

## EL COMPLIANCE PENAL EN LOS PROCESOS DE DUE DILIGENCE

En cualquier operación de M&A entre dos personas jurídicas la compradora/absorbente debe analizar detenidamente a la comprada/absorbida. No obstante, con la regulación que el Código Penal indica en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas hay un aspecto que debería tenerse en cuenta: si alguna de las organizaciones implicadas en la operación ha incurrido en responsabilidad penal y, en su caso, si tiene o no implantado un Programa de Compliance.

En España, tal como sucede en otras legislaciones europeas (como la portuguesa o la italiana), *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* (art. 130.2 del Código Penal).

Esta regulación incluye, además, una cláusula por la que el Juez o Tribunal tendrá la potestad de moderar este traslado de la pena, según la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con la resultante del proceso. Eso sí, la responsabilidad penal no se extingue en los casos de disolución encubierta o aparente de la persona jurídica (esto es, en los casos en los que se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, en todo o en la parte más relevante).

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 indica al respecto que *“El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión. Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria (...). No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal”*.

Por tanto, esto equivale a decir que la nueva entidad heredará la responsabilidad penal de la antigua, lo que supone un riesgo importante que debería ser analizado por separado para decidir si se desea o no seguir adelante con la operación. La legislación no deja claro si un hipotético Programa de Compliance de una de las entidades resultaría efectivo en estos casos.