

Los expertos avisan sobre el traslado de la responsabilidad penal en las fusiones

La inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha contribuido a clarificar el asunto Se debe comprobar si la identidad de la originaria y la resultantes es coincidente

Los especialistas en cumplimiento normativo (compliance) y en fusiones y adquisiciones de Grant Thorton destacan la falta de atención que se está prestando al traslado de responsabilidad penal entre sociedades a pesar de las graves consecuencias que puede conllevar.

La cuestión del traslado de responsabilidad penal entre empresas está regulado en el artículo 130.2 del Código Penal, al establece 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.

Rafael Aguilera Gordillo, codirector del Compliance Advisory Lab de Grant Thorton destaca que la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, la exigua casuística que ha llegado a los tribunales y la ausencia de una metodología científica que contribuya a dilucidar cuándo procede el traslado de responsabilidad, son factores que no han contribuido a clarificar este asunto.

Debe existir una clara concordancia entre la identidad de la persona jurídica originaria y el ente resultante

Nuestro ordenamiento jurídico proscribe la responsabilidad penal objetiva (entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 283/2006, de 9 de octubre o la núm. 59/2008, de 14 de mayo), por lo que no resulta posible que opere un traslado automático de responsabilidad penal entre personas jurídicas, aunque sean parte en las operaciones de fusión, absorción, etc.

Por tanto, considera Aguilera que debe existir una clara concordancia entre la identidad o sustrato de la persona jurídica originaria (en la cual se posibilitó y desarrolló el comportamiento delictivo) y la del ente resultante. En todo caso, para enfrentarse a los retos asociados al traslado de responsabilidad penal corporativa, debe prestarse especial atención a aspectos como:

El soporte sociolegal de la propia responsabilidad penal corporativa y su relación con la garantía de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

También la necesidad de establecer criterios ciertos que permitan conformar una metodología que coadyuve en el análisis de la procedencia del traslado de responsabilidad penal entre empresas ex art. 130 del Código Penal.

Y finalmente, los posibles efectos y contenido de la due diligence penal. Resulta preciso clarificar los elementos que sustentan la procedencia de imponer una pena a la empresa resulta útil para esclarecer cuándo debe operar el traslado de responsabilidad penal de la persona jurídica de 130.2 del Código Penal.

Persistencia de la identidad

Señalan los expertos de Grant Thorton, que para que pueda operar el traslado de responsabilidad penal tras una operación de fusión, absorción, extinción o transformación debe persistir la identidad donde se conformó la realidad criminógena que posibilitó el delito en la empresa resultante.

En caso contrario, podría estar aplicándose una responsabilidad penal de carácter objetivo y vulnerando los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas. Además de los aspectos que suelen examinarse en las due diligence penales, sería oportuno comenzar a incorporar un examen de los elementos que configuran la identidad corporativa de la persona jurídica originaria y su contraste con la que sería resultante, recurriendo a una metodología científica.

De ese modo, explica el informe, si se muestra que no existe coincidencia de identidades, se genera una importante evidencia que debería repercutir en la paralización del traslado de responsabilidad penal del artículo 130.2 del Código Penal, en virtud del debido respecto a los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

Moderación del traslado

En aquellos supuestos en que se demuestre que la identidad entre empresa originaria y resultante no es plenamente coincidente, procede la aplicación del contemplado al final de párrafo primero del artículo 130.2 del Código Penal: moderación del traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. A tal objeto, el examen que aborde el grado de coincidencia de identidades resulta totalmente procedente a los efectos de concreción de la pena.

Se trata de apreciar -por encima de aspectos meramente formales- que la esencia de la empresa en cuyo seno se cometió el delito persiste en la persona jurídica resultante, independientemente de las modificaciones societarias que se hayan producido.

Fuente: *elEconomista.es*