¿QUIERO EVITAR PROBLEMAS FUTUROS AL ADQUIRIR UN NEGOCIO EN MARCHA? INVIERTA EN UN BUEN DUE DILIGENCE.

Autor: Juan Fernando Almeida

Una pequeña introducción. –

Conocemos como due diligence a aquella diligencia debida, que consiste en un proceso de investigación y análisis que se realiza antes de efectuar una inversión o la adquisición de un negocio en marcha. Algunos profesionales del derecho que conozco suelen llamarla auditoría previa a la compra.

Si bien no existe una definición legal que podamos analizar, varios sitios web de Estudios Jurídicos han arriesgado en esgrimir una definición que abarque los alcances de un due diligence, y a modo de ejemplo cito a continuación:

*“La **Due Diligence Legal** se define como aquél proceso de investigación y recopilación de información que **realiza el potencial comprador o inversor de una sociedad**, tras iniciar las primeras negociaciones, para **determinar los riesgos** reales con los que cuenta la compañía y **analizar la realidad de su situación económica** y financiera.*

El propósito que persigue este proceso se concreta en minimizar el riesgo que viene implícito en una transacción mediante la realización de un **análisis detallado e independiente de las diversas áreas de negocio de la firma**. Para poder proceder con ello, se debe contar con el consentimiento expreso del vendedor y deberá realizarse en el menor

tiempo posible y tratando de no interrumpir la propia actividad de la empresa en cuestión.”¹

Esta herramienta muy utilizada, sobre todo por los abogados que ejercemos en llamado “business Law” o traducido cómo derecho empresarial y de negocios, ya que cuando un cliente precisa nuestros servicios porque ha decidido adquirir una empresa en marcha, o fusionarse a ella por absorción, usamos el due diligence para presentar posibles contingentes que la adquisición pudiere presentar en el futuro para los intereses de nuestro representado.

Cada profesional tiene su estilo y esto también se ve reflejado en la forma en la que se realiza el due diligence. Hay varios modelos y formatos de información a ser entregada, de preguntas que debe responder los representantes de la empresa que se va a adquirir o en la que se va a invertir, diversos campos que suelen ser los más analizados. Pero estoy seguro, y lo digo por experiencia propia, que nada o casi nada se analiza en relación a la responsabilidad penal de la empresa.

Este artículo busca dejar una idea de lo que deberíamos analizar también en un due diligence para que nuestro cliente pueda tener una mejor información sobre el caballo al que se piensa subir.

De la responsabilidad penal de la persona jurídica. -

A partir de la expedición del Código Orgánico Integral Penal en el mes de enero del 2014 (aunque entró en vigencia ciento ochenta días después conforme su disposición final), en el Ecuador se trató por primera vez de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹ DELVY ASESORES S.L. Due diligence: Qué es y para qué sirve. <https://delvy.es/que-es-una-due-diligence-legal/>

Es decir, desde la expedición de este cuerpo normativo, la legislación penal ecuatoriana, se alejó de aquella frase atribuida a Franz von Liszt, *Societas delinquere non potest*.

A diferencia de otras legislaciones, como por ejemplo la mexicana, en la cual la responsabilidad penal de la empresa está regulada en diferentes normas (Código Penal Federal, Código Nacional de Procedimiento Penal), en Ecuador el COIP es el que legisla esta responsabilidad empresarial.

La misma fue definida, dentro de su Capítulo Quinto, en el artículo 49 de la siguiente manera:

“Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”²

² Código Orgánico Integral Penal. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014.

De la lectura de este articulado será necesario hacer un desglose, en relación a través de quienes comete un delito la persona jurídica y cuál es el requisito sine qua non para su responsabilidad.

En primer lugar, como vemos, a efecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se establece para todo tipo de delito, es decir se establece un *numerus clausus* de tipos penales a los que las sanciones que posteriormente se indican en el cuerpo legal le son aplicables.

Luego, y pese a que la persona jurídica o persona moral es una figura ficticia, distinta de quienes la conforman y que sólo actúa a través de su representante legal, la responsabilidad penal de una persona jurídica, se deriva en virtud de las acciones y omisiones no solamente de sus representantes legales (administradores u órganos de gobierno), sino también de sus accionistas o socios, o quienes ejerzan su propiedad o control (este aspecto es muy interesante especialmente ante casos de vinculación societaria), apoderados, agentes, factores de comercio, delegados, e incluso por aquellos terceros que aún sin contrato, se inmiscuyen en actividades de gestión.

Adicionalmente, esta responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas que intervienen en el delito. Entonces tenemos que si, por ejemplo, el Gerente General de la empresa, implicado en la acción delictiva fallece, y por tanto la pena en su contra se extingue, no por ello la sanción a la persona jurídica también se extingue. Por el contrario, se mantiene vigente y debe ser aplicada. Es más, el Art. 50 del indicado cuerpo legal nos indica claramente que esta responsabilidad no se extiende ni se modifica aun cuando las personas naturales que realizaron los hechos delictivos fueren dictadas un sobreseimiento. Sobre el segundo inciso de este artículo hablaremos más adelante.

Finalmente, un hecho importante adicional, es que si, el beneficiario de la acción u omisión en la comisión de un delito, no es la propia persona jurídica sino un tercero ajeno a la persona jurídica, no hay lugar a la determinación de responsabilidad penal de la empresa. Es decir, que, a criterio del legislador, solamente es responsable penalmente

una persona jurídica si el resultado del delito beneficia a la persona jurídica o a sus asociados (socios o accionistas). Sin embargo, de que esto está expresamente mencionado en la norma, más adelante vamos a ver un caso en el que se podría entender una contradicción de la ley.

Desmenuzada sí la definición, pasemos ahora a ver su aplicación al momento de realizar un due diligence.

La persona jurídica mantiene su responsabilidad penal pese a transformarse. -

Cómo hemos indicado anteriormente, la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la sanción o juzgamiento de la infracción en la persona natural que participó en ella. Pero a efectos de la aplicación de un due diligence, es importante entender que tampoco se extingue por el hecho de transformarse.

No vamos a analizar el caso que se refiere a que un nuevo inversionista desea adquirir un paquete accionario de una empresa (mayoritario especialmente) ya que, en este caso, la persona jurídica no se transforma por el cambio de su participación accionaria. Pero donde si vamos a entrar en análisis es cuando, un cliente nuestro tiene la intención de fusionarse con otra, ya sea para absorberla o para crear una nueva empresa con el patrimonio de las dos fusionadas. Incluso cuando un cliente va a adquirir una empresa que se ha escindido de otra, necesitamos investigar y analizar a fondo, para precaver un evento futuro de sanción.

Y es que cuando una persona jurídica se fusiona con otra, normalmente la normativa societaria nos indica que, la absorbida deja de existir jurídicamente; que, si se crea una nueva entidad producto de la fusión, las anteriores dejan de existir; o que la empresa escindida de otra es una nueva sociedad que nace jurídicamente en dicho momento. Lo que no sabemos es que, para el derecho penal, esta transformación, no extingue la responsabilidad de la persona jurídica.

Al efecto, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 50, claramente establece este particular:

Art. 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal. - La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. **Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.**³ (negritas son mías)

Esto es una constante en muchas legislaciones, por ejemplo, en España, su Código Penal español, en su artículo 130.2, nos habla de la responsabilidad penal en casos de sucesión de empresas y dice:

“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”⁴ (negritas son mías)

Guardando la misma línea de legislación, el Código Nacional de Procedimiento Penal mexicano, trata este aspecto de la siguiente manera:

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de

³ Código Orgánico Integral Penal. Ob. Cit.

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.

los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido. **No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan.** En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente, cuando continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia.⁵ (negrillas son mías)

⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales. Estados Unidos Mexicanos. Reformado 19 de febrero de 2021.

Ahora bien, cuáles son las sanciones que establece nuestra legislación para los casos que se determine responsabilidad penal de la persona jurídica.

Art. 71.- Penas para las personas jurídicas. - Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.
2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.
7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

Como bien se puede analizar, muchas de estas sanciones a una persona jurídica, ya se aplicaban administrativamente como sanciones por parte del Estado, en particular en aspectos tributarios (multa, comiso, clausura), en aspectos societarios (disolución de la persona jurídica) y de contratación pública (prohibición de contratar temporalmente con el Estado). Sin embargo, ya será cada tipo penal el que regule el monto de sanciones pecuniarias y la concurrencia de dos o varias sanciones por un mismo tipo penal.

Por ende, esta situación nos lleva a ser muy cuidadosos al analizar una empresa, nos lleva a no sólo analizar la realidad de su situación económica y financiera, como nos definía DELVY, sino entrar de lleno a analizar, dependiendo del ámbito del objeto social de la empresa a la que se realiza la debida diligencia, si pudiere estar incurso en uno de los delitos que están vinculados a sancionar a una persona jurídica penalmente.

Qué delitos conllevan responsabilidad penal de la persona jurídica. -

Como hemos analizado anteriormente la responsabilidad penal de la persona jurídica no aplica a todos los delitos, sino exclusivamente a aquellos que ha sido expresamente determinados en la codificación. Si bien es un número limitado, tampoco es que sean muy cortos en número, entonces vamos a hacer un filtro de cuales dudosamente se deba investigar, para pasar a aquellos que consideramos que al menos si deberían ser parte del análisis para incluir en un due diligence.

Primero dejemos de lado aquellos delitos contra la humanidad, entre los que se encuentra el genocidio, el etnocidio, la esclavitud, la desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Difícilmente (al menos así lo espero) cuando hagamos una debida diligencia nos vamos a encontrar con estos casos.

Si ya nos encontramos en que nuestro cliente va a realizar una absorción a una clínica médica, pues sería altamente recomendable revisar los expedientes de la empresa, las historias clínicas, a fin de evitar caer en delitos de extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos, tráfico de órganos, trasplantes sin autorización, cuya sanción a la persona jurídica es la extinción de la misma y una multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador.⁶

⁶ Código Orgánico Integral Penal. Art. 109. Sanción a la persona jurídica. - Cuando se determine la responsabilidad penal de una persona jurídica en la comisión de los delitos previstos en esta Sección, será sancionada con la extinción y multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Esto implica que además de la disolución forzosa de la persona jurídica se deba cancelar una multa entre USD \$ 4.000 a USD \$ 400.000. Es decir, se convierte en un contingente muy importante que analizar.⁷

Evidentemente un aspecto a analizar en un due diligence siempre es el área de Propiedad Intelectual. En mi país, hasta antes del año 2014, existían como tipos penales las infracciones a derechos de propiedad intelectual, que preveían penas de prisión y multa a quienes estuvieren incurso en ellas. Sin embargo, desde la expedición del COIP, solo existe un tipo penal de falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor, sancionados con penas de multa en relación a la valoración de la mercadería incautada. No voy a opinar sobre lo rudimentaria de esta protección que deja de lado muchísimos aspectos que abarca la propiedad intelectual (patentes, diseños industriales, nombres comerciales, etc.) que no están considerados bienes jurídicamente protegidos, sin embargo, es importante puesto que para este delito se ha previsto que, si hay participación de una persona jurídica, la sanción es la extinción y el pago de las mismas multas que la persona natural.

Aspecto importante de toda empresa que dedica su objeto social al comercio de bienes y/o servicios; debe ser la satisfacción del consumidor. Para aquel consumidor que se considera engañado sobre la identidad o calidad del servicio ofrecido, o que se le entregare fraudulentamente un objeto distinto al ofertado, además de una pena de prisión para el causante de tal delito, existe responsabilidad penal de la persona jurídica con una sanción de diez a quince salarios básicos unificados.⁸

Dentro de los derechos laborales existe la afiliación a la Seguridad Social del empleado. En nuestro país, esta aportación se calcula sobre la remuneración del trabajador, en un 20.6% de esta remuneración, que la paga el propio trabajador en un 9,45% y el empleador el 11,5% del salario⁹. Obviamente cada fin de mes estos valores (el aporte

⁷ Ministerio de Trabajo del Ecuador. <https://www.trabajo.gob.ec/el-salario-basico-unificado-sbu-para-el-2021-sera-de-usd-400/>

⁸ Código Orgánico Integral Penal. Art. 235.

⁹ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS. <https://www.iess.gob.ec/en/web/afiliado/servicios-y-prestaciones>

del trabajador) se descuentan de su sueldo para que el empleador los pague directamente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ahora bien, suele pasar y por ello hay que revisar diligentemente, que se deja de pagar por falta de liquidez o por estrategias para reducir estos costos (por ejemplo trasladar parte de la remuneración a un bono que no paga seguridad social), y entonces tenemos que de manera adicional a la sanción de prisión para el causante de esta retención indebida del aporte, también hay una sanción para la persona jurídica a la que se le sanciona con la clausura de sus locales hasta que se cancele estos valores.¹⁰

A fin de que esto no se convierta en una enumeración de artículos del Código quiero manifestar a manera de referencia que también hay responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos ambientales (donde incluso se dan casos de norma penal en blanco), delitos contra la actividad hidrocarburífera, donde más allá de la sanción de multa también hay la sanción de la remediación del daño causado.¹¹

Y he dejado para el final, el delito de defraudación tributaria. Más allá de mi apego a esta área del Derecho, que es la tributaria, sobre todo porque tenemos un caso que podría generar un análisis diverso y dejar una puerta para evadir la sanción de la persona jurídica.

El Art. 298 del Código Orgánico Integral Penal, define los casos que constituyen defraudación tributaria. Sin embargo, de manera general establece que: "La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe a la Administración Tributaria para dejar de cumplir con sus obligaciones o para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio **o de un tercero.**" (negrillas son mías).

Cómo habíamos señalado, la norma que determina lo que es la responsabilidad penal de la persona jurídica, "No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica".

Entonces, en este tipo de delito, si el provecho de incumplimiento de obligaciones tributarias, es para una tercera persona, distinta de la persona jurídica que se utiliza

¹⁰ Código Orgánico Integral Penal. Art. 242.

¹¹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 258 y 267.

para este fin, pues no habría lugar de una sanción por responsabilidad penal de la empresa.

En estos casos de defraudación tributaria, se sanciona a la persona jurídica, a las sociedades, o a cualquier entidad que aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o patrimonio independiente de sus miembros, pudiendo estar contempladas en este grupo, asociaciones en cuentas de participación, consorcios, sucesiones indivisas, etc. La sanción que el Código ha previsto para estos casos, va desde la extinción de la persona jurídica y la multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.¹²

En especial en los casos de defraudación tributaria, muchas veces se deja de lado investigaciones penales, bajo el concepto de que el tributo ya fue pagado. Sin embargo, yo considero que pese a haber pagado el tributo, la acción penal sigue por cuanto ya se la cometió (al ser un delito de peligro), y hay que tener mucho cuidado con el desarrollo de la investigación penal y sus consecuencias.

Conclusión. -

Como se desprende de lo analizado, al momento de realizar un due diligence de una empresa a fin de fusionarse, escindirse o de cualquier forma adquirir un negocio, un acápite al que hay que ponerle especial atención es a aquellas actividades que conllevan una sanción a la persona jurídica en materia penal.

Hemos visto que el hecho de que se transforme o incluso la empresa que participó en el ilícito y se benefició del mismo se extinga, no extingue la responsabilidad penal para su sucesora en derecho.

Entonces en esta área de la debida diligencia, debemos profundizar en el análisis de los contingentes, no solamente con una revisión de los procesos judiciales que tenga en

¹² Código Orgánico Integral Penal. Art. 298.

marcha la misma, sino también investigar no sólo si hay denuncias o procesos penales en investigación; sino ya inteligenciarse de procesos internos, realizar muestreos a información, a fin de poder indagar profundamente y poder advertir a nuestro cliente sobre cualquier posible contingente que pudiere aparecer, incluso sobre si ya se ha o no iniciado una investigación.

Incluso, sería importante incluir en el due diligence si la empresa cuenta con procesos de compliance, para analizar su fiabilidad, sus mecanismos, su publicidad, sus medios de denuncia, en fin, de un órgano independiente de control, a fin de poder usar el mismo como un eximente o un atenuante en caso de un enjuiciamiento, pero este párrafo merece un análisis más profundo, que tal vez puede ser materia de otro artículo.

BIBLIOGRAFIA:

- Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Barcelona: Revista electrónica de ciencia Penal y criminología
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador.
- Gómez- Jara, C. (2016). Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid, España: En Diario La Ley 8830.
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Estados Unidos Mexicanos. Reformado 19 de febrero de 2021
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal.