

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS OPERACIONES DE M&A: ¿SE PUEDE EXIMIR DE RESPONSABILIDAD PENAL A TRAVÉS DE UN ADECUADO DUE DILIGENCE DE COMPLIANCE PENAL?

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN M&A TRANSACTIONS: CAN CRIMINAL LIABILITY BE EXEMPTED THROUGH AN ADEQUATE CRIMINAL COMPLIANCE DUE DILIGENCE?

Erick Palao Vizcardo*
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

This work focuses on analyzing how a legal entity can be criminally liable within the framework of an M&A operation, specifically in a merger or spin-off, due to an illicit act committed by the absorbed legal entity (target). However, the absorbing legal entity may be exempt from criminal liability if it conducts an adequate due diligence procedure before the M&A operation is finalized.

Our regulations do not establish how appropriate due diligence should be carried out in the context of an M&A operation. Therefore, based on professional experience, we will propose a series of actions that the absorbing legal entity should take to demonstrate the completion of proper due diligence on issues of Criminal Compliance.

KEYWORDS: Criminal liability; legal entities; criminal compliance; Law 30424.

El presente trabajo se centra en analizar de qué manera una persona jurídica puede tener responsabilidad penal en el marco de una operación de M&A, específicamente en una fusión o escisión, por un acto ilícito cometido por la persona jurídica absorbida (target). Sin embargo, la persona jurídica absorbente puede quedar exenta de responsabilidad penal si es que realiza un adecuado procedimiento de debida diligencia (due diligence) antes de que se concrete la operación de M&A.

Nuestra normativa no establece cómo es que se debe realizar una adecuada debida diligencia en el marco de una operación de M&A. Por ello, con base en la experiencia profesional, se procederá a proponer una serie de acciones que debería realizar la persona jurídica absorbente para evidenciar la realización de una adecuada debida diligencia sobre temas de Compliance Penal.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal; personas jurídicas; compliance penal; Ley 30424.

* Abogado. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla y de Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha. Asociado Senior de las áreas de Compliance y Derecho Penal Empresarial del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (PRCP). Contacto: epv@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de octubre de 2023, y aceptado por el mismo el 19 de diciembre de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2016, a través de la promulgación de la Ley 30424, el Perú cuenta con un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Como veremos, la Ley 30424 se decanta por un modelo de atribución de responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica (modelo de autorresponsabilidad), debido a que la culpabilidad de la persona jurídica no se centrará en la acción delictiva cometida por la persona física vinculada a la persona jurídica, sino por el defecto de organización de esta última. En ese sentido, los *criminal compliance programs* toman relevancia en la referida ley, ya que, de realizarse una adecuada implementación de los mismos antes de cometido el delito, podría tener un efecto eximente o atenuante de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Sin embargo, un tema relevante que prevé la Ley 30424 es el referido a la transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica absorbente en el marco de una operación de fusión o escisión. Dicha atribución de responsabilidad será analizada a efectos de evaluar si se contraponen o no con el modelo de autorresponsabilidad que recoge la Ley 30424, ya que como veremos, la persona jurídica absorbente asumiría responsabilidad penal por hechos ilícitos cometidos por la persona jurídica fusionada o escindida.

Asimismo, procederemos a analizar la importancia que tiene realizar un adecuado *due diligence* de *compliance* penal antes de llevar a cabo la operación de fusión o escisión, ya que, de realizarlo correctamente, la Ley 30424 prevé que persona jurídica absorbente quedaría exenta de responsabilidad penal. No obstante, no se señala en dicha ley cuáles son las acciones de debida diligencia que debería adoptar la persona jurídica absorbente para quedar exenta de responsabilidad penal.

Por ello, desde nuestra experiencia, vamos a proponer determinadas acciones de *due diligence* que deberían adoptar las personas jurídicas absorbentes antes de realizar la fusión o escisión. Consideramos que, a través de estas acciones, la persona jurídica absorbente va a poder demostrar que actuó de manera diligente antes de realizar la fusión o escisión en aras de poder identificar si la persona jurídica fusionada o escindida, sus socios, directores, administradores, representantes, apoderados o colaboradores han incurrido en la comisión de algún delito previsto en la Ley 30424. De igual modo, podrán identificar si la persona jurídica fusionada o escindida no contaba o tenía indebidamente implementado un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (en adelante, SPLAFT) o un Modelo de Prevención.

II. SISTEMAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

A nivel dogmático existen dos modelos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas: un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial y un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad propia. Como veremos a continuación, la Ley 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal) ha adoptado un modelo de autorresponsabilidad, ya que se establece que la persona jurídica responderá penalmente de manera autónoma por su defecto de organización (*non criminal compliance*).

A. Modelo de heterorresponsabilidad (vicarial)

El modelo de heterorresponsabilidad parte de un planteamiento histórico y tradicional de la dogmática penal, el cual se basa en que solo las personas físicas pueden cometer delitos y, por tanto, responder penalmente. Así, dicho modelo prevé que será necesario determinar la responsabilidad penal de una persona física para poder atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica.

Este modelo de atribución establece una imputación penal a la persona jurídica por el hecho ilícito cometido por una persona física que actúa en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en provecho o beneficio de esta. Las personas físicas que cometen el delito pueden ser los socios, directores, gerentes, administradores de hecho o derecho, colaboradores, representantes legales o apoderados.

De esta manera, bajo este modelo de atribución de responsabilidad, si alguna de las personas físicas en mención cometiera alguno de los delitos previstos en la Ley 30424, en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio o provecho de esta, automáticamente la persona jurídica asumiría responsabilidad penal por el hecho ilícito cometido por la persona física. Asimismo, desde el ámbito subjetivo, se imputará a la persona jurídica el delito cometido por dolo o culpa (negligencia) basado en el análisis subjetivo que se realice a la conducta efectuada por la persona física en la comisión del delito.

La lógica que sigue este modelo de atribución es que el delito cometido por la persona física lo comete la propia empresa (Robles Planas, 2006), debido a que la persona física que comete el delito tiene vinculación con la persona jurídica y, además, porque el delito es cometido en nombre y beneficio de la persona jurídica. En Estados Uni-

dos, a través de las *US Federal Sentencing Guidelines*, se establece un modelo de responsabilidad derivada o vicarial que tiene como finalidad evitar que las empresas se vean beneficiadas de los delitos cometidos por sus colaboradores o terceros que los representen (apoderados o representantes legales).

Sin embargo, ello implica atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por hechos ajenos, ya que se le atribuye responsabilidad por el delito cometido por una persona física por el simple hecho de que actúa en su nombre. Así, este modelo de atribución establece una responsabilidad penal objetiva hacia la persona jurídica, lo cual está proscrito en nuestro ordenamiento penal (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).

Asimismo, es importante tener en cuenta que no siempre el delito cometido por la persona física, pese a ser cometido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, reflejará los intereses o conductas de la persona jurídica, ya que muchas veces, por ejemplo, un colaborador puede sobornar a un funcionario público para que la empresa obtenga una licencia de funcionamiento, pero no porque la empresa le haya pedido, sino porque de esta manera buscaba obtener un reconocimiento dentro de la organización.

Además, un problema que presenta este modelo de atribución es que resulta necesario individualizar a una persona física, lo cual muchas veces podría ser una tarea complicada debido a que muchas personas jurídicas tienen estructuras complejas en las que podría resultar difícil individualizar específicamente a la persona física que cometió el delito o incluso podría suscitarse el caso de que la persona física que cometió el delito haya fallecido y por tanto no sea posible procesarla penalmente.

También, un aspecto a tener en cuenta es que esta forma de atribución de responsabilidad penal desincentivaría a las personas jurídicas a adoptar programas de cumplimiento penal (Modelo de Prevención), debido a que siempre responderían penalmente por hechos cometidos por sus socios, directores, gerentes, administradores de hecho o derecho, colaboradores, representantes legales o apoderados, pese a tener un programa de cumplimiento penal que sea eficaz en la prevención de los riesgos penales vinculados a la persona jurídica. Por ello, a la fecha, se viene cuestionando la modificación incorporada a la Ley 30424 a través de la Ley 31740, en la que se establece que la persona jurídica siempre tendrá responsabilidad penal si un alto ejecutivo comete alguno de los delitos de la Ley 30424, incluso teniendo un programa de cumplimiento penal eficaz.

B. Modelo de autorresponsabilidad

El modelo de autorresponsabilidad trae consigo que, al igual que en el modelo de heteroresponsabilidad, una persona física sea la que cometa el delito en beneficio de una persona jurídica. Sin embargo, la diferencia es que la conducta realizada por la persona física no será imputada directamente a la persona jurídica. De este modo, la conducta de la persona física es necesaria pero no suficiente para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, ya que, en adición a ello, se deberá evaluar si la conducta realizada por la persona física se dio porque la persona jurídica estaba defectuosamente organizada (Ortiz de Urbina, 2013). En ese sentido, la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se da por su propia autoorganización que ha sido defectuosa.

Este modelo de autorresponsabilidad empresarial ha sido criticado históricamente por un sector de la doctrina que considera que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad penal (Gracia, 2008). No obstante, se debe tener en cuenta que hoy en día el hecho delictivo debe ser evaluado en términos de imputación objetiva y no en términos causalísticos o naturalísticos; razón por la cual, son merecedores de pena todos aquellos sujetos que crean un riesgo por encima de lo permitido (riesgo prohibido) respecto a bienes jurídicos que son protegidos por la norma penal o si directamente los lesionan.

Siendo ello así, la persona jurídica tendrá responsabilidad penal si mediante alguna de las actividades que realiza ha creado un riesgo prohibido que ha afectado o lesionado un bien jurídico protegido. Cabe precisar que, el riesgo prohibido de la persona jurídica se da por un defecto de organización.

A nivel doctrinario algunos autores desarrollan el concepto de 'culpabilidad empresarial' (Gómez, 2016), del que se desprenden los siguientes tres fundamentos: (i) la fidelidad al derecho de una empresa, la cual se da a través de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho; (ii) igualdad entre las personas físicas y personas jurídicas porque ambas son destinatarias de las normas jurídicas; y (iii) la posibilidad de la persona jurídica de cuestionar jurídicamente la norma. Por otro lado, hay autores que desarrollan el concepto de 'culpabilidad de organización' (Tiedemann, 1976), el cual se caracteriza porque se establece una culpabilidad de la persona jurídica por no haber adoptado o por no haber dispuesto las medidas necesarias para organizarse conforme a derecho. Por su parte, a nivel local, el profesor García Caverro sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede fundamentarse

mediante el desarrollo de una culpabilidad propia que se corresponda con sus particularidades y que a la persona jurídica se le puede atribuir el estatus de ciudadanas en sentido jurídico penal. De esta manera, estarían en plena capacidad de realizar culpablemente hechos delictivos (2018).

En este modelo de atribución de responsabilidad, lo importante no es la conducta ilícita realizada por una persona física en beneficio de la persona jurídica, sino el resultado que trae dicha conducta, la cual crea una situación de riesgo para determinado bien jurídico penalmente protegido que pudo ser evitado si es que la persona jurídica no hubiera generado un riesgo prohibido producto de un defecto de organización. Por ello, frente a este escenario, la persona jurídica debe responder penalmente por ser el sujeto que, en última instancia, creó dicha situación de riesgo (Bacigalupo, 2011).

Asimismo, para que pueda hablarse de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica por defecto de organización, debe partirse de una estructura defectuosa de funcionamiento que, a través de sus normas y procedimientos internos, han permitido la materialización del hecho ilícito cometido por una persona física vinculada a la persona jurídica. En atención a ello, se hace necesario que una persona jurídica adopte un *criminal compliance program* con la finalidad de establecer procedimientos, políticas, lineamientos, normas internas que permitan mitigar adecuadamente los riesgos penales vinculados a las actividades que realizan las personas jurídicas y así disminuir el riesgo de incurrir en un defecto de organización que podría generar responsabilidad penal a la persona jurídica.

Por ello, en Estados Unidos, pese a que siguen un modelo de heteroresponsabilidad, se toma en cuenta si una empresa cuenta con un *criminal compliance program* eficaz (denominado '*Compliance and ethics program*') para evaluar la culpabilidad de la empresa, así como otros criterios adicionales que detallo a continuación: (i) los antecedentes de la persona jurídica; (ii) si la persona jurídica está involucrada en alguna actividad delictiva o si tolera este tipo de actividades; (iii) la violación de alguna disposición legal; (iv) la obstrucción de la justicia; y (v) auto-denuncia, cooperación o reconocimiento de responsabilidad.

También resulta importante precisar que, en Sudamérica, el primer país que reguló la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas fue Chile a través de la promulgación de la Ley 20.393 en el año 2009. En dicha normativa se establece, de manera expresa, que la persona jurídica es

quien debe implementar los controles y cumplir con sus deberes de vigilancia.

En el Perú se promulgó, en el año 2016, la Ley 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal), la cual entró en vigor el 1 de enero de 2018. De esta manera, nuestro país realizó un cambio importante en materia penal, ya que se dejó de lado el aforama '*societas delinquere non potest*' (las sociedades no pueden delinquir) para dar paso a una atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, pese a que la denominación de la ley señala que es una responsabilidad administrativa debido a que la determinación de responsabilidad no se dará en sede administrativa, sino en sede penal, ya que será el juez penal, con base en la normativa prevista en nuestro Código Penal y Código Procesal Penal, quien determine la responsabilidad de la persona jurídica (Caro, 2019).

La Ley 30424 nació por una necesidad que tiene nuestro país de ingresar a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) y, en su origen, solo preveía una responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Sin embargo, desde el 2016 a la fecha, la ley ha sido modificada en tres oportunidades, siendo la última a través de la Ley 31740, promulgada el 13 de mayo de 2023, en la cual se dispuso la inclusión de nuevos delitos, por lo que en la actualidad una persona jurídica nacional o extranjera puede responder penalmente bajo los alcances de la ley si es que un socio, director, administrador de hecho o de derecho, apoderado, representante o colaborador comete por cuenta y en beneficio de la persona jurídica alguno de los siguientes delitos: (i) delitos de corrupción a funcionarios públicos (colusión simple y agravada, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias); (ii) delitos de lavado de activos; (iii) delitos de terrorismo; (iv) delitos tributarios; (v) delitos aduaneros; (vi) delitos contra los bienes culturales; y (viii) delito de contabilidad paralela.

Nuestro país ha adoptado un modelo de autorresponsabilidad debido a que, en el artículo 4 de la Ley 30424, se establece expresamente que "la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural", por lo que es imposible sostener que la sanción a imponerse a una persona jurídica es consecuencia del delito cometido por una persona natural, ya que el propio artículo en mención señala que "las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas". Asimismo, este modelo de imputación

encuentra fundamento en el artículo 12 de la Ley 30424 porque establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si es que tenía debidamente implementado un *criminal compliance program* (modelo de prevención) antes de cometido el delito por algún colaborador que no sea un alto ejecutivo, ya que la citada norma, en el fondo, señala que no se podrá sancionar a una persona jurídica si acredita que no está incurriendo en un defecto de organización (*non criminal compliance program*).

Finalmente, cabe precisar que, respecto a los delitos que no se encuentran previstos en la Ley 30424, las personas jurídicas responderán penalmente bajo la imposición de consecuencias accesorias que están previstas en el artículo 105 del Código Penal. Dichas consecuencias accesorias solo podrán ser impuestas si es que la persona jurídica es incorporada al proceso penal y si se dicta una sentencia condenatoria contra una persona física que tenga o haya tenido algún tipo de vinculación con la persona jurídica.

III. TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS OPERACIONES DE M&A

La Ley General de Sociedades del Perú (Ley 26887), específicamente en los artículos 344 a 395, regula las operaciones de fusiones y adquisiciones (*Merger and Acquisition*, M&A) que se pueden realizar en nuestro país. A través de estas operaciones las personas jurídicas pueden reorganizarse y cambiar la personalidad jurídica de la sociedad.

Por ello, el artículo 2 de la Ley 30424, previendo ello, ha establecido que “el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma”. Por ello, la ley establece que, en el marco de una operación de fusión o escisión, la persona jurídica absorbente puede responder penalmente. De este modo, la Ley 30424 regula un supuesto de transferencia de responsabilidad en el marco de las operaciones de M&A con la finalidad de evitar la elusión de responsabilidad penal en este tipo de operaciones.

A. Las operaciones de fusión y escisión en la legislación peruana

En la Ley General de Sociedades se prevén y desarrollan las formas de reorganización societaria que pueden adoptar las personas jurídicas: (i) transformación; (ii) fusión; y (iii) escisión. A efectos del presente trabajo, nos centraremos en analizar únicamente la fusión y escisión debido a que, en

la transformación, no se genera un cambio en la personalidad jurídica (Elías, 2015).

La fusión se produce cuando dos o más sociedades se reúnen para formar una sola y ello se puede dar de dos maneras:

- La fusión para constituir una nueva sociedad, la cual trae consigo que las sociedades fusionadas se extingan y que, a su vez, transmitan en bloque y a título universal sus patrimonios a la nueva sociedad.
- La fusión por absorción, la cual se da cuando se produce la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente, lo cual trae como consecuencia la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y que la sociedad absorbente asuma a título universal, y en bloque, el patrimonio de las sociedades absorbidas.

Es importante tener en cuenta que, cuando se realiza alguna de las dos modalidades de fusión, los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente. Asimismo, para realizar una fusión no se requiere que las sociedades acuerden la disolución ni que se liquide la sociedad o sociedades que se extingan producto de la fusión.

Por otro lado, la escisión se da cuando una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques patrimoniales para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos. La escisión se puede dar de dos maneras:

- La escisión se realiza a través de la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales que son transferidos íntegramente a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez. Esta modalidad de escisión trae consigo la extinción de la sociedad escindida.
- La escisión se realiza mediante la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. En esta modalidad de escisión, la sociedad escindida no se extingue, sino que realiza un reajuste de su capital.

En ambas modalidades de escisión, los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o so-

cios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes. Asimismo, al igual que en la fusión, no se requiere que las sociedades acuerden la disolución de la sociedad o sociedades que se extingan producto de la escisión.

B. ¿Qué sanciones penales se puede imponer a la persona jurídica absorbente?

El artículo 2 de la Ley 30424 establece una cláusula de transferencia de responsabilidad debido a que se prevé una sanción de multa para la persona jurídica absorbente, en el marco de una operación de fusión o escisión, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión. No obstante, si se evidenciara que las personas jurídicas involucradas en la operación de fusión o escisión llevaron a cabo alguna de estas formas de reorganización societaria con la finalidad de eludir una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica fusionada o escindida, serán pasibles de recibir alguna de las sanciones previstas en el artículo 5 de la Ley 30424.

En ese sentido, existen dos situaciones en las que se podría imputar responsabilidad penal por transferencia a la persona jurídica absorbente:

- Si la persona jurídica fusionada o escindida cometió alguno de los delitos previstos en la Ley 30424 antes de que se haya realizado la fusión o escisión.
- Si la persona jurídica fusionada o escindida realizó la operación de fusión o escisión con la finalidad de eludir su responsabilidad penal respecto a la comisión de un delito previsto en la Ley 30424.

Es importante precisar que, en la primera situación, la persona jurídica absorbente no ha tenido conocimiento del delito previo ni de que con la fusión o escisión se está intentando ocultar el delito cometido, mientras que, en la segunda, la persona jurídica absorbente realiza la fusión o escisión de manera maliciosa o fraudulenta (Montiel, 2020). En el primer caso, por su parte, la persona jurídica absorbente recibiría una sanción de multa que será calculada conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 30424, a saber:

- Cuando se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o que se esperaba obtener con la comisión del delito, la multa será no menor al doble ni mayor al séxtuplo de dicho monto.
- Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o el que se esperaba

obtener con la comisión del delito, la multa es no menor de 10 ni mayor de 10 000 unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT). Teniendo en cuenta que en el año 2023 el valor de la UIT es de S/ 4 950 (cuatro mil novecientos cincuenta con 00/100 soles), la multa a imponer sería entre S/ 49 500 (cuarenta y nueve mil quinientos con 00/100 soles) y S/ 49 500 000 (cuarenta y nueve millones quinientos mil con 00/100 soles).

El monto exacto de la multa será determinado por un Juzgado Unipersonal o Colegiado al dictar la sentencia condenatoria y deberá estar sustentada en los criterios objetivos que han sido incluidos en el artículo 7 de la Ley 30424, a través de la promulgación de la Ley 31740.

En la segunda situación, la persona jurídica absorbente recibiría cualquier otra sanción, diferente a la multa, que se encuentran previstas en el artículo 5 de la Ley 30424, las cuales detallo a continuación:

- Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.
- Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podría ser temporal (entre un año y cinco años) o definitiva.
- Inhabilitación para contratar con el Estado de manera definitiva.
- Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- Clausura de locales o establecimientos. La clausura puede ser temporal (entre un año y cinco años) o definitiva.
- Disolución.

Siendo ello así, es evidente que se da una transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica absorbente respecto a hechos ilícitos cometidos por las personas jurídicas fusionadas o escindidas. Este tipo de cláusulas de transferencia de responsabilidad penal son peligrosas y desalentadoras para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, y resulta ser injusta para las personas jurídicas absorbentes que no participaron en la comisión del delito cometido por las personas jurídicas fusionadas o escindidas, ya que, incluso, en muchos casos no existe

vinculación societaria entre las personas jurídicas absorbentes y las personas jurídicas fusionadas o escindidas (Sota, 2021).

C. La transferencia de responsabilidad penal en otras jurisdicciones

En España, el inciso 2 del artículo 130 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995) señala que:

la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. 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.

Asimismo, en Chile, el artículo 18 de la Ley 20 393, promulgada el 25 de noviembre de 2009, señala que:

en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismo, si las hubiere [...].

También, en Argentina, el artículo 3 de la Ley 27401 (Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas), promulgada el 1 de diciembre de 2017, señala que “en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente”.

Se puede observar que a nivel iberoamericano se ha previsto la transferencia de responsabilidad penal en los supuestos de reorganización societaria a través de operaciones de M&A, como son las operaciones de fusión o escisión. Entendemos que el espíritu de la norma es evitar que se diluya la responsabilidad penal de una persona jurídica a través de maniobras elusivas que se realicen en el marco de las modalidades de reorganización societaria previstas en las diferentes legislaciones. Si bien lo regulado en Perú es muy similar a lo establecido en España, Chile y Argentina, consideramos que ello resulta contradictorio con el modelo de autorresponsabilidad que se establece en nuestro país.

D. ¿La transferencia de responsabilidad penal se contrapone con el modelo de autorresponsabilidad?

La cláusula de transferencia de responsabilidad tiene una razón de ser en el derecho penal, que es fomentar que las personas jurídicas absorbentes, en las operaciones de fusión o escisión, sean sumamente diligentes al momento de vincularse con las demás personas jurídicas que participan en dichas operaciones, ya que, de lo contrario, serían pasibles de incurrir en responsabilidad penal por hechos ilícitos que hayan cometido las personas jurídicas fusionadas o escindidas. Ello, si bien fomenta el establecimiento de mecanismos preventivos por parte de las personas jurídicas absorbentes, lo cierto es que se contrapone con los criterios de culpabilidad porque se estaría imputando responsabilidad penal a la persona jurídica absorbente por hechos ilícitos cometidos, en realidad, por terceros con los que se vincula en el marco de una fusión o escisión.

En ese sentido, lo que establece la transferencia de responsabilidad es una responsabilidad penal objetiva hacia la persona jurídica absorbente (Montiel, 2020), lo cual se encuentra proscrito por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal Peruano. Asimismo, esta forma de atribución de responsabilidad penal es divergente con el modelo de autorresponsabilidad previsto en la Ley 30424, debido a que, para determinar la culpabilidad de la persona jurídica absorbente, no se analiza su defecto de organización (*non criminal compliance*) en la operación de fusión o escisión, sino únicamente si omitió realizar una debida diligencia o si la realizó de manera defectuosa, lo cual se centra únicamente en un criterio subjetivo y no objetivo para determinar la culpabilidad de la persona jurídica absorbente.

Además, se deja de lado los criterios de imputación de responsabilidad penal previstos en el artículo 3 de la Ley 30424, artículo en el que se establece que una persona jurídica responderá penalmente cuando los socios, directores, gerentes, administradores de hecho o derecho, colaboradores, representantes legales o apoderados cometen algún delito previsto en la mencionada ley en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

En tal sentido, la cláusula de transferencia de responsabilidad se contrapone con el modelo de autorresponsabilidad regulado en nuestro ordenamiento penal (Ley 30424), debido a que establece una transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica absorbente en el marco de una operación de fusión o escisión, sin tener en

cuenta los criterios de imputación previstos en la Ley 30424 y, sobre todo, sin considerar el defecto de organización de la persona jurídica absorbente, es decir, sin realizar análisis alguno respecto a la implementación adecuada de un Modelo de Prevención por parte de la persona jurídica absorbente.

IV. *DUE DILIGENCE* DE *COMPLIANCE* PENAL COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 2 de la Ley 30424 prevé que la persona jurídica absorbente, en el marco de una operación de fusión o escisión, quedaría exenta de responsabilidad penal si es que realizó un adecuado proceso de debida diligencia de manera previa a la realización de la fusión o escisión. Asimismo, se indica que un adecuado proceso de debida diligencia se dará cuando se verifique que la persona jurídica absorbente adoptó acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en la Ley 30424.

Pasaremos a desarrollar qué es un proceso de debida diligencia (*due diligence*) y qué implica realizarlo adecuadamente. Para ello, propondremos las acciones razonables que debe adoptar la persona jurídica absorbente, a fin de poder obtener una eximente de responsabilidad penal en caso la persona jurídica fusionada o escindida haya cometido alguno de los delitos previstos en la Ley 30424.

A. Concepto

La debida diligencia es un proceso que debe realizar toda persona jurídica al momento de relacionarse con terceros porque de esta manera pueden advertir algún riesgo negativo en dicho relacionamiento y así decidir si continúan o no con las actividades o relaciones comerciales con el tercero.

En virtud de ello, en el artículo 25 del Decreto Supremo 002-2019-JUS (Reglamento de la Ley 30424) se establece que la persona jurídica puede implementar un procedimiento de debida diligencia, en el marco de la implementación del Modelo de Prevención, con la finalidad de mitigar riesgos asociados a operaciones, proyectos, actividades, socios comerciales o, incluso, el personal. De igual modo, en la página 25 de los "Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención" emitidos por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) mediante Resolución SMV 006-2021-SMV/01, se señala que el procedimiento de debida diligencia la permitirá a la persona jurídica obtener información de terceros y así tomar o adoptar una decisión informada sobre iniciar, suspender, continuar o culminar las

relaciones comerciales o contractuales con otras personas naturales o jurídicas. Asimismo, en la página 26 de los citados lineamientos se indica que, mediante una debida diligencia, la persona jurídica puede decidir vincularse, desvincularse o no vincularse con terceros que puedan estar comprometidos o investigados por alguno de los delitos previstos en la Ley 30424 o en algún otro delito que estime conveniente la persona jurídica.

Así, el *due diligence* permitirá que la persona jurídica evite asociarse con terceros que tengan una mala reputación, identificar riesgos y establecer medidas de protección y mitigación (Sota Sánchez, 2021). De esta manera, la persona jurídica podrá mitigar un eventual daño legal o reputacional en el relacionamiento con un tercero.

No obstante, nuestro ordenamiento legal no prevé qué acciones deberá adoptar la persona jurídica absorbente al realizar un *due diligence* en el marco de una operación de fusión o escisión, quedando a discreción del Fiscal o Juez Penal evaluar si el *due diligence* realizado fue adecuado para identificar si la persona jurídica fusionada o escindida ha cometido algún delito previsto en la Ley 30424. En ese sentido, pasaremos a proponer acciones de debida diligencia de cumplimiento penal que deberían adoptar las personas jurídicas absorbentes en una operación de fusión o escisión.

B. ¿Qué implica realizar un adecuado *due diligence* de *compliance* penal?

Para que a la persona jurídica absorbente no se le transfiera responsabilidad penal, por hechos ilícitos cometidos por las empresas *target* en el marco de una fusión o escisión, debe realizar un adecuado *due diligence* de *compliance* penal antes de que se materialice la operación de fusión o escisión, ya que de lo contrario no podrá eximir de responsabilidad penal.

Desde nuestra experiencia consideramos que las personas jurídicas absorbentes deben realizar una serie de acciones de *due diligence* que les permita recabar suficiente información para poder identificar si la empresa fusionada o escindida ha cometido un delito previsto en la Ley 30424. Indudablemente dichas acciones no van a evitar a un cien por ciento que la persona jurídica absorbente no se vincule con una persona jurídica delictiva, pero sí va a reducir dicha posibilidad y además le permitirá a la persona jurídica absorbente demostrar que efectuó todas las acciones de debida diligencia que estaban a su alcance para poder identificar la materialización de un hecho delictivo por parte de la persona jurídica fusionada o escindida antes de realizar la operación de reorganización societaria.

Las acciones de *due diligence* de *compliance* penal que deberían adoptar las personas jurídicas absorbentes son las siguientes:

1. Elaborar un cuestionario de cumplimiento penal

Se deberá elaborar un cuestionario de cumplimiento penal en el que se tienen que incluir preguntas que permitan conocer si la persona jurídica fusionada o escindida tiene la obligación de tener implementado un SPLAFT y, de ser así, ver si cuenta con todos los elementos previstos en la normativa de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Adicionalmente, se debe revisar si de manera voluntaria han implementado un Modelo de Prevención y si el mismo cuenta con los elementos mínimos previstos en la Ley 30424. Finalmente, deben cerciorarse si es que la persona jurídica o algún socio o colaborador tiene, o ha tenido, investigaciones o procesos penales.

2. Requerimiento de información con base en lo respondido en el cuestionario de cumplimiento penal

Con base en las respuestas brindadas en el cuestionario, la persona jurídica absorbente deberá elaborar un requerimiento de información con la finalidad de que la persona jurídica fusionada o escindida remita información y documentación que sustente lo señalado en el cuestionario. En este requerimiento se podría solicitar información sobre el SPLAFT, Modelo de Prevención, investigaciones o procesos penales y procedimientos administrativos seguidos ante la UIF-Perú, en caso haya indicado que es sujeto obligado a implementar un SPLAFT.

3. Revisión de la información y documentación proporcionada

Una vez proporcionada la información y documentación por parte de la persona jurídica fusionada o escindida, la persona jurídica absorbente deberá revisarla y analizarla para verificar que el SPLAFT o el Modelo de Prevención se encuentren debidamente implementados y sean eficaces para la prevención de riesgos penales. Asimismo, se deberá analizar la información vinculada a las investigaciones o procesos penales, debiendo centrar dicho análisis en todos aquellos casos penales en los que la persona jurídica, sus socios,

directores, administradores, representantes, apoderados o colaboradores se encuentren en calidad de investigados o procesados y revisar si es que alguno de estos casos penales está vinculado a la comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley 30424.

Si hubiera una investigación o proceso penal por alguno de los delitos previstos en la Ley 30424, se deberá revisar si es que la persona investigada cometió el delito en beneficio de la persona jurídica. Asimismo, se tendría que revisar si, en el marco de dicha investigación o proceso penal, la persona jurídica informó a la Fiscalía que cuenta con un Modelo de Prevención y, de ser así, revisar el informe técnico que haya emitido la SMV al evaluar la implementación y funcionamiento del Modelo de Prevención.

4. Verificación de la información proporcionada

La persona jurídica absorbente puede adoptar mecanismos para verificar la información que le proporcione la persona jurídica fusionada o escindida, a través de una revisión de fuentes de información pública. La persona jurídica puede contratar o adquirir un *software* a través del cual uno puede ingresar la información de la persona jurídica fusionada o escindida, sus socios, directores, gerentes, representantes o apoderados y buscar si se encuentran inmersos en listas restrictivas (*black lists*) en materia de anticorrupción, lavado de activos, financiamiento del terrorismo o tráfico ilícito de drogas y si existe alguna noticia pública en la que se les mencione respecto a la comisión de un delito o por formar parte de una investigación o proceso penal.

Asimismo, se puede verificar en la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP si es que la persona jurídica se encuentra registrada como sujeto obligado ante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú¹. Además, en la propia página web de la SBS se puede verificar si es que la persona jurídica que es sujeto obligado se encuentra en la lista de sujetos obligados sancionados por no haber implementado correctamente su SPLAFT².

También, en un futuro, se podrá revisar en la página web del Poder Judicial si la persona jurídica se encuentra en la lista de sancionados bajo los alcances de la Ley 30424. A la fecha, no existe ninguna persona jurídica que haya sido sentenciada en el marco de la Ley 30424.

¹ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.a.).

² Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.b.).

Finalmente, se podrían realizar entrevistas a determinadas personas que forman parte de la persona jurídica fusionada o escindida, a fin de validar o aclarar ciertos temas o interrogantes que pudieran haber surgido en la revisión de la información o documentación proporcionada.

5. Elaborar un informe de *red flags*

Es fundamental que al culminar el procedimiento de *due diligence* se elabore un informe de *red flags* en el que se detalle todos los temas y documentos que fueron analizados. Además, se deben señalar los mismos. Los *red flags* serán aquellas situaciones contingentes que pueden exponer penalmente a la persona jurídica absorbente. Siendo ello así, dichas contingencias deberán ser aquellos casos penales en los que se pueda imputar responsabilidad penal a la persona jurídica fusionada o escindida por la presunta comisión de algún delito previsto en la Ley 30424 si es que no cuenta con un SPLAFT pese a tener la condición de sujeto obligado o si tiene un Modelo de Prevención que no cuenta con los elementos mínimos establecidos por la Ley 30424.

6. Investigación interna (revisión forense)

Un mecanismo adicional que pueden realizar las personas jurídicas absorbentes es una investigación interna o también llamada revisión forense, a través de la cual se puede indagar internamente si es que la persona jurídica fusionada o escindida, o alguna persona física vinculada con ella, ha incurrido en la comisión de algún delito previsto en la Ley 30424. A través de la investigación interna se podría acceder a la revisión de correos electrónicos, información de equipos celulares, entrevistas y revisión de documentos, siempre que no se vulnere los datos personales de las personas implicadas en la investigación ni el derecho de defensa o a la intimidad que les asiste.

Recomendamos la realización de una investigación interna si es que se cuentan con indicios o evidencias de que la persona jurídica fusionada o escindida, o alguno de sus miembros, ha incurrido en la comisión de algún delito previsto en la Ley 30424. De esta manera se podría obtener más información sobre el caso penal y así se podría evaluar si existe una contingencia de que la persona jurídica fusionada o escindida pueda responder penalmente bajo los alcances de dicha ley, ya que, de ser así, se transferiría dicha responsabilidad penal a la persona jurídica absorbente.

Finalmente, es necesario que exista trazabilidad en el procedimiento de *due diligence* que realice la persona jurídica absorbente, ya que ello permi-

tirá evidenciar las acciones diligentes que efectuó antes de iniciar la operación de fusión o escisión y, además, ello le permitirá demostrar probatoriamente todas estas acciones ante un Fiscal o Juez Penal en caso se vea inmersa en un proceso penal por algún hecho ilícito cometido por la persona jurídica fusionada o escindida. De este modo, la persona jurídica absorbente deberá contar con un equipo interno o externo que tenga amplio conocimiento en temas de *compliance* y derecho penal, a fin de poder realizar un adecuado *due diligence* de *compliance* penal.

V. CONCLUSIÓN

La Ley 30424 establece que, en el marco de una operación de fusión o escisión, la persona jurídica absorbente puede tener responsabilidad penal por hechos ilícitos que haya cometido la persona jurídica absorbida antes de realizar la operación societaria. Frente a ello, la persona jurídica absorbida sería pasible de una imposición de multa bajo los alcances del artículo 7 de la Ley 30424 por no haber realizado una adecuada debida diligencia y sería pasible de cualquiera de las demás sanciones previstas en el artículo 5 de la Ley 30424 si se evidencia que la operación de fusión o escisión se hizo con la finalidad de que la persona jurídica absorbida eluda responsabilidad penal.

Sin embargo, la citada ley establece que la persona jurídica absorbente puede quedar exenta de responsabilidad penal si es evidencia haber realizado una adecuada debida diligencia antes de la fusión o escisión. Por ello, en el presente artículo se desarrollan cuáles serían las acciones que debería adoptar la persona jurídica absorbente para evidenciar la realización de una adecuada debida diligencia que le permita eximir de responsabilidad penal frente a un hecho ilícito cometido por la empresa absorbida (*target*). 

REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (2011). *Compliance y Derecho Penal*. Aranzadi.
- Caro, D. (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. En C. Madrid Boquín (coord.) & J.L. Gómez Colomer, *Tratado sobre Compliance Penal- Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Editorial Tirant.
- Elías, E. (2015). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Gaceta Jurídica.

- García, P. (2018). Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 173-205.
- Gómez-Jara, C. (2016). Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, (8830).
- Gracia, L. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Boix Reig (dir.) & P. Lloria García (coord.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, pp. 805-820. Iustel.
- Montiel, J. (2020). Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la Ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del Compliance y el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- Ortiz, I. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho Penal Económico. *Revista La Ley*, (1049).
- Robles, R. (2006). Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión). *Revista para el análisis del Derecho*, (2), 1-25.
- Sota, A. (2021). *Due diligence de compliance* penal en operaciones de M&A como criterio para evitar la transferencia automática de responsabilidad penal a la persona jurídica adquirente o resultante, en el marco de la Ley N° 30424. *Revista Ius Inkarri*, (10). <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v10n10.4640>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.a.). *Verificación de Sujeto Obligado*. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. <https://www.sbs.gob.pe/app/uif/voc/>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.b.). *Sanciones a las empresas supervisadas*. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. <https://www.sbs.gob.pe/app/uif/voc/>
- Tiedemann, K. (1976). *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. Rowholt.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS**
- Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).
- Código Penal [CP], Ley Orgánica 10/1995, Boletín Oficial del Estado, 24 de mayo de 1995 (España).
- Decreto Supremo 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de enero de 2019 (Perú).
- Ley 20.393, Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, *Diario Oficial de la República de Chile*, 2 de diciembre de 2009 (Chile).
- Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).
- Ley 27401, Ley de responsabilidad penal empresarial, *Boletín Oficial de la República*, 1 de diciembre de 2017 (Argentina).
- Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de abril de 2016 (Perú).
- Ley 31740, Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referidas a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2023 (Perú).
- Resolución SMV 006-2021-SMV/01, Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (Ley 30424, sus modificaciones y su reglamento), 30 de marzo de 2021 (Perú).