
- “Fusiones transfronterizas intracomunitarias. Introducción” en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al (dirs.): *Modificaciones estructurales de las sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

TAYLOR J. PHILLIP: “The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act”, *William & Mary Business Law*, n.º 89, 2015. Disponible en <https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol6/iss1/4>.

TORTUERO PLAZA, J. L. et al.: “La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad social”, Ministerio de Empleo y Seguridad social, 2011. Disponible en <https://www.seg-social.es/descarga/174201>.

URBANO CASTRILLO, E.: “Autoría y responsabilidad penal de las personas jurídicas” en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coord.): *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, tomo I, Pamplona, Aranzadi, 2018.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “La sociedad anónima irregular (‘sociedad devenida irregular’) en la Ley de sociedades de Capital” en PILOÑETA ALONSO, L.M. y IRIBARREN BLANCO, M. (coords.): *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2011.

- “La sociedad irregular”, Pamplona, Aranzadi, 1995.

VELASCO NÚÑEZ, E.: “Responsabilidad penal de la persona jurídica: reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional (año 2021)”, *La Ley compliance penal*, 2022, n.º 8.

VERVAELE, J.: “Societas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda”, en ONTIVEROS ALONSO (coord.): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- “Investigaciones en los delitos económicos y financieros: cuestiones jurisdiccionales y protección del principio de *ne bis in idem*” en DEMETRIO CRESPO, E y NIETO MARÍN, A. (dirs.): *Derecho penal económico y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

VICENT CHULIÁ, F.: “Introducción al derecho mercantil”, vol. I, 24ª ed., Tirant lo Blanch, 2022.

- “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *La notaria* (n.º 1), 2010.

VIDALES RODRIGUEZ, C.: “La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.

VILLEGAS GARCÍA, M. Á.: “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Cuadernos Digitales de Formación* 9, CGPJ, 2019.

— “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

VIVES ANTÓN, T. S.: “Fundamentos del sistema penal”, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

— “El principio de culpabilidad” en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. et al. (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002.

VIVES RUIZ, F. y TAPIAS MONNÉ, A.: “La Ley de Modificaciones Estructurales. Una norma técnicamente fallida”, *InDret*, n.º 4, 2013.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, *InDret*, n.º 2, 2020.

ZEROUKI-COTTIN, D.: “Reviement de jurisprudence et responsabilité des personnes morales : quand l'arbre (de la société absorbante) cache la forêt (de la reconnaissance du pouvoir normatif de la jurisprudence pénale)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 2, 2021.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

— “Lección 9”, en ZUGALDIA ESPINAR, J. M. (dir.): *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ANEXO I. LEGISLACIÓN

1. Internacional

- Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999. BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010.
- Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de la OCDE, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.
- Convenio de Bruselas de 26 de mayo de 1997, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006.
- Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2003
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

2. Unión Europea

2.1 Tratados

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial N.º 115 de 09/05/2008. Versión consolidada (DO C 202 de 7.6.2016, pp. 47-360).

2.2 Reglamentos

- Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. DOUE núm. 225, de 30 de julio de 2014. Documento 32017L1132 (versión consolidada).
- Reglamento (CE) n.º 139/2004 Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE núm. 24, de 29 de enero de 2004.

2.3 Directivas

- Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. DOUE núm. 321, de 12 de diciembre de 2019
- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019.
- Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. DO L 198 de 28.7.2017.
- Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades. DOUE de 30 de junio de 2017.
- Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. OJ L 88, 31.3.2017. Versión consolidada en ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2017/541/oj>.
- Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. DOUE núm. 173, de 12 de junio de 2014.
- Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación. DOUE núm. 151, de 21 de mayo de 2014.
- Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo. DOUE núm. 151, de 21 de mayo de 2014.
- Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo . DOUE núm. 218, de 14 de agosto de 2013.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección

de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. DOUE núm. 101, de 15 de abril de 2011

- Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (32011L0035) (derogada).
- Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. DOUE núm. 280, de 27 de octubre de 2009.
- Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008.
- Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. DOUE núm. 310, de 25 de noviembre de 2005 (derogada).
- Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. DOUE núm. 255, de 30 de septiembre de 2005.
- Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.
- Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de las sociedades anónimas⁹⁴⁷. DOCE núm. 295, de 20 de octubre de 1978 (derogada).

2.4 Decisiones marco

- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008.
- Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (anulada por el TJCE).
- Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Derogada.

- Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (derogada).
- Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. DOUE núm. 335, de 11 de noviembre de 2004.
- Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. DOUE núm. 192, de 31 de julio de 2003.
- Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (derogada).
- Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. DOCE núm. 149, de 2 de junio de 2001.
- Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (derogada).

3. España

- Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 2022.
- Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2022.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. BOE núm. 127, de 07 de mayo de 2020.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.
- Orden ECC/664/2016, de 27 de abril, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones

significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2016.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.
- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015.
- Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015.
- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015,
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 03 de julio de 2010.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009.
- Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana. «DOGV» núm. 5900, de 25/11/2008, BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2008.

- Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. BOE núm. 276, de 18/11/2003.
- Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2005.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. BOE núm. 264, de 04 e noviembre de 2003.
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002.
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE núm. 189, de 08 de agosto de 2000.
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999.
- Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. BOE núm. 131, de 2 de junio de 1999.
- Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 18, de 21 de enero de 1999
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.
- Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. BOE núm. 61, de 12 de marzo de 1994
- Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991
- Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991

- Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito. BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1989.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985.
- Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional. BOE núm. 137, de 9 de junio de 1982.
- Constitución española. BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el **Código Civil**. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el **Código de Comercio**. Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

4. Legislación extranjera

4.1 Argentina

- Ley 27.401, publicada en el Boletín Nacional del 01-Dic-2017. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>

4.2 Chile

- Ley 20.393 de 25 de noviembre de 2009. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668&idParte=8811472&idVersion=2009-12-02>

4.3 EE. UU.

- *Sherman Act* de 2 de julio de 1890. Disponible en <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>
- *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* (15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.). Disponible en: [https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations#:~:text=Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act%20of%201977%20\(15%20U.S.C.%20%2A7%20%2A7%2078dd%2D1%2C%20et%20seq.\).](https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations#:~:text=Foreign%20Corrupt%20Practices%20Act%20of%201977%20(15%20U.S.C.%20%2A7%20%2A7%2078dd%2D1%2C%20et%20seq.).) “Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition”, disponible en <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1306671/download>

4.4 Francia

- *Code penal*. Version au 01 septembre 2022. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719?etatTexte=VIGUEUR

- *Code de commerce*. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379?etatTexte=VIGUEUR.
- *Code de procédure pénale*. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006071154/>
- *Code du travail*. Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF

4.5 Holanda

- Código Penal holandés. Disponible en holandés y en inglés en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2022-10-01/0>

4.6 Italia

- Decreto legislativo italiano n. 231/2001, de 8 de junio de 2001. Disponible en www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2001/06/19/001G0293/sg. Visitado el 8/08/2022.

4.7 México

- Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5 de marzo de 2014. Disponible en <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-federal-de-procedimientos-penales/>
- Código Penal. Disponible en <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>

4.8 Perú

- Código penal peruano, de 3 de abril de 1991 (Decreto Legislativo n.º 635, publicado el 8 de abril de 1991). Disponible en [COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www.mpp.gob.pe/portal/images/stories/legislacion/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
- Ley n.º 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Disponible en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>
- Decreto Legislativo n.º 1352, de 6 de enero de 2017 (de ampliación de la responsabilidad administrativas de las personas jurídicas). Disponible en [01352\(1\).pdf](https://www.mpp.gob.pe/portal/images/stories/legislacion/1352(1).pdf)

4.9 Portugal

- Código Penal (Decreto-Ley núm. 400/82 de 23 de septiembre).

— Ley n.º 59/2007, de 4 de septiembre. Disponible en <https://data.dre.pt/eli/lei/59/2007/09/04/p/dre/pt/html>

ANEXO II. RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

— STEDH de 1 de octubre de 2019. Caso Carrefour France.

2. Jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea

— STJUE (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2022, C-410/20 (Popular-Santander).

— STJUE de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17.

— STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-516/15 P (Akzo Nobel).

— STJUE de 5 de marzo de 2015, asunto C-343/13 (Modelo Continente Hipermercados).

— STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-448/11 B) (SNIA).

— STJUE de 24 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-125/07 P, 133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P (Erste Group Bank).

— STJCE de 3 de mayo de 2005, asuntos C-387/02, C-391/02 y C-403/02.

— STJCE de 26 de septiembre de 1993, asunto C-168/95 (Arcaro).

— STJCE de 8 de octubre de 1987, (asunto C-80/86).

— STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 (Simmenthal).

— STJCE de 14 de julio de 1972, asunto 48/69 (Imperial Chemical Industries).

— Sentencias del Tribunal General (Sala Tercera) de 1/06/2022, asuntos T-481/17 y otros.

3. Jurisprudencia Constitucional

— STC n.º 50/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: F.J. DELGADO BARRIO.

— STC n.º 59/2008, de 14 de mayo de 2008. Ponente: P. SALA SANCHEZ.

— STC n.º 164/2005, de 20 de junio de 2005. Ponente: ELISA PEREZ VERA.

— STC n.º 92/1997, de 8 de mayo de 1997. Ponente: M. JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA.

— STC n.º 146/1994, de 12 de mayo de 1994. Ponente: E. DIAZ EIMIL.

— STC n.º 150/1991, de 4 de julio. Ponente: L. LOPEZ GUERRA.

— STC n.º 76/1990, de 26 de abril. Ponente: J. LEGUINA VILLA.

4. Jurisprudencia ordinaria

4.1 Tribunal Supremo

4.1.1 Sala Civil

— STS (Civil) n.º 621/2022 de 26 de septiembre de 2022. Ponente: R. SARAZÁ JIMENA.

— STS (Civil), n.º 509/2022, de 28 de junio de 2022. Ponente: J. L. SEOANE SPIEGELBERG.

— STS (Civil) n.º 673/2021, de 5 de octubre de 2021. Ponente J.M. DIAZ FRAILE.

— STS (Civil, de pleno) n.º 324/2017, de 24 de mayo de 2017. Ponente: I. SANCHO GARGALLO.

— STS (Civil) n.º 8/2015, de 3 de febrero de 2015. Ponente: I. SANCHO GARGALLO.

— STS (Civil) n.º 326/2013, de 16 de mayo de 2013. Ponente: J. A. SEIJAS QUINTANA.

— STS (Civil) n.º 220/2013, de 20 de marzo de 2013. Ponente: F. J. ARROYO FIESTAS.

— STS (Civil) n.º 796/2012, de 3 de enero de 2013. Ponente: I. SANCHO GARGALLO.

— STS (Civil) n.º 979/2011, de 27 de diciembre de 2011. Ponente: F. J. ARROYO FIESTAS.

— STS (Civil) n.º 611/1996, de 17 de julio de 1996. Ponente: A. VILLAGÓMEZ RODIL.

— STS (Civil) n.º 855/1995 de 9 de octubre de 1995. Ponente: F. MORALES MORALES.

— STS (Civil) n.º 330/1984, de 28 de mayo de 1984. Ponente: C. DE LA VEGA BENAYAS.

4.1.2 Sala Penal

— STS (Penal) n.º 894/2022, de 11 de noviembre de 2022. Ponente: A. L. HURTADO ADRIAN.

— STS (Penal) n.º 264/2022, de 18 de marzo de 2022. Ponente: A. PALOMO DEL ARCO.

- STS (Penal) n.º 6/2022, de 12 de enero de 2022. Ponente: L. PUENTE SEGURA.
- ATS (Penal) de 07-11-2019. Ponente: S. POLO GARCÍA.
- STS (Penal) n.º 530/2019, de 31-10-2019. Ponente: V. MAGRO SERVET.
- STS (Penal) n.º 105/2017, de 21-2-2017. Ponente: J. R. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.
- STS (Penal) n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016. Ponente: J.M. MAZA MARTÍN.
- STS (Penal) n.º 514/2015, de 2 de septiembre de 2015. Ponente: M. MARCHENA GOMEZ.
- STS (Penal) n.º 933/2010, de 22 de octubre de 2010. Ponente: M. MARCHENA GOMEZ.
- STS (Penal) n.º 480/2009, de 22 de mayo de 2009. Ponente: J. R. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.
- STS (Penal) n.º 1504/2003, de 25 de febrero de 2004. Ponente: J. A. MARTIN PALLIN.
- STS (Penal) n.º 867/2002, de 29 de julio de 2002. Ponente: J. A. MARTIN PALLIN.
- STS (Penal) n.º 1336/2002, de 15 de julio de 2002. Ponente: P. A. ANDRES IBAÑEZ.
- STS (Penal) n.º 274/1996, de 20-5-1996. Ponente: E. BACIGALUPO ZAPATER.

4.1.3 Sala Social

- STS (Social) de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/2014). Ponente: L. F. DE CASTRO FERNANDEZ.

4.1.4 Sala Contencioso

- STS (Contencioso) n.º 113/2018, de 29 de enero de 2018. Ponente: J.L. REQUERO IBAÑEZ.

4.2 Audiencia Nacional

- SAN (Penal) n.º 17/2022, de 5 de septiembre de 2022. Ponente: M.D. Hernández Rueda.
- SAN (Penal) n.º 20/2020 de 25 de noviembre de 2020. Ponente: M. F. GARCÍA PÉREZ.

- SAN (Penal) n.º 13/2020, de 29 de septiembre de 2020. Ponente: F.J. Echarri Casi.
- SAN (Penal) n.º 3/2011 de 24 de enero de 2011. Ponente: M.F. Fernández Prado.

4.3 Audiencias Provinciales

- SAP (Barcelona, Sección 15ª) n.º 111/2022, de 24/10/2019. Ponente: J.F. GARNICA MARTÍN.
- SAP (Guipúzcoa, Sección 1ª) n.º 77/2017, de 7 de abril de 2017. Ponente: A. MAESO VENTUREIRA.

5. Jurisprudencia extranjera

5.1 EE. UU

5.1.1. Tribunal Supremo

- United States v. Bestfoods, 524 U.S. 51 (1998).
- Melrose Distiller v. United States, 359 U.S. 271 (1959).

5.1.2 Otros tribunales

- United States v. Alamo Bank of Texas, 880 F.2d 828, 830 (5th Cir. 1989).
- United States v. Mobile Materials, Inc, 776 F.2d 1476 (10th Cir.1985).
- Alamo Fence Company of Houston, Appellant, v. United States of America, Appellee, 240 F.2d 179 (5th Cir. 1957).
- United States v. Safeway Stores, 140 F.2d 834 (10th Cir. 1944).
- United States v. Maryland & Va. Milk Producers, Inc, 145 F. Supp. 374, 376 (D.D.C. 1956).
- United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n, 136 F. Supp.214 (1955).
- United States v. Shields Rubber Corp, 732 F. Supp. 569 (W.D. Pa. 1989).
- United States v. Ashland Oil, Inc, 9 537 F. Supp. 427, 428 (M.D. Tenn. 1982).
- United States v. Seaboard Coastline R.R. Co., 326 F. Supp. 897 (M.D. Fla. 1971).
- Suarez v. Sherman Gin Co (697 S.W.2d).
- United States v. Arcos Corporation, 234 F. Supp. 355 (N.D. Ohio 1964).

5.2 Francia

- Sentencia de la *Cour de Cassation* n.º 20-83.098, de 16 de junio de 2021. ECLI: FR: CCASS: 2021: CR00768.
- Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre Criminelle)*, n.º 18-86.955, de 25-11-2020. ECLI: EN:CCASS:2020:CR02333 (versión inglesa).

5.3 Holanda

- HR de 28 de octubre de 1980, NJ 1981/123.
- HR de 24 de noviembre de 1987, NJ 1988/395.
- HR de 20 de marzo de 1990, NJ 1991/8.
- HR de 13 de octubre de 1998, NJ 1999/498.
- HR de 16-11-2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3630.
- HR de 02-10-2007, ECLI:NL: PHR:2007:BA5825.

ANEXO III. DOCUMENTOS

1. España

- Circular de la fiscalía general del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.
- Memento Práctico Reorganización empresarial (fusiones), Madrid, Francis Lefebvre, 2012.
- Circular de la fiscalía general del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.
- Dictamen del Consejo de Estado n.º 1404/2009, asunto “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, de 29/10/2009.

2. Internacional

2.1 Unión Europea y organizaciones internacionales

- Decisión (UE) 2017/1246 de la Comisión, de 7 de junio de 2017, por la que se aprueba el régimen de resolución del Banco Popular Español SA (DO 2017, L 178).
- Documento 32014R0806, versión modificada el 17/12/2019, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- GAFI: 40+9 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

2.2 Alemania

- Proyecto de ley del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor de lucha contra la delincuencia de empresa, publicado el 15.08.2019. Versión en inglés “Draft Business Crime Law”. Disponible en la web del Ministerio de Justicia federal, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html.

2.3 EE. UU

- FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, actualizada en 2020.

- SHERMAN & STERLING, LLP: “What you don’t know can hurt you: successor liability resulting from inadequate fcpa due diligence in m&a transactions”, 2009. Disponible en http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/03/What-You-Dont-KnowCan-Hurt-You-Successor-Liabil__/Files/View- [<https://perma.cc/LN8Y-5QTK>].
- U.S. Dept. of Justice, FCPA Op. Release 08-02 (June 13, 2008). Disponible en <https://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>; Vid Press Release, U.S. Dept. of Justice, Pfizer H.C.P. Corp.

2.4 Francia

- Guía de la Agencia Francesa Anticorrupción de 26/06/2019, actualizada en 2021.