

Fusiones y adquisiciones con riesgos penales

Los juristas discrepan sobre cómo articular el traspaso de la responsabilidad penal entre empresas

Son varios los mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico para evitar que las empresas utilicen un cambio de titularidad para eludir sus responsabilidades u obligaciones legales. Uno de ellos es el artículo 130.2 del Código Penal, invocado por el juez instructor de la Audiencia Nacional, José Luis Calama, para declarar al Banco Santander heredero de la imputación del Popular en la causa que investiga la gestión de sus expresidentes, Ángel Ron y Emilio Saracho.

El precepto, introducido en 2010, determina que "la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión". Su literal es meridiano. Si se da alguna de las operaciones societarias descritas, la empresa sucesora asume automáticamente las consecuencias de los delitos que haya cometido la anterior. Su aplicación real, sin embargo, está resultando más controvertida. Prueba de ello es que, a pesar de que lleva vigente más de ocho años, son escasos los pronunciamientos judiciales que han aplicado esta regla.

La transferencia de la responsabilidad penal sigue un modelo similar al previsto en otros órdenes legales, como el laboral o el tributario. Así, por ejemplo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores contempla que el cambio de titularidad de una empresa no extingue la relación laboral, "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social". La Ley General Tributaria, por su parte, obliga a la entidad sucesora a responder solidariamente de las deudas o sanciones que tenga la anterior.

El Derecho Penal, no obstante, se rige por otros principios que cuestionan que pueda hacerse una transferencia automática de la responsabilidad en este ámbito. En primer lugar, porque tal y como apunta Jacobo Dopico, catedrático acreditado de la Universidad Carlos III, el Tribunal Constitucional ha establecido que nadie puede ser castigado por los delitos cometidos por otro. Además, las consecuencias son mucho más graves, porque no solo traslada a la empresa sucesora la obligación de pago de la posible sanción, sino que, además, la somete a otros castigos como la prohibición de recibir subvenciones y contratos públicos.

"El 130.2 configura una suerte de ruleta rusa en el mercado de absorción de sociedades", asevera Dopico. Es decir, al configurar un sistema de traslado automático de responsabilidad, sin tener en cuenta ningún elemento que module, limite o evite este salto (como, por ejemplo, que la empresa sucesora no conociera los hechos o, incluso, que no existiera cuando se produjeron) "es posible que un hecho totalmente imprevisto por una persona jurídica le explote en la cara en forma de imputación o condena".

En otros sistemas legales sí se han previsto fórmulas para mitigar una aplicación excesivamente expansiva del traspaso de la responsabilidad penal en las fusiones y absorciones. Es el caso de Estados Unidos, en donde para que esta salte de una empresa a otra, los tribunales deben detectar ánimo fraudulento en la operación societaria; esto es, que el negocio jurídico se haga, precisamente, para eludir el pago por la infracción.

En España, la Fiscalía General del Estado abrazó una posición similar en su Circular 1/2011 cuando afirmó que el 130.2 lo que pretendía era "evitar la elusión de responsabilidad penal" por medio de la transformación, fusión, absorción o escisión (requiere, por tanto, una intencionalidad). También el instructor de la causa por la caída del Banco de Valencia cuando rechazó admitir que Caixabank heredara la imputación.

Esta posición, sin embargo, no es unánime. El fiscal experto en delitos económicos, Juan Antonio Frago, defiende que el precepto debe aplicarse tal y como está redactado. "Si pedimos que se demuestre que existe ánimo defraudatorio nunca se aplicaría el traspaso de responsabilidad a la empresa sucesora porque esta siempre podrá alegar que no sabía nada", expone.

Blindaje

Mientras la justicia define por qué interpretación se inclina (transferencia automática o introduciendo elementos valorativos), lo cierto es que los riesgos penales ya son una de las materias que deben tenerse en cuenta en toda due diligence. Para Fernando Mier, socio de Iuristax, la introducción de esta variable no supone un esfuerzo extra frente al trabajo que ya están acostumbrados a desarrollar los equipos. El objetivo es “detectar nos solo lo que hay, sino también lo que podría haber”, apunta.

En algunos casos, como en el caso del Santander, en que los problemas legales de la entidad que es absorbida son públicos, se está ante un riesgo previsible. En otros, los peligros son solo posibles, y el equipo de abogados, auditores y técnicos que prepara la operación debe anticiparse a ellos.

No obstante, y dada la incertidumbre regulatoria, la pregunta es pertinente: ¿existe alguna fórmula para blindarse ante la posibilidad de heredar una imputación o condena? Al margen de la “abstinencia” (no realizar operaciones ninguna operación societaria), Dopico apunta la posibilidad de no culminar el proceso de fusión o absorción “durante un periodo de tiempo que permita la reducción o exclusión del riesgo penal”, como sería el plazo de prescripción de los delitos. Mier, por su parte, sugiere que en lugar de acudir a una integración, se opte por la adquisición de actividades económicas concretas o de divisiones de negocio. Ello, eso sí, obliga a una operación jurídica mucho más lenta y complicada de la de la fusión, pues deben renegociarse todos los contratos. En todo caso, la posibilidad de que la complejidad y falta de fiabilidad de las fórmulas descritas obstaculicen el mercado de fusiones y adquisiciones, apuntan los expertos, no parece que fuera el objetivo del legislador al reformar el Código Penal en 2010.

Fuente: *El País*