

Carlos Zabala López-Gómez
Universidad Complutense de
Madrid

M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Sumario

-
Desde la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español, los tribunales han tenido muy escasas ocasiones de pronunciarse acerca de la aplicación de la sucesión en la responsabilidad penal de la persona jurídica. La cuestión acerca de si debe trasladarse la responsabilidad penal a una persona jurídica que no ha participado ni ha tenido intervención alguna en el delito, plantea importantes problemas técnicos desde la óptica del principio de culpabilidad. La construcción jurídica acerca de la necesidad de realización de due diligence de compliance (pre-acquisition y post-acquisition), como mecanismo para ponderar el traslado de la responsabilidad penal, o para fundamentar ese traslado por no haber controlado esos riesgos, se ha impuesto ya en el sistema estadounidense, británico y francés. Posiblemente, con las debidas particularidades debemos avanzar en esa línea para delimitar en qué casos podrá trasladarse la responsabilidad penal a través de la sucesión y en qué supuestos no será posible.

Abstract

-
Since the Spanish legislator introduced the corporate criminal liability in the Spanish Criminal Code, the Courts have not produced a relevant Case law taking into consideration the successor liability. The issue related to impose criminal penalties to corporations that did not have any relation with the criminal facts, generates important problems from the basic principles of the Criminal Law. The recent theoretical and practical constructions for the necessity of conducting a compliance due diligence in M&A transactions (pre-acquisition y post-acquisition compliance), serve the criminal justice to establish some criteria to transfer the criminal liability to the successor. The system is currently working in the US, UK and more recently in France. Possibly, with some local interpretations this doctrine could be used to apply the successor criminal liability under Spanish legislation.

Abstract

-
Seit der Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im spanischen Strafgesetzbuch haben die Gerichte nur sehr wenige Gelegenheiten, über die Haftungsübertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person zu entscheidende habt. Die Frage, ob die strafrechtliche Verantwortung auf eine juristische Person übertragen werden soll, die nicht an der Straftatteil genommen hat oder beteiligt war, wirft aus der Sicht des Schuldprinzips wichtige technische Probleme auf. Die rechtliche Konstruktion der Notwendigkeit einer Compliance Due Diligence (Vor- und Nacherwerb) als Mechanismus zur Abwägung der Übertragung strafrechtlicher Verantwortung oder zur Begründung dieser Übertragung, weil diese Risiken nicht kontrolliert wurden, wurde bereits im amerikanischen, britischen und französischen System durch gesetzt. Möglicherweise soll man mit den entsprechenden Besonderheiten in dieser Richtung voran schreiten, um die Fälle abzugrenzen, in denen die strafrechtliche Verantwortung durch Erbfolge übertragen werden soll und in denen dies nicht gerecht fertigt ist.

Title: *M&A and compliance: the successor liability under Spanish legislation*

Titel: *M&A und Compliance: die Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person nach Spanischem Strafrecht*

-

Palabras clave: fusiones y adquisiciones, traslado de la responsabilidad penal, sucesión de empresa, M&A compliance, pre-acquisition y post-acquisition compliance.

Keywords: M&A, corporate criminal liability, successor liability, Spanish successor liability, merger and acquisitions, compliance, pre-acquisition, post-acquisition, DPA.

Stichwörter: Fusionen und Übernahmen von Unternehmen; Haftungsübertragung; Haftungsübertragung nach Spanischem Strafrecht; *Compliance* in Fusion- und Übernahmetransaktionen; *Compliance* vor der Übernahme und bei der Weiterentwicklung der Gesellschaft.

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i2.06

-

2.2020

Recepción

25/06/2019

-

Aceptación

16/03/2020

-

1. Introducción: La extinción de la responsabilidad penal de la empresa

1.1 El art. 130.2 CP: la sucesión de la responsabilidad penal

1.2 Las modificaciones que puede experimentar una persona jurídica mencionadas por el art. 130.2 CP: transformación, fusión, escisión y absorción

1.3 Los supuestos de modificación de la persona jurídica no previstos por el legislador penal: extinción y liquidación

1.4 La diferente regulación del Derecho mercantil respecto al Derecho penal: La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

2. El sistema de traslado y extensión de la responsabilidad a la sociedad resultante, en especial, en operaciones de M&A

2.1 El traslado y la extensión de otros tipos de responsabilidad: responsabilidad civil, administrativa y laboral

a. La responsabilidad civil

b. La responsabilidad administrativa

c. La responsabilidad laboral

2.2 La *successor liability* en el sistema estadounidense

3. Los diferentes supuestos de modificación societaria y el mantenimiento de la responsabilidad penal

3.1 Supuestos en los que la sociedad ha sido disuelta, liquidada y extinguida con anterioridad al inicio del procedimiento penal

3.2 Supuestos en los que la sociedad mercantil cesa su actividad o se transforma durante el procedimiento penal

3.3 Supuestos en los que se acuerda la administración o intervención judicial de la empresa y ésta se transforma durante el proceso

4. Compliance como mecanismo defensivo ante la responsabilidad penal de la empresa

4.1 Los procedimientos de due diligence en las operaciones mercantiles. Las nuevas due diligence de compliance -*pre-acquisition compliance*-

4.2 Los procedimientos de compliance posteriores a la operación mercantil -*post-acquisition compliance*-

4.3 Los supuestos de monitoreo e intervención judicial

4.4 El principio de oportunidad y los DPA (*deferred prosecution agreements*)

5. Bibliografía

1. Introducción: La extinción de la responsabilidad penal de la empresa

El Código penal español en su reforma en 2010 (LO 5/2010) introdujo lo que se ha venido a denominar una cláusula anti-elusión¹ de la responsabilidad penal de la empresa. Concretamente, se recoge en el art. 130.2 CP la norma conforme a la 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".

Además, se establece por el mismo precepto que la "disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica" tampoco extingue la responsabilidad penal.

Hasta ahora no ha habido ocasión de aplicar el mencionado precepto, por lo que no existen precedentes jurisprudenciales concretos, con pronunciamientos firmes y definitivos, pero próximamente veremos sentencias que sitúen la cuestión y la interpretación del precepto.

Curiosamente, el precepto, contrariamente a lo que sucede con los apartados anteriores del artículo –p. e. la muerte del reo-, no excluye la responsabilidad penal, sino que la incluye, es decir, relata los supuestos en los que no se va a excluir la responsabilidad penal, dejando 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.²

1.1. El art. 130.2 CP: la sucesión de la responsabilidad penal

El Capítulo I del Título VII del Libro Segundo del Código penal incluye una cláusula de cierre de todo el sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica incluido en el Código penal en la reforma operada a través de la LO 5/2010. Posteriormente, tampoco sufrió ninguna modificación en la siguiente reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica operada a través de la LO 1/2015.

El precepto se incluye de forma un tanto paradigmática dentro del capítulo denominado "De las causas que extinguen la responsabilidad criminal", que por decir así hacen decaer la responsabilidad penal. Debemos diferenciar estas circunstancias, que extinguen, de aquellas que aparecen reflejadas en las causas modificativas de la responsabilidad criminal, como son las eximentes y las atenuantes.

* Autor de contacto: Carlos Zabala López-Gomez, Carlos.Zabala@cliffordchance.com

¹ FEIJOO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 298. El autor recuerda como el propio Preámbulo de la reforma de la LO 1/2010 se refería expresamente a este precepto, haciendo referencia a que el mismo intentaba que la responsabilidad penal de la empresa no pudiera ser "burlada".

² Críticamente en relación con este precepto, desde siempre en los casos de fusión o escisión de empresas en relación con la incertidumbre generada por el art. 130.2 CP para exigir una determinada responsabilidad penal a entidades que no han participado ni directa ni indirectamente en la comisión de un delito, BANACLOCHE PALAO, «La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción», en BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 180 ss.

El 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.

En este caso, el legislador no optó por construir un régimen especial o un precepto específico para los supuestos en los que la persona jurídica desapareciese por el motivo que fuera. Desde un punto de vista estrictamente antropomórfico³, se insiste en la cuestión de la "muerte" de la persona jurídica⁴, incluyéndose dentro del precepto dedicado a las causas de extinción de la responsabilidad penal, como son la muerte del reo o la prescripción para las personas físicas, la transformación, fusión, absorción o escisión de una empresa, si bien en lugar de extinguirse en este caso la responsabilidad se traslada a la sociedad resultante.

Al igual que sucede en otros preceptos del Código penal, la terminología empleada por el legislador penal dista mucho de ser correcta desde el punto de vista del Derecho mercantil, como así sucede también, por ejemplo, en los delitos relacionados con el mercado de valores (art. 282 bis CP), lo que da lugar a interpretaciones no homogéneas de los conceptos empleados por el legislador en los distintos textos legales.

1.2. Las modificaciones que puede experimentar una persona jurídica mencionadas por el art. 130.2 CP: transformación, fusión, escisión y absorción

Debemos comenzar señalando, como recuerda Quintero Olivares, que lo primero que llama la atención al analizar el art. 130.2 CP, es precisamente que el propio Código penal no hace referencia expresa a la disolución de la empresa, ex art. 360 y ss. LSC.⁵ El Código penal no prevé cómo ha de comportarse la persona jurídica en un proceso penal, por ejemplo, cuando se nombra un administrador concursal o un liquidador, o incluso en los supuestos en los que la empresa está siendo administrada o intervenida judicialmente aparte de los supuestos del art. 33.7.g) CP. Tampoco hace referencia alguna a cómo deberá procederse en esos casos en los que la empresa ya está disuelta cuando se inicia el proceso penal.⁶

Todos los supuestos particulares que se pueden dar, al menos los más comunes, serán analizados posteriormente, pero ahora parece necesario hacer una especial mención a los tipos

³ RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, (7561), 2011, pp. 1 ss.

⁴ SÁNCHEZ-JUNCO MANS, «art. 130», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*, 3ª ed., 2012, p. 486.

⁵ QUINTERO OLIVARES, «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 130 CP)», en EL MISMO (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, p. 117.

⁶ Debido, como decimos, a esta concepción "antropomórfica" (RODRÍGUEZ RAMOS, *Diario La Ley*, (7561), 2011, p. 1.) entendemos, que el Código penal da por hecho que cuando el proceso penal se inicia y la persona jurídica ha sido liquidada y disuelta, no puede dirigirse acción alguna contra dicha persona jurídica. Sin embargo, como después se verá, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sí que insiste en dotar de algún tipo de personalidad jurídica a esas personas jurídicas extinguidas, denominándola "personalidad latente".

de modificación societaria que prevé el legislador que no extinguen la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En primer lugar, nos referimos a los supuestos que el Código denomina un tanto impropiaamente como de "transformación", sin indicar si se refiere a una transformación societaria -de sociedad limitada a sociedad anónima, por ejemplo, o un cambio en el accionariado. Partiendo de la autonomía irrenunciable del Derecho penal, simplemente la referencia a transformación de la persona jurídica debía haber resultado suficiente para el legislador penal, pero a fin de realizar un precepto más completo se han incluido determinados tipos de operaciones, lo que únicamente trae confusión a la situación, pues tampoco están claramente delimitadas tales operaciones, y sobre todo, llevan a plantearse que aquellas que no están expresamente mencionadas, por aplicación del principio de legalidad -taxatividad- de la norma jurídico penal, podrían servir para eludir verdaderamente la responsabilidad penal.

En segundo lugar, se refiere el precepto a situaciones de "fusión, absorción", pero no se refiere al supuesto de la compraventa, de la adquisición de la compañía por un nuevo propietario. En estos supuestos, debemos deducir que la posible responsabilidad penal de la empresa permanecerá incólume a los efectos de la aplicación del Código penal, atendiendo al principio de legalidad-taxatividad de la norma jurídico penal, por lo que no podrá extenderse al comprador.

En tercer lugar, el artículo prevé un tercer supuesto que denomina "escisión", pero sin hacer una expresa referencia a qué tipo de operación se refiere el legislador, pero que debería entrar dentro del ámbito de una venta de una rama de actividad, o la separación de una rama de actividad de la empresa. Sin embargo, no especifica este art. 130.2 CP si la responsabilidad penal de la persona jurídica permanecerá en la matriz, se derivará a la rama escindida, o bien responderán ambas sociedades, pues sólo dispone que se "extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión", pero tampoco parece que pueda transmitirse al eventual comprador de la rama de actividad escindida.

Finalmente, nos encontramos también con una cláusula de moderación del traslado de la pena, que parece una incorporación de una suerte de atenuante, consistente en que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena "en función de la proporción" que la persona jurídica originariamente guarde con la resultante. Esta cláusula de moderación recuerda a la establecida en el art. 65.3 CP, lo que nos lleva a entender que el legislador llega a confundir a la persona jurídica que sucede como el cómplice del delito anteriormente cometido por otra persona jurídica.

1.3. Los supuestos de modificación de la persona jurídica no previstos por el legislador penal: extinción y liquidación

Como se mencionaba anteriormente, lo primero que llama la atención es que el legislador penal procede a enumerar algunas operaciones mercantiles que no extinguen la responsabilidad penal -que incluso se traslada o se extiende-, pero no establece ningún tipo de norma sobre otro tipo de modificaciones societarias, como son la venta de la empresa, o simplemente la disolución de esta, o incluso la disolución judicial de la misma a través de un procedimiento concursal.

El Código penal no establece regulación alguna en lo que se refiere a la extinción y liquidación legal de la sociedad, es decir, sobre lo que debe suceder en los casos en los que cumpliendo estrictamente con la legislación vigente -arts. 360 y ss. LSC- se procede por el órgano de administración de una sociedad a acordar su liquidación y disolución antes incluso de que se inicie un proceso penal en el que pueda aparecer como presuntamente responsable.

Lo único que puede encontrarse en el Código penal relacionado con esta cuestión de la imposibilidad de persecución a la empresa por haberse disuelto, es lo contrario, es decir, supuestos en los que se perseguirá a la persona jurídica pero no a la persona física que actuó en su nombre, incluso en los casos de fallecimiento del investigado persona física-art. 130.1 CP-, como dispone el art. 33 ter CP, liquidadores o adjudicatarios de los bienes sociales. Nada establece el Código penal para la situación contraria, esto es, que se disuelva la persona jurídica y si es que será posible perseguir, por ejemplo, a sus administradores.⁷ En todo caso, debido a la disolución de la sociedad, el problema será de carácter civil, y no de carácter penal.

1.4. La diferente regulación del Derecho mercantil respecto al Derecho penal: La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

Una de las cuestiones que más llama la atención acerca de cómo ha regulado el legislador penal la sucesión en la responsabilidad penal es, sin duda, su desconexión con la regulación mercantil, es decir, su completa independencia incluso terminológica. Sin embargo, no parece que haya sido la solución más acertada, toda vez que las cuestiones sobre las que ha de hacerse depender la sucesión o no de la responsabilidad penal de la persona jurídica en operaciones mercantiles, no manejan conceptos homogeneizados, de ahí la dificultad en la interpretación de las normas jurídicas.

Si partimos de una situación en la que el Derecho penal actúa como eslabón de cierre del ordenamiento jurídico en materia sancionadora, parece lo más lógico y razonable pensar que los conceptos jurídicos empleados por el legislador penal deberán estar alineados con los de otras disciplinas que intervienen en el contexto de la tipicidad penal. De otro modo, nos encontramos con que siguiendo una interpretación auténtica de los términos, debemos considerar que la posible remisión de la normativa a otra normativa extrapenal es errónea.

En el anterior sentido, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, parte de la consideración del Derecho de las sociedades mercantiles, como un sector del ordenamiento jurídico en constante evolución. De ahí que la propia Exposición de Motivos se refiera con la denominación "modificación estructural" a las alteraciones de la sociedad que van más allá de las modificaciones estatutarias y que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, incluyendo la "transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo".

⁷ Puede parecer una cuestión obvia, pero no lo es si tenemos en cuenta que, si aceptamos, como así se acepta doctrinal e incluso jurisprudencialmente, la responsabilidad propia de la empresa sin tener en cuenta a los administradores. Por tanto, podría darse la circunstancia de que un delito cometido por la persona jurídica quedase sin castigar por haberse extinguido la persona jurídica, a pesar de que los beneficios del delito pudieran haberse repartido entre los socios o los administradores. Precisamente esto es lo que sucede en algunas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, si bien pudieran ser incardinables esas figuras dentro de otros tipos delictivos como la frustración de la ejecución (art. 257 CP) o el blanqueo de capitales (art. 301 CP).

Es precisamente la cesión global de activo y pasivo, una de las figuras no contempladas por el legislador penal, a la que se refiere también la mencionada Exposición de Motivos, señalando que se separa de la tradicional asimilación a la liquidación para aportar un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas. Curiosamente, contrariamente a lo que establece el art. 130.2 CP, no se refiere la legislación mercantil a supuestos de "absorción", pues la absorción no es más que otro tipo de fusión, concretamente, la fusión por absorción, como por lo demás establece el art. 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

Hubiese sido interesante coordinar ambas legislaciones, de tal modo que no aparezca descoordinado todo el ordenamiento jurídico, respecto a determinados conceptos jurídicos como los expuestos, si bien esta cuestión no es en absoluto una novedad.⁸ La regulación establecida en la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, será de máxima utilidad, no sólo para interpretar correctamente el art. 130.2 CP, sino también en los aspectos más prácticos de la aplicación del precepto por nuestros tribunales.

Precisamente cuestiones reguladas respecto a los procesos de *fusión* como es el contenido del proyecto común de fusión (art. 31 LME) o el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión (art. 33 LME), o el informe de expertos sobre el proyecto de fusión (art. 34 LME) servirán para acreditar el carácter fraudulento o no de la operación mercantil, o incluso las medidas llevadas a cabo para determinar quién deberá suceder penalmente a la empresa, si se diese el caso.

Lo mismo sucede para el supuesto de la *escisión*, que la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, diferencia en varias clases, como escisión total, escisión parcial o segregación (art. 68 LME), estableciendo diferentes requisitos societarios y, de nuevo, al igual que en la fusión un informe de los administradores de las sociedades participantes sobre el proyecto de escisión (art. 77 LME).

En cuanto a la *cesión global de activo y pasivo*, esta operación mercantil aparece descrita como la transmisión en bloque de todo el patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del socio del cesionario (art. 81 LME). Nuevamente, para este tipo de operación mercantil, la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles establece como requisito un proyecto de cesión global (art. 85 LME) y un informe de los administradores (art. 86 LME).

Finalmente, si como hemos puesto de manifiesto la legislación penal debiera estar coordinada con la legislación mercantil -más aún si tenemos en cuenta la cercanía temporal entre ambas regulaciones de 2009 y 2010-, también sería interesante poder estudiar si pudiera decidirse en el denominado proyecto de fusión, de escisión o de cesión global de activo y pasivo, quién

⁸ Al respecto, durante muchos años, e incluso en el Código penal de 1995, se incluyó dentro de los delitos relacionados con el Mercado de Valores, el concepto de títulos-valores, que había ya desaparecido en la Ley del Mercado de Valores de 1988.

deberá asumir la responsabilidad penal por el hecho por el que pudiera responder la persona jurídica.⁹

2. El sistema de traslado y extensión de la responsabilidad a la sociedad resultante, en especial, en operaciones de M&A

Como se ha venido advirtiendo por el legislador, por la doctrina¹⁰ y por la jurisprudencia¹¹, la responsabilidad penal de la persona jurídica es propia de la empresa en el Código penal español, por lo que algunas operaciones societarias como el cambio de accionistas, de socios o de administradores o directivos, no provocan que se excluya la responsabilidad penal de la persona jurídica, que al tratarse de una responsabilidad propia de la empresa se mantiene aunque cambien los socios o los administradores.

Nos encontramos ante un nuevo sistema de imputación previsto por el Código penal, que supone la modifica en cierto modo tradicional principio de culpabilidad, y que más allá de cuestiones de carácter dogmático, tanto la letra de la ley como la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en los últimos años, nos conduce a la existencia de una culpabilidad propia de la empresa, de la persona jurídica, que se configura de diferentes modos, pero que siempre tiene en común dos factores: que la acción delictiva se realiza por algún dependiente de la empresa y que se produce un beneficio para la empresa por esa acción, o también si la acción tiende objetivamente al mismo.¹²

La existencia de un hecho constitutivo de delito, por el que nace la responsabilidad penal de la persona jurídica, puede producirse en diferentes momentos en el tiempo, como sucede también en la responsabilidad penal de las personas físicas. Por ejemplo, lo que sucede cuando se inicia un procedimiento penal contra una persona que ya ha fallecido (art. 130 CP) o contra una persona que sufre una grave patología contra la que no puede dirigirse el procedimiento, o incluso en los casos en los que el sujeto sufre una patología que lo convierte en incapaz

⁹ Así sucede, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el folleto en la legislación del Mercado de Valores, art. 28 LMV, e incluso para el concreto caso de Ofertas Públicas de Adquisición, en los arts. 32 al 37 de Real Decreto 1310/2005, se contiene una regulación sobre el régimen de responsabilidad del folleto.

¹⁰ *Vid.*, el análisis de la cuestión desde el Derecho español y comparado, BAJO FERNÁNDEZ, «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 29: "(...) el análisis sistemático de la nueva regulación con la Constitución, el Derecho administrativo sancionador y demás normas del Ordenamiento, conduce a la exigencia de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, lo que implica la prueba de haber cometido un hecho injusto propio, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia como se viene manteniendo incluso por la jurisprudencia administrativa".

¹¹ Recientemente, reitera esta postura la STS 234/2019, ponente De Porres Ortiz de Urbina, citando la anterior STS 221/2016, ponente Marchena Gómez: "Habrà de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015 (...)".

¹² ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «La extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 175. Un análisis de las Circulares de la Fiscalía General del Estado en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, en las que se señala que debe existir una "objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho".

procesal durante la tramitación del proceso penal, denominados de demencia sobrevenida (art. 383 LECrim).¹³

El problema desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que el sujeto pasivo del proceso, el sujeto activo del delito, que es la propia empresa, puede haber mutado en otra, puede haber sido rescatada su actividad principal o subsidiaria, o incluso puede haber sido vendida o transformada. Para regular estos supuestos, el legislador ha utilizado dos verbos nucleares sobre la cuestión: *trasladar* y *extender*. En el primero de los supuestos, éste será el efecto para las operaciones de fusiones y adquisiciones. Para el segundo de ellos, para las escisiones, el legislador prevé que se extienda, es decir, que respondan ambos, lo que resulta ciertamente inexplicable desde el punto de vista técnico, tanto la diferencia en un supuesto y en otro, como el que respondan doblemente por un mismo hecho. Un estudio conjunto del ordenamiento jurídico nos lleva a pensar que nos encontramos ante un supuesto que el Código penal denomina "extender", pero lo que realmente se propone es "derivar", un término empleado ya por otras ramas del ordenamiento jurídico, como a continuación veremos, que tiene su contenido de sentido en que una empresa sucede a otra en la responsabilidad penal.

La cuestión relativa al traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de Derecho administrativo, como en material fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil¹⁴, las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes. A modo de ejemplo, nos encontramos con los siguientes:

2.1. El traslado y la extensión de otros tipos de responsabilidad: responsabilidad civil, administrativa y laboral

Uno de los primeros problemas que aparecen al hablar de la extinción de la responsabilidad penal, es cómo va a ser trasladada esa responsabilidad a la sociedad resultante, o extendida a

¹³ Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha ido poniendo de manifiesto la existencia de determinadas sociedades que no serán capaces de culpa, o que deberán ser consideradas como inimputables, debido a que exista una identidad absoluta entre la persona física y la persona jurídica (supuestos en los que una sociedad unipersonal actúa a través de su único socio y administrador), como supuestos en los que dada la estructura de la sociedad no es posible entender que existe un defecto de organización. ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 166. Por otro lado, la Fiscalía General del Estado, en la *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015*, señala que tendrán la consideración de inimputables las personas jurídicas de carácter instrumental que carezcan de una actividad legal o ésta sea meramente residual, y también los supuestos en los que existe un solapamiento de voluntades entre el gestor y la persona jurídica, por la prohibición del principio *non bis in idem* (p. 29).

¹⁴ Sin ánimo de adelantar conclusiones, son estas áreas las más relevantes en materia de *due diligence* en operaciones mercantiles. A través de estas investigaciones se intenta alcanzar precisamente un conocimiento más preciso de la situación legal -jurídica- de la empresa, a parte naturalmente de la *due diligence* sobre el negocio. La correcta realización de esta investigación -*due diligence*- es la que hace que se traslade la responsabilidad, por ejemplo, en materia tributaria. ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. Se plantea una *due diligence* sobre asuntos penales, si bien lo que parece que se impone en la práctica no es sólo una *due diligence* sobre los posibles procedimientos, sino precisamente una *due diligence* sobre la "cultura de cumplimiento", o en definitiva el grado de implicación en políticas de cumplimiento normativo que tiene establecidas la persona jurídica.

aquella sociedad que ha adquirido la rama de actividad. A modo de ejemplo, en un caso de fusión o adquisición clásico -M&A en su terminología anglosajona- nos encontramos con la sociedad A que ha obtenido una concesión para explotar un polideportivo municipal durante los próximos veinte años, tras haberle abonado al Concejal de Deportes una cuantiosa suma de dinero a cambio de la ilícita adjudicación, siendo los hechos constitutivos de un delito de cohecho y de prevaricación administrativa. Poco tiempo después, una gran multinacional dedicada a las cadenas de gimnasios adquiere la sociedad A y continúa con la actividad. Cinco años después, se incoa un procedimiento penal contra el Concejal de Deportes por cohecho y prevaricación, y se imputa tanto al antiguo propietario y administrador único de A como a la propia persona jurídica A (a esta última sólo por cohecho, al no estar el delito de prevaricación entre aquellos que pueden originar la responsabilidad de los entes colectivos). Para el supuesto de la escisión, nos encontramos con que la propia empresa A tiene otras actividades y decide escindir una rama de actividad, creando otra sociedad C, donde ejercerá precisamente esa actividad con otros socios a los que dará entrada en el capital social.

El anterior ejemplo de traslado y extensión de la posible responsabilidad penal, tiene su clara traslación en los demás ámbitos en lo que se refiere a la responsabilidad civil, pero admite algunas dudas en lo relativo a las multas y otras sanciones. A continuación, analizamos lo que sucede en cada uno de los otros supuestos:

a. La responsabilidad civil

La máxima de que el deudor responde de la deuda con todos sus bienes presentes y futuros resulta también de aplicación en lo relativo a la derivación de la responsabilidad civil, incluso en los casos en los que nos encontramos ante una responsabilidad civil derivada de delito. Ha habido incluso supuestos claros en los últimos años de la derivación de la responsabilidad civil *ex delicto* una vez que se produce la muerte de la persona física, como son los supuestos de herederos en el Caso KIO/De la Rosa u otros más recientes, como es el caso de las "Tarjetas Black" y la responsabilidad civil de los herederos, en el caso del fallecimiento de Miguel Blesa.¹⁵

No parece que se pueda plantear, por tanto, la derivación de la responsabilidad civil a la sociedad resultante de una operación mercantil, e incluso en el caso en que la misma sea disuelta o entre en liquidación, pues nos encontraremos con una cuestión similar a la que sucede en el plano de las personas físicas, si bien cuando la sociedad resulta disuelta tendrán que responder los socios hasta la cuantía que obtuvieron a través de la disolución de la sociedad.

La cuestión aparece extensamente regulada tanto en la legislación concursal, como en la legislación mercantil. Incluso, aparecen regulados los supuestos en los que la responsabilidad

¹⁵ ATS 11104/2017, ponente Marchena Gómez que cita otras resoluciones de esa Sala, como son la STS 1751/2003, ponente Conde-Pumpido Tourón, 774/2015, ponente Berdugo Gómez de la Torre; 654/2017, ponente Saavedra Ruiz. Básicamente, se refieren a las diferencias en los casos en los que ya se ha dictado sentencia, de los supuestos en los que se está todavía pendiente de celebración del juicio oral. Cuando existe resolución de primera instancia, la responsabilidad civil se mantiene y deberá ser afrontada por los herederos si aceptan la herencia. Si no se ha celebrado el juicio, se extingue la responsabilidad penal, y de ahí que se extinga también la responsabilidad civil derivada de delito.

civil también puede ser derivada a los administradores de las sociedades e incluso a los socios en determinados supuestos de extinción de la sociedad.¹⁶

b. La responsabilidad administrativa

Debemos prestar una especial atención a la responsabilidad administrativa y el modo en que se trasmite a la sociedad resultante objeto de una operación mercantil. A esta cuestión se han referido algunos autores, poniendo de manifiesto la posibilidad de que la responsabilidad penal de la persona jurídica pudiera ser derivada en el modo en que se deriva la responsabilidad administrativa.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) recientemente ha podido referirse a esta cuestión en la STS 333/2019, ponente Córdoba Castroverde, en la que se afirma que "lo relevante es que la *entidad resultante sea continuadora de la unidad empresarial* de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado". En dicha sentencia se analizaba una sanción a una entidad bancaria que había sucedido a otra -La Caixa a Caixabank-, y concretamente concluía la sentencia citada que "a los efectos de establecer el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa entre personas jurídicas, también la admite -la jurisprudencia- cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica, siempre que la empresa sucesora continúe ejerciendo las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y la infractora que se transforma deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente sí lo ha hecho económicamente. En estos casos, a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico, se entiende que existe una identidad substancial entre las empresas sucesivas, el cambio o transformación jurídica operada permite trasladar la responsabilidad a la nueva empresa, desde el punto de vista económico, existe identidad de ambas entidades."

La cuestión más trascendental de la anterior sentencia, y su interés no residía sólo en la posibilidad de imponer la sanción administrativa en los supuestos de transformación o fusión, sino también en los casos en los que la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad y otra empresa la sucede y opera en su lugar. En estos últimos casos, también debe trasladarse la responsabilidad, según la jurisprudencia.

Sin embargo, a estas multas se refieren algunos autores como Feijoo Sánchez como multas interdictivas¹⁷, que conforme al principio de culpabilidad que informa nuestro sistema jurídico

¹⁶ Existen supuestos en los que aparecen determinados pasivos una vez extinguida la sociedad. Para estos casos, se sostiene por la jurisprudencia más reciente del orden civil, que la sociedad seguirá existiendo con una "personalidad latente". La STS 324/2017, ponente Sancho Gargallo, señala que "no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad [en supuestos de créditos sobrevenidos que deberían haberse incluido en la liquidación de la sociedad], bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos 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."

penal, no serían trasladables a otra persona jurídica que la propiamente inculpada.¹⁸ Sin duda se trata de una cuestión trascendental, si resulta de aplicación el principio de culpabilidad (art. 5 CP) a las personas jurídicas o no.¹⁹ A nuestro juicio, claramente debe respetarse dicho principio, pero su interpretación debe aproximarse más a la cuestión de la formación de la voluntad de la persona jurídica, y el ejercicio de deberes de vigilancia, supervisión y control, o dicho de otro modo, sobre las medidas adoptadas por la empresa resultante.²⁰

c. La responsabilidad laboral

Nos encontramos supuestos de cambios en la forma y la figura del empleador derivado de diferentes operaciones mercantiles. Con independencia de cómo se cambia el empleador, por ejemplo, y del reconocimiento de los derechos adquiridos con anterioridad en el plano laboral, también debemos analizar qué sucede en los supuestos en los que la empresa, por decir así, desaparece.

Normalmente, serán la jurisdicción social la que se ocupe, a través del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) o de los bienes que puedan ser ejecutados a la empresa, pero atendiendo a las responsabilidades laborales en el caso de una operación mercantil ficticia, la jurisprudencia social ha ido estableciendo una serie de criterios, similares a los que utiliza el art. 130.2 CP, en lo relativo al mantenimiento de la actividad social, identidad de objeto social etc., que pueden

¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, p. 299. "El principal problema para aplicar esta disposición se plantea con respecto a las sanciones interdictivas, ya que la nueva situación puede hacer innecesaria la misma". Se refiere el autor a la nueva situación mercantil de la persona jurídica., utilizando como ejemplo la persona jurídica condenada por un delito medioambiental que "es absorbida por otra mucho más grande con una impoluta política medioambiental".

¹⁸ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad de las personas jurídicas», en EL MISMO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 163 s: "(...) lo que bajo ningún concepto cabe interpretar es que puedan trasladarse a la entidad absorbente las penas interdictivas o la disolución (art. 33.7, apartados b) a g)."; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, 2008, pp. 299 ss., ampliamente sobre sanciones interdictivas.

¹⁹ En similar forma, también CORCOY BIDASOLO, «art. 130», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 466: "El traslado de la responsabilidad penal y de la pena suscita problemas de constitucionalidad, en tanto que, como ya se ha señalado por la doctrina, 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 la absorbe, el pago de la pena de multa como sucesora de una deuda de Derecho Público."

²⁰ Este parece ser el sentido del AAN, ponente Echarri Casi, que acuerda la "desimputación" del Banco Santander como sucesor del Banco Popular. "No se puede hacer responder por ello, a entidades que anda tienen que ver con los delitos cometidos por sociedades fusionadas. En la mayoría de las ocasiones, este tipo de modificaciones estructurales obedecerá a fines lícitos relacionados, con intereses económicos, oportunidades de mercado, u otros de cualquier tipo ajenos al encubrimiento delictivo, ya que no cabe duda que los primeros interesados en desprenderse de esa supuesta peligrosidad criminal de las entidades fusionadas, serán las propias entidades que las fusionan o absorben (sic), salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional que ello conlleva. De ahí que, el comportamiento tras la fusión, sea un indicio importante a la hora de valorar la finalidad de la operación, y si la misma, se llevó a cabo por móviles espúreos (sic), acreedores de algún tipo de responsabilidad penal." La cuestión de la actuación de la persona jurídica tras la comisión del ilícito desde siempre provocó problemas desde el punto de vista estrictamente técnico, no sólo en España. Vid., en este sentido, la ya clásica cita de LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The failure of Corporate Criminal Liability*, 2006, pp. 188 s. Situación ya criticada, como cumplimiento después de los hechos, el denominado "*post-offence behavior*" es la piedra angular de la regulación, pero hostil para la ley existente.

llevar a entender que una compañía ha sucedido a una anterior y que, por tanto, debe asumir las obligaciones que tenía esa empresa disuelta ficticiamente.

Concretamente, la jurisprudencia ha ido utilizando dos tipos de criterios en esta materia. El primero de ellos, la *derivación de la responsabilidad* a través de la doctrina del levantamiento del velo, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1991 o de 14 de julio de 1993, o la más reciente STSJ Cantabria 703/2016, de 21 de julio, que se refiere expresamente a la confusión de actividades, propiedades y patrimonios. Por otro lado, el segundo criterio empleado ha sido el del art. 44 ET, que se denomina la *sucesión de empresa*, en el que entre otras resoluciones, la reciente STJUE (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 2015, en la que se repasa la vigencia de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, y a través de la Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) 782/2018, de 18 julio, que recoge los criterios siguientes asentados para la sucesión empresarial en materia laboral. Los mencionados criterios se inspiran, según esa misma jurisprudencia en que: a) exista una continuidad en la exportación y apreciable identidad en el ente económico transmitido; b) que la identidad se manifieste en que se trata de una estructura organizada de forma estable c) que se siga desarrollando el mismo servicio y d) que exista una asunción de plantilla.

2.2. La *successor liability* en el sistema estadounidense

Otras jurisdicciones, como la estadounidense, han empleado la responsabilidad penal de la persona jurídica, y la sucesión de la responsabilidad penal entre empresas desde hace más tiempo. Por esta razón, se ha ido creando un cuerpo jurisprudencial que, unido a las recomendaciones en materia anticorrupción del Departamento de Justicia estadounidense, han ido estableciendo una serie de criterios que, si bien no son taxativos, sí pueden servir para orientar la aplicación de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Una de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo norteamericano en esta materia fue la *United States v. Melrose Distillers* (1959). Se trata de dos empresas que se habían fusionado y habían sido investigadas -formalmente procesadas- antes de fusionarse, y la compañía fusionada fue perseguida doblemente, entendiéndose que subsistía la existencia de las dos empresas delincuentes a los efectos de la imposición de la pena a la persona jurídica.²¹

Posteriormente, se analizó otro caso en que también se puso de manifiesto un ilícito penal cometido antes de la fusión entre dos entidades bancarias, que fue descubierta tras la fusión. En ese caso, recogido en la *United States v. Alamo Bank of Texas* (1989), también se impuso la responsabilidad penal de la empresa, a la empresa en la que habían resultado fusionadas.²²

Otros relevantes casos como *United States v. Polizzi, Oklahoma Natural Gas Co. V. Oklahoma* o *United States v. Shields Rubber Corp* han ido evidenciando y argumentando la posibilidad de que la responsabilidad penal se puede derivar a la empresa sucesora de una operación de M&A más allá del principio de culpabilidad, poniendo de manifiesto las últimas sentencias citadas que

²¹ Vid. LAWLER/PHILLIPS, *Avoiding the Threat of FCPA Successor Liability* (disponible en: <https://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/VinsonElkinsReprintLawlerPhillipsTransactionAdvisorsJune2015.pdf>).

²² Vid. BECKER, «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *American Journal of Criminal Law*, (19), 1992, p. 460.

tras la fusión la empresa ha tenido tiempo de detectar y, en su caso, adoptar las medidas oportunas para prevenir e impedir la comisión de futuros ilícitos. Incluso hacen referencia a que, dependiendo de cómo haya sido la *due diligence* realizada, deberá sorprenderle más o menos al nuevo propietario de la empresa, o al socio fusionado.²³

En este sentido, es precisamente el Departamento de Justicia el que cada vez más ofrece pautas para llegar a puertos seguros en este tipo de operaciones mercantiles, en especial, en lo referente a materia anticorrupción. La denominada *FCPA Guide*, editada de forma conjunta por el Departamento de Justicia y el regulador bursátil estadounidense (SEC) establece claramente cuáles han de ser los pasos que ha de seguir la empresa para evitar la sucesión de la responsabilidad penal: (i) *compliance due diligence* y análisis de riesgos anterior a la transacción, (ii) integración de la función de *compliance* tras la transacción, y (iii) remedios y modificaciones establecidos para implementar un programa conjunto de *compliance*. En definitiva, lo que se viene a denominar en la práctica la *due diligence de compliance pre-acquisition*, seguida del *compliance post-acquisition*.²⁴

3. Los diferentes supuestos de modificación societaria y el mantenimiento de la responsabilidad penal

En la vida económica existen numerosos medios o formas en que una sociedad mercantil puede modificarse o transformarse. Nos encontramos con supuestos de transformaciones corporativas por la adquisición o venta de compañías, por la venta de parte de ellas, pasando por operaciones mercantiles en las que cambian sus socios, o se modifica la estructura societaria. Incluso, nos encontramos con supuestos en los que la sociedad desaparece, queda completamente desatendida, o incluso en los que una sociedad entra en una situación concursal. Los más comunes, a los efectos del presente trabajo, son la adquisición o venta de sociedades, así como las fusiones o absorciones societarias.

El legislador no ha previsto un sistema de derivación de responsabilidad sumamente exhaustivo, sino que ha dejado en manos de la jurisprudencia el cómo va a aplicarse la responsabilidad penal de la persona jurídica en supuestos de transformación societaria, incluso para los supuestos más evidentes y tasados, como son la disolución, la liquidación o el concurso de acreedores.

²³ DIAMANTIS, «Successor Identity», *Yale J. Reg.*, (36-1), 2019, pp. 2 ss., donde el autor propone un interesante cambio de paradigma entre la responsabilidad como sucesor o por su identidad, es decir, la diferenciación entre la *successor liability* y la *identity*.

²⁴ Vid. La denominada *FCPA Guide* donde se especifican determinados criterios a seguir en relación con las transacciones de M&A y las políticas anticorrupción (disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>). Concretamente, estas medidas en relación con las operaciones de M&A aparecen descritas a partir de la p. 62 del documento elaborado por el Departamento de Justicia estadounidense (DOJ). Recientemente, sobre esta materia en el acuerdo con OFAC de Stanley Black and Decker, en el cual a pesar de ser detectadas determinadas ventas a Irán, que fueron eliminadas como requisito para realizar la transacción consistente en la adquisición de la compañía china Jiangsu Guoqiang Tools Co. Ltd, y aunque se llevó a cabo formación sobre la materia de sanciones internacionales tras la toma de control de la sociedad (60% del capital), Stanley Black and Decker no pudo impedir que se continuase vendiendo ese material a través de los Emiratos Árabes y China. Sobre este concreto supuesto, Vid. DI BARI, *Not Using the Right Tools in Post-Acquisition Due Diligence*, (disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/not_using_the_righttoolsinpost-acquisitiondu.html).

Lo único previsto por el legislador penal es, pues, una regla básica o, mejor, un principio general de aplicación de la responsabilidad penal, como efecto directo de la concepción de una verdadera responsabilidad penal propia de la persona jurídica. Así, 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).

La situación no es desconocida para el ordenamiento jurídico español, pues sucede de forma muy similar para las sanciones de carácter administrativo, laboral o incluso, en cierto modo, de carácter tributario.²⁵

Sin embargo, debemos hacer una especial mención y diferenciación de supuestos concretos en los que nos encontramos con que la responsabilidad penal se mantiene en la persona jurídica, y otros en que se transmite. Veamos, a través de un ejemplo a qué nos referimos: 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. No decimos que sea la solución correcta, sino que simplemente relatamos cómo lo establece precisamente el Código penal. Por otro lado, y con otro ejemplo, nos encontramos con que 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.

Sin embargo, la praxis, como suele ser habitual, nos aporta claros supuestos en los que se pone de manifiesto la necesidad de, o bien una más pormenorizada regulación, o bien de una correcta interpretación de los tipos penales, desde los principios básicos del Derecho penal, como son el principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima.²⁶

Veamos a continuación algunos de los supuestos en los que la responsabilidad penal de la persona jurídica tendrá que adentrarse en la vía de los principios de oportunidad a través de evaluaciones de *compliance*, a través de medidas que como en Derecho comparado ya están funcionando como son los *Non Prosecution Agreements* y los *Deferred Prosecution Agreements*

²⁵ Críticamente sobre este traslado de la responsabilidad penal, entendiendo que sólo puede ser una responsabilidad administrativa la que se traslade, SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), 2016, pp. 4 ss.

²⁶ Sobre el principio de proporcionalidad, ampliamente, LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Cuándo penar, cuánto penar», en EL MISMO, *Pena, principios y empresa. Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*, 2017, pp. 158 s.

tanto en Estados Unidos²⁷ como en Reino Unido²⁸, e incluso recientemente en Francia a través de la Ley Sapin II.²⁹

3.1. Supuestos en los que la sociedad ha sido disuelta, liquidada y extinguida con anterioridad al inicio del procedimiento penal

Como hacíamos referencia anteriormente, en los aspectos de responsabilidad penal de personas físicas nos encontramos con los casos en los que la persona física fallece o resulta inimputable con carácter previo al inicio del procedimiento penal, o incluso con carácter previo al inicio del proceso penal. La solución del Código penal en estos casos es absolutamente diáfana en los casos del fallecimiento del reo, pues son casos en los que ni siquiera puede iniciarse el procedimiento penal, conforme a lo previsto en el art. 130 CP.

Aunque en ciertos ámbitos se ha llegado a hablar de la "pena de muerte" de la persona jurídica, entendida como la pena de disolución de la persona jurídica que prevé el art. 33.7.b) CP, cuando se refiere a la "disolución de la persona jurídica".³⁰

Debemos referirnos ahora para determinar cuándo nace y cuando muere una persona jurídica, tanto al Derecho civil como al Derecho mercantil. También debemos tener en cuenta la realidad que supone que el Derecho penal continuará siendo autónomo en sus presupuestos de hecho y en sus consecuencias jurídicas, por lo que al igual que entiende que la vida comienza y la vida termina cuando lo ha ido estableciendo la justicia criminal en torno a los delitos contra la vida humana dependiente e independiente, esto es, en los casos de homicidio y asesinato, al igual que los casos de delitos de aborto.

Para estos casos la legislación societaria establece la forma en la que una sociedad mercantil puede ser disuelta, liquidada y extinguida conforme a lo previsto en los arts. 360 y ss. LSC.

En los anteriores supuestos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la propia normativa societaria, la disolución deberá ser entendida como la "muerte" de la persona jurídica, contra la que no se podrá dirigir el procedimiento. Caso contrario sucede en los casos en los que se produzca la muerte de la persona física que actuaba en nombre de la empresa y en

²⁷ BOURTIN/DONIGER, «Negotiating Global Settlements: The US perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations. Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., 2019, pp. 392-396.

²⁸ FLETCHER/PURNELL, «Negotiating Global Settlements: The UK Perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations. Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., 2019, pp. 367-372.

²⁹ KIRRY/DAVIS/BISCH, *French Anti-Corruption Authority Raises Alarm About M&A Transactions* (disponible en: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions/), de 24 de mayo de 2019, donde se analiza la última circular de la Agencia Francesa Anticorrupción, que establece como piedra angular de la transacción de M&A para impedir la sucesión de la responsabilidad penal en las *pre-acquisition* y *post-acquisition due diligence* de *compliance*, llegando a señalar que una empresa que no haya realizado una completa *due diligence* difícilmente podrá llegar a un acuerdo como DPA.

³⁰ Art. 33.7 b) CP: "Disolución de la persona jurídica. La 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."

beneficio de ésta, pues en esos casos aunque la persona física haya fallecido, persona jurídica continuará respondiendo por el delito cometido, conforme establece el art. 31 bis.3 CP.

Nos encontramos en estos casos ante supuestos en los que, al haberse producido una completa desaparición de la empresa para el ordenamiento jurídico, no tendríamos ni posible responsable penal -la empresa- ni posible sujeto pasivo del procedimiento -la empresa investigada-. Y es que en estos casos, en los que se produce la desaparición de la persona jurídica también resulta discutible, al menos, poder trasladar algún tipo de responsabilidad civil derivada del delito por el que la persona jurídica no va a ser declarada responsable, pero puede ser que se declare responsable a una persona física que actuó en su nombre, y por lo tanto acabar resultando la persona jurídica responsable civil subsidiaria conforme al art. 120.4 CP.³¹

Por ejemplo, se descubre que una empresa pagó un importante soborno a un concejal para que le adjudicase la concesión municipal de recogida de basuras durante cinco años. La empresa, transcurridos los cinco años y habiendo ingresado dos millones de euros por ejercicio, decide cerrar porque no se le adjudica ningún contrato más, habiendo repartido beneficios entre sus socios los últimos años, y provocando una liquidación ordenada de la compañía, en la que cobró tanto Hacienda, como la Seguridad Social, proveedores y empleados. Transcurrido un año desde el cese de la actividad y la liquidación total de la empresa, se descubre que el que fuera Director General fue el que hizo el pago al concejal de un millón de euros en una cuenta en Suiza, a cambio de la adjudicación siendo constitutivo de un delito de cohecho por el que resulta imputado el anterior Director General. En este supuesto, nos preguntaríamos si podría trasladarse algún tipo de responsabilidad a los antiguos socios que cobraron de la liquidación de la compañía, o si la empresa debería responder por los ilícitos beneficios que obtuvo de la concesión ilícitamente adjudicada.

En estos concretos supuestos, en los que la sociedad dentro de la normativa concreta ha sido liquidada y disuelta, nada resulta exigible a la persona jurídica. Es más, dentro del contenido de sentido de teoría de la pena, no tiene ningún fundamento que se imponga algún tipo de pena criminal a una persona jurídica que ya no existe, pues desde el punto de vista de las teorías de prevención especial, nada puede significar para la persona jurídica extinguida la imposición de una pena criminal.

Cuestión distinta resultaría la responsabilidad de la persona física que actuaba en nombre de la persona jurídica extinguida para obtener un lucro ilícito. Dejamos aparte, lógicamente, los casos en los que la persona jurídica ha sido simplemente un instrumento para la comisión del delito, pues en esos casos resulta incluso discutible desde el punto de vista jurídico-penal que esa sociedad pueda ser capaz de culpa³².

³¹ Debe tenerse en cuenta que este tipo de responsabilidad civil subsidiaria, concretamente la del art. 120.3 CP, ha sido evolucionada jurisprudencialmente, desde una responsabilidad cuasi-objetiva, a una responsabilidad puramente objetiva. Al respecto, ampliamente la STS 467/2018, Berdugo y Gómez de la Torre. Anteriormente, para un supuesto de blanqueo de capitales, STS 2888/2012, ponente Maza Martín.

³² GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad de la persona jurídica» en BAJO FERNÁNDEZ/ FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2016, pp. 153 ss.

3.2. Supuestos en los que la sociedad mercantil cesa su actividad o se transforma durante el procedimiento penal

Se trata del supuesto más problemático desde el punto de vista práctico, pues la sociedad en funcionamiento que resulta investigada en un procedimiento penal normalmente tiene muchas posibilidades, estadísticamente, de desaparecer, bien debido a aspectos económicos - desaparecen sus clientes y proveedores-, o bien porque cesan o desaparecen sus administradores, o bien porque en ocasiones también la sociedad se transforma en otra porque debido al impacto sobre su imagen la sociedad prácticamente tiene que cerrar.

No resulta desconocido los efectos devastadores que la imputación de una persona jurídica tiene sobre su propia actividad. Más aún en otras jurisdicciones, en las que incluso debido a esa existencia de una investigación criminal sobre la persona jurídica se le impide participar en determinadas licitaciones públicas o privadas, o incluso se procede a cerrar las cuentas bancarias por la entidad correspondiente por encontrar indicios de blanqueo de capitales, o bien casos en los que se bloquean las cuentas bancarias de la empresa como medida cautelar produciendo un verdadero terremoto societario. El ejemplo más común que se ofrece sobre esta cuestión fue el Caso Enron, concretamente en lo referente a la responsabilidad penal de su Auditor, que no era otro que Arthur Andersen. En dicho proceso, se acordó por el propio Tribunal la medida cautelar de cese de autorización para auditar compañías en los EEUU durante el periodo en que se celebraba el juicio contra Enron y algunos miembros del equipo de Arthur Andersen en Enron.³³ Finalmente, a pesar de pasar varios años sometida a la medida cautelar, Arthur Andersen resultó absuelta de los cargos que se le imputaban.

Se pueden plantear dos supuestos diferentes cuando la persona jurídica desaparece durante la tramitación del proceso. La diferencia entre uno y otro supuesto la vamos a encontrar en los casos en los que se hayan acordado medidas cautelares y los casos en los que simplemente se haya acordado la imputación de la persona jurídica, si bien dentro de estos dos grandes grupos de casos nos encontraremos otros en los que, por ejemplo, la empresa ha sido liquidada y transformada en otra, o incluso aquellos casos en los que se haya producido algún tipo de adjudicación judicial de la empresa que, conforme al criterio establecido por el Código penal, la responsabilidad penal de la persona jurídica no desaparece si la empresa sigue existiendo, siquiera sea absorbida en otra empresa.

3.3. Supuestos en los que se acuerda la administración o intervención judicial de la empresa y ésta se transforma durante el proceso

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, 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. Ninguna relación tiene sobre esta cuestión que

³³ Con algunas acertadas matizaciones, MARKOFF, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15), 2013, pp. 797 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Ni catastrophe ni panacea. La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (69-211) 2014, pp. 115 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, 2006, pp. 54 ss.

los nuevos accionistas no conozcan lo que ha hecho la sociedad anteriormente, o que la sociedad ahora sea administrada por un administrador o interventor judicial, ajeno a los anteriores responsables de la compañía que cometieron un delito en su nombre y que haya dado lugar a la imputación de la persona jurídica.

El legislador español no ha previsto ningún mecanismo para la correcta administración o intervención judicial desde el punto de vista de *compliance*. Éste es uno de los mecanismos más utilizados dentro de las medidas cautelares en procedimientos penales de Derecho comparado, a través de la intervención de una persona que se denomina "monitor". La traducción literal del término nos llevaría a pensar que nos encontramos ante un supuesto de "monitoreo" de la actividad social, pero más bien se trata de una supervisión dirigida al establecimiento de una correcta cultura de cumplimiento con la legalidad.

Tampoco podemos afirmar que el Código penal español haya abandonado cualquier tipo de regulación sobre la intervención o administración judicial, puesto que el propio art. 33.7.g) CP hace una remisión a que "reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como al retribución o cualificación necesaria".³⁴

Necesariamente toda intervención o administración judicial de una empresa sobre la que se produce una imputación delictiva ha de tener como especial misión el establecimiento de una correcta cultura de cumplimiento con la legalidad. A pesar de 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 frente a las sociedades que deciden cumplir con la legalidad vigente, en la práctica judicial se producen de forma cada vez más habitual estos casos, al compás de las instrucciones ofrecidas a los representantes del Ministerio Fiscal por la Fiscalía General del Estado.

El Código penal sólo prevé la atenuación de la responsabilidad criminal (art. 31 *quáter* CP) para los casos en los que se haya (a) confesado la infracción o (d) haber establecido antes del juicio medidas eficaces para prevenir o descubrir delitos –*compliance program*-. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, prevé expresamente como circunstancias que deben hacer decaer la responsabilidad penal de la

³⁴ Art. 33.7 g): "Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años."

"La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria."

"La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa."

persona jurídica tanto la autodenuncia como los supuestos en los que se establece en la compañía una correcta cultura corporativa de cumplimiento con la legalidad.³⁵

Por tanto, nos encontramos ante supuestos en los que a raíz de la intervención acordada judicialmente "para proteger los derechos de los trabajadores y de los acreedores", la sociedad puede implementar una determinada cultura de cumplimiento con la legalidad y el descubrimiento de nuevos delitos colaborando con la administración de justicia, por ejemplo. Estos supuestos en el Derecho comparado nos llevarían a estar cerca de lo que se denomina un *Deferred Prosecution Agreement* o DPA, que no es otra cosa que un acuerdo más o menos oficializado para poder evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica, a cambio de facilitar las pruebas para condenar a las responsables personas físicas y colaborar con la investigación.

La práctica judicial en los últimos años nos ha traído casos como el denominado Caso Bankia, en el cual, tras el cambio de todos sus gestores (consejos de administración y directivos), la entidad bancaria comenzó a colaborar con las investigaciones penales abiertas por el delito de estafa de inversores (art. 282 bis CP) al venir a reconocer que efectivamente hubo un falseamiento de determinados documentos sociales para facilitar la salida a Bolsa de Bankia. Esta actuación por parte de Bankia -teniendo en cuenta que el Banco había sido nacionalizado por el Estado-, provocó que quedase fuera del proceso penal, es decir, que a la hora de determinar las personas físicas y jurídicas que iban a afrontar el juicio oral, el Ministerio Fiscal no formulase acusación contra la entidad cuyas cuentas se afirma fueron falseadas y que recibió precisamente el ilícito beneficio de dicha salida a bolsa.

Resulta ciertamente evidente la aplicación más o menos encubierta del principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal. Como es sabido, el Derecho penal español se basa precisamente en la actuación del Ministerio Fiscal sujeto al principio de legalidad y no al principio de oportunidad, como por lo demás pone de manifiesto también el art. 124 CE.

4. Compliance como mecanismo defensivo ante la responsabilidad penal de la empresa

Llegados a este punto, lo que debemos plantearnos es cómo y de qué forma podrá evitarse, en lo posible, ese traslado de la responsabilidad a la sociedad adquiriente o resultante de una operación mercantil. El Código penal no ofrece escudos ni *safe harbors* que puedan evitar de forma clara y directa la responsabilidad penal de la persona jurídica, ni tampoco la jurisprudencia ha ofrecido pauta alguna al respecto.³⁶

Ante esta situación, algunos autores como ORTIZ DE URBINA y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, remitiéndose a la doctrina tributaria, se inclinan por entender que el traslado de la responsabilidad puede producirse siempre en relación con el proceso de *due diligence* seguido,

³⁵ SÁIZ PEÑA, «Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance», en EL MISMO (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, 2015, pp. 44 s.

³⁶ Entre los que se inclinan por la necesidad de un cambio legislativo, *Vid.*, LUZÓN CAMPOS, «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario La Ley*, (9377), 2019, pp. 1 ss.

debido a una infracción del deber de cuidado.³⁷ Otros en cambio, ofrecen soluciones más tradicionales adaptadas a la realidad de la legislación española, buscando una interpretación coordinada del resto del ordenamiento jurídico, aplicando para la responsabilidad penal los criterios que existen para la responsabilidad administrativa³⁸, basándose en el extendido criterio doctrinal y jurisprudencial de que los principios del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal han de ser los mismos, con algunas modulaciones como de forma reiterada ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional. Y una última opción, que consistiría en realizar una interpretación auténtica y gramatical del Código penal, entendiendo que se traslada la responsabilidad a la sociedad resultante sin duda alguna conforme a lo previsto en el art. 130.2 CP, puesto que se trata de una norma de carácter taxativo.³⁹

Si bien desde el punto de vista de la norma penal parece clara la interpretación que debe realizarse del art. 130.2 CP, desde el punto de vista de la función y fines de la pena parece que plantea algunas dudas. Todas las cuestiones acerca de la función de la pena en las personas jurídicas siguen planteando problemas desde el punto de vista del mantenimiento del negocio para impedir el perjuicio a los acreedores y a los trabajadores. Dicho de otro modo, no resulta ciertamente coherente con la función y fines de la pena criminal, especialmente con lo relativo a las previsiones del art. 25 CE en cuanto a la rehabilitación y reinserción social del delincuente, que la pena pueda llevar a la liquidación de la persona jurídica, como así se prevé expresamente por el art. 33 bis CP. Los postulados constitucionales para con las penas y el ejercicio del *ius puniendi* debe ser completamente aplicable a las personas jurídicas, como así ha tenido ocasión de manifestar el propio Tribunal Supremo.⁴⁰

Y es que, si bien resulta ciertamente complicado establecer la completa vigencia del principio de legalidad entendido como principio de taxatividad de la norma penal como principio informador de todo el ordenamiento jurídico penal, no es menos cierto que cierta laxitud con la aplicación de la norma, o dicho de otra forma, con la entrada del principio de legalidad en algunas de las cuestiones aplicativas del Derecho penal, se aplicaría de forma más acorde con los postulados constitucionales las previsiones del Código penal, especialmente en lo que se refiere a la rehabilitación y la reinserción del delincuente.

Como se ha advertido con anterioridad, el presente trabajo pretende simplemente plantear las diferentes alternativas que se plantean ante la sucesión empresarial, en lo relativo específicamente a la responsabilidad penal de la persona jurídica. De este modo, parece que

³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. "El efecto potencialmente expansivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de Derecho penal en los procedimientos de *due diligence*, usuales en los procesos de absorción y fusión en este ámbito."

³⁸ SERRANO ZARAGOZA, «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), 2016, pp. 7 ss.

³⁹ Ésta parece ser la interpretación que ha seguido el Juzgado Central de Instrucción nº4 para acordar la sucesión en la responsabilidad penal del Banco Popular en la persona jurídica del Banco Santander, cuyo criterio ha sido modificado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resolviendo el recurso de apelación formulado contra dicha resolución en la que se acordaba la imputación de Banco Santander, por haber fusionado el Banco Popular. (AAN, 246/2019, ponente Echarri Casi). Específicamente sobre esta cuestión, LUZÓN CAMPOS, *Diario La Ley*, (9377), 2019, pp. 1 ss.

⁴⁰ Por todas, STS 154/2016, ponente Maza Martín.

una de las alternativas más comunes en el Derecho comparado en cuanto a la transferencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica es analizar el sistema de *compliance* establecido, e incluso, en las últimas resoluciones o esfuerzos de la Fiscalía en España por justificar la inexistencia de una determinada responsabilidad penal⁴¹, se intenta justificar que la legislación vigente en España, fundamentar la existencia de un verdadero programa de *compliance*, justifica la inexistencia de responsabilidad penal de la empresa. La justificación en estos casos, viene de la mano de la colaboración con la investigación penal, que según prevé el art. 31 bis CP únicamente puede fundamentar la atenuación de la pena pero no la exención de la misma, como por lo demás también ha afirmado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

4.1. Los procedimientos de *due diligence* en las operaciones mercantiles. Las nuevas *due diligence de compliance -pre-acquisition compliance-*

Resulta cada vez más frecuente en las operaciones mercantiles, que además de una *due diligence* sobre el negocio, se realice una *due diligence* jurídica en la que se reserva un apartado a procedimientos penales, principalmente por el riesgo que puede existir para el funcionamiento de la empresa. Debido a la proliferación de sistemas jurídicos en los que existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, comienza a ser una cuestión habitual a la vez que sumamente relevante para los fondos de inversión realizar un procedimiento de *due diligence* sobre *compliance*, en el que se analizan principalmente requisitos de marcado carácter internacional de normas éticas y de cumplimiento, así como su aplicación práctica en las empresas sobre las que se va a invertir.

La inversión en servicios jurídicos de análisis de las políticas establecidas por las entidades, en modo alguno supone algo puntual o casual, sino que, debido al claro riesgo que supone la derivación de la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante, se trata de una gestión de riesgos legales, por las que incluso podrá generarse responsabilidad.⁴²

Fundamentalmente, son la jurisdicción inglesa y la norteamericana las que acostumbran más a realizar este tipo de *due diligence*, referidas a la normativa anticorrupción *Foreign Corrupt Practices Act* estadounidense y a la *Bribery Act* inglesa, por el riesgo de que la adquisición de una compañía en otro territorio pueda llegar a tener efectos sobre la misma. Lo mismo sucede

⁴¹ Citado por DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, «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*, (9126), 2018, pp. 1 ss. Se hace referencia en el artículo a que en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en la causa seguida por la salida a Bolsa de Bankia (OPS Bankia), en el que justifica no formular acusación porque se ha colaborado con la investigación.

⁴² En este sentido, ya existen reclamaciones en Estados Unidos respecto a la no realización de una *due diligence compliance* en una operación de M&A, de la que posteriormente se trasladó una determinada responsabilidad penal. En este caso la compañía Watts Water demandó al despacho de abogados que le asesoró en la operación por no haber realizado la *due diligence de compliance*. Vid. <http://www.fcpablog.com/blog/2012/6/15/watts-water-sues-sidley-for-fcpa-problem.html>. También respecto a la responsabilidad en que incurren los administradores en relación con las políticas de *compliance*, que también podría ser aplicable a los supuestos de M&A en que los administradores deciden no llevar a cabo ninguna *due diligence de compliance*, SERRANO ZARAGOZA/RUIZ DE LARA, «La protección de los accionistas y acreedores frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2017, p. 10.

en los casos de los fondos de inversión, que han sido incluso expresamente aperecidos de esta situación a través de las diferentes circulares del Departamento de Justicia de los EEUU.⁴³

El problema práctico llega en los casos en los que efectivamente se detecta un fraude que se está cometiendo, o se detecta que la normativa de *compliance* forma parte de los denominados *paper compliance*, es decir, que no existe un verdadero programa de *compliance* sino que se trata sólo de un maquillaje, como ya advirtió en su momento en España la Fiscalía General del Estado.⁴⁴ Ese momento crítico es donde los intervinientes en la operación mercantil deben decidir si seguir adelante asumiendo el riesgo de que la empresa pueda responder penalmente o que pueda incluso trasladarse dicha responsabilidad a la persona jurídica resultante.

Como veníamos exponiendo, la problemática del momento en que se detecta ese incumplimiento o ese fallo del sistema de cumplimiento establecido en la compañía tiene cierta relevancia para algunos autores.⁴⁵ Así, existen voces doctrinales que afirman que si ese incumplimiento de la normativa de *compliance* o incluso el delito pudo advertirse en la propia *due diligence*, el comprador de la sociedad o la sociedad resultante deberá responder en la misma forma que la persona jurídica original del delito cometido.⁴⁶ Otras voces, exponen que siempre que los compradores hayan querido establecer desde el comienzo de sus actividades una clara política de cumplimiento con la legalidad, y una clarísima cultura de cumplimiento no será posible perseguir penalmente a estas personas jurídicas.

4.2. Los procedimientos de *compliance* posteriores a la operación mercantil -*post-acquisition compliance*-

Si anteriormente nos hemos referido a la obligación o el deber de detectar a través de un procedimiento de *due diligence* la existencia de comportamientos ilícitos o que incumplan el programa de cumplimiento establecido en la empresa, ahora nos referimos a la situación que podemos contemplar una vez se ha ejecutado la operación mercantil.

Lo esencial en estos casos en relación con la derivación de la responsabilidad penal a la sociedad resultante será precisamente qué ha realizado la sociedad compradora o la sociedad resultante desde que se accede al control de la gestión de la compañía. Será necesario determinar qué ha hecho la compañía una vez que ha cambiado de socio o de organismos de

⁴³ Además de las Circulares del Departamento de Justicia, a efectos interpretativos también, la *FCPA Guide* (citada *supra* n. 24).

⁴⁴ Circular 1/2016, Fiscalía General del Estado.

⁴⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, 2016, p. 198. "La empresa inicialmente ajena responde por su propio hecho, por no haber puesto la debida diligencia a la hora de comprobar si la otra empresa estaba incurso en algún procedimiento penal o era probable que lo estuviera. De esta manera, se incentiva a la empresa a informarse de la situación de las empresas con las que se van a fusionar, las que van a adquirir o absorber, etc., lo que es político-criminalmente necesario para evitar que las empresas delincuentes puedan escudarse en la buena fe de terceros para eludir los efectos de la pena.

⁴⁶ Esta parece ser la aplicación que ha llevado cabo de forma provisional el Juzgado Central de Instrucción nº4 de la Audiencia Nacional, respecto del caso Banco Popular y la sucesión procesal como investigado del Banco Santander, al haber adquirido el Banco Popular. La situación en el Derecho comparado, no es fácilmente asimilable, pues si bien podemos encontrar algunos precedentes en fusiones o adquisiciones de Bancos, el supuesto de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander no parece asimilable, por las especiales circunstancias sistémicas en que se produjo tal adquisición.

control. Resulta común que una vez que la compañía se haya fusionado, por ejemplo, deban realizarse nuevos mapas de riesgo y modificar el sistema de cumplimiento establecido para armonizar todos los mecanismos de prevención que se hayan implementado para mitigar los riesgos.

En este contexto, existen supuestos en los que tras la operación mercantil se implementa un nuevo programa de *compliance* o incluso tras el cambio de gestores aparecen nuevos medios y controles implementados para impedir la comisión de delitos. Así, por ejemplo, tras la imputación de un delito de estafa de inversores a Bankia, S.A. lo que se realizó por la compañía fue la implementación de un programa de *compliance*, que incluso llegó a aparecer en prensa como ejemplo de transparencia argumentando que la externalización de su canal de denuncias ponía de manifiesto su claro compromiso con la cultura de la legalidad y del cumplimiento normativo.⁴⁷

Sin embargo, para estos supuestos en los que se ha establecido un programa de *compliance* con posterioridad a la comisión del delito -haya sido o no detectado- parece que el Código penal tampoco ofrece ninguna alternativa más que la prevista en el art. 31 bis CP como atenuante de la responsabilidad criminal de la empresa. Se trata, pues, de una cuestión también problemática y que deja patente la escasa conexión con la realidad empresarial que se produce en estos casos, en los que no se le deja alternativa a la empresa que quiere cumplir con la legalidad.

De lo anterior, es precisamente donde basamos nuestra opinión al respecto de algunas cuestiones como la función y fines de la pena, y la protección de los *stakeholders* de las compañías perseguidas en un proceso penal en el que se reclame la responsabilidad penal de la persona jurídica.

4.3. Los supuestos de monitoreo e intervención judicial

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código penal prevén algunos supuestos en los que la persona jurídica que puede ser responsable de un delito puede ser intervenida judicialmente. Estos casos se han producido recientemente, en concreto, el conocido Caso Vitaldent en que la empresa fue intervenida judicialmente, designándose un administrador judicial que acordó la venta de los activos de la empresa, es decir, un vaciamiento completo de la empresa que fue autorizado por el Ministerio Fiscal y por el propio Juez de Instrucción, entendemos que a fin de preservar los puestos de trabajo, pero estableciendo de forma clara y expresa que la parte desgajada de la sociedad imputada en el procedimiento, nunca respondería de las posibles multas o deudas de la sociedad originaria.⁴⁸ De este modo, el propio Juez de Instrucción excluye en dicha resolución la posible aplicación del art. 130.2 CP, lo que lógicamente nos abre la puerta a la aplicación de muchas otras figuras procedentes de la experiencia norteamericana en la materia, como son los acuerdos con la Fiscalía, que se han ido popularizando en los últimos años, no sólo en Estados Unidos⁴⁹ sino también en Reino Unido y en Francia.

⁴⁷ Del Rosal Blasco/Lightowler-Stahlberg Juanes, *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss.

⁴⁸ Del Rosal Blasco/Lightowler-Stahlberg Juanes, *Diario La Ley*, (9126), 2018, pp. 1 ss.

⁴⁹ Cuestiones estudiadas ampliamente en ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, «La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron», *Diario La Ley*, (7062-7065), 2008, pp. 1 ss. *Vid.*, ampliamente, UHLMANN, «The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution», *UC Davis Law Review*, (49-4), 2016, pp. 1235 ss.; UHLMANN, «Deferred Prosecution

No sólo la Administración de Justicia de esos países, sino Canadá o Australia también se encuentran inmersos en procesos legislativos similares. Incluso el Banco Mundial posee programas de monitoreo para tratar de aliviar las sanciones que impone a fin de no paralizar la vida económica⁵⁰ y empresarial de algunas regiones.⁵¹

4.4. El principio de oportunidad y los DPA (*deferred prosecution agreements*)

Una de las cuestiones más frecuentes en la práctica relativa a la defensa corporativa en el contexto económico global es la común necesidad de encontrar vías de actuación donde mitigar o eliminar la responsabilidad penal de la persona jurídica que adopta una clara decisión de colaborar con la Administración de justicia y con las autoridades. Si hasta hace algún tiempo podíamos entender que en el caso en que una persona jurídica quisiese autodenunciarse, o colaborar con la investigación por la que iba a ser condenada, conforme a lo previsto en el art. 31 bis CP sólo iba a llevar a la posible aplicación de una circunstancia atenuante, la práctica procesal nos deja muchos casos en los que no es posible esta aplicación.

La razón de la imposibilidad práctica de aplicación de las atenuantes es que durante el tiempo que se puede tardar desde que se decide colaborar con la investigación, o autodenunciar, si no se garantiza la posibilidad de permanecer incólume, nos encontramos con que en la mayoría de los casos se coarta de forma grave y decisiva la posibilidad de la persona jurídica para continuar con su habitual desarrollo empresarial. En este sentido, una persona jurídica imputada que tiene riesgo de tener antecedentes penales, se le cierran por completo las vías de financiación, le resulta difícil contratar trabajadores, y en definitiva se le dificulta por completo su actividad económica.

Si lo anterior no es así en la mayor parte de los casos reportados en España, es porque se ha tratado tradicionalmente de empresas que no desarrollaban una relevante actividad en su volumen de activos o de empleados. En otros casos, sobre los que no existen pronunciamientos judiciales definitivos, se ha gestionado ese riesgo reputacional de alguna forma, como fue el caso de Cofely y su imputación en la denominada Operación Púnica, caso de corrupción seguido ante la Audiencia Nacional.

Como caso paradigmático, se acostumbra a citar el caso de Arthur Andersen, que desapareció antes incluso de que se llegase a celebrar el juicio, del que finalmente resultó absuelta la persona jurídica. Pero hay muchos otros casos. No sólo aquellos en los que el procedimiento

and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), 2013, pp. 1295 ss.; JUANES PECES, «Acuerdos de conformidad en Derecho comparado», en EL MISMO (dir.), *Memento Experto. Compliance Penal*, 2017, p. 268.

⁵⁰ Críticamente, sobre los problemas que se producen por la intervención de *monitors* en las empresas, y el propio entorpecimiento de la actividad empresarial, *Vid.*, ROOT, «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (84), 2017, pp. 2227 ss.

⁵¹ En este sentido, puede consultarse en la página web del Banco Mundial su programa de ética e integridad, que establece sanciones e impedimentos para ser objeto de subvenciones o préstamos, que pueden ser reducidas o al menos moduladas por la designación de un monitor sobre *compliance* para asegurar el cumplimiento de determinadas normas éticas y de cumplimiento normativo recomendadas por el Banco Mundial. *Vid.*, ampliamente https://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Compliance_Guidelines.pdf

penal provoca a través de la adopción de medidas cautelares algún tipo de problema operativo de la empresa, sino aquellos en que precisamente atendiendo simplemente al coste reputacional, la empresa se ve mucho más perjudicada que si hubiese sido condenada a una multa en el mismo instante en que se descubrió la comisión de un ilícito.

Con la finalidad de no perjudicar ni a los trabajadores ni a los *stakeholders*, se ha ido imponiendo en el panorama jurídico de nuestro entorno los denominados DPA, como acrónimo de *deferred prosecution agreements*, y en español pactos de retraso de la acusación. En la práctica estos acuerdos alcanzados entre el Ministerio Fiscal y las partes carecen de una normativa clara. Tanto las autoridades estadounidenses⁵² como las británicas⁵³ han tratado de regular, aunque fuese a través de circulares o instrucciones a los miembros del Ministerio Fiscal, cómo habían de llevarse a cabo estos acuerdos y, sobre todo, cuáles serían los requisitos de los mismos. En este contexto, Francia ha seguido el camino iniciado por los EEUU y RU, y en su reciente Ley Sapin II ha incluido expresamente la posibilidad de que se llegue a acuerdos entre el Ministerio Fiscal y las personas jurídicas investigadas.

Estos acuerdos entre la persona jurídica investigada y el Ministerio Fiscal aseguran mantener a la empresa al margen del proceso penal -al menos de las sanciones más graves-, si cumple con los requerimientos que establezca el acuerdo, que suelen estar relacionados con la implantación de un programa de *compliance* más severo, el despido de determinados trabajadores y directivos, así como una fuerte multa de carácter económico. A cambio, se mantiene la empresa y los puestos de trabajo.

En comparación con el ordenamiento jurídico español, nos encontramos con que se produce un claro problema al contraponer el principio de legalidad, con el principio de oportunidad.⁵⁴ Lo cierto, es que en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, hemos vivido una jurisprudencia que cada vez se aleja más de planteamientos clásicos del Derecho penal, o incluso de la letra de Ley, convirtiendo la aplicación del Derecho penal de la persona jurídica en una suerte de amalgama que puede ser modelada según los casos, y las particulares circunstancias de cada persona jurídica.

Y es que se ha llegado a "pactos" similares en algunos supuestos, como es el supuesto del caso "Vitaldent" o en el Caso Pescanova, por no mencionar el específico Caso Bankia, en que se dejó de perseguir los delitos cometidos supuestamente por la persona jurídica por el Ministerio Fiscal, argumentando que había cambiado la dirección de la empresa, y que había implementado un programa de *compliance*, cuando ambas circunstancias únicamente tienen efectos atenuatorios en el Derecho penal español. Tal vez haya llegado el momento -casi diez

⁵² De forma reciente, en octubre de 2018, incluso el Departamento de Justicia estadounidense ha publicado los criterios de selección para *monitors* -supervisores- del cumplimiento de los DPA alcanzados en algunos supuestos. Ampliamente sobre esta cuestión: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1100366/download>

⁵³ La *Serious Fraud Office* (SFO) británica, también ha publicado sus criterios -*Deferred Prosecution Agreements Code of Practice*- para alcanzar este tipo de acuerdos con personas jurídicas investigadas penalmente (disponible en: <https://www.sfo.gov.uk/?wpdmdl=1447>).

⁵⁴ Sobre esta cuestión, a favor de la implantación del principio de oportunidad a los efectos de aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, *Vid.*, BANACLOCHE PALAO, «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *LH-Maza Martín*, 2018, pp. 36-39.

años después- del desarrollo reglamentario al que hace referencia el art. 33.7 CP *in fine*, precisamente referido a la intervención judicial que podría servir de marco regulatorio que, como decimos, se impone en la práctica global en materia de responsabilidad penal de la empresa.

5. Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ/FEIJOO SÁNCHEZ (2016), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Aranzadi, Madrid.

BANACLOCHE PALAO/ZARZALEJOS NIETO/GÓMEZ-JARA DÍEZ (2011), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid.

BANACLOCHE PALAO (2018), «Dilemas de la defensa, principio de oportunidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Fiscalía General del Estado, Madrid, pp.13 ss.

BECKER (1992), «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *American Journal of Criminal Law*, (19), pp. 435 ss.

BOURTIN/DONIGER (2019), «Negotiating Global Settlements: The US perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations. Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., Global Investigations Review, pp. 392 ss.

CORCOY BIDASOLO (2015), «art. 130», en CORCOY/BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 466 ss.

DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES (2018), «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia», *Diario La Ley*, (9126), pp. 1 ss.

DIAMANTIS (2019), «Successor Identity», *Yale Journal on Regulation*, (36-1), pp. 2 ss.

DI BARI (2019), *Not Using the Right Tools in Post-Acquisition Due Diligence*, (disponible en: https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/not_using_the_righttoolsinpost-acquisitiondu.html).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «La responsabilidad de las personas jurídicas», en EL MISMO *et al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, pp. 129 ss.

FCPA Guide (disponible en : <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016), Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

FLETCHER/PURNELL (2019), «Negotiating Global Settlements: The UK Perspective», en SEDDON/DAVIDSON/MORVILLO *et al.* (eds.), *The Practitioners Guide to Global Investigations. Vol. I: Global Investigations in the United Kingdom and the United States*, 3ª ed., Global Investigations Review, pp. 367 ss.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006), *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

JUANES PECES (2017), «Acuerdos de conformidad en Derecho comparado», en EL MISMO (dir.), *Memento Experto. Compliance Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 268 ss.

KIRRY/DAVIS/BISCH (2019), *French Anti-Corruption Authority Raises Alarm About M&A Transactions*, (disponible en: https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/24/french-anti-corruption-authority-raises-alarm-about-ma-transactions/).

LAUFER (2006), *Corporate Bodies and Guilty Minds. The failure of Corporate Criminal Liability*, University of Chicago Press, Chicago.

LAWLER/PHILLIPS (2015), *Avoiding the Threat of FCPA Successor Liability*, (disponible en: <https://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/VinsonElkinsReprintLawlerPhillipsTransactionAdvisorsJune2015.pdf>).

LASCURÁIN SÁNCHEZ (2017), «Cuándo penar, cuánto penar», en EL MISMO *Pena, principios y empresa. Estudios sobre los principios penales y sobre los delitos de empresa*, A&C Ediciones, Lima, pp. 158 ss.

LUZÓN CAMPOS (2019), «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 del Código Penal», *Diario La Ley* (9377), pp. 1 ss.

MARKOFF (2013), «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, (15), pp. 797 ss.

NIETO MARTÍN (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2014), «Ni catástrofe ni panacea. La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Boletín de Estudios Económicos*, (69-211), pp. 115 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2017), «La extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica», en AYALA GÓMEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 165 ss.

QUINTERO OLIVARES (2010), «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 130 CP)», en EL MISMO (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, pp. 163 ss.

RODRÍGUEZ RAMOS (2011), «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, (7561), pp. 1 ss.

ROOT (2017), «Constraining Monitors», *Fordham Law Review*, (84), pp. 2227 ss.

SÁIZ PEÑA (2015), «Introducción. ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance», en EL MISMO (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Navarra, pp. 13 ss.

SÁNCHEZ-JUNCO MANS (2012), «art. 130», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia, Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*, 3ª ed., Barcelona, pp. 486 ss.

SERRANO ZARAGOZA (2016), «Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, (24), pp. 149 ss.

SERRANO ZARAGOZA/RUIZ DE LARA (2017), «La protección de los accionistas y acreedores frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2017, pp. 1 ss.

UHLMANN (2016), «The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution», en *UC Davis Law Review*, (49-4), pp. 1235 ss.

————— (2013), «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), pp. 1295 ss.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ (2008), «La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron», *Diario La Ley*, (7062-7065), pp. 1 ss.