

**Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 4ª, Auto 246/2019 de 30 Abr. 2019, Rec. 230/2019**

Ponente: Echarri Casi, Fermín Javier.

Nº de Auto: 246/2019

Nº de Recurso: 230/2019

Jurisdicción: PENAL

Extinción de la responsabilidad penal del Banco Santander tras su fusión con el Banco Popular

Cabecera

Caso Banco Popular. FUSIÓN DE SOCIEDADES. Sucesión procesal por absorción de sociedades. Inexistente responsabilidad penal del Banco Santander tras absorber al Banco Popular. Extinción de su personalidad jurídica tras la absorción. Se deja sin efecto el llamamiento en calidad de investigado a la entidad Banco Santander, manteniéndose su legitimación como responsable civil. No se puede trasladar al Banco Santander la eventual responsabilidad penal del antiguo Banco Popular Español, por impedirlo los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, al extinguirse su responsabilidad penal como entidad, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil derivada del delito. No existe dato alguno que indique una participación si quiera indiciaria del Banco de Santander en los hechos objeto de investigación.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AN estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado Central de Instrucción nº4 sobre sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades, y deja sin efecto el llamamiento del Banco Santander en calidad de investigado, manteniéndose su legitimación como responsable civil.

**ROLLO DE SALA 230/2019**

**DILIGENCIAS PREVIAS 42/2017**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**Doña Ángela Murillo Bordallo**

**D. Juan Francisco Martel Rivero**

**D. Fermín Javier Echarri Casi**

**A U T O n° 246/19**

En la Villa de Madrid a treinta de abril de dos mil diecinueve

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado Central de Instrucción n° 4 de la Audiencia Nacional, dictó auto de fecha 15 de enero de 2019, en las diligencias al margen reseñadas, por el que acordaba: La sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades, teniendo por dirigido el presente procedimiento contra Banco Santander, S.A.

**SEGUNDO.-** Por el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de la entidad bancaria "Banco Santander, S.A." mediante escrito de 22 de enero de 2019, formuló recurso de reforma, por entender dicha resolución no ajustada a derecho y perjudicial para sus intereses; que fue desestimado por auto del citado órgano judicial de 20 de marzo de 2019.

**TERCERO.-** Por las representación procesal antedicha del "Banco Santander, S.A.", mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2019, formuló recurso de apelación contra la citada resolución, interesando la estimación del mismo, alzando la condición de parte investigada del Banco Santander, S.A., decretando el sobreseimiento libre en lo que a aquella se refiere y manteniendo su condición de posible responsable civil.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito con fecha de entrada de 9 de abril de 2019, interesó su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida por ser ajustada a derecho.

**CUARTO.-** Las representaciones procesales de las entidades "Servicios Especiales TIR, S.L.", D. Mario y las mercantiles "La Nateruela, S.L." Y "La Bobadilla, S.L." (escrito de 4 abril de 2019); la de D. David y otros (escrito de 5 de abril de 2019); la de D. Ernesto (escrito de 5 de abril de 2019); la de Doña Delia y otros (escrito de 8 abril de 2019); la de D. Daniel (escrito de 9 de abril de 2019); la de la entidad mercantil "Invafi, S.L." (escrito de 9 de abril de 2019); la de la mercantil "Serclym, S.L." y otros (escrito de 9 de abril de 2019); la de "Rujoma Gestión Inmobiliaria, S.L." (escrito de 9 de abril de 2019); la de D. Benicio y otros (escrito de 10 de abril de 2019); la de "Teodoro García, S.A." y otros (escrito de 10 de abril de 2019); la de D. Darío y otros (escrito de 8 de abril de 2019); la de la mercantil "Ronit Capital LLP" y otros (escrito de 10 de abril de 2019); la de PIMCO Funds y otros

(escrito de 10 de abril de 2019); la de la mercantil "Algebris (UK) Limited" y otros (escrito de 10 de abril de 2019); la de D. Juan (escrito de 10 de abril de 2019); la de la mercantil "Aeris Invest, S.A.R.L." (escrito de 10 de abril de 2019); y la "Organización de Consumidores y Usuarios" (escrito de 11 de abril de 2018), impugnaron el recurso formulado por la defensa del Banco Santander, S.A.

**QUINTO.-** Remitido el testimonio de particulares confeccionado al efecto, tuvo entrada en la Secretaría de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 16 de abril de 2019, acordando mediante Diligencia de Ordenación de 23 de abril de 2019 la formación del presente Rollo de Apelación al margen reseñado, designando como Magistrado-Ponente a D. Fermín Javier Echarri Casi, señalándose para la deliberación y fallo el día 30 de abril de 2019, lo que tuvo lugar.

## **II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

### **PRIMERO.- Motivos del recurso de apelación.**

Con carácter previo, alega la entidad recurrente que no se puede trasladar al Banco Santander, S.A., la eventual responsabilidad penal del antiguo Banco Popular Español, S.A., por impedirlo así los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, consagrados en los artículos 25.1 CE, 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al extinguirse su responsabilidad penal como entidad (art. 130.2 in fine CP, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil derivada del delito. Alude a un precedente judicial prácticamente idéntico, como fue el de la entidad Caixabank, S.A. que había absorbido a la entidad indiciariamente responsable penal (Banco de Valencia, S.A.), asimismo tras su adquisición en aplicación de un mecanismo de saneamiento bancario por los poderes públicos.

En cuanto a los motivos concretos de recurso, en **primer lugar**, alude a que las resoluciones recurridas obvian la resolución del Banco Popular Español, S.A. acordada por los poderes públicos, previa a la fusión con Banco Santander, S.A., y vulnera por ello los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad (arts. 9.3 y 25 CE, art. 7 CEDH y art. 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Entiende que el Banco de Santander no puede "heredar" la posible responsabilidad penal que quedó extinguida, citando al efecto la normativa aplicable en la materia, como la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. En el caso que nos ocupa, sostiene la entidad recurrente, que no se trata de una modificación estructural voluntaria de la entidad, sino de un cambio estructural forzoso y dictado desde las autoridades públicas en el ejercicio de potestades públicas de intervención. Es la Administración, la que ordena y ejecuta la resolución. En aplicación de las competencias de amortización y conversión de la JUR (art. 21 Reglamento 806/2014), el FROB saneó el antiguo Banco

Popular Español, S.A. y modificó su estructura de propiedad y, en ejercicio de sus facultades extraordinarias, el propio FROB pudo acordar la venta y transmisión forzosa de las acciones del nuevo Banco Popular Español, S.A. a un tercero. En definitiva, las autoridades competentes resolvieron el antiguo Banco Popular, Español, S.A., lo sanearon financieramente, y generaron el capital del nuevo Banco Popular Español, S.A. y, después, ordenaron la transmisión de ese nuevo Banco a la única entidad que presentó una oferta en el proceso convocado por las autoridades en el proceso de resolución el Banco Santander, S.A. Además, desde el punto de vista financiero Grupo Santander ha inyectado liquidez y capital en el nuevo Banco Popular Español, S.A., para asegurar su viabilidad y solvencia. La resolución de aquella entidad bancaria, se equipara a su disolución material, con la consiguiente extinción de su eventual responsabilidad penal ex artículo 130.2 *in fine* CP. El traslado de la eventual responsabilidad penal del antiguo Banco Popular Español, S.A. a Banco Santander, S.A., es contrario a los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad (arts. 9.3 y 25 CE (Y 2500/1978), art. 7 del CEDH y art. 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En **segundo lugar**, alude al precedente del Banco de Valencia, S.A. y Caixabank, S.A., ya reseñado anteriormente, al entender que estamos ante situaciones sustancialmente iguales. En **tercer lugar**, el auto recurrido, insiste en que lleva a cabo una interpretación del primer párrafo del artículo 130.2 CP contraria a los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad (arts. 9.3 y 25 CE, art. 7.1 CEDH y art. 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por ello, si la Sala entiende que el artículo 130.2 CP no admite una interpretación conforme a los preceptos invocados que está en la base del precedente del Banco de Valencia, habría de plantear una cuestión de inconstitucionalidad del citado artículo. En **cuarto lugar**, el auto de 20 de marzo de 2019, se basa en una argumentación claramente equivocada, ya que la sucesión universal no incluye en ningún caso la responsabilidad penal de la persona jurídica, que por imperativo constitucional tiene un carácter eminentemente personal y debe resultar de acto o hechos propios, no de actos de terceros. El artículo 130.2 CP no puede aplicarse de forma objetiva y automática, igual que si fuera el artículo 120.4 CP en sede de responsabilidad civil subsidiaria, que es en el fondo, lo que ha hecho la resolución recurrida, equiparando la responsabilidad penal a la civil.

## **SEGUNDO.- Principio de culpabilidad y de personalidad de las penas en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos genéricos.**

Por lo que a la invocación de estos principios básicos del Derecho Penal que lleva a cabo el recurrente, sobre la base de preceptos constitucionales así como de la jurisprudencia que los desarrolla y demás normas de carácter supranacional, cabe decir que aquellos, donde despliegan toda su eficacia constitucional es en relación con los sujetos individuales, es decir, respecto de la responsabilidad penal de las personas físicas, mediante una afección concreta, personal e intransferible, completamente

distinta de la que rige en materia de personas jurídicas, a través de su incorporación al Código Penal por L.O. 5/2010, de 22 de junio, en sus artículos 31 bis y siguientes, y que según la jurisprudencia que los interpretan (SSTS 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo entre otras), entre las diversas opciones, se inclina por un *sistema de responsabilidad penal vinculado a los modelos de autorresponsabilidad centrando la cuestión en las carencias o defectos organizativos por la ausencia de las medidas de control adecuadas para evitar la comisión de delitos*. No se pueden transpolar de manera automática los principios de personalidad de las penas y la culpabilidad del sistema penal de las personas físicas al de las personas jurídicas, por resultar incompatibles y diferenciados, máxime si se pretende su traslado sin tener en cuenta la diversa naturaleza y tipología de los sujetos afectados.

Una cosa, es la extensión y aplicación de los derechos y garantías procesales y materiales de las personas físicas investigadas en el proceso penal a las personas jurídicas, y otra bien distinta, los principios y criterios de imputación en ambos tipos de sujetos. *La responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física*; ni siquiera es necesario que el delito llegue a consumarse, pues la expresión "delitos cometidos" permite incluir, además de las diferentes formas de autoría y participación como el delito intentado o la tentativa. La no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 ter CP). Incorpora, además, un sistema propio de eximentes, eximentes incompletas y atenuantes de la responsabilidad vinculado a sus programas de cumplimiento (arts. 31 bis 2, 3, 4, y 31 quater CP). Cabe exigir plena responsabilidad a la persona jurídica, pese a la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, haya fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter 2 CP). Además, se dota de un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (arts. 31 quater, 33.7 y 66 bis), distintas de las que rigen en materia de personas físicas.

Por tanto, como dice la STS 154/2016, de 29 de febrero, "El sistema de responsabilidad penal se basa, sobre la previa constatación de la comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización".

Cuando invocamos el principio de personalidad de las penas, consecuencia necesaria del principio de culpabilidad, respecto de las personas jurídicas, no podemos pretender que las bases que los soportan sean análogas a los de las personas físicas. Cuando se habla de imponer penas a las personas jurídicas, se está aludiendo a una acepción amplia, desde un punto de vista material, del principio de personalidad de las penas. Es decir, el mal que conlleva la aflicción punitiva descansará sobre las personas físicas que integran el ente colectivo, ya que éste carece de capacidad para padecerlo. A

título de ejemplo, la imposición de una multa de cuantía considerable a una empresa, además de la merma económica para aquella, los que la soportarán, serán igualmente los accionistas o partícipes, aunque hayan sido ajenos a la conducta delictiva, y puede afectar además a los trabajadores, caso de que aquella sea de cuantía considerable. En el caso de la pena de disolución, serán los socios o partícipes los afectados por la desaparición de aquella, aunque el delito haya sido perpetrado por el administrador, el gerente o cualquier directivo, o incluso por cualquier sujeto no integrante de aquella.

Para un sector doctrinal (Gómez Jara) la pena en las personas jurídicas persigue la prevención general positiva, en concreto la denominada retribución comunicativa, cumpliendo así la pena la función de contribuir, en el sentido de aumentar la posibilidad de éxito de la comunicación, al restablecimiento comunicativo de la norma, para reforzar el cumplimiento del Derecho. Se basa, por tanto, en que la pena estimula la idea de la autorresponsabilidad empresarial como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. En definitiva, son razones preventivo-generales, para disuadir de modos o métodos de gestión potencialmente peligrosos para los bienes jurídicos.

Otro punto de vista (Schünemann, Silva Sánchez), considera que la prevención especial negativa o inocuización, no son posibles respecto de las personas jurídicas, y que tan sólo servirían para asegurar que la empresa no vuelva a cometer delitos. Sus partidarios, no confían en que la empresa con sólo el estímulo de la multa sea capaz de autorregularse eficazmente (modelo económico), por ello, será necesario la imposición de sanciones más intervencionistas como la suspensión de la actividad económica, o incluso la disolución (modelo estructural). Entienden que, es posible trasladar las modernas teorías de los fines de la pena respecto de las personas físicas a los entes colectivos, sobre la base de que si los entes colectivos tienen voluntad corporativa y ésta se construye por parte de sus miembros, que actúan en su interés o representación, ahí reside precisamente, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que nada impide considerar que las penas pueden desarrollar efectos preventivos sobre los entes colectivos.

*La prevención general negativa, se basa en la disuasión del posible delincuente mediante el cálculo de consecuencias positivas y negativas que reportará su acción, y es trasladable a las penas a imponer a los entes colectivos.* En ocasiones, la mera posibilidad de verse investigada en el seno de un proceso penal, sería suficiente, para que pusiese en marcha los mecanismos que el ordenamiento penal y procesal penal pone a su disposición para evitar ya la acusación, ya la condena (eximentes, atenuantes, conformidad), ya que aquella provocaría daños irreparables en la imagen reputacional de la entidad en el sector en el que opere.

La finalidad de la pena para la persona jurídica, es la limitación de su libertad económica y de su actividad societaria, en definitiva, por ello, participa de un efecto retributivo, dirigido contra el ente en sí mismo, y no contra sus miembros individualmente, por lo que no cabe hablar de una pena colectiva.

La tesis de la prevención especial positiva, o resocialización, se ha consolidado como la tendencia más adecuada, tanto a nivel doctrinal, como a nivel legislativo, al considerar que el derecho penal de las personas jurídicas, debe conseguir lo mismo que el de las personas físicas: desarrollar su actividad sin cometer hechos delictivos, que es algo distinto, a que aquellas alcancen una cultura empresarial basada en valores de cumplimiento del derecho. Ello, se ha visto reforzado por el desarrollo de importantes mecanismos de "*compliance management*" en el derecho empresarial, dirigidos a diseñar mecanismos de prevención de comportamientos delictivos en las empresas (programas de cumplimiento); la responsabilidad social corporativa; las auditorías internas; los códigos éticos; o los sistemas de denuncia internos.

Es decir, *la pena persigue esencialmente que la empresa corrija aquellos defectos de organización que la han llevado a cometer delitos* (prevención especial positiva). Las sanciones, por tanto, en atención a las consideraciones de proporcionalidad anteriormente expuestas, sólo podrán imponerse en la medida en que sean necesarias para corregir ese déficit de organización (prevención especial positiva), de ahí el carácter potestativo de las penas interdictivas, cumpliendo así unos fines preventivo-especiales (similares a las medidas de seguridad y corrección para las personas físicas); mientras que la única pena de imposición imperativa, la multa cumpliría unos fines preventivo-generales.

Así, desde este punto de vista, *la imposición de una pena a las personas jurídicas* (que no es caso objeto de recurso) legalmente prevista en el artículo 33.7 CP., *en ningún caso vulneraría el principio de personalidad de las penas*, al regirse por parámetros distintos, eso sí, siempre y cuando se lleve a cabo respetando los criterios de determinación de las mismas recogidos en el artículo 66 bis CP), sobre la base del principio de proporcionalidad.

Por lo que a la culpabilidad respecta, la misma aparece sustentada en el denominado "defecto de organización" en sus distintas acepciones dogmáticas (defecto de organización de Tiedemann, sobre la base la interpretación del nuevo art. 30 OWiG (Ley de Contravenciones alemana) que tras la reforma de 1986 introdujo la posibilidad de sancionar con multa a las empresas, superando la hasta entonces vigente calificación de "consecuencia accesoria" (*Nebenfolge*); no evitación de los fallos organizativos de Hirsch; no evitación de las influencias criminógenas de Ehrhardt; defectuoso carácter de la empresa de Lampe; déficit de estructura de la organización o de ética de Dannecker; cultura de incumplimiento de la legalidad y constructivismo de Gómez Jara; déficit de autorregulación permanente de Nieto Martín), que la misma contiene. Al margen de otras aportaciones como la teoría de la elevación del

riesgo específico en el ámbito de la empresa (Heine), que llevaría a aquella (directivos) a asumir una posición de garante. Por ello, algún sector doctrinal en nuestro país (Rodríguez Ramos), concluye que las personas jurídicas no pueden ser autoras materiales de ningún delito, sino partícipes en el cometido por alguna de las personas descritas en el artículo 31 bis 1 CP configurándose dicha participación delictiva como una cooperación necesaria (art. 28 b) CP), que lo será siempre en régimen de comisión por omisión (art. 11 CP) al carecer de suficiente fundamento real la hipótesis de una conducta activa societaria; y en lo atinente a la imputación subjetiva, sólo el régimen culposo admite cohonestar la naturaleza de la persona jurídica con el artículo 5 CP, configurándose dicha participación omisiva, que coopera necesariamente con la comisión del delito por la persona física, como una culpa *in constituendo* (defecto de organización) o *in operando -eligendo, instruendo vel vigilando-* (defecto de gestión o de funcionamiento), con la intensidad de una "imprudencia grave".

También resulta sugerente a estos efectos, la teoría de la responsabilidad por atribución (García Goena) según la cual se instaura un modelo de responsabilidad al que no se puede aplicar la culpabilidad sistemática o en sentido estricto, atribuyen (adscriben) responsabilidad, pero no la imputan en el sentido tradicional del término, es decir, una atribución de responsabilidad de segunda velocidad (que prescinde de la culpabilidad) como sucede con el sistema de las medidas de seguridad, el comiso, la responsabilidad civil derivada del delito o las sanciones a menores, donde la exigencia del hecho antijurídico, culpable y punible se relaja. Así, sucede con las sanciones penales a las empresas, que responden a un modelo de mera atribución de responsabilidad penal en el que se prescinde de la culpabilidad como criterio de asignación de la sanción. Esta teoría, parte de la base de que el juicio de imputación debe dirigirse necesariamente a un individuo libre y culpable; cualquier adjudicación de responsabilidad al margen de estas cualidades no es imputación en sentido estricto, es mera atribución. El principio de culpabilidad en sentido estricto o de exigibilidad, sólo es predicable respecto de las personas físicas. Mientras que el principio de culpabilidad o responsabilidad en sentido amplio, debe guiar también la responsabilidad para el castigo en el marco de un modelo de atribución, interpretando así los artículos 31 bis y siguientes como un modelo de mera atribución, aunque ello no implica que no le sean aplicables las garantías penales y procesales propias del principio de culpabilidad.

Ya la STS 514/2015, de 2 de septiembre, afirmaba que "cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan en derecho penal". La posterior resolución STS 154/2016, de 29 de febrero, indicaba que tal responsabilidad "se basa en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de las medidas de control que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas de quienes integren la organización..." La resolución siguiente en la materia STS 221/2016, de 16 de marzo, decía "La Sala

no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal".

Al margen de los enriquecedores debates doctrinales, sobre todo en una materia tan novedosa como la que nos ocupa, la cuestión relativa a la fusión, absorción, o escisión de las personas jurídicas y su responsabilidad penal, aún no ha sido objeto de debate en el Alto Tribunal, por lo que aquél no ha tenido por tanto ocasión de desplegar su función nomofiláctica y de unificación de doctrina, lo cierto es que, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento penal y procesal penal, a partir de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, y su posterior reforma operada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, y en consecuencia, el legislador hace acreedores a los entes colectivos de la imposición de penas (*societas puniré potest*) por los delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para la toma de decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma" (art. 31 bis 1 a) CP); o por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (art. 31 bis 1 b) CP).

Desde este punto de vista general el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni vulnera los artículos 9.3 y 25 CE , ni los artículos 7 CEDH y art. 49.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; ya que ambos garantizan la aplicación de las penas sobre la base del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 49.1 y 3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ) y del principio de proporcionalidad (art. 49.1 de la Carta) cuya observancia en un sistema como el que nos ocupa es evidente, con la prevención dirigida al órgano enjuiciador de que a la hora de aplicar alguna pena a las personas jurídicas investigadas en la presente causa, deberá tener en cuenta las prevenciones contenidas en el artículo 66 bis CP. Incluso el legislador, ha previsto en el artículo 31 ter *in fine* CP, una especie de cláusula compensatoria, para el caso de que la pena de multa (pena principal del sistema) que efectivamente haya de ser impuesta a la persona física y jurídica, no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos, y que sin duda está pensada para los supuestos en los que exista una considerable identidad patrimonial entre la persona física y la jurídica, y que además, podría resultar de aplicación en casos como los que nos ocupan, en los que aparece el artículo 130.2 CP. Y ello, sin entrar en debate acerca de la virtualidad y eficacia del principio de legalidad europeo consagrado entre otros, en los Textos citados, debido a la eliminación de la garantía que comporta la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal, tratándose por tanto de un estándar mínimo de garantías destinado a dar cobertura a las regulaciones penales de países que siguen el sistema de *common law*. Es decir, aquél estándar mínimo no se opone, ni prevalece frente al

más riguroso adoptado por aquellos ordenamientos que han dado reconocimiento legal al citado principio en toda su extensión, sin despojarle de sus componentes esenciales. Y si ello es así, en el derecho penal de las personas físicas, con mayores razones aún en el de las personas jurídicas, cuya exigencia de responsabilidad penal no es uniforme en los países de la Unión Europea, ya opten por un sistema continental, o por uno de *common law*.

El Tribunal, ya adelantamos, no considera necesario el planteamiento de cuestión de inconstitucional alguna en el caso de autos, máxime cuando la jurisprudencia constitucional citada, en su mayor parte, viene referida al sistema penal de las personas físicas, al que primariamente y de manera exclusiva se aplicaban los principios objeto de estudio, mientras que las personas jurídicas gozan de un sistema propio y diferenciado, sin que sea posible un traslado automático a los entes colectivos de los elementos y los conceptos que integran la tradicional teoría del delito respecto de las personas físicas, lo contrario, nos llevaría a una quiebra del sistema.

### **TERCERO.- La fusión por absorción del Banco Popular Español, S.A. y los hitos precedentes.**

Alega la entidad recurrente, que en fecha 7 de junio de 2017, es decir, *antes de que se formalizase la fusión*, por resolución de la Junta Única de Resolución (JUR) la Comisión Rectora del FROB en su condición de Autoridad de Resolución Ejecutiva, de conformidad con el artículo 2.1 d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, *acordó la transmisión de la totalidad de las acciones del Banco Popular Español, S.A.* (recogidas en el Fundamento de Derecho tercero de la presente Resolución) *a la entidad Banco Santander, S.A.* en virtud del artículo 26 de la citada Ley 11/2015. Como consecuencia de ello, nació un nuevo Banco Popular Español, S.A., materialmente distinto del antiguo Banco Popular Español, S.A., en cuyo seno *se habrían eventualmente cometido los supuestos delitos objeto de investigación y cuyos consejeros se encuentran investigados en este procedimiento*. Los principios anteriormente reseñados, *impiden que se pueda trasladar al Banco Santander, S.A. la eventual responsabilidad del antiguo Banco Popular Español, S.A., siendo equiparable a su disolución material, determinando la necesaria extinción de su posible responsabilidad penal como entidad* (art. 130.2 *in fine* CP). Entiende, que dicha resolución resulta contraria al precedente judicial prácticamente idéntico como es el caso de la absorción por parte de CaixaBank, S.A. del Banco de Valencia, S.A.

El recurrente, en este punto, parte de una hipótesis equivocada, cual es la desaparición de la entidad Banco Popular Español, S.A. No existe un antiguo Banco Popular Español, S.A. y un nuevo Banco Popular Español, S.A., y menos a los efectos pretendidos, ya que tan sólo se produce la *extinción de la personalidad jurídica de la citada entidad bancaria, tras la fusión por absorción*, es decir, la última fase

de la operación realizada, aunque todo el proceso se ha desarrollado sin solución de continuidad en apenas unos días.

### **3.1 La Resolución del Banco Popular Español, S.A.**

El artículo 2.1 h) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, define la Resolución, como la reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción a esta Ley, de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV, la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal. En definitiva, como la Exposición de Motivos de la citada Ley indica, supone una "alternativa" a la disolución y liquidación de la entidad en crisis.

Esta norma, mantiene casi todo el contenido de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, aunque incorpora algunas novedades relevantes, procedentes de la nueva regulación europea. Entre ellas, puede destacarse la regulación detallada de la planificación de la resolución, la evaluación de la posibilidad de llevar a cabo la misma, la regulación del "Fondo de Resolución Nacional" que, en su día, y tras un proceso de mutualización progresiva, se integrará en el "Fondo Único de Resolución Europeo" y, se crea una nueva arquitectura de resolución bancaria con una distinción de funciones entre una nueva entidad independiente integrada en el Banco de España, que asumirá la condición de "autoridad de resolución preventiva" y el FROB que será la "autoridad de resolución ejecutiva". Se establece así, un procedimiento administrativo especial que sustituye al procedimiento de liquidación propio.

La Resolución del Banco Popular Español, S.A., fue acordada por Decisión de la Junta Única de Resolución (JUR) de 7 de junio de 2017, tras la comunicación del Banco Central Europeo a aquella (6 de junio de 2017) acerca de la inviabilidad del Banco Popular Español, S.A., al considerar que no podía hacer frente al pago de sus deudas, o que no podría hacerlo en un futuro cercano, a tenor de lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución (MUR) y un Fondo Único de Resolución; es decir, cuando la medida se considere necesaria para el interés público, entendiendo por tal, aquella que resulta necesaria para alcanzar, de forma proporcionada, uno o varios de los objetivos de resolución expuestos en el artículo 14 (art. 18.5).

Según el artículo 14.2 del Reglamento, los objetivos de la resolución son los siguientes: a) garantizar la continuidad de las funciones esenciales; b) evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, especialmente previniendo el contagio, incluidas las infraestructuras de mercado, y manteniendo su disciplina; c) proteger los fondos públicos minimizando la dependencia respecto de ayudas financieras públicas extraordinarias; d) proteger a los depositantes cubiertos por la Directiva 2014/49/UE y a los inversores cubiertos por la Directiva 97/9/CE; e) proteger los fondos y los activos de los clientes.

En los artículos 21 y 22 del Reglamento, se regulan diversas facultades que puede ejercitar la Junta Única de Resolución (JUR) sobre las entidades en resolución, y entre ellas, el saneamiento de la entidad, alterando completamente su capital y, por ende, la propiedad de la entidad en crisis.

Por tanto, uno de los mecanismos por los que la JUR puede optar, es el instrumento de venta del negocio (art. 24 Reglamento 806/2014), que es el que finalmente se aplicó en el caso de autos, en su modalidad de transmisión de todos los activos, derechos o pasivos de una entidad objeto de resolución, o cualesquiera de ellos (art. 24.1 b). Como el propio recurrente reconoce en su escrito, "en este tipo de situaciones, la JUR debe acordar la venta mediante el mantenimiento de la personalidad formal de la entidad resuelta y la venta de sus instrumentos de propiedad a un tercero"; lo que resulta incompatible con la pretensión de desaparición de la anterior estructura, ya que de lo contrario, "no sería posible garantizar la continuidad de las funciones esenciales (art. 14.2 a) si se desgaja el negocio de la entidad en resolución y se vende a un tercero...".

Y continúa diciendo: "en situaciones de extrema gravedad es, por ello, necesario mantener formalmente la personalidad jurídica de la entidad en resolución para que pueda continuar realizando sus funciones esenciales en relación con sus clientes y el resto de entidades que operan en el mercado. Pero materialmente la entidad en resolución "muta" en una nueva entidad, con nuevo capital y nueva administración, que se vende a un tercero, dando lugar a una nueva realidad jurídica a los restantes efectos y, en especial, en sus relaciones con las Administraciones públicas que acordaron y ejecutaron la resolución y que deben "proteger" a ese tercero.

Este planteamiento, que sirve de base a la entidad recurrente para distinguir entre los efectos materiales y formales de la personalidad jurídica de la entidad objeto de resolución, no se ajusta a la realidad.

El FROB en su condición de Autoridad de Resolución Ejecutiva, de conformidad con el artículo 2.1 d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que incorpora a nuestro derecho la Directiva 2014/59/UE, implemento el

dispositivo consistente en la venta forzosa del negocio de la entidad de conformidad con los artículos 22 y 24 del Reglamento (UE) 806/2014, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinarán la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución.

Así, tras la correspondiente subasta, la Comisión Rectora del FROB acordó transmitir la totalidad de las acciones del Banco Popular Español, S.A., emitidas como consecuencia de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2 referenciados en el fundamento de Derecho tercero de la Resolución a la entidad Banco Santander, S.A., en virtud del artículo 26 de la Ley 11/2015, de 18 de junio. El FROB amortizó todas las acciones en que se dividía el capital social del Banco Popular Español, S.A., así como las obligaciones convertibles y subordinadas emitidas. Una vez reducido el capital a cero euros, el FROB acordó aumentar el capital por importe de 684.024.000 euros, dividido en acciones de un euro de valor nominal, que el FROB declaró íntegramente suscritas y desembolsadas al no existir accionista.

Tras esta decisión de la JUR de 7 de junio de 2017, de resolver el Banco Popular, Español, S.A., y una vez que el FROB acordó la venta y transmisión forzosa de las acciones de aquel a un tercero, el Banco Santander, S.A., y aun admitiendo en términos de debate, que aquella generó una nueva estructura de propiedad, un nuevo capital que fue adquirido por el Banco Santander, S.A., con un nuevo órgano de administración, y nuevos directivos; en ningún caso lleva aparejada la disolución de la persona jurídica, ya que se produjo una intervención de la entidad bancaria Banco Popular Español, S.A., por parte de la Administración a través del organismo competente para ello (FROB), y su posterior venta al Banco Santander, S.A., lo que de ningún modo equivale a la liquidación y disolución de la entidad, que provocaría, obviamente, la extinción de su personalidad jurídica, que si se produjo posteriormente, con la operación de fusión por absorción, y no antes.

La resolución de la JUR, entre otras finalidades, pretendía la continuación de las funciones esenciales o la evitación de la liquidación de la entidad en un procedimiento concursal, del que resultarían graves pérdidas para los acreedores y terceros, superiores a las que tendrían con la Resolución, por lo que no sería posible la extinción de su personalidad jurídica y la creación de una nueva entidad, que en todo caso se produciría en un momento posterior, como decimos. Cuestión distinta, es la inyección de capital que el Grupo Santander ha efectuado, en el nuevo Banco, tras la fusión, para asegurar su viabilidad y solvencia. En algunos escritos de oposición al recurso, se alude a la contradicción que supone que por parte de la recurrente se acepte heredar la responsabilidad civil, pero no la penal, ya que no olvidemos, la sucesión universal llevada a cabo por el Banco Santander, S.A., implica que aquél deba hacerse cargo de todos los conceptos derivados de la responsabilidad civil *ex delicto* generada por la entidad absorbida Banco Popular Español, S.A. que figura como investigada en la presente causa.

Incluso, la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP exige la concurrencia de determinados requisitos tales como: a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito y el principal, ya sea persona física o jurídica, bajo cuya dependencia se encuentre (STS 260/2017, de 6 de abril, que opta por la teoría de la apariencia); b) el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación. Ninguna contradicción existe al respecto, ya que en el caso de autos, el Banco de Santander, S.A., figurará en todo caso como responsable civil *ex delicto*, por los cometidos por las personas físicas sujetas a la presente causa, consecuencia de la sucesión universal producida, como resultado de la operación societaria llevada a cabo. Así, el artículo 23 .2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, establece la sucesión universal en la fusión por absorción, lo cual implica la existencia de las responsabilidades civiles dimanantes de la presente causa, como el propio recurrente reconoce en el suplico de su escrito de recurso en el que interesa el mantenimiento de su condición de posible responsable civil. Y ello con independencia, de que incluso una vez disuelta la sociedad se puedan reclamar los daños o perjuicios derivados de las operaciones de liquidación, o de pasivos sobrevenidos (STS Sala Civil 324/2017, de 24 de mayo) que en este caso no resultaría de aplicación al no haber existido operación de liquidación alguna.

### **3.2. La fusión por absorción del Banco Popular Español, S.A.**

*La fusión constituye un proceso de naturaleza societaria, en virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, agrupan a sus respectivos socios en una sola entidad, en la que todos los patrimonios se integran formando uno solo.* El concepto legal de fusión se encuentra en el artículo 22 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que reza así: "En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan".

La inscripción de la fusión en el Registro Mercantil produce, o bien la disolución y extinción de todas las sociedades fusionadas, en el caso de creación de una nueva sociedad, o bien la modificación de la absorbente, cuya personalidad jurídica permanece, y la sucesión universal (activo y pasivo) en favor de la misma de la titularidad de los patrimonios del resto de sociedades extinguidas y disueltas.

*Por medio de la fusión por absorción llevada a cabo, el Banco Santander, S.A., absorbe y adquiere en bloque y a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del Banco Popular Español, S.A., siendo éste y no otro el motivo de la extinción de la personalidad jurídica*

*de la citada entidad bancaria.* Así, se amortizaron todas las acciones y la deuda subordinada de aquella, por lo que Banco Santander, S.A., se adjudicó una entidad previamente reestructurada, que seguía en funcionamiento sin que haya existido en esos momentos, disolución alguna como la entidad recurrente pretende.

El Banco Santander, S.A., adquirió en bloque a título universal la totalidad de los activos y pasivos, con todos los riesgos y ganancias que conlleva tal reestructuración mercantil. En definitiva, desde un punto de vista económico-empresarial, con anterioridad a dicha adquisición, se había producido una importante operación de intervención.

La decisión de optar por una fusión por absorción, fue libre y voluntaria por parte de la entidad absorbente, frente a otros tipos posibles de operaciones por los que se podía haber inclinado, como la fusión fría (en la que cada empresa fusionada conserva su nombre, su cultura de negocio y parte de su autonomía, sistema empleado para la fusión de las Cajas de Ahorro y su posterior conversión en Bancos); o la cesión de activos (varias entidades ceden parte de sus activos o recursos para constituir una tercera entidad y operar con ella). Tal decisión no vino impuesta por organismo público alguno.

*No estamos por tanto, ante una modificación estructural forzosa de la entidad, dictada por las autoridades públicas en el ejercicio de sus potestades públicas de intervención;* no fue la Administración la que decide la fusión tal y como el recurrente pretende, sino que el Banco Santander, S.A., decidió la compra, sin solución de continuidad, cuando los organismos públicos adoptaron e implementaron las medidas de intervención necesarias para propiciar la operación, por lo que su intención, legítima y lógica por otro lado, era la obtención de beneficios económicos de todo tipo.

La entidad Banco Santander, S.A., era conocedora de la situación de grave crisis financiera y de liquidez que atravesaba la entidad absorbida, siendo así que el artículo 4 de la Ley 11/2015, dispone que "las personas físicas y jurídicas asumen su responsabilidad con arreglo al Derecho civil o penal nacional, por la inviabilidad del objeto de resolución". El mecanismo de resolución por el que se optó, no eximía a la entidad absorbente de ningún tipo de responsabilidad, sin perjuicio de la acreditación o no de acciones y conductas de las que pudiera derivarse aquella, aspecto que será objeto de análisis más adelante. Ello, no conlleva una aplicación automática del *ius puniendi*, sino la observancia de los principios y garantías que cada Estado, establece al efecto, máxime en casos como el que nos ocupa, en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se encuentra reconocida de forma uniforme, ni tan siquiera en todos los Estados de la Unión Europea.

Por tanto, cuando se produjo la fusión por absorción por parte del Banco Santander, S.A., no obstante la premura con la que se efectuaron sendas operaciones de Resolución, compra y fusión posterior,

quizás por evitar las previsible pérdidas que ello podría conllevar en su cotización en los mercados oficiales, era perfectamente conocedora de la situación en que se encontraba la entidad absorbida (Banco Popular Español, S.A.), así como que los órganos directivos aquella, se encontraban sujetos a la correspondiente investigación penal.

Indica la entidad recurrente que Grupo Santander ha implantado medidas que confirman esa nueva realidad, cambiando las políticas en materia de personal, acordando los nuevos administradores solicitar la devolución de todas las cantidades ya percibidas por los consejeros ejecutivos del antiguo Banco Popular Español, S.A., en concepto de compensación por prejubilación, además de la reducción en un 100% de todas las cantidades a percibir bajo ese concepto a futuro, negándose aquellos a aceptar este acuerdo.

#### **CUARTO.- El precedente del Banco de Valencia, S.A. y Caixabank, S.A.**

Se esgrime, en el escrito de recurso un precedente judicial prácticamente idéntico como fue el de la entidad bancaria Caixabank, S.A., que había absorbido al sujeto indiciariamente responsable penal (Banco de Valencia, S.A.), asimismo, tras su adquisición en aplicación de un mecanismo de saneamiento bancario por los poderes públicos. En concreto, se refiere a las Diligencias Previas 65/2013-10 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional.

Por razones análogas, en el antecedente del Banco de Valencia y Caixabank, S.A., el Juzgado Central de Instrucción nº 1 acordó no imputar a Caixabank, S.A., (entidad absorbente) por los posibles delitos cometidos por la anterior cúpula de Banco de Valencia, S.A., (sociedad absorbida). La misma decisión, entiende la recurrente, debió adoptarse en este caso. Además, en aquel supuesto, la Fiscalía Anticorrupción, mantuvo el criterio de que la venta de las acciones de Banco de Valencia a Caixabank, S.A., se produjo en virtud de un mecanismo de saneamiento bancario previsto en el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito y transformado en un procedimiento de resolución bajo la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, con intervención del FROB. En ese caso, tanto la Fiscalía, como el Juzgado, consideraron que la traslación automática de responsabilidad penal a la absorbente Caixabank, S.A., en virtud del artículo 130.2 CP, implicaría la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con las garantías penales básicas que establece la Constitución Española (principio de personalidad de las penas y culpabilidad), y con la configuración legal de la responsabilidad de las personas jurídicas que se recoge en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

Entiende que se trata de situaciones similares, en cuanto que: a) en ejecución de la Decisión de la JUR se procedió a la amortización y conversión de los instrumentos de capital de Banco Popular Español, S.A.; b) el nuevo capital del Banco Popular Español, S.A. fue puesto en venta por el FROB en el mercado, mediante un proceso competitivo urgente de subasta en el que sólo Banco Santander, S.A. se mostró dispuesto a adquirir la entidad; c) tras la adquisición de Banco Popular Español, S.A. por Banco Santander, S.A., la totalidad de los miembros del Consejo de Administración del antiguo Banco Popular (imputados en este procedimiento) cesaron en sus cargos y Banco Santander, S.A. designó nuevos administradores de la entidad; d) además, Banco Santander, S.A. procedió a inyectar capital en la entidad adquirida, integrándola bajo las directrices de Grupo Santander; e) finalmente, el nuevo Banco Popular Español, S.A. resultante de la resolución quedó absorbido en Banco Santander, S.A., tras la correspondiente fusión por absorción.

Sería paradójico, que los mismos poderes que resuelven una entidad y transmiten su negocio a un tercero como instrumento para evitar su liquidación y satisfacer los intereses generales decidan exigir responsabilidad penal por hechos anteriores a la resolución a quien saben que nada tuvo que ver con esos hechos y evitó esa dramática situación. Además, sería contrario a los principios del MUR y puede llegar en fin a frustrar esos objetivos que se exija responsabilidad penal a Banco Santander, S.A., en aplicación del *ius puniendi* del Estado.

Las disimilitudes, que ahora pretende el Ministerio Fiscal no son tales. La única diferencia reseñable entre ambos supuestos, es que, en el caso del Banco de Valencia, S.A., el Banco de España y el FROB inyectaron 6.500 millones de euros y, en cambio, en el caso del Banco Popular Español, S.A. no ha habido ninguna inyección de dinero público, más allá del saneamiento necesario para hacer viable la operación posterior. Al igual, que en la compra del Banco Popular Español, S.A., la entidad Caixabank, S.A., compró el Banco de Valencia por un euro, pero no sólo adquirió una entidad financiera que había recibido 6.500 millones de euros de fondos públicos, sino que el FROB asumió durante un plazo de 10 años, el 72,5% de las pérdidas que tuvieran determinadas carteras crediticias del Banco de Valencia, S.A., es decir, garantizó la viabilidad de la operación a la entidad compradora. Mientras que el Banco de Santander, S.A., no ha recibido ni un euro de dinero público, ni el FROB ha asumido pérdida alguna. Las diferencias, alega, se deben al marco normativo en materia de resolución y no a una diferente posición de unas y otras entidades.

La absorción de Banco Popular Español, S.A. por Banco Santander, S.A., se produce bajo el marco normativo de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y ello explica las diferencias entre ambos casos. Así, en el del Banco Popular Español, S.A. a) no fue necesario intervenir previamente la entidad, dado que la resolución se acordó de forma acelerada entre el cierre de mercado de 6 de junio de 2017 y la apertura

del mercado en el día siguiente (mientras que el oro fue un proceso que se alargó meses); b) que no se desembolsase apoyo financiero público en el contexto de la venta a Banco Santander, S.A.

El caso de autos, presenta parecidos evidentes con el antecedente citado, Así: a) en ambos casos se trataba de entidades inviables, con problemas graves de liquidez; y b) en ambos, se aplicó como herramienta de resolución la venta del banco a una tercera entidad, con la imposición de la previa absorción de pérdidas por parte de los accionistas y acreedores subordinados del banco en resolución.

No es cierto que existiese obligación alguna de fusión. En las dos operaciones, el vendedor fue el FROB. La única diferencia relevante, es que en el caso del Banco de Valencia, S.A., el Banco de España inyectó 2.000 millones de euros y el FROB 4.500 millones de euros adicionales, en un proceso que se prolongó desde noviembre de 2011 hasta diciembre de 2012, Como ya se ha dicho, Caixabank, S.A., no sólo adquirió una entidad financiera que había recibido 6.500 millones de euros de fondos públicos, sino que el FROB se comprometió durante el plazo de 10 años a sumir el 72,5% de las pérdidas que tuvieran determinadas carteras crediticias del Banco de Valencia. Mientras que el Banco de Santander, S.A., no ha recibido ni un euro de dinero público y el FROB no ha asumido pérdida alguna.

El auto de 13 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional, dictado en el seno de las Diligencias Previas 65/2013-10, que cerró las puertas a la imputación vía penal de las entidades Banco de Valencia, S.A., y la sociedad absorbente Caixabank, S.A., alude a que ésta entra en escena porque el FROB pone en el mercado las acciones del Banco de Valencia, S.A., para su adquisición por alguna entidad de reconocida solvencia, lo que provocó su fusión por absorción, expresamente prevista en el Real Decreto-ley 9/2009, lo que exime de responsabilidad alguna en la actuación de los investigados.

Además, en dicho supuesto, se inadmitió no sólo la imputación de la entidad absorbente Caixabank, S.A., sino también la de la entidad absorbida "Banco de Valencia, S.A." dado que la conducta penal objeto de investigación (delito de falsedad contable del artículo 290 CP no era generadora de responsabilidad civil de las personas jurídicas, expulsando del procedimiento además, las supuestas conductas constitutivas del delito de administración desleal del artículo 295 CP al haber sido derogado por L.O. 1/2015, siendo objeto de investigación en otras diligencias previas, por lo que resulta improcedente su admisión a trámite. Dicho auto alcanzó firmeza al no haber sido objeto de recurso alguno.

También, es distinto, el marco jurídico en el que se llevaron a cabo las operaciones, tal y como reconoce la entidad recurrente. Así, la del Banco de Valencia, S.A., se hizo sobre la base del Real Decreto Ley 9/2009, de 26 de junio, de restructuración bancaria y reforzamiento de los recursos

propios de las entidades de crédito; mientras que la del caso que nos ocupa, se desarrolló conforme al Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio (12258/2014) y la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; produciéndose en aquella la obligatoria modificación de la personalidad jurídica, mientras que aquí, los instrumentos normativos reseñados no obligaban al Banco Santander, S.A. a fusionarse y absorber el Banco Popular Español, S.A., pudiendo haber conservado su propia personalidad jurídica.

El precedente esgrimido, en lo esencial resulta ser idéntico al caso de autos, salvo las matizaciones expuestas, pero la resolución en sí misma, dado su carácter formal, no sería apta para constituir un bloque de jurisprudencia aplicable a supuestos similares, máxime en supuestos en los que aquella es inexistente, como en el caso de autos. La resolución de ambas entidades se produce por decisión de los organismos reguladores, ajenos a cualquier decisión privada de las entidades implicadas, procediendo el FROB a la amortización y conversión de los instrumentos de capital de Banco Popular Español, S.A.; el nuevo capital, fue puesto a la venta por el FROB en el mercado, de manera urgente, mediante subasta, en la que el único interesado fue el Banco Santander, S.A. Tras ello, el Banco Santander, S.A., depuró a la totalidad de los miembros del anterior consejo de administración, nombrando nuevos administradores, que nada tenían que ver con aquella entidad. Procedió, además, a inyectar capital en la entidad adquirida, absorbiendo así, mediante una fusión la entidad anterior. ¿Qué acciones penalmente relevantes se desprenden en este momento procesal de la actuación del Banco Santander?.

No existe una adquisición directa de las acciones del Banco Popular Español, S.A., como alguna de las acusaciones pretende, sino que se adquirieron mediante los mecanismos legales al efecto, desplegados por el órgano regulador, el FROB, siendo la única diferencia con el precedente enunciado, la celeridad con la que se llevó a cabo este complejo proceso.

Es cierto que la resolución de 13 de octubre de 2015, se basaba en el Informe del Ministerio Fiscal de 17 de septiembre de 2015, que entre otras cuestiones afirmaba: "En el presente caso, y en ejecución no solo de las facultades legalmente previstas, sino en el ejercicio de las funciones para las cuales fue configurado, ha sido el propio Fondo de Reestructuración Ordenado Bancario -organismo de derecho público- quien ha puesto en el mercado las acciones del Banco de Valencia S.A., para su adquisición por otras entidades de reconocida solvencia, en este caso Caixabank, S.A., dando lugar a la fusión por absorción referida, expresamente prevista en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009.

Que dicha adquisición -pilotada por un organismo público- implicase la asunción de responsabilidad penal por el adquirente como persona jurídica (Caixabank) no sólo habría hecho inviable el sistema

establecido legalmente para el saneamiento bancario, sino que provocaría un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con nuestro sistema constitucional y con la correcta interpretación de la norma a cuya Exposición de Motivos aludimos. Destacando además, que dicha adquisición se deriva del ejercicio de facultades expresamente previstas en las leyes".

El Ministerio Fiscal, de manera legítima ha cambiado de criterio, por entender entre otras cuestiones que estamos ante supuestos diferentes, pero lo cierto es que de sus informes en el caso de autos, ni del ejercicio de las acciones por parte de las restantes acusaciones, en lo que a este particular se refiere, no se desprende una línea argumental convincente que indique, más allá de una interpretación literal y automática del artículo 130.2 CP, los motivos por los que la entidad absorbente Banco de Santander, S.A., deba ser traída al proceso penal que nos ocupa. No señala que actuación o conductas de aquella serían tributarias responsabilidad penal, cuando menos a efectos indiciarios dada la fase procesal en la que nos encontramos ¿Qué conducta dolosa o imprudente grave ha desplegado aquél en los términos exigidos por el artículo 5 en relación con el artículo 31 bis CP?, más allá de una interpretación esencialmente literalista del artículo 130.2 CP, despojada de cualquier consecuencia y garantías. El propio Ministerio Fiscal, no obstante, interesarse la desestimación del recurso, atisba ciertas dudas al respecto, al indicar que "lo anterior no es óbice para que, en el curso de la instrucción de la causa, se recabe del FROB un informe detallado sobre las circunstancias en que se llevó a cabo la restructuración del Banco Popular Español, S.A., y su venta al Banco Santander, S.A. en lo concerniente a su proceso de liquidación, si lo hubo, así como la intervención del FROB en la transmisión de la entidad". Lo cual parece innecesario, ya que el proceso de resolución está plenamente regulado, así como la actuación del FROB que en ningún caso, sería tributaria de responsabilidad penal, sino administrativa, al tratarse de un organismo público, Otro tanto sucede con la posterior operación de fusión, siendo así que las conductas penalmente relevantes apuntan a actuaciones anteriores desplegadas por los dirigentes del Banco Popular Español, S.A., que se encuentran incurso en la causa, así como la propia entidad, como persona jurídica, claro está, ello siempre y cuando del resultado de las diligencias de investigación que se están llevando a cabo en la causa, dado el estado inicial de la misma, no se desprenda otra cosa, es decir, algún indicio que justificase la comparecencia en el proceso penal del Banco Santander, S.A., en calidad de investigada, que sin bien en este momento no se atisban, no implican que no puedan aparecer en un futuro, dada la fase inicial del proceso penal en la que nos encontramos, por lo que el contenido de la presente resolución debe ser interpretado correctamente en relación al momento en el que se produce, sin que implique un cierre definitivo a las posibles exigencias de responsabilidad penal del Banco Santander, S.A., si para ello hubiere mérito más adelante.

No se comprende muy bien, como en un supuesto en el que la entidad absorbida ha precisado de una importante inyección de dinero público, y del que por tanto podrían derivarse unos importantes perjuicios para la Administración, además de para otros colectivos, no es traída al proceso penal en calidad de investigada, y sin embargo, en el caso de autos, en el que no se ha producido desembolso alguno, se han tomado medidas para sustituir a los supuestos autores de las conductas delictivas; si se verifica, siendo el sustrato tático de aplicación del artículo 130.2 CP sustancialmente idéntico, provocando con ello importantes problemas de seguridad jurídica, en la aplicación de precepto citado, respecto del cual al parecer, no se han tenido en cuenta las graves consecuencias de todo tipo que una utilización incoherente y extensiva del mismo, podrían provocar.

En el fondo de ambas actuaciones, subyace la figura jurídica de la resolución de las entidades de crédito por parte de los organismos estatales que tienen atribuida dichas funciones. Institución, que como hemos expuesto tiene como finalidad evitar las consecuencias que para la economía nacional, tanto en términos macroeconómicos como desde un punto de vista de estabilidad institucional, podría tener el hecho de que sociedades pertenecientes a un sector estratégico y sensible como el de las entidades bancarias, pudieran verse abocadas a un procedimiento de liquidación ordinario o, incluso, a un interminable e incierto procedimiento de liquidación concursal, con los graves e irreparables daños y perjuicio que ello ocasionaría a multitud de sujetos (ahorradores, accionistas, depositantes, acreedores, trabajadores) de la entidad afectada. Se trata sin duda, de un procedimiento administrativo singular que, al contrario de la liquidación mercantil ordinaria o la concursal, en sede mercantil, no tiene por finalidad la rápida desaparición de la entidad en causa de resolución, sino muy al contrario, su intervención en favor de su supervivencia, y, todo ello por razones de interés general evidentes que desembocan en ese principio básico del derecho penal empresarial que es el de "conservación de la empresa", tanto de su actividad económica en general, como de la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

Precisamente por ello, y debido a las graves consecuencias que una aplicación automática del artículo 130.2 CP podría acarrear, se deben buscar límites a la misma, en evitación de la aplicación de una responsabilidad meramente objetiva, proscrita por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 146/1994, de 12 mayo; 151/2005, de 6 de junio; 283/2006, de 9 de octubre; y 59/2008, de 14 de mayo que ahora sí, desde este punto de vista, podría vulnerar los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, respecto de lo que ya ha advertido la jurisprudencia del Alto Tribunal, que viene interpretando el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas (STS 668/2017, de 11 de octubre).

## **QUINTO.- Exégesis del artículo 130.2 Código Penal.**

El artículo 130.2 CP dispone "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. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

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

El Preámbulo (VII) de la L.0.5/2010, de 22 de junio, en referencia al artículo 130.2 CP, indicaba que su finalidad era evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta, cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.

Con esta cláusula de cierre, el legislador pretende en definitiva, evitar la elusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consecuencia de una transformación estructural de la misma, pensado más bien para las personas jurídicas de carácter empresarial, que sobre la base de su normativa societaria pueden acceder a este tipo de modificaciones; tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2010, de 22 de junio, trasunto de la normativa recogida en el derecho administrativo sancionador.

*En estos casos, de fusión, absorción o escisión la responsabilidad penal se traslada a la entidad en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión, teniendo en cuenta que la pena a imponer debe ser proporcional y adecuada a la nueva situación, cláusula de salvaguarda adecuada, pero a todas luces insuficiente, a la vista de las disfunciones que una aplicación rígida, sin más consideraciones del citado precepto podría ocasionar en las entidades afectadas.*

Así, puede acontecer que, se atribuya la condición de imputada a una sociedad distinta que la presunta autora del delito; o que, se ejecute una pena sobre una entidad distinta de la que cometió el delito. Ello ha motivado numerosas críticas doctrinales a la regulación actual del precepto, por afectar a los principios de personalidad de las penas, y de culpabilidad, y por ende, adolecer de graves defectos de inconstitucionalidad. No faltan autores, que indican que tal previsión puede chocar frontalmente con el principio de presunción de inocencia, ya que presupone que toda transformación, fusión, absorción, escisión de una sociedad indiciariamente responsable es fraudulenta y que está destinada a eludir su más que probable responsabilidad penal. De hecho, tal regulación presuntiva podría, en algún caso, causar efectos adversos no sólo a la entidad, sino también a terceros que no estén relacionados con la comisión del delito, tales como trabajadores, proveedores, accionistas. Incluso, el artículo 130.2 CP al referirse a las disoluciones encubiertas o meramente aparentes de la persona jurídica establece una presunción *iuris et de iure*, extraña al proceso penal, de que existe tal "disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos", y ello con independencia de que se mantengan en la misma sede o utilicen los mismos medios de producción, o infraestructura que se venía utilizando. Es decir, con independencia de la extinción formal de la personalidad jurídica, si la esencia empresarial guarda una coincidencia de carácter sustancial con la persona jurídica originaria, deberá extenderse la responsabilidad.

Se dice, que el precepto, no es respetuoso con la normativa que regula este tipo de situaciones desde el punto de vista mercantil (Ley 3/2009, de 3 de abril, ya citada). La transformación de una sociedad, adoptando un tipo distinto, no afecta a su personalidad jurídica (art. 3). La absorción y fusión sí suponen la extinción de las sociedades primitivas (art. 23).

En los casos de que se produzca una modificación estructural, se entiende que la persona jurídica que surja de la fusión, absorción o se beneficie de la escisión societaria sucederá procesalmente a la desaparecida como consecuencia de la modificación estructural operada y proseguirá el proceso en el mismo momento en el que se hubiera quedado antes de dicha modificación. Por tanto, es una manera de poner en conocimiento de los órganos directivos de la entidad, así como de los socios de aquella, que tales modificaciones de su estructura no suponen la extinción de las obligaciones procesales y penales que tuviera impuestas con anterioridad. Y de igual modo, sucede cuando la persona jurídica no se haya disuelto realmente, sino que lo haya verificado de forma encubierta (disolución aparente).

La Circular FGE 1/2011, también establece ciertos criterios en aras a evitar que interpretación automática de los preceptos que regulan el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, conduzca a una responsabilidad objetiva, parámetros que deben extenderse sin duda a la trasmisión de la responsabilidad penal que el artículo 130.2 CP conlleva. Así, confirma la idea de que "el precepto

trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión". La transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente las mismas, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, deberá quedar debidamente acreditada, ya que de lo contrario, ello produciría una quiebra ineludible del principio de presunción de inocencia.

Es ciertamente, preocupante, que el precepto no haga distinción entre sucesiones fraudulentas, y aquellas que tan sólo obedecen a operaciones mercantiles legalmente previstas. Lo contrario, podría implicar una transferencia de responsabilidades penales o civiles *ex delicto* ilimitadas y de dudosa legalidad. La única posibilidad correctora introducida es la moderación del traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella, además de resultar de difícil articulación práctica, resulta insuficiente, máxime respecto de entidades ya desaparecidas en el momento de su aplicación a las que ninguna consecuencia podrían serle de aplicación. Esto, denota la inseguridad del legislador con la configuración del precepto, que además nos traslada a una suerte de régimen de responsabilidad objetiva, eso sí, sometido a moderación.

Si a las personas jurídicas les corresponden los mismos derechos y garantías que amparan a las personas físicas, la transferencia de responsabilidades, en términos objetivos, supone una clara vulneración del principio de culpabilidad (STC 59/2008, de 14 de mayo).

El precepto, está pensando claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas. Es decir, supuestos en los que la operación societaria, trata de encubrir o de eludir las responsabilidades penales civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia. No se puede hacer responder por ello, a entidades que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las 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, salvo que quieran asumir el coste del daño reputacional que ello conlleva. De ahí que, el comportamiento de la entidad resultante 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, acreedores de algún tipo de responsabilidad penal. Se podría dar el caso extremo, de que las entidades resultantes no sólo pretendieran encubrir las

actividades ilícitas de las sucedidas, sino que persigan una especie de continuidad delictiva, más propia de aquellas entidades que nacen con vocación criminógena, y cuya actividad es exclusivamente delictiva, a las que no sólo se podría aplicar el artículo 130.2 CP, sino una responsabilidad *ex novo* respecto de los nuevos delitos así cometidos sobre la base del artículo 31 bis CP, siempre y cuando figuren en el listado de *numerus clausus* que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas.

#### **SEXTO.- Aplicación del artículo 130.2 CP al caso de autos. Su relación con el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas.**

Es cierto que existen escasos precedentes jurisprudenciales acerca de la interpretación del citado artículo 130.2 CP. El escrito de recurso, cita la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 9 de Oviedo (Asturias), de 9 de marzo de 2015, sobre la base de una disolución judicial de una entidad y abierta la fase de liquidación del procedimiento concursal, conservando su personalidad jurídica mientras se realizaba aquella. La citada resolución se pronunció en favor de la extinción de la responsabilidad penal al no ser aquella fraudulenta, extinguiéndose la acción penal desde el auto de apertura de la fase de liquidación de la sociedad, que obviamente no resulta aplicable al caso de autos.

Aunque, si realizamos una interpretación hermenéutica del precepto, y no meramente automática, si una disolución no encubierta, o meramente aparente, evita la extensión de la responsabilidad penal, lo mismo cabría decir de una fusión por absorción, que materialmente, no es sino una disolución sin liquidación, en la que se extingue la personalidad jurídica de la entidad disuelta con transmisión en bloque de su patrimonio a la sociedad absorbente como es el caso, con integración de todos los socios. En estos casos, nos encontramos ante un supuesto claro de disolución real de la entidad absorbida, por lo que resultaría de aplicación las previsiones contenidas respecto de aquellas, y por tanto, al tratarse de una disolución no encubierta ni aparente, daría lugar a la extinción de la responsabilidad penal. El precepto analizado, induce a confusión al equiparar disolución con extinción de la personalidad jurídica.

La representación procesal de D. Benicio, cita otra resolución, el Auto 63/2019, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de enero de 2018, que desestimaba el recurso de apelación contra la decisión del Instructor de transformar las diligencias previas en procedimiento abreviado, manteniendo la imputación de Bankia como sucesora por absorción de la entidad bancaria Caixa Laietana, si bien se asemeja más al supuesto de autos, el Juzgado de Instrucción, se limitó a llevar a cabo una interpretación automática del citado precepto (art. 130.2 CP), desconociendo las circunstancias en las que se llevó a cabo la modificación estructural de las entidades bancarias afectadas, y sin que de la resolución invocada se desprenda el contenido de los indicios apreciados, partiendo aquella, de la base su existencia suficiente a los efectos objeto del recurso, que era la

continuidad de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado ex *artículo 779.1.4ª* LECrim.

La STS 221/2016, de 16 de marzo , indica que "el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reside en el denominado "delito corporativo" construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de la indagación por el Juez Instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad". En otras palabras, el injusto del delito corporativo está conformado por una organización defectuosa y su culpabilidad, por una cultura de cumplimiento deficiente.

Esta importante resolución en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, distingue el delito individual del delito corporativo, con las siguientes afirmaciones: "Son por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados.....habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física (delito individual) 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". Por ello sostiene que "la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art.31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan.....incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso".

Y finaliza diciendo que "El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física". La comisión del delito individual operaría así, como antecedente del delito corporativo, ahondando después, en la existencia de aquél.

Las conclusiones que se extraen de esta sentencia y de su antecesora, la STS 154/2016, de 29 de febrero, no pueden ser otras, sino que la responsabilización a la persona jurídica por la comisión de un hecho delictivo exige respetar principios básicos del Derecho Penal, como la no responsabilidad por el hecho de otros y la exclusiva responsabilidad por hechos propios, sobre la base de un defecto

estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión, que constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo.

Si bien es cierto que, ninguna norma, o criterio jurisprudencial, permite por el momento, hablar de la existencia de una excusa absolutoria para la entidad absorbente por la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir la entidad absorbida, sino todo lo contrario al amparo del artículo 130.2 CP., es necesario, llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y con los principios básicos del Derecho penal; por ello, quizás, el legislador debió matizar la redacción del citado precepto, a fin de delimitar la transmisión de la responsabilidad penal entre las entidades partícipes de la operación societaria de que se trate, a los supuestos de fraude o similares, en los que la misma se lleva a cabo con la finalidad de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de las entidades sucedidas, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responda en última instancia; o introducir otro tipo de elementos moduladores de tal transferencia, en evitación de situaciones como las que nos ocupa.

En el caso de autos, *el Banco Santander, S.A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Tampoco, creemos en el caso de autos, que se pueda argumentar que el Banco de Santander, S.A., no ha tenido en cuenta los riesgos evidentes que una operación de este tipo implicaba, ni que hubiere sido negligente a la hora de cumplimentar su deber de información, produciéndose una sobrevaloración de la entidad absorbida, lo que no es el caso, por lo que tampoco desde la perspectiva del derecho de daños, al que algunos pretenden trasladar el fundamento de la aplicación del artículo 130.2 CP sería aplicable aquél, al no haberse producido tal actuación negligente en la valoración y análisis de la información.

Según el sistema de responsabilidad penal establecido para las personas jurídicas en el Derecho penal español, y plasmado en el artículo 31 bis CP , que no puede ser obviado en el ámbito del debate, la atribución de aquella exige la acreditación de dos tipos de hechos (al menos, indiciariamente en la fase procesal en la que nos encontramos): a) el denominado "hecho de referencia" o "hecho de conexión", cometido o intentado por la persona física al servicio de la persona jurídica, cuya responsabilidad penal se discute, y que aquél se encuentre dentro del listado *numerus clausus* de supuestos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas; y b) el "hecho propio" de la persona jurídica, es decir,

el denominado defecto de organización de la persona jurídica, consistente en el incumplimiento de los deberes de organización respecto de los factores de producción, de forma idónea y eficaz para no favorecer o incrementar el riesgo jurídico penal de que una persona física integrada en la persona jurídica cometiese, aprovechando la opacidad derivada de la complejidad de la organización, un delito en provecho de la misma, de tal modo que con dicha organización se desincentivase la comisión de esos delitos por parte de las personas físicas a su servicio. En el caso de autos, en la entidad resultante tras la fusión por absorción, no concurre "hecho de referencia" alguno, ya que ninguna persona a su servicio ha cometido delito alguno, sino que *el delito fue cometido por personas físicas en el seno de una entidad, ahora disuelta, no pudiendo afirmarse, por el mero de hecho de ser partícipe de una modificación estructural que se haya incumplido su deber de organizar sus factores de producción de forma idónea o eficaz para no favorecer o incrementar, a consecuencia de su propia complejidad estructural o de la toma de decisiones acerca de cómo llevar a cabo la citada operación, facilitando la comisión de actividades delictivas en su provecho.*

Se da una total desconexión, entre el comportamiento del Banco Santander, S.A., y los supuestos delitos cometidos por los administradores del Banco Popular Español, S.A., con anterioridad a la fusión y que nada tienen que ver con esta operación. Buena prueba de ello, es la actitud adoptada por la entidad absorbente, que ha cambiado no sólo por completo los órganos de administración de la entidad, sino también la estructura y el sistema de toma de decisiones, imponiendo la suya propia, y estableciendo los programas de cumplimiento normativos y de prevención adecuados. Ningún atisbo de actuación delictiva se contiene en la resolución judicial combatida, relativa a la operación de fusión, que justifique en este momento, la llamada al proceso penal del Banco Santander, S.A. en calidad de investigada. Y si ello es así, respecto de la operación de compra y posterior fusión por absorción, mayor transparencia presenta la intervención anterior del Banco Popular Español, S.A., llevada a cabo por un procedimiento administrativo coordinado y tutelado por los poderes públicos con la finalidad de evitar la caída de una importante entidad bancaria, con la grave repercusión económica que ello hubiera provocado, tanto a nivel público, como privado.

No existe dato alguno que indique una participación si quiera indiciaria del Banco de Santander, S.A., en los hechos objeto de investigación. No intervino ni en la ampliación de capital aprobada en mayo de 2016, ni en la supuesta manipulación del valor de cotización de las acciones de Banco Popular Español, S.A. supuestamente llevada a cabo bajo la supervisión del anterior Consejo de Administración.

Tampoco sería admisible aquella, sobre la base de algunos planteamientos doctrinales que aseveran que el artículo 130.2 CP introduce un sistema de traslación de responsabilidad de naturaleza no penal, sino un instrumento normativo dirigido a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, o en base a una responsabilidad por culpa o por riesgo en las hipótesis de disolución real de la persona jurídica

delincuente. En ningún caso se produciría un enriquecimiento injusto por parte del Banco Santander, S.A., ni menos aún en el caso de autos un correlativo empobrecimiento injustificado, ya que obviamente tuvo en cuenta su valoración económica en el momento de efectuar la compra por un euro, a la vista del deterioro del valor de aquella, pero después inyectó liquidez y capital en el Banco Popular Español, S.A., para asegurar su viabilidad y solvencia, en concreto el día 7 de junio de 2017 el mismo día 7 de junio de 2017 (fecha de la Resolución) inyectó 13.000 millones de euros; y el día 28 de julio de 2017, acordó una ampliación de capital por valor de 2.736 millones de euros con una prima de emisión de 4.143 millones de euros, íntegramente suscrita por Banco de Santander, que inyectó en esta ocasión un total de 6.879 millones de euros.

De no llevarse a efecto esta operación, la entidad Banco Popular Español, S.A. hubiere sido liquidada, con los gravísimos perjuicios que no sólo para los accionistas, y clientes se hubieren producido, sino también para la Administración pública, al tenerse que hacer cargo de las pérdidas. Por tanto, no puede decirse, cuando menos aparentemente, que el Banco Santander, S.A., no hubiese apreciado y tenido en cuenta la valoración de la entidad absorbida, y la grave situación por la que aquella atravesaba, por lo que cabe hablar de enriquecimiento injusto alguno.

*Una traslación automática de la responsabilidad penal a sujetos que ninguna intervención han tenido en los hechos con relevancia penal, como la propugnada en el caso de autos, máxime cuando no se requiere una identidad "absoluta", sino que basta con una identidad "sustancial", implica una renuncia a los principios de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad; habiendo sido más adecuado en su caso, articular un mecanismo para dejar sin efecto las citadas operaciones mercantiles, retrotrayendo las situaciones, y permitiendo la sanción penal de las entidades infractoras.*

Lo contrario, implicaría poner en tela de juicio la totalidad de las modificaciones estructurales que las entidades mercantiles llevan a cabo de manera habitual, además de producir un importante "efecto llamada", sobre el resto de las entidades del sector en cuestión, que evitarían así cualquier tipo de operación mercantil respecto de otras que presenten graves dificultades económicas para seguir con sus actividades, dejando al Estado, como único valedor, con el coste público que ello conlleva.

En otros ordenamientos, como el de los EE.UU, a cuya normativa se ha aludido a lo largo de la presente resolución, en los supuestos de fusiones o absorciones de empresas, se traslada la responsabilidad a la entidad resultante, para evitar que estas operaciones societarias sean utilizadas como medio para eludir su responsabilidad, entendiéndose, en definitiva, que no debe recibir un trato "más benigno" que el que se reserva en dichos procesos a las responsabilidades de otra naturaleza, particularmente las civiles. Ello se basa en posiciones meramente utilitaristas a efectos de evitar el

impago de las sanciones pecuniarias. No hay que olvidar que estamos en presencia de sistemas penales en los que sí tiene cabida la responsabilidad objetiva.

Por ello, las entidades cuando van a llevar a cabo una operación mercantil de este tipo, durante las *due diligence* (investigación exhaustiva de las entidades implicadas) previa a la fusión, deberán detectar la posible comisión de infracciones penales en el seno de las entidades que se fusionan o que habiéndolas detectado no las hayan denunciado a las autoridades, o de alguna manera las hayan ocultado, criterios éstos manejados por la Fiscalía para imputar los delitos a los sucesores corporativos en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones.

Esto no justifica que a una persona jurídica se le imputen delitos en cuya ejecución no haya participado, que va más allá incluso de los supuestos de responsabilidad objetiva admisibles en el derecho norteamericano, ya que se hace responder a la entidad de hecho que ni siquiera ha cometido, y en la que ni tan siquiera cabría hablar de una responsabilidad vicarial o por transferencia, que presupone una relación previa entre ambas, y una capacidad de control del que debe responder, respecto del que cometió el delito.

*Imputar a la entidad resultante del proceso de fusión la responsabilidad por los hechos cometidos por aquellos directivos o empleados de las sociedades disueltas como consecuencia de la fusión, sobre la que ninguna capacidad de control podía ejercer con anterioridad a la misma, ni podría beneficiarse en modo alguno, quebraría los fundamentos de la doctrina del respondeat superior por la que se hace responder al empleador de los actos de su empleado.*

Ni siquiera en el caso de autos, podría hablarse de una culpabilidad por atribución inspirada en los criterios angloamericanos de *strict liability* (delitos que no requieren prueba de los elementos subjetivos del tipo) y *attributed liability* (atribución a la empresa de la conducta y culpabilidad de sus directivos como si fuesen de ella), ya que también en estos casos, se exige lo que se denomina "estado de las cosas antijurídico" que consiste en el beneficio ilícito o en la ausencia del control debido que exige el artículo 31 bis 1 CP para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, es decir, directivos que actúan en beneficio de la persona jurídica o empleados sobre los que no se ha ejercido el debido control. Y que son relevantes a los efectos de acreditar la necesidad de intervenir, al constatar una situación antijurídica. Además, de respetar el derecho a la presunción de inocencia y los principios básicos del derecho penal, por lo que deberá acreditarse además del delito de la persona física, el injusto de la persona jurídica (el defecto de organización o el "estado de descontrol", en palabras de Silva Sánchez), en cuanto elemento valorativo que opera con base en los criterios de beneficio y favorecimiento, orientado a restringir la débil regla de imputación del artículo 31 bis consistente en una interacción sincrónica y diacrónica de acciones y omisiones de la multiplicidad

difusa de personas físicas que conforman los órganos de la empresa. En definitiva, podemos decir, que no se puede extinguir aquello, que nunca ha existido.

### **SÉPTIMO.- Breves consideraciones de carácter procesal.**

El auto recurrido, desde este punto de vista, adopta una posición ciertamente garantista, ya que provoca una llamada al proceso penal *ab initio* en calidad de sujeto investigado al Banco Santander, S.A., lo que le permitiría que pudiera ejercitar su legítimo derecho de defensa, en toda su extensión.

El hecho de ser llamado en calidad de investigado, como persona sometida a investigación por su relación con una supuesta conducta delictiva respecto de la cual a través de aquella se analiza si existen o no suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible, y se examina la relevancia penal de la misma; a pesar de que no debiera comportar consecuencia negativa o estigmatizadora alguna de su reputación como entidad, lo cierto es que no es así, máxime en supuestos en los que nos ocupan, en los que los actores son entidades bancarias muy relevantes en el sector, cuyas actuaciones trascienden al ámbito privado.

La responsabilidad de la persona jurídica no obstante ser autónoma, respecto de los miembros que la componen, exige, como presupuesto el hecho de referencia o de conexión (punible), de la persona física, que se erige así en el elemento nuclear de ambos. Es decir, exige, desde el punto de vista del objeto penal, unas concretas conductas cometidas por una persona física susceptibles de tipificarse como alguno de los delitos para los que el Código Penal prevé la aplicación del artículo 31 bis, sin necesidad de individualización de aquella; y aquellos otros, de los se deduce la imputación penal de la persona jurídica, el defecto de organización o la ausencia de control interno que han permitido o facilitado la comisión de delitos por parte de los directivos o empleados. Ambos, deben formar parte de la dimensión táctica del juicio de acusación, junto con aquellos de los que depende estrictamente la culpabilidad de la persona física en las concretas conductas por aquellos desplegadas.

Entendemos así, que la imputación de la persona jurídica no pueda llevarse a cabo con anterioridad al de la persona física (salvo los supuestos contemplados en el art. 31 ter CP de imputación autónoma), debiendo hacerse de manera simultánea o cuando menos sucesiva. Por ello, en supuestos como el que nos ocupa, no cabe descartar la hipótesis de la aparición de hechos con relevancia penal con posterioridad a la realización de las operaciones de transformación que recoge el artículo 130.2 CP, de las que no ha sido posible tener conocimiento con anterioridad, aunque no parece que sea el caso; por ello, insistimos, en que el contenido de la presente resolución viene referido al momento procesal en que nos encontramos, sin perjuicio, como ya se ha dicho, de que si del resultado de las diligencias de investigación practicadas, se dedujese la participación si quiera indiciaria, del Banco Santander, S.A.,

en alguna conducta tributaria de generar responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea llamada al proceso existente, sobre la base de aquella, siendo así que, por el momento la única legitimación posible es la de su responsabilidad civil, con lo que entendemos quedarían salvaguardados en su caso los derechos de los perjudicados en las presentes actuaciones.

Concluimos con otra referencia al derecho norteamericano; en este caso desde el punto de vista formal que nos ocupa, en cual, una causa como la que nos ocupa, resultaría realmente complicado que llegase a juicio, debido a la amplia discrecionalidad con la que en aquél ordenamiento actúa la fiscalía a la hora de imputar cargos, determinar culpabilidades y fijar penas; dada la extendida práctica negociada (*plea bargaining*) en las causas frente a personas jurídicas, que han generalizado los acuerdos de no persecución (NPAs) y acuerdos de diferimiento de la persecución (DPAs), en cuanto pactos pre-procesales, ajenos a la supervisión judicial, que tiende a evitar la acusación formal de la entidad y, sobre todo eluden su declaración de culpabilidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** **Estimar** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad "**Banco Santander, S.A.**" mediante escrito de 27 de marzo de 2019, contra el auto de fecha 20 de marzo de 2019, que acordaba la desestimación del recurso de reforma interpuesto por aquella contra la resolución de 15 de enero de 2019 del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional que decidía acerca de la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades, teniendo por dirigido el procedimiento contra el Banco Santander, S.A.; y por ello, revocamos los mismos, *d* *ejando sin efecto dicho llamamiento en calidad de investigado, en este momento procesal, sin perjuicio de lo que más adelante y consecuencia del resultado de las diligencias de investigación practicadas pudiera resultar, manteniéndose su legitimación en calidad de responsable civil.*

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, a las partes y a sus representaciones procesales, con las indicaciones que establece el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndoles saber que la presente resolución es firme, y no cabe la interposición de recurso alguno, verificado lo cual deberá procederse al archivo definitivo del presente Rollo de Sala, con devolución de las actuaciones originales al Juzgado de procedencia.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados al margen reseñados.