

LA DUE DILIGENCE LEGAL*

Por María Isabel Tejada Alvarez, Teresa Tokushima Yasumoto, Martín Zecenarro Flores, Alvaro Vidal Bermudez***, Carlo Sarria Stucchi, Sergio Aranibar Vargas, Alejandra Tejada Muñoz-Najar, Marianne Fort Ureta, Carolina Solorzano Fiestas**

La due diligence legal es la herramienta que tiene cualquier persona para que, a través de un procedimiento de investigación, se analice e interprete la situación legal de una entidad, según los alcances establecidos.

Se desprende del texto que la due diligence legal tiene por finalidad la obtención del mayor conocimiento de la empresa investigada, lo cual se traduce en la identificación de oportunidades y riesgos vinculados con el negocio de la empresa, la identificación de pasivos y contingencias que podrían eventualmente implicar un ajuste al precio de compra o un incremento en las garantías del vendedor del negocio y un mayor nivel de seguridad y tranquilidad para la persona que está interesada en la compra de un negocio.

* Nos referimos a "la" *due diligence* y no a "el" *due diligence* pues manejamos como traducción de esta palabra la frase "revisión de debida diligencia". El presente artículo está referido exclusivamente a la *due diligence* legal, Los aspectos relacionados con el propósito, alcances, procedimientos y casuística de una *due diligence* tributaria podrán ser expuestos en otro artículo.

** Los autores conforman el equipo de *due diligence* de Grellaud y Luque Abogados, firma miembro de KPMG International.

*** Al momento de la redacción y preparación de este artículo Álvaro Vidal se desempeñaba como Gerente del Área Legal de la firma. En la actualidad Álvaro continúa su desarrollo profesional fuera de la firma. Su aporte a este artículo, y en general al equipo por el tiempo que lo integró, es altamente reconocido.

I. INTRODUCCIÓN

Existen operaciones que por su tipo o relevancia requieren, previamente a su establecimiento o ejecución, una revisión de la situación y proyecciones de las entidades involucradas, para, entre otros asuntos, contar con mayores elementos para analizar la viabilidad de la operación, la razonabilidad de sus condiciones y los efectos post operación.

Así, por ejemplo, si la sociedad "A" tiene intención de adquirir acciones de la sociedad "B", o efectuarle un préstamo por un importe considerable, conferirle una franquicia o distribución, "A" deberá indagar acerca de la situación de ciertos aspectos de "B" que, según el tipo de negocio de esta sociedad, la operación que se pretende establecer y los intereses post operación, pueden ser la situación financiera, contable, tecnológica, medioambiental, tributaria y legal de "B", así como sus proyecciones de negocio.

La *due diligence* legal tiene lugar en este marco y constituye una herramienta valiosa que permite a personas como "A" tener un mayor conocimiento de la situación de personas como "B" y por lo tanto de las oportunidades, riesgos, pasivos y contingencias de estas personas en materia legal.

Si bien es cierto que la *due diligence* legal puede tener lugar en distintos tipos de operaciones tales como fusiones, ventas o compras de negocios u otorgamientos de préstamos, franquicias o distribuciones, la *due diligence* legal más común es la que se da en el marco de la compra de un negocio. Atendiendo a ello y basados en la experiencia de la División Legal de KPMG en Perú en la realización de múltiples y diversas *due diligence*, este artículo se focaliza en la *due diligence* legal en el marco de una operación de compra de negocio.

II. CONCEPTO

La *due diligence* legal es un procedimiento a través del cual se investiga, analiza e interpreta la situación legal de una entidad, según el alcance establecido con el comprador del negocio.

El procedimiento implica la prestación de servicios legales de un abogado o firma de abogados (en adelante, el Abogado) a favor de una o más personas naturales o jurídicas (en adelante, el Cliente) interesadas en comprar un negocio (en adelante, la Operación) y, por tanto, en indagar acerca de la situación legal de la entidad objetivo (en adelante, el *Target*), para, entre otros asuntos, analizar la viabilidad de la operación y confirmar los elementos esenciales de ésta.

III. FINALIDAD

La finalidad de la *due diligence* legal es, en términos

generales, obtener un mayor conocimiento del *Target* en este ámbito, lo que puede traducirse en: i) la identificación de oportunidades y riesgos vinculados con el negocio del *Target* y la Operación; ii) la identificación de pasivos y contingencias que podrían eventualmente implicar un ajuste al precio de compra o un incremento en las garantías del vendedor del negocio; y iii) un mayor nivel de seguridad y tranquilidad para el Cliente respecto de la Operación.

Asimismo, la *due diligence* permitirá ajustar las declaraciones y garantías que el vendedor y el propio *Target* deberán efectuar en el contrato de compraventa, en relación con la titularidad del negocio y la constitución, existencia y situación del *Target*.

IV. ALCANCE

El alcance de la *due diligence* debe ser acordado por el Cliente y el Abogado, atendiendo a diversos factores tales como el tipo de operación, los intereses y expectativas del Cliente respecto de la Operación y el acuerdo entre el Cliente y el titular del negocio para la adquisición de éste.

También será importante en la determinación del alcance de la *due diligence* conocer la etapa en la que está la Operación, el conocimiento que el Cliente ya tenga del negocio y del *Target* y el presupuesto disponible para contratar el trabajo. Así, por ejemplo, si la Operación está en una etapa incipiente o si el Cliente ya hubiese sido cliente o proveedor principal del *Target* y por tanto, aquél hubiera adquirido ya un conocimiento del negocio y del *Target*, o si el Cliente dispusiera de un bajo presupuesto, el Cliente y el Abogado podrían acordar establecer un trabajo de *due diligence* con un alcance limitado: por ejemplo, en cuanto a los asuntos a ser revisados (por ejemplo se revisa la situación de las acciones representativas del capital del *Target* y algunos otros asuntos muy relevantes, pero no los contratos comerciales u otros aspectos del *Target*). Otro caso sería en cuanto al tiempo materia de revisión (por ejemplo se revisan sólo asuntos que hayan tenido lugar los dos últimos años: los contratos suscritos los dos últimos años, la planilla y demás asuntos laborales correspondientes a los dos últimos años, de modo que solo se ampliaría el alcance si en estos años se encuentran contingencias).

Si, por el contrario, el Cliente tuviera un bajo o nulo conocimiento del *Target* y/o la Operación estuviera avanzada e implicara una suma considerable, lo aconsejable será pactar con el Cliente la realización de una *due diligence* que abarque todos los aspectos legales relevantes del *Target* y se adquiera un conocimiento más profundo del mismo en el ámbito legal.

Lo que siempre debe quedar claro entre Cliente y

Abogado es que la *due diligence* proporcionará a aquel un mayor nivel de conocimiento del negocio y del *Target*, pero no abarcará absolutamente todos los asuntos legales y por tanto no se podrán identificar todos los riesgos, pasivos y contingencias del *Target*, por lo que el Cliente deberá procurar obtener del titular del negocio la garantía más adecuada para respaldar los riesgos, pasivos y contingencias que pudieran hallarse luego de efectuada la compra y que se originen en eventos previos a ésta.

En efecto, sea debido a que el *Target* no proporcione toda la información correspondiente o proporcione información defectuosa, o por razones de tiempo, la *due diligence* normalmente se realiza en base a pruebas selectivas o revisando sólo asuntos relevantes que, por ejemplo, superen cierta cifra acordada con el Cliente, por lo que el Cliente no debe esperar que el trabajo del *due diligence* le revele con precisión y exactitud todos los asuntos legales del negocio y del *Target*.

Cabe destacar que, en materia legal, el acento de la *due diligence* normalmente se pone en el estudio de la titularidad del negocio y sus principales activos, relaciones o autorizaciones, así como en el estudio de las contingencias del *Target* derivadas del incumplimiento de obligaciones legales o convencionales. Así, un alcance regular de la *due diligence* normalmente incluye la revisión de aspectos societarios, laborales, contractuales, de la propiedad tanto corporal como incorporal, licencias administrativas y litigios.

Desde luego la preponderancia de cada uno de estos aspectos varía por cuestiones tales como el sector del mercado en el que se desenvuelve el *Target* y eventualmente el tamaño y la antigüedad del *Target*, el tipo de negocio en que consista la Operación, el conocimiento previo que posea el Cliente respecto del *Target*, etc.

La *due diligence* no es pues un procedimiento estándar, sino uno en el que tiene especial importancia definir con precisión y claridad el alcance específico sobre la base de circunstancias particulares. No obstante, en términos generales se suelen encontrar informes de la *due diligence* dirigidos a mostrar:

- a) Si las acciones del *Target* han sido debidamente adquiridas y emitidas.

Esto cobra mayor relevancia tratándose de empresas familiares, pues suele ocurrir que las adquisiciones de las acciones que se realizan entre miembros de la familia muchas veces no observan las formalidades establecidas por las leyes o los estatutos de las compañías, debido, justamente, a esa familiaridad; generándose nulidades.
- b) Si el *Target* tiene a todos sus colaboradores en planilla y contratados bajo la modalidad correspondiente.

Los contratos desnaturalizados (sea porque en realidad no son de servicios o porque no están atendiendo a la modalidad establecida en la ley) generan contingencias en el *Target* por posibles reclamos de beneficios sociales o de indemnización por despido arbitrario en caso el Cliente desee no continuar con la relación laboral al término de la misma.
- c) Si el *Target* ha asumido obligaciones que impacten negativamente a una eventual nueva gestión en el negocio, o si ha asumido obligaciones que impacten negativamente por la misma circunstancia.

El Cliente necesita saber qué tipo de obligaciones tiene pactado el *Target* frente a terceros o en qué eventual incumplimiento pudiera haber incurrido el *Target* y que pudiera generar una pretensión indemnizatoria de un tercero. Asimismo podría ocurrir que el *Target* tuviera celebrado un contrato relevante para el desarrollo de sus actividades que contuviera una cláusula de terminación como consecuencia de un cambio de control.
- d) Si la propiedad de los activos relevantes de propiedad está debidamente documentada y acreditada, o si éstos están sometidos a gravámenes del *Target*.

Esto afecta tanto a propiedad inmobiliaria como a propiedad mueble de valor relevante o estratégica para el desarrollo de las actividades del *Target*.
- e) Si se encuentra debidamente protegida su propiedad intelectual o industrial.

Muchas veces, estos intangibles tienen gran valor y son altamente estimados por el Cliente, sin embargo, las empresas *Target* no han puesto la debida diligencia en su protección, no registrándolos o no haciéndolo en todas las categorías correspondientes, o no tomando los cuidados que la ley exige para conceder la protección (como ocurre con los secretos empresariales, por ejemplo).
- f) Si cuenta con los permisos, licencias o autorizaciones exigidas para el desarrollo de sus actividades.

Lo que comprende no sólo la verificación

de si el *Target* cuenta con todas las licencias y permisos necesarios, sino que se extiende a verificar si existen o no circunstancias que puedan afectar su vigencia en el tiempo.

- g) Si el *Target* es parte como accionante o emplazado en litigios que puedan afectar su patrimonio.

La revisión en este aspecto comprende no sólo procesos judiciales de naturaleza civil, sino que se extiende a revisión de procesos en el ámbito arbitral, laboral o administrativo.

Un tema importante a considerar es que en ocasiones el Cliente plantea al Abogado realizar una adquisición de negocio a través de la compra de los activos y la sucesión en ciertas relaciones jurídicas del *Target*, en lugar de la compra de las acciones emitidas por el *Target*, para evitar adquirir los pasivos y contingencias del negocio.

Los abogados debemos ser muy cautelosos con este tipo de estructuras, pues si la compra de activos y la sucesión en las relaciones jurídicas del *Target* califican como un “traspaso del negocio”, éste tendrá como consecuencia la responsabilidad solidaria del adquirente y enajenante por las obligaciones legales y tributarias del negocio, anteriores a la transferencia de éste, según lo establecen la Ley 2257 y el Código Tributario, respectivamente.

Tampoco debemos perder de vista la persecutoriedad de los bienes por deudas laborales impagas (esta contingencia se podría presentar aun en el caso de una simple adquisición de bienes y respecto de obligaciones laborales de anteriores propietarios), ni la eventual ineficacia de la transferencia de los activos (acción pauliana) si con ella el vendedor ha mermado su posibilidad de pago de obligaciones (igualmente, esta posibilidad podría presentarse también en una simple transferencia de bienes). Así, la sucesión en un negocio (mediante transferencia de activos, relaciones, personal) tiene esencialmente los mismos efectos de una venta de acciones.

No debe dejar de tenerse en cuenta; sin embargo, que en la práctica, cuando menos en la parte legal, la acción contra el adquirente del negocio por responsabilidad solidaria no es usual. Esto ocurre dado que la norma que dispone la responsabilidad solidaria es muy poco conocida por ser antigua (año 1916) y es poco comentada en la doctrina y, de otro lado, requiere la probanza por parte del acreedor impago de que el bien transferido era de propiedad de su deudor y que la transferencia se ha originado en el marco de un traspaso de establecimiento comercial. Por el contrario, la persecutoriedad y la acción pauliana sí son más comunes y normalmente se ven respecto de

bienes registrables.

La ley peruana no establece una definición de sucesión empresarial o de traspaso de negocio. De otro lado, la jurisprudencia y la doctrina nacional, hasta donde sabemos, no se han ocupado del tema. Por lo tanto, no es posible determinar, a ciencia cierta, en qué casos nos encontramos frente a un traspaso de negocio, con todas las consecuencias arriba mencionadas, y en qué casos no. Ello en última instancia dependerá del criterio del juez.

V. PROCEDIMIENTO

Tratándose de operaciones en las que hay más de un comprador interesado, normalmente el *Target* establece un procedimiento para la realización de la *due diligence*, lo que incluye el acceso a la información en un *data room*; esto es, un lugar físico o virtual en el que se ha archivado con cierto orden la documentación que el vendedor está dispuesto a poner a disposición de los potenciales compradores.

Por el contrario, tratándose de operaciones en las que hay un solo comprador, normalmente el procedimiento para la *due diligence* es acordado por el Cliente y el *Target* con la asistencia de sus respectivos abogados (los que no son necesariamente los mismos que llevarán a cabo la *due diligence*).

En estos casos de *due diligence convencional* el procedimiento se inicia con un requerimiento inicial al *Target* de la información a ser proporcionada al Abogado, de modo que se asegure que la información estará a disposición en el momento que se inicie el trabajo.

Dado que generalmente las *due diligence* deben ser realizadas en tiempos muy cortos y en ocasiones implican el análisis e interpretación de cuestiones de mediano o alto grado de dificultad, es conveniente que el trabajo sea efectuado por un equipo de abogados especialistas en los diversos aspectos legales que conforman el alcance y con experiencia en la realización de este tipo de trabajos.

El procedimiento a seguirse debería incluir una reunión inicial con el Cliente y la revisión de los acuerdos a los que éste haya arribado con el *Target*, para conocer de primera mano la posible estructura de la Operación, los puntos críticos, los intereses y expectativas del Cliente, así como los acuerdos relativos a la *due diligence* entre el Cliente y el *Target*.

Asimismo, debería incluirse una reunión de inicio del *due diligence* con la gerencia del *Target*, en la que se ofrezca al equipo de abogados una visión panorámica del negocio y el equipo pueda

plantear preguntas adecuadas para ir conociendo la situación del *Target* y sus posibles contingencias.

Tanto a la reunión con el Cliente como a la primera reunión con el *Target* deberían asistir los abogados más experimentados, de modo que terminadas las reuniones analicen la información obtenida y planteen el enfoque inicial de la *due diligence* al equipo, estableciendo una "hoja de ruta" y comunicándola al equipo. En adelante, la comunicación al interior del equipo y de éste con los demás equipos de trabajo contratados por el Cliente (asesores financieros y tributarios) será de suma importancia para que el Cliente logre tener una visión completa acerca del negocio y el *Target*.

Una vez establecida la "hoja de ruta", los especialistas del equipo deberían tener reuniones individuales con funcionarios del *Target* con conocimiento profundo de las áreas involucradas en la *due diligence*, para lo cual los especialistas aplicarán un cuestionario previamente elaborado. De esta manera, las distintas áreas tendrán a su vez una visión panorámica de las mismas e irán identificando situaciones a ser investigadas.

Luego de realizadas las reuniones, el equipo estará en condiciones de revisar la información relevante y hacer requerimientos adicionales de información, a fin de cubrir los alcances de la *due diligence*.

La información es generalmente proporcionada por el *Target*, sin embargo, hay cierta información pública que el Abogado podrá y será preferible que obtenga directamente de la fuente. Tal es el caso de los certificados negativos de gravámenes de bienes inmuebles y bienes muebles.

Cabe destacar que, en ocasiones, el trabajo tendrá limitaciones: el *Target* no proporcionará información suficiente acerca de algún asunto o no permitirá obtener copia de la documentación revisada, entre otras. Estas limitaciones deben ser informadas inmediatamente al Cliente a fin de que procure superarlas para que el Abogado pueda tener acceso a la mayor información posible y, de otro lado, pueda contar con el sustento adecuado del reporte que finalmente remitirá al Cliente.

Una cuestión importante es que al realizar la *due diligence* debemos tener siempre presente el alcance definido por el Cliente, el objetivo de la Operación y por tanto los puntos críticos, para evitar invertir tiempo valioso en la revisión de asuntos que no son relevantes. A veces la cantidad de información puede abrumar al equipo y "perdersse el norte". Por ello, es bueno siempre revisar la "hoja de ruta" para no desenfocarse y eventualmente plantear algún cambio a ella, dependiendo de los hallazgos que se vayan

produciendo a lo largo del trabajo.

VI. REPORTE AL CLIENTE

El trabajo de *due diligence* concluye con la presentación de un reporte al Cliente.

Este reporte debe incluir cuando menos (i) los hallazgos (riesgos, oportunidades, obstáculos de la Operación, pasivos y contingencias); (ii) las recomendaciones que pudieran corresponder respecto de los hallazgos, la Operación y los efectos post operación; y (iii) las limitaciones que se hubieran presentado durante el trabajo.

Asimismo debe contener un cuadro resumen de los pasivos y contingencias cuantificables que pudieran implicar un ajuste al precio de compra, de modo que el Cliente pueda identificar con facilidad el importe de los ajustes.

Finalmente, respecto de este punto, es importante señalar que el Cliente y el Abogado deben acordar al inicio del servicio cuál será el contenido del reporte de la *due diligence*, pues habrán Clientes que conozcan bien el negocio del *Target* y por tanto tengan interés sólo en un reporte con los hallazgos puntuales y las recomendaciones para su subsanación, de ser ello posible; mientras que otros preferirán contar con un reporte que no solamente describa los hallazgos, sino que incorpore un resumen de la situación legal del *Target*, pues no tienen mayor conocimiento de éste y su negocio (esto es, que describa la fecha de su constitución, los diversos aumentos de capital efectuados, los contratos celebrados con indicación de la fecha de celebración, partes, objeto y vigencia, el número de trabajadores con que cuenta el *Target*, las autorizaciones de las que es titular, etc.).

El formato del informe debe tenerse claro, entonces, desde el inicio del encargo profesional, a fin de que cuando se realice éste, el equipo pueda ir trabajando en uno u otro formato. Asimismo, debe tenerse claro al inicio, por su incidencia en los honorarios del Abogado, pues se invertirá más tiempo, y por tanto será más costoso, realizar un reporte de hallazgos y recomendaciones con un resumen de la situación legal del *Target* y su negocio *versus* un reporte en el que sólo se describan los hallazgos y se indiquen las recomendaciones del caso.

VII. CONTENIDO DE LA REVISIÓN

A continuación describiremos el alcance y contenido de los principales aspectos que en nuestra experiencia reviste una revisión de *due diligence* y describiremos el tipo de hallazgos que usualmente pueden ser detectados en el proceso.

A. Revisión de aspectos societarios

En la revisión societaria deben considerarse los asuntos societarios más importantes del *Target* que tengan incidencia relevante en la operación que se proyecta realizar.

Para el análisis de los aspectos societarios antes mencionados, se elabora un *check list*, que es un listado de los principales documentos e información societaria requerida al *Target* que consideramos necesario revisar durante el desarrollo de la *due diligence*.

Tratándose de una sociedad anónima, por ejemplo, la revisión se centra en:

- a) La partida registral, la escritura pública de constitución social y su adecuación a la Ley General de Sociedades.
- b) El estatuto social y sus modificaciones, las escrituras públicas sobre aumentos y/o reducciones de capital social, de reorganización societaria y de otorgamiento de poderes.
- c) Los convenios y los pactos celebrados por los accionistas (sea que se hayan celebrado entre los socios, y/o entre éstos y terceros).
- d) Los libros societarios (libro de actas de la junta general de accionistas, libro de actas de la sesión de directorio, y matrícula de acciones), los certificados de acciones.
- e) Los estados financieros del ejercicio vigente y del inmediato anterior así como los procesos referidos a la impugnación o nulidad de acuerdos de la junta general de accionistas y/o del directorio, todo ello para determinar la existencia de alguna contingencia societaria relevante.

El alcance de la revisión básicamente está referido a determinar:

- a) La existencia y vigencia de la sociedad *Target* en el Registro de Personas Jurídicas respectivo.
- b) La titularidad de las acciones o participaciones representativas del capital social de la sociedad *Target*, y si sobre dichas acciones o participaciones existen cargas y gravámenes.
- c) La existencia de algún hecho societario relevante que conste en los documentos sociales de la Compañía (sea libros de actas de la junta general de accionistas, directorio, matrícula de acciones, pacto de accionistas, entre otros) y que podría ser

materia de alguna acción de nulidad o de responsabilidad, o que tenga repercusión importante en el desarrollo de la sociedad *Target*.

Los principales hallazgos que se suelen encontrar en la revisión societaria están relacionados con la existencia y vigencia del *Target*, la titularidad de las acciones o participaciones representativas de su capital social o la identificación de algún hecho relevante para el *Target* (y su patrimonio) que se pueda apreciar como consecuencia de la revisión de sus libros societarios.

En efecto, un primer resultado de la revisión está relacionado con verificar la existencia y vigencia de la sociedad, es decir, que la misma se encuentre inscrita en los registros públicos y que no haya incurrido en alguna causal de disolución que determine que haya adquirido la condición de sociedad irregular.

Del mismo modo, en relación con la titularidad de las acciones del *Target*, se verifica documentariamente a quienes les corresponde la titularidad o propiedad de las acciones comunes (y de las acciones de inversión, si corresponde) emitidas por el *Target*, así como la situación legal de las mismas; es decir, tanto el tracto sucesivo de las transferencias y si sobre dichas acciones existen o no cargas o gravámenes.

El análisis acerca de la propiedad de las acciones comprende los cuatro años precedentes al momento de la revisión, teniendo en consideración que de acuerdo al Código Civil el plazo más largo de prescripción adquisitiva de dominio de las acciones es de cuatro años.

Cuando el período bajo revisión es inferior a los años de existencia legal del *Target*, es prudente solicitar adicionalmente a los directores y gerente general del *Target* que declaren y garanticen la legalidad del tracto sucesivo en las transferencia de las acciones, así como la inexistencia (o reporte la existencia, si es el caso) de cargas o gravámenes constituidas sobre dichas acciones por el período anterior a la revisión.

Asimismo, revisamos las emisiones y cancelaciones de acciones llevadas a cabo en el *Target* y las restricciones o limitaciones que pudieran existir para su transferencia

Para los temas antes mencionados, revisamos principalmente el estatuto social, la matrícula de acciones, las escrituras públicas de constitución social, aumentos o reducciones de capital social, los documentos en base a los cuales se han llevado a cabo las transferencias (contratos, comunicaciones dirigidas a la sociedad, entre otros), así como los convenios y los pactos celebrados por los accionistas (sea que se hayan celebrado entre los

socios, y/o entre éstos y terceros), entre otros.

La revisión de los documentos anteriormente indicados nos permitirá determinar quiénes son los actuales propietarios del 100% de las acciones representativas del capital social del *Target*, si existen personas con derechos distintos a los de la propiedad sobre las mismas (cargas o gravámenes sobre dichas acciones) y si éstas pueden ser o no transferidas libremente a terceros.

En nuestra experiencia, al realizar el análisis del tracto sucesivo de las transferencias de acciones, encontramos que no todas se encuentran anotadas en la matrícula de acciones, o estando anotadas, la sociedad no tiene archivada la documentación societaria que sustenta la anotación de dichas transferencias en la matrícula. En especial, es común detectar que en muchas sociedades no se observa el procedimiento previsto en el estatuto social para la transferencia de las acciones a otro accionista o a terceros. Notamos pues, que en aquellas sociedades en las que existe el derecho de preferencia para la adquisición de acciones, no cuentan en archivo con los cargos de recepción que acrediten que los accionistas hayan sido notificados de modo previo a las transferencias de acciones para poder ejercer el referido derecho de modo que nos permita asumir que, vencido el plazo, dichos accionistas han renunciado implícitamente a ejercer el referido derecho.

Ocasionalmente, cuando se nos entrega documentación adicional de las transferencias de acciones, incluso llegamos a detectar que en dichas transferencias no ha participado la (o el) cónyuge del (o de la) accionista para manifestar su conformidad no obstante que las acciones son bienes de la sociedad conyugal, lo cual nos permite detectar que algunas transferencias pueden ser contingentes debido a que la (o el) cónyuge que no intervino podría reclamar en el futuro la nulidad de semejante operación.

Con alguna frecuencia detectamos que en la sociedad *Target* se han realizado transferencias de acciones que han sido emitidas antes de producirse la inscripción registral del aumento de capital social del cual corresponden, no obstante el estatuto no permite la emisión de certificados provisionales de acciones y que, por lo tanto, determina la nulidad de dichas transferencias conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley General de Sociedades.

En cuanto a las anotaciones en la Matrícula de Acciones, encontramos que algunas sociedades emplean un sistema complicado de anotaciones en columnas (o algo similar a anotaciones en cuenta) que impiden identificar con claridad cómo se ha producido el tracto sucesivo de las transferencias de las acciones, o las emisiones y cancelaciones de las acciones. En tal sentido,

resulta más simple y recomendable que las sociedades lleven dichas anotaciones en asientos (o actas, si así prefieren denominarlos) en donde se explique el motivo de cada anotación, el sustento (la documentación legal que da consistencia a cada asiento) y que cada asiento lleve la fecha y firma de los funcionarios que correspondan según el estatuto social (pueden ser dos directores, o un director y el gerente general o el presidente del directorio, o sólo el gerente general en las sociedades anónimas cerradas sin directorio), aspectos que aunque parezca paradójico, algunas empresas objeto de nuestras revisiones, a veces omiten.

Del mismo modo, analizamos las estipulaciones vigentes del pacto social y estatuto del *Target*, así como los acuerdos más relevantes de su junta general de accionistas y del directorio adoptados en los últimos dos años, para efectos de detectar si existe algún acuerdo susceptible de impugnación o acción de nulidad, o que conlleve alguna responsabilidad por parte de los administradores del *Target*.

Así constituyen actos societarios más importantes llevados a cabo por los órganos societarios de la compañía *Target*, que ameritan una revisión especial, las reorganizaciones societarias, la enajenación de los bienes del activo fijo, el nombramiento de los representantes y administradores, así como el otorgamiento de poderes, entre otros.

Nuestra revisión en este aspecto pretende también indagar acerca de la existencia de pactos o acuerdos entre accionistas y/o terceros y el *Target*, que pudieran afectar los intereses de los nuevos accionistas. Si la adquisición proyectada por nuestro cliente pretende ser por un porcentaje minoritario de participación social, nuestro análisis busca determinar aquellas situaciones que requiere de la intervención del accionista minoritario para efectos de asegurar que la empresa adquirida tenga utilidades, por ejemplo, revisando con especial cuidado las disposiciones estatutarias o reglamentarias y los acuerdos que versen sobre la aprobación de los contratos con empresas vinculadas al grupo económico del accionista mayoritario, o el establecimiento de ciertos mecanismos en situaciones en donde amerite que el accionista minoritario tenga una suerte de poder de veto previo a su ejecución. Estos aspectos, no resultan importantes si la adquisición que proyecta llevar a cabo el Cliente es la totalidad o la mayoría absoluta de las acciones o participaciones sociales representativas del capital social de la sociedad *Target*.

B. Revisión de aspectos contractuales

La revisión de contratos usualmente comprende contratos, pactos y acuerdos que por su objeto,

materialidad y representatividad resultan importantes para el desarrollo y la continuidad de los negocios del *Target* en el tiempo.

En este sentido, iniciamos nuestra revisión solicitando al *Target* un listado de los contratos, pactos o acuerdos de cualquier naturaleza, celebrados por el mismo, y de aquellos que se haya proyectado celebrar en el futuro. Asimismo, solicitamos un listado de contratos, pactos o acuerdos cuyo plazo de vigencia se encuentra vencido que contengan obligaciones pendientes y/o presenten contingencias derivadas de su ejecución. En cualquier caso, los referidos listados deberán indicar, cuando menos, el nombre, denominación o razón social de la contraparte, el objeto del acto jurídico, la retribución pactada y su vigencia.

Del mismo modo, atendiendo al objeto social del *Target* y en base a la información recibida en la reunión de *kick-off* sostenida con éste, solicitamos aquellos contratos que consideramos relevantes para el desarrollo de sus actividades y/o consustanciales al giro de su negocio.

Atendiendo a lo señalado, el universo de contratos a ser revisado incluye contratos, convenios, pactos o acuerdos comerciales, financieros y de servicios (i) vigentes a la fecha de nuestra revisión; (ii) vencidos con obligaciones pendientes o que presenten contingencias; y, (iii) cuya celebración a futuro haya sido proyectado por el *Target*.

Una vez recibidos los listados solicitados, presentamos al *Target* un requerimiento de información a efectos de que se nos entregue la documentación sobre la cual basaremos nuestra revisión.

En tal sentido, usualmente requerimos y analizamos los siguientes documentos:

- a) Política de contratación del *Target* (por ejemplo, políticas para la contratación con empresas vinculadas o para el otorgamiento de créditos).
- b) Formatos de contrato utilizados por el *Target* con sus proveedores y clientes.
- c) Contratos, acuerdos, pactos o convenios de cualquier naturaleza celebrados por el *Target* (por ejemplo, compraventa, permuta, donación, suministro, distribución, comodato, superficie, habitación, uso y usufructo; arrendamiento; mutuo; prestación de servicios en general; contratos preparatorios; fianza, hipoteca, garantía mobiliaria; gestión de negocios, cesión de créditos o derechos, cesión de deudas u obligaciones o cesión de posición contractual; contratos de cuenta

corriente mercantil; agencia, corretaje, comisión mercantil y en general cualquier contrato de intermediación; transporte; *franchising*, *underwriting*, *factoring*, *know how* y concesión privada; *joint venture*, consorcios, asociación en participación y otros contratos de colaboración empresarial; contratos derivados y subcontratos; así como cualquier contrato nominado o innominado, típico o atípico, civil o mercantil, a título gratuito u oneroso).

- d) Contratos, acuerdos, pactos o convenios con sociedades controladas, relacionadas o vinculadas.
- e) Pólizas de seguro contratadas por el *Target*.
- f) Todo otro contrato de importancia celebrado o por celebrarse (borradores o proyectos en discusión).

En términos generales, nuestra revisión tiene por finalidad analizar y determinar lo siguiente:

- a) La existencia de cláusulas que restrinjan, limiten y/o sancionen la transferencia de acciones representativas del capital social del *Target*.
- b) La existencia de cláusulas que restrinjan, limiten y/o sancionen la reorganización societaria del *Target* (por ejemplo, fusión, escisión, reorganización simple, etc.).
- c) La existencia de cláusulas que restrinjan, limiten y/o sancionen el cambio de administradores del *Target* (por ejemplo, directores, gerentes, etc.).
- d) La existencia de cláusulas que restrinjan, limiten y/o sancionen la transferencia de activos del *Target*.
- e) La validez de los términos y condiciones pactados en los contratos celebrados por el *Target*, conforme a las disposiciones legales que resulten aplicables de acuerdo a su naturaleza.
- f) La existencia de obligaciones pendientes y/o contingencias derivadas de la ejecución de contratos vencidos.

La duración de nuestra revisión depende de la disponibilidad, organización y cantidad de la documentación proporcionada por el *Target*.

Terminada la revisión de la documentación solicitada y proporcionada por el *Target*, procedemos a la elaboración de un informe que, por lo general, contiene los principales hallazgos

encontrados, las contingencias derivadas de los mismos y las recomendaciones para subsanar las observaciones formuladas y corregir las omisiones o errores identificados, según corresponda, a efectos de controlar y mitigar los riesgos derivados de las referidas contingencias.

Ahora bien, entre los hallazgos más recurrentes, es común encontrar contratos, convenios, pactos o acuerdos cuyos términos y condiciones pactados no se ajustan a las disposiciones legales vigentes de acuerdo a su naturaleza (por ejemplo, celebración de contratos sin observar formalidades *ad solemnitatem*, inobservancia de plazos máximos para distintos tipos contractuales; cláusulas que transgredan normas imperativas y/o de orden público, entre otros).

Del mismo modo, es usual encontrar contratos, convenios, pactos o acuerdos que contengan disposiciones que restrinjan, limiten y/o sancionen la transferencia de acciones representativas del capital social; la reorganización societaria; la transferencia de activos; así como el cambio, remoción y/o renuncia de directores, gerentes y administradores, del *Target*.

En adición a lo anterior, también es común hallar contratos, convenios, pactos o acuerdos que contienen obligaciones pendientes y/o contingencias derivadas de contratos terminados, resueltos o vencidos.

En tal sentido, considerando que la adquisición proyectada del *Target* puede involucrar la compra o venta de acciones representativas de su capital social o la ejecución de un proceso de fusión, escisión, reorganización simple, transferencia de activos y, en general, cualquier supuesto de reorganización societaria, la oportuna y eficiente identificación de los hallazgos antes mencionados en la *due diligence* contractual resulta de especial importancia a efectos de evitar que su existencia genere una eventual demora en el cierre de la operación de adquisición proyectada o, incluso, la posibilidad de que la misma no se lleve a cabo.

Atendiendo a lo señalado, como se puede apreciar, la realización de la *due diligence* contractual permite tener una idea clara de las obligaciones y compromisos civiles, mercantiles y financieros asumidos por el *Target*; identificar aquellos contratos, pactos o convenios que resultan importantes para el desarrollo y continuidad de sus negocios en el tiempo (y que el adquirente deberá procurar mantener); así como subsanar y corregir omisiones o errores que afecten los términos de los contratos, pactos, convenios o acuerdos celebrados por el *Target*.

C. Revisión de aspectos relativos a la propiedad

1. Propiedad corporal

La revisión de propiedad corporal, usualmente comprende la documentación relativa a la

existencia de activos corporales relevantes de propiedad del *Target*, a los títulos de propiedad de los bienes inmuebles de éste o títulos que acreditan su derecho para poseerlos, a los títulos de propiedad de los bienes muebles de valor o importancia relevante, así como a la existencia de gravámenes, cargas y/o medidas que pesen sobre los bienes de propiedad del *Target*, tales como hipotecas, prendas (hoy, garantías mobiliarias), medidas cautelares, entre otros, y sobre los bienes de propiedad de terceros que éste utilice para el desarrollo y continuidad de sus negocios en el tiempo.

En este sentido, al igual que en las demás materias de la *due diligence*, iniciamos nuestra revisión solicitando al *Target* un listado actualizado de los bienes corporales de su propiedad y/o bajo su posesión, utilizados en el desarrollo de las actividades de éste y/o sin los cuales la continuidad de dichas actividades podría verse afectada.

El referido listado deberá indicar la identificación y descripción de los bienes, el título bajo el cual ostenta la propiedad y/o posesión el *Target*, y si los mismos se encuentran sujetos a cargas, gravámenes y/u otras medidas que limiten o restrinjan su derecho de propiedad o posesión sobre los mismos.

Asimismo, en base a la información recibida del *Target* luego de llevada a cabo la reunión de *kick-off*, solicitamos a éste información relativa a aquellos bienes que consideramos consustanciales al giro del negocio y que pudieran no haber sido incluidos en el listado a que se refiere el párrafo precedente.

Así, la revisión de la *due diligence* de propiedad corporal comprende bienes muebles o inmuebles, registrables y no registrables, afectados o no por cargas, gravámenes, medidas cautelares y, en general, por cualquier medida que limite o restrinja la propiedad o posesión del *Target* sobre los mismos.

Siguiendo con la metodología de la *due diligence*, se presenta al *Target* un requerimiento de información sobre la cual basaremos nuestro análisis. Usualmente requerimos y analizamos los siguientes documentos:

- a) Escrituras públicas, contratos, resoluciones, partidas registrales o documentos similares donde se evidencien los títulos de propiedad o derechos de uso de los bienes muebles e inmuebles del *Target* o, en su caso, contratos o convenios privados o minutas pendientes o en proceso de formalización.
- b) Escrituras públicas, minutas, contratos, pactos o convenios que evidencien la constitución de hipotecas, prendas (hoy, garantías mobiliarias), usufructos, opciones o compromisos de compra o

venta, sean éstos inscribibles o no.

- c) Informes detallando los derechos reales de garantías (hipotecas, garantías mobiliarias, etc.) en proceso de negociación, suscripción o pendientes de inscripción, que afecten la propiedad, titularidad o no de los bienes muebles e inmuebles de propiedad o bajo posesión del *Target*.

En términos generales, nuestra revisión tiene por finalidad lo siguiente:

- a) Indagar acerca de la situación legal de los bienes muebles y/o inmuebles del *Target*, evaluándose la propiedad y/o derecho de posesión sobre los mismos.
- b) Indagar acerca del tracto sucesivo de las transferencias de los bienes muebles y/o inmuebles del *Target*.
- c) Verificar la existencia de cargas, gravámenes, medidas cautelares y/o cualquier medida que de alguna manera limite o restrinja el derecho de propiedad o uso sobre los bienes muebles y/o inmuebles del *Target*.
- d) Verificar la inscripción de las independizaciones, acumulaciones y declaratorias de fábricas de los bienes inmuebles de propiedad del *Target* en los Registros Públicos.
- e) Realizar una búsqueda en el Registro Mobiliario de Contratos para verificar la existencia o no de cargas o gravámenes sobre bienes muebles de propiedad o bajo posesión del *Target*.

La duración de nuestra revisión depende de la disponibilidad, organización y cantidad de documentación proporcionada por el *Target* y/u obtenida por nosotros de fuentes públicas (Registros Públicos).

Terminada la revisión de la documentación solicitada y proporcionada por el *Target*, así como de aquella obtenida por nosotros directamente de fuentes públicas consultadas, procedemos a la elaboración de un informe que, por lo general, contiene los principales hallazgos encontrados, las contingencias derivadas de los mismos y las recomendaciones para subsanar las observaciones formuladas y corregir las omisiones o errores identificados, de ser el caso y según corresponda, a efectos de controlar y mitigar los riesgos derivados de las referidas contingencias.

Ahora bien, entre los hallazgos más recurrentes, es común encontrar bienes sujetos a cargas (servidumbres, embargos, entre otros) y/o

gravámenes (hipotecas, garantías mobiliarias, entre otros).

Asimismo, solemos encontrar bienes que no son de propiedad del *Target* y respecto de los cuales no se cuentan con título de posesión o se cuenta con uno vencido.

También es común encontrar bienes que son de propiedad del *Target* pero cuyo derecho de propiedad no se encuentra inscrito en los Registros Públicos.

Asimismo, encontramos bienes inmuebles cuyas independizaciones (de hecho) y declaratorias de fábrica no se encuentran inscritas en los Registros Públicos.

Atendiendo a lo señalado, como se puede apreciar, la realización de la *due diligence* de propiedad corporal permite tener una idea clara de la situación legal de los bienes muebles e inmuebles del *Target*, lo que implica evaluar el dominio, titularidad o derecho de uso de dichos bienes, el tracto sucesivo de las transferencias de éstos y la existencia de cargas o gravámenes u otras medidas sobre los mismos. Esta situación toma especial importancia tratándose de aquellos bienes que estén destinados al desarrollo de las actividades y negocios del *Target*.

2. Propiedad incorporeal

La revisión de propiedad incorporeal, a su vez, está destinada a verificar el estado de cumplimiento del *Target* en relación con las obligaciones y cuidados que le pueden corresponder como propietario de elementos de propiedad industrial o intelectual o como tercero cesionarios de estos elementos.

La determinación tanto de la información a ser requerida como del alcance de la revisión va a depender del tipo de actividad que desarrolle el *Target*. Esta situación determinará también la mayor o menor preponderancia de esta revisión en el contexto de la *due diligence*. Así por ejemplo, tratándose de un *Target* cuya actividad económica sea industria extractiva o primaria probablemente la revisión de marcas y signos distintivos no sea importante o pueda ser incluir prescindible, pero, en contraste, en un *Target* cuya actividad sea la manufactura y comercialización de productos de consumo masivo, el tema marcario pueda ser extremadamente relevante. Del mismo modo, en un *Target* cuya actividad económica consista sea la de replicar soluciones empresariales ya existentes o estándar pueda que una revisión de propiedad industrial por el lado de patentes o del capital intelectual no sea la mayor preocupación del Cliente; pero en un *Target* cuyo mayor valor empresarial sea la innovación, la revisión de aspectos tales como patentes, modelos de utilidad, secretos empresariales, *know how*, cobra

especial relevancia.

En términos generales, no obstante, para esta revisión de propiedad incorporal se suele requerir al *Target* información como:

- a) Listado de marcas de producto, marcas de servicio, lemas comerciales, patentes y demás elementos de propiedad industrial del *Target* registrados en el Perú y/o en el extranjero.
- b) Muestra de los signos distintivos que utiliza actualmente el *Target* (logotipos, combinación de colores usados en rótulos, papelería, comprobantes de pago y/o anuncios publicitarios).
- c) Listado de los productos que el *Target* fabrica, distribuye y comercializa.
- d) Copia de contratos relativos a derechos de propiedad intelectual (esto es, licencia de uso, transferencias y acuerdo de coexistencia).
- e) Listado de *software* u otros productos informáticos que el *Target* tenga registrados a su nombre o que hayan sido desarrollados por el *Target*.
- f) Información sobre cualquier procedimiento en trámite o concluido ante las direcciones de Signos Distintivos, Invenciones y Nuevas Tecnologías o Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), indicando el número de expediente (esto es, solicitudes de registro, cancelación, nulidad, transferencia, renuncia, así como denuncias formuladas por la Compañía, denuncias en contra, requerimientos de información y visitas inspectivas).

Con la información antes detallada podremos reportar aspectos tales como:

- a) La titularidad de los elementos de la propiedad industrial del *Target* y si estos están próximos a vencer,
- b) La consistencia y vigencia de los datos contenidos en los registros de la propiedad industrial.
- c) Eventualmente si los elementos de la propiedad están próximos a vencer. Indicaremos de ser el caso, los casos en los cuales sea procedente solicitar una renovación de los registros.

- d) Si los elementos de la propiedad industrial del *Target* están sometidos a gravámenes inscritos en los registros de la Propiedad Industrial.
- e) Si los signos distintivos o invenciones que le corresponden al *Target* o que legítimamente utilizan se encuentran debidamente inscritos en los registros de la propiedad industrial.
- f) Si está documentado adecuadamente el título por el cual el *Target* pueda estar utilizando elementos de la propiedad industrial de terceros, lo cual implica la verificación de la existencia y suficiencia de contratos de licencia y su inscripción en los registros de la propiedad industrial.
- g) Tratándose de propiedad intelectual, si está registrada la documentación que acredite su titularidad en favor del *Target*.
- h) Tratándose de *software*, propiedad intelectual de terceros, si el *Target* cuenta con las licencias de los desarrolladores o productores que acrediten su uso legítimo.

La revisión en estos aspectos comprenderá el cruce de la información que proporcione el *Target* con información pública disponible, para lo cual solicitaremos búsquedas de antecedentes en las direcciones de Signos Distintivos y de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), según que el *Target* sea titular o usuario de marcas o de patentes. Entrevistas con la gerencia del *Target* en las que se involucre a los responsables de las áreas de producción y marketing son especialmente reveladoras.

Esta revisión demanda del equipo de *due diligence* un conocimiento cabal de las operaciones del *Target* y de sus productos o servicios y de la forma en que estos se publicitan y comercializan. Para lograr este conocimiento, el trabajo en un *data room* y la entrevistas con la gerencia puede no ser suficientes. Es recomendable y en determinadas circunstancias indispensable, la visita a las instalaciones y en especial a los centros de producción del *Target* y estar atentos al entorno de la comercialización de los productos (monitoreo de publicidad comercial, visitas a puntos de venta, etc.).

En una revisión de propiedad incorporal suele detectar que las marcas de producto o servicios del *Target* no están inscritos, sea porque nunca se solicitó su inscripción o porque su inscripción venció y no fue objeto de renovación. Del mismo modo, se suele encontrar que las marcas del *Target*

podrían no estar inscritas en todas las clases de la clasificación internacional de productos y servicios en las que deban estar inscritas según las actividades del *Target*.

Una situación bastante frecuente que se suele detectar es que los datos de inscripción en los registros de la propiedad pueden estar desactualizados. En efecto sucede algunas compañías cambian de denominación social, de forma societaria, de domicilio y no tramitan la modificación de esos datos en los registros de la propiedad industrial. Si bien esta deficiencia en algunos casos no va más allá de lo formal, como el cambio de la forma societaria por ejemplo, podría en determinadas circunstancias significar sí una contingencia importante, por ejemplo en el hipotético caso en que no se haya actualizado el dato del domicilio del registro de una marca y un tercero dirija contra el titular una acción de cancelación que será considerada como válidamente notificada en el antiguo domicilio del titular.

En la revisión de propiedad incorporal se suelen detectar también gravámenes sobre los registros de marcas de los que incluir el *Target* podría no haber tenido conocimiento.

En el ámbito de los derechos intelectuales, el hallazgo más frecuente es el uso de un *software* excediendo las licencias adquiridas o incluso sin contar con licencia de ningún tipo para su uso.

D. Revisión de aspectos de derecho administrativo

La revisión de aspectos administrativos generalmente tiene por finalidad identificar el cumplimiento de obligaciones administrativas del *Target*, así como la existencia, todas las autorizaciones administrativas para el desarrollo de sus actividades e identificar aquellas situaciones que pueden generar contingencias para la continuación de las actividades propias del negocio a ser adquirido.

Como ha sido comentado en la parte introductoria de este artículo, el alcance de la revisión de aspectos administrativos se afecta por diversos factores y situaciones, como por ejemplo, el tipo de operación que el Cliente y el *Target* tienen previsto llevar a cabo, el tipo de negocio que tenga previsto desarrollar el Cliente luego de la adquisición y el marco regulatorio aplicable al negocio en cuestión.

Este último aspecto reviste especial importancia en la determinación del alcance de la revisión, pues la regulación aplicable a determinados sectores e industrias pueden determinar alcances sumamente sofisticados que en algunos casos puede incluso dar mérito a proponer

la participación de profesionales de otras especialidades (esta situación podría presentarse, por ejemplo, en revisiones que tengan por finalidad validar el adecuado cumplimiento de obligaciones medioambientales).

La revisión de aspectos administrativos, se nutre básicamente de tres fuentes: (i) de la documentación proporcionada por el *Target* y puesta a disposición del equipo en el *data room*; (ii) de la información proporcionada por los funcionarios del *Target* con conocimiento profundo de las actividades económicas (generalmente, el gerente de administración y finanzas, el gerente de producción o el gerente general); y (iii) de información pública que se encuentra disponible o que se obtiene de entrevistas con funcionarios de las entidades competentes.

La información, que inicialmente es solicitada al *Target* en el marco de una revisión de aspectos administrativos para adquisición de negocios que no son objeto de regulaciones sectoriales especiales, generalmente es la que se indica a continuación:

- a) La indicación del número y ubicación de los establecimientos en los que éste desarrolla sus actividades, precisando el área de cada establecimiento, así como la actividad económica desarrollada.
- b) Copia de las licencias de funcionamiento y certificados de seguridad en Defensa Civil de cada uno de los establecimientos.
- c) Información sobre cualquier procedimiento en trámite o concluido ante autoridades gubernamentales o municipales, en particular aquellos en los que se impute al *Target* la comisión de alguna infracción administrativa que pudiera derivar en la imposición de una sanción.

Esta información generalmente es complementada mediante entrevistas a funcionarios del *Target* y requerimientos adicionales de información.

El alcance básico de una revisión de aspectos administrativos cuando el *Target* tiene como actividad principal una que no es materia de autorizaciones sectoriales especiales (telecomunicaciones, hidrocarburos, electricidad, transporte, minería, financieras y de seguros, por citar algunas) generalmente consiste en:

- a) La verificación de la existencia, vigencia y suficiencia de las licencias de funcionamiento de los establecimientos en los que el *Target* desarrolla actividades económicas. Ello, en atención a la existencia de una disposición con rango legal –la Ley

Marco de la licencia de funcionamiento que establece la obligación de tramitar y obtener una licencia de funcionamiento antes de iniciar cualquier actividad económica en un establecimiento determinado.

- b) En Defensa Civil de los establecimientos en los que el *Target* desarrolla actividades económicas.
- c) La identificación de algún procedimiento -en trámite o concluidos- ante autoridades gubernamentales o municipales (denuncias formuladas, denuncias en contra, requerimientos de información, visitas inspectivas etc.) que puedan evidenciar incumplimientos de obligaciones administrativas por parte del *Target* y eventuales sanciones administrativas.

Tratándose de la revisión relativa a las licencias de funcionamiento y certificados de seguridad en Defensa Civil, la información obtenida del *Target* generalmente es “cruzada” con información obtenida por el equipo en las visitas a los principales establecimientos del *Target*, con los contratos de arrendamiento o compraventa de locales celebrados por el *Target*, con la información declarada por éste al inscribirse en el Registro Único del Contribuyente (relación de establecimientos anexos) y con la información obtenida en las municipalidades distritales competentes en función a la ubicación de los establecimientos.

Los hallazgos que generalmente son revelados luego de la revisión de aspectos administrativos –que considera el alcance básico que ha sido comentado líneas arriba– generalmente evidencian un cumplimiento parcial de la obligación legal de contar con licencias de funcionamiento que autoricen todas las actividades desarrolladas por el *Target* en cada uno de los establecimientos que éste opera y que abarquen la totalidad del área de los mismos.

En efecto, es usual que los operadores de establecimientos cuenten con licencias de funcionamiento que autorizan sólo algunas de las actividades desarrolladas. Por citar un ejemplo, sucede en muchos casos que el *Target* acredita contar con una licencia de funcionamiento que autoriza la realización de actividades propias de “oficinas administrativas” cuando en realidad en el establecimiento en cuestión se desarrollan además actividades comerciales, que en muchos casos implican la atención al público e incluso la recepción y almacenamiento de mercadería.

Otro incumplimiento que usualmente es identificado en las revisiones consiste en la

realización de actividades económicas en un área distinta a la autorizada por la licencia de funcionamiento.

Estos incumplimientos usualmente son sancionados con la imposición de multas administrativas, que en muchas ocasiones no revisten materialidad pues en la mayoría de los casos su importe no supera una Unidad Impositiva Tributaria (UIT). Sin embargo, es importante tener en cuenta que algunas municipalidades sancionan estas infracciones con la clausura temporal del establecimiento.

Como ha sido indicado en un párrafo anterior, también es común en las revisiones advertir que certificados de seguridad en Defensa Civil de los establecimientos operados por el *Target* no se encuentran vigentes.

Es importante destacar que estos certificados –a diferencia de la licencia de funcionamiento que tiene una vigencia indeterminada– deben ser renovados periódicamente.

La principal implicancia de esta infracción administrativa en el negocio no es la multa que es impuesta al infractor, pues al igual que en el caso de la licencia de funcionamiento los importes de las multas usualmente no superan una Unidad Impositiva Tributaria, sino la posibilidad de la aplicación de una medida complementaria que disponga la clausura temporal del establecimiento.

E. Revisión de aspectos laborales

La revisión laboral requiere tener un entendimiento previo de las características del *Target*, antigüedad, principales procesos operativos y administrativos, regímenes laborales aplicables, composición de los recursos humanos, entre otros aspectos.

Luego de tener un entendimiento inicial del *Target* y las características de la operación, se realiza al gerente de recursos humanos (o funcionario encargado de la gestión de personal) una entrevista que tiene como objetivo enfocar adecuadamente la revisión y detectar de manera inicial aquellos aspectos que podrían resultar contingentes. Esta entrevista resulta fundamental para alcanzar los objetivos de la revisión dentro de los plazos acordados e incurriendo en una eficiente asignación de recursos.

La determinación de la documentación a revisar en el *Target* se realiza sobre la base de pruebas selectivas y específicas y siguiendo criterios de representatividad e importancia para indagar acerca del nivel de cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social, tanto de índole sustancial como formal.

Entre la documentación revisada se encuentra lo

siguiente:

- a) Información general: contratos significativos de locación de servicios, flujograma de principales procesos del *Target*, organigrama actualizado con el detalle de trabajadores por área, etc.
- b) Información tributaria laboral: Programa de Declaración Telemática de remuneraciones, papeles de trabajo de cálculo de retenciones de quinta categoría y contribuciones laborales, declaraciones mensuales de retenciones de quinta categoría y contribuciones laborales o cualquier otra documentación que resulte relevante para la determinación de la obligación tributaria por Impuesto a la Renta de quinta categoría.
- c) Información laboral: documentos con información sobre pago de remuneraciones, cumplimiento de las disposiciones legales sobre vacaciones, compensación por tiempo de servicios, utilidades, contratos y modalidades formativas laborales, contratos de intermediación laboral, tercerización de servicios, cese de personal, seguridad social, inspecciones, reglamento interno de trabajo, manual de personal, sindicatos y convenios colectivos.
- d) Información sobre procesos judiciales en materia laboral y de seguridad social.

El alcance de la revisión laboral comprende generalmente los siguientes aspectos:

- a) El análisis de las diferentes modalidades contractuales utilizadas por la empresa para la contratación de personal y su aplicación de acuerdo con las exigencias legales.
- b) El estudio del cumplimiento de las obligaciones laborales referidas a la inscripción de trabajadores en planillas y la formalización de las demás relaciones contractuales.
- c) Verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales establecidas por ley, convenio individual o colectivo, costumbre o decisión unilateral del empleador. En particular el cumplimiento en el pago de gratificaciones, vacaciones, participación en las utilidades, horas extras, descanso semanal obligatorio, cálculo de beneficios sociales, depósitos de compensación por tiempo de servicios; entre otros.
- d) Revisar el cumplimiento de las obligaciones

formales que el *Target*, como empleador, debe cumplir frente a los trabajadores y la Autoridad Administrativa de Trabajo.

- e) Verificar el cumplimiento de la normativa vinculada con tiempo de trabajo, como jornada laboral, horarios de trabajo, períodos de refrigerio, trabajo en sobre tiempo y descanso semanal. Asimismo, el nivel de cumplimiento de la normativa sobre descansos remunerados, licencias obligatorias y voluntarias, protección en situaciones de enfermedad y accidente, etc.
- f) Revisar los conceptos remunerativos y no remunerativos que el *Target* otorga a sus trabajadores, tributos y contribuciones a que se encuentran afectos, así como su tratamiento para la determinación de beneficios sociales.
- g) Analizar el cumplimiento de medidas de seguridad y condiciones de empleo requeridas por la legislación en materia de higiene y seguridad ocupacional.
- h) Revisar el adecuado cumplimiento de la normativa vinculada con organizaciones sindicales, negociación colectiva y relaciones laborales aplicable al sector y dimensión de la compañía. En particular el impacto de la aplicación de convenios colectivos al *Target*.

Como resultado de la revisión, los aspectos que suelen ser especialmente contingentes en materia laboral son los referidos a las contrataciones de personal mediante contratos de servicios independientes que en realidad ocultan relaciones laborales. Asimismo, el incumplimiento en el pago de vacaciones generadas e indemnizaciones por vacaciones no gozadas o la falta de pago del trabajo extraordinario. También el pago de conceptos que formalmente constan como no remunerativos y legalmente sí tienen esa condición, lo cual tiene un efecto en obligaciones no solamente vinculadas con beneficios sociales sino además con tributos y aportaciones que afectan las remuneraciones.

La determinación de estas contingencias y su cuantificación requiere tanto de un conocimiento legal como financiero a efectos de poder realizar las estimaciones correspondientes.

Por otro lado, es importante también determinar si existen actuaciones del *Target* que puedan calificar como un traspaso del negocio al amparo de la Ley 2259, ya que éstas podrían originar responsabilidad solidaria por las obligaciones del negocio anterior a la adquisición correspondiente; sin perjuicio de la posible persecución de los bienes transferidos por deudas laborales impagas

por parte de anteriores propietarios de los activos y la eventual ineficacia de la transferencia de los activos (acción pauliana) si con ella el vendedor hubiera mermado su posibilidad de pago de obligaciones, entre las que podrían estar incluidas las acreencias laborales.

Asimismo, deberá tenerse en cuenta los casos en los que parte del patrimonio del *Target* provengan de una tercera empresa producto de un traspaso de activos, pues, en aplicación del Decreto Legislativo 856 se encuentra establecido que los créditos laborales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador y por tanto los bienes de éste estarán afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Esta prioridad se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio en los siguientes casos:

- a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del empleador.
- b) En los casos de “extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se comprueba que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas o cuando abandona el centro de trabajo”. En este caso la acción prescribe a los cuatro años de extinguido el vínculo laboral.

Si bien nuestra legislación, en una redacción ambigua, hace referencia al incumplimiento de las

obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude, lo cual debería de ser probado en juicio; existen resoluciones judiciales que en caso de incumplimiento de obligaciones laborales y transferencia de activos presumen la actitud fraudulenta y por tanto habilitan la persecución de los bienes.

De esta manera podría verse afectado el patrimonio del *Target* en caso éste haya recibido activos de una empresa que mantiene créditos laborales vigentes con sus trabajadores, ya que éstos podrían iniciar las acciones legales para el cobro de dichas deudas. De presentarse dicha situación, deberá, de ser posible, cuantificarse la deuda laboral, a fin de conocer la magnitud de dicha contingencia.

A tal efecto es conveniente precisar que son créditos laborales los siguientes conceptos:

- a) Las remuneraciones
- b) La Compensación por Tiempo de Servicios.
- c) Las indemnizaciones
- d) Los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores.
- e) Los aportes impagos al Sindicato Profesional de Policía (SNP) y al Sindicato Nacional de Policía (SNP), incluido intereses y gastos.

Finalmente, es conveniente tener en cuenta que conforme a las normas laborales el período de prescripción de obligaciones vinculadas con beneficios sociales es de cuatro años, contados desde el cese del trabajador. El período de prescripción de obligaciones vinculadas con aportes previsionales es de diez años desde la fecha en que el empleador retuvo y no cumplió con realizar el aporte.