



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4640

DUE DILIGENCE DE COMPLIANCE PENAL EN OPERACIONES DE M&A COMO CRITERIO PARA EVITAR LA TRANSFERENCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA PERSONA JURÍDICA ADQUIRIENTE O RESULTANTE, EN EL MARCO DE LA LEY N.º 30424

The criminal compliance due diligence in M&A transactions as a criterion to avoid the automatic transfer of criminal liability to the acquiring or resulting legal entity, within the framework of Act No. 30424

PERCY ANDRÉ SOTA SÁNCHEZ
Philippi Pietrocarrizosa Ferrero DU & Uría
(Lima, Perú)

Contacto: andre.sota@ppulegal.com
<https://orcid.org/0000-0002-0437-5542>

RESUMEN

El trabajo que a continuación se desarrolla estudia los fundamentos teóricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano, enfocándose en el estudio y la crítica de las cláusulas de transferencia automática

de responsabilidad penal entre personas jurídicas en el marco de las operaciones de *M&A*. Asimismo, analiza la relevancia de la *due diligence* de *compliance* penal en las operaciones de *M&A* y propone, sobre la base de criterios de razonabilidad, cuáles deben ser los componentes o elementos de esta.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas; *compliance* penal, *due diligence* de *compliance* penal; transmisión de responsabilidad; sucesión de responsabilidad penal; fusiones y adquisiciones.

ABSTRACT

The following paper examines the theoretical foundations of the criminal liability of legal persons in the Peruvian legal system, focusing on the study and criticism of the criminal liability between legal person's automatic transfer clauses in M&A transactions. It also analyses the relevance of criminal compliance due diligence in M&A transactions and proposes, based on reasonableness criteria, what the components or elements of this due diligence should be.

Key words: criminal liability of legal persons; criminal compliance; criminal compliance due diligence; transfer of liability; succession of criminal liability; mergers and acquisitions.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú la responsabilidad penal (o administrativa) de las personas jurídicas se introdujo con la Ley n.º 30424, que tiene influencia española en el art. 31.º bis del Código Penal, e italiana en el Decreto Legislativo n.º 231/2001.

Los criterios para la imputación del delito contra las personas jurídicas se encuentran regulados en los artículos 3 y 17.4 y las funciones que cumple el *compliance* penal en los artículos 11 y 17 de la Ley n.º 30424. Si bien la doctrina penal se viene encargando de estudiar e interpretar estos criterios de imputación y las funciones del *compliance* penal, hay algunos aspectos que están pasando inadvertidos, como el hecho de que, en nuestra legislación, la responsabilidad penal de una persona jurídica también puede ser transmitida a otra en el marco de las operaciones de *M&A*, o de una escisión, lo que se contrapone a los principios de responsabilidad por el hecho propio y personalidad de las penas.

A modo de ejemplo, si la persona jurídica «A» tiene altos estándares de cumplimiento, reputación y ética intachables en un determinado sector de la economía peruana, se adecuó al régimen nacional de las sociedades de beneficio e interés colectivo o BIC¹, e incluso cuenta con una certificación internacional como B Corporation, y decide fusionarse, adquirir acciones, activos y pasivos, o absorber a la persona jurídica «C» (*target*), que tiene experiencia comprobada en otro sector de la economía al cual «A» pretende incursionar, y «C» comete algún delito regulado en la Ley n.º 30424, antes o después del proyecto de fusión en el marco de un *M&A*, la responsabilidad penal de «C» será atribuida a «A», lo que implica una transferencia de responsabilidad —con el añadido de la culpabilidad— y de las sanciones penales que deberán aplicarse.

En este ámbito cobra relevancia el proceso de *due diligence* de *compliance* penal, que si se realiza adecuadamente va a generar —además de conocer las *red flags* en materia penal y de

1 De acuerdo con la Ley n.º 31072, publicada en *El Peruano* el 24 de noviembre de 2020, la sociedad de beneficio e interés colectivo es una persona jurídica societaria, constituida válidamente bajo alguno de los tipos societarios previstos en la Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades, que se obliga por su propia voluntad a generar un impacto positivo, integrando a su actividad económica la consecución del propósito de beneficio social y ambiental elegido.

compliance penal del *target*— que no se transfiera la responsabilidad penal del *target* a la persona jurídica adquirente o resultante.

2. CONTEXTO EN EL QUE SE INTRODUJO LA LEY N.º 30424 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En la vida republicana del Perú, que en el 2021 cumple un bicentenario, solo tuvimos tres códigos penales, el Código Penal de 1863, el Código Penal de 1924 y el aún vigente Código Penal de 1991, con sus respectivas modificatorias y legislación penal complementaria, como son las leyes penales, los decretos legislativos y los decretos ley.

Durante este período estuvo vigente en el Perú el aforismo *societas delinquere non potest*², hasta que el 21 de abril de 2016 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley n.º 30424, que entró en vigor recién el 1 de enero de 2018 y que actualmente se denomina «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas»³.

El contexto social en el que se promulgó la Ley n.º 30424, así como sus posteriores modificatorias y norma reglamentaria, estuvo marcado por graves escándalos de corrupción que tuvieron impacto nacional, como son los casos Lava Jato, de Odebrecht

2 Durante este período no hubo disposición legal expresa que reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque sí tuvimos determinadas disposiciones que regulaban las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, tanto en el Código Penal como en la Ley Penal Tributaria y la Ley de los Delitos Aduaneros. Esto motivó que las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia emitan el Acuerdo Plenario n.º 7-2009-CJ/116, en cuyo fundamento jurídico 11 calificaron a las consecuencias accesorias como sanciones penales especiales. En virtud de ello, algunos pronunciamientos en la doctrina nacional postulaban que, en nuestro país y desde el Código de 1991, ya existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por todos, en el ámbito nacional, véase Sota (2012, p. 68). En la doctrina española, por todos véase Zugaldía (2002).

3 Inicialmente se denominaba «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional», pero su denominación fue modificada con la Ley n.º 30835, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de agosto de 2018.

y del Club de la Construcción, los cuales hicieron visibles las consecuencias dañinas de la criminalidad de empresa.

Este contexto debió orientar la política criminal estatal para que, sobre la base de un estudio criminológico, se adopten herramientas jurídico-penales que hagan frente a la criminalidad de empresa; sin embargo, ello no ocurrió. Por el contrario, la Ley n.º 30424 debe su origen al cumplimiento de los requisitos exigidos por la OCDE al Estado peruano⁴, el cual viene realizando serios esfuerzos en la adecuación de su legislación interna para formar parte de dicha organización.

Sin perjuicio de lo anterior, el contexto criminológico originó un cambio de paradigma en el actuar de los órganos de administración de justicia, los cuales tradicionalmente perseguían los delitos de la criminalidad de empresa a través de imputaciones contra personas naturales y, en cambio, ahora formulan imputaciones penales contra personas jurídicas, solicitan su incorporación al proceso penal y requieren la aplicación de las consecuencias accesorias⁵ —sanciones penales— reguladas en el art. 105.º del Código Penal. Lamentablemente, aún no se conocen casos donde se aplique la Ley n.º 30424.

4 Esta afirmación fue sostenida el 15 de julio de 2016 por el entonces presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, el fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, quien además sustentó la presentación del Estado peruano ante los miembros de la OCDE que conforman el Grupo Antisoborno, para que el Perú sea considerado miembro pleno (Sánchez, 2016).

5 Por mencionar algunos, tenemos el auto que declaró inadmisibile la incorporación de las personas jurídicas Constructora OAS Ltda. Sucursal del Perú y otras, de fecha 5 de abril de 2018, emitida en el Exp. n.º 00022-2017-30, por el 2.º Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; el Auto de Apelación de Incorporación de las Personas Jurídicas ICCGSA, Graña y Montero S. A. A., JJC Contratistas Generales, de fecha 22 de junio de 2018, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. 16-2009-79; y, el Auto de Apelación de Incorporación de la Persona Jurídica Constructora Aterpa S. A., de fecha 21 de junio de 2018, emitido por el Colegiado A de la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en el 00189-2016-13.

3. INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEY N.º 30424

3.1. ¿RESPONSABILIDAD PENAL O ADMINISTRATIVA?

La Ley n.º 30424, titulada «Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transaccional», tiene su fuente en el art. 31 bis del Código Penal Español⁶, donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en el Decreto Legislativo 231/2001 de Italia, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aunque en la doctrina penal italiana hay autores que sostienen que estamos ante una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷.

Siguiendo el título de la Ley n.º 30424, podríamos inferir que la voluntad del legislador fue incorporar un régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión de un delito. Sin embargo, la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad genera debate en la doctrina entre quienes afirman que estamos ante una responsabilidad administrativa, quienes señalan que la responsabilidad es penal y posiciones intermedias.

Así, para Gómez-Jara Díez (2018) si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión (pp. 23-24). En el mismo sentido, Balmaceda Quirós (2017) señala que esta responsabilidad es administrativa no solo porque la ley lo diga —como algunos suelen sostener: «fraude de etiquetas»—, sino

6 Debe recordarse que en el derecho penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo con la Ley Orgánica 5/2010 y, posteriormente, se modificó con la Ley Orgánica 1/2015.

7 Por todos, véase De Vero (2008, pp. 3-30 y 305-336). Así también, Foffani (2011, pp. 115-124).

porque sus parámetros de atribución de la responsabilidad no se mueven con criterios del derecho penal (p. 25). Por el contrario, hay autores que sostienen que la Ley n.º 30424 reconoce una responsabilidad *sui generis* entre penal y administrativa⁸ y otros que consideran que estamos ante un fraude de etiquetas⁹ y que, realmente, se regula una responsabilidad penal.

Nuestro punto de vista es que la Ley n.º 30424 implementa un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir del cual se debe inferir un esquema conceptual que garantice una aplicación racional de los presupuestos de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que atienden al sustrato mismo de la persona jurídica, sobre la base de los cuales se puede afirmar una capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas, lo que además se pone de manifiesto por la función que la ley otorga al *compliance* en la atribución de responsabilidad penal.

Por tanto, no podemos estar de acuerdo con aquella posición en la doctrina nacional que sostiene que la responsabilidad de las personas jurídicas es de naturaleza penal en función del fundamento de que las sanciones que se aplican no son medidas de carácter administrativo¹⁰, ya que ese no puede ser el criterio determinante para definir la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad.

8 Sobre ello, véase Reyna (2018, p. 211).

9 Por todos, Caro (2019, p. 136). Véase Carrión (2018, p. 218).

10 Esta posición es sostenida en Caro (2019, p. 136), quien señala que el fraude de etiquetas se hace evidente por cuanto esta ley —a pesar de su *nomen iuris*— no establece medidas de derecho administrativo sancionador, sino que, por el contrario, establece medidas de carácter penal.

3.2. FUNCIÓN DEL COMPLIANCE PENAL EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

3.2.1. Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado, doctrina y jurisprudencia

En el derecho comparado podemos apreciar que cada vez es mayor el número de legislaciones que responsabilizan a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados, en beneficio de estas. Esta responsabilidad jurídica puede ser administrativa o penal, según la opción político-criminal que adopte cada Estado para hacer frente a la criminalidad de empresa¹¹.

A partir de un análisis dogmático de estas legislaciones, en la doctrina penal se han elaborado diversas tesis que tratan de fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, entre las que tenemos las tesis que postulan un sistema vicarial, un sistema de culpabilidad de empresa y un sistema mixto. Elementos en común de estas tesis son que plantean que el delito, que necesariamente debe ser cometido por alguien que

11 En este orden de ideas, conviene precisar que en la doctrina penal se sostiene que el fundamento que en política criminal se ha esbozado para sancionar penalmente a las personas jurídicas radica en la necesidad del legislador penal de castigar los delitos socioeconómicos, financieros, ambientales, fiscales, entre otros delitos pensados a ser cometidos en el seno de una persona jurídica; en la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada; por cuestiones de legalidad, sobre todo a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el seno de una persona jurídica. Sobre ello, véase Gonzáles (2015, p. 98). En el mismo sentido, véase Heine (1996, p. 22), quien sostiene que el fundamento político-criminal para sancionar penalmente a las personas jurídicas se encuentra en las dificultades de investigación del delito, debido a que en estas, sobre todo en aquellas de significativas dimensiones estructurales, es usual que con motivo de la descentralización y la diferenciación funcional de competencias, se dispersen las actividades operativas, la posesión de información y el poder de decisión, con lo cual, y conforme a nuestro derecho penal tradicional, resultará jurídicamente imposible sostener una imputación concreta contra una persona individual.

represente a la persona jurídica, sea cometido en beneficio y por cuenta de las personas jurídicas.

Señalan Ortiz de Urbina y Cigüela Sola que en los sistemas vicariales, también conocidos como heterorresponsabilidad, la responsabilidad penal de las personas jurídicas surge automáticamente cuando un directivo o representante comete un delito en beneficio de la empresa y actuando en su nombre, y cuyo sistema de imputación parte de que tanto el injusto como la culpabilidad se transfieren de la persona física a la jurídica. En cambio, en el sistema de culpabilidad de empresa, también conocido como autorresponsabilidad, la persona jurídica respondería por un injusto y una culpabilidad propios, *a priori* separados del delito individual en cuestión (Ortiz de Urbina y Cigüela, 2020, p. 77).

En el primer modelo de imputación, vicarial o de transferencia de responsabilidad¹², la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución¹³. Ahora bien, en este sistema vicarial no cualquier persona que cometa un delito generará, automáticamente o por transferencia, responsabilidad penal en la persona jurídica, sino que ello va a depender de los criterios establecidos en las legislaciones.

Al respecto, Nieto Martín señala que en algunos sistemas (Francia o el Reino Unido —salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act—) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o una persona perteneciente al «cerebro» de la corporación (*brain area*); esto es, el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, en donde se considera que determinadas personas físicas son el *alter ego* de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica (Nieto, 2015, p. 69).

12 A favor del sistema vicarial, véase Zugaldía (2005, p. 456).

13 Al respecto, revítese Silva (2013, pp. 254-ss.).

Continuando con el modelo anglosajón, tenemos que en los Estados Unidos de América también se sigue un sistema vicarial pero fundamentado en el principio *respondeat superior*¹⁴, en virtud del cual cualquier empleado que en su actuar represente a la organización, o incluso cualquier persona que obre por cuenta de esta —como puede ser un agente comercial—, y que comete un delito, puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al analizar este sistema de responsabilidad, William Laufer señala que, en el derecho federal, las intenciones de los representantes simplemente se imputan o atribuyen al representado. La legislación estatal varía, pero en la mayoría de estas se requiere que las actuaciones se encuentren autorizadas, solicitadas, ejecutadas o toleradas por el consejo de administración o por altos directivos (Laufer, 2006)¹⁵.

Si bien en el modelo vicarial de los Estados Unidos de América existe una clara transferencia de responsabilidad, sobre la base del principio *respondeat superior*, ello no impide que un sector de la doctrina americana sostenga que las personas jurídicas son entidades reales en el derecho y, por tanto, destinatarios de las normas jurídicas penales. Así, Sun Beale sostiene, contra las críticas de que las personas jurídicas son entes ficticios, que estas son actoras enormemente poderosas —y muy reales— cuya conducta causa daños muy significativos a los individuos y a la sociedad como un todo. En una variedad de contextos la ley reconoce esta realidad, al permitir a las corporaciones ostentar propiedad, hacer contratos, cometer daños y demandar y ser demandado. De hecho, la Corte Suprema ha sostenido que las corporaciones tienen muchos derechos constitucionales bajo la Constitución norteamericana (Sun Beale, 2018, p. 102).

14 En este sentido, véase Nieto (2015, pp. 69-ss.).

15 Este autor sostiene que las razones por las cuales el derecho penal de los Estados Unidos de América prefiere la responsabilidad vicarial son dos. En primer lugar, razones de conveniencia judicial y utilidad; en segundo lugar, las presunciones de que se logra un compromiso justo a la hora de ubicar el riesgo y las pérdidas económicas, así como la presunción de que la teoría del *respondeat superior* induce a las organizaciones para que hagan efectiva la responsabilidad individual (Laufer, 2012, pp. 141-142).

El modelo de responsabilidad penal vicarial es objeto de una severa crítica por parte de la doctrina penal, especialmente porque se considera contraria al principio de culpabilidad penal. Así, Feijoo Sánchez señala que los inconvenientes del modelo vicarial, tanto desde el punto de vista de la legitimación jurídica como de sus consecuencias prácticas, obedecen a una misma debilidad conceptual de partida. Se mantiene en clave estrictamente individualista (identificación entre individuo y organización), por lo que no se diferencia adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Las consecuencias son, en primer lugar, que el modelo no deja al margen que pueda declararse responsabilidad corporativa sin encontrar un culpable individual. Pero también conduce, en segundo lugar, a una excesiva responsabilidad penal cuando tiene como consecuencia que todo delito individual sin excepción sea definido como un delito corporativo. El modelo vicarial peca tanto por defecto como por exceso (Feijoo, 2015, p. 50).

En la doctrina anglosajona también se cuestiona el sistema de imputación vicarial, y se postulan modelos de culpabilidad de empresa. Así, William Laufer (2012) señala que la doctrina está tomando en cuenta modelos de culpabilidad proactivos, reactivos, basados en la cultura o en la política corporativa¹⁶. Incluso en la jurisprudencia norteamericana en alguna ocasión también se cuestionó el modelo de imputación vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, en el caso *United States vs. Bank of New England* (1987) la Corte de Apelación estableció

16 Este autor indica que la culpabilidad empresarial proactiva (CEP) postula que la culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de las medidas adoptadas para prevenir el delito; la culpabilidad empresarial reactiva (CER) postula que la culpabilidad se determina sobre la base de la razonabilidad de los pasos tomados como reacción al descubrimiento del delito; la culpabilidad por la ética empresarial (CEE) postula que la culpabilidad se deriva del *ethos* corporativo, la cultura empresarial o la identidad corporativa; y la culpabilidad por la política empresarial (CPE) señala que la intencionalidad corporativa se basa en las decisiones y las oportunidades que son comunicadas a través de la política empresarial (Laufer, 2012, pp. 144-148).

que se presume que el banco posee un tipo de conocimiento que consiste en el conocimiento colectivo de todos sus empleados. El conocimiento agregado de los empleados constituye el conocimiento empresarial. Ningún tribunal se ha alejado tanto de la regla del *respondeat superior* (Laufer, 2012, p. 141).

El segundo modelo es el sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, en el cual se fundamenta la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto y la culpabilidad de la persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad, toda vez que, como señala Tiedemann, las empresas, y especialmente las personas jurídicas, pueden ser plenas destinatarias de normas del derecho penal, en tanto y en cuanto ellas puedan aportar aquello que es lo jurídicamente debido (Tiedemann, 2009, p. 234). A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio¹⁷.

Dentro de las tesis que fundamentan un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, tenemos la teoría del hecho de conexión, la tesis del defecto de organización permanente, la tesis del injusto sistémico de la persona jurídica y la teoría constructivista de la responsabilidad penal empresarial.

Para la teoría del hecho de conexión, la acción típica de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad empresarial, es decir, en la superación del riesgo permitido, materializado a través de la realización de un tipo penal por parte de una persona natural que la representa. En otras palabras, la posibilidad de imponer una sanción a una persona jurídica o a una sociedad presupone la existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las personas físicas incluidas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos (Bacigalupo, 2001, p. 378).

17 Al respecto, véase Silva (2013, pp. 254-ss.).

Para esta teoría, la culpabilidad de la persona jurídica estaría marcada por un *defecto de organización*, tesis sostenida inicialmente en la doctrina por Tiedemann (2009, pp. 237-239) y desarrollada, posteriormente, por Bacigalupo Saggese, quien señala que en el marco de la persona jurídica todo delito de sus órganos o representantes surge como un error de esta, siempre y cuando —como es lógico— no estemos en presencia de un exceso en la representación. Por lo tanto, el hecho individual se considera como hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma (Bacigalupo, 2001, pp. 171-172), y estas medidas de prevención consistirían en la adopción de un programa de *compliance*¹⁸.

Otra posición derivada de la misma teoría es la sostenida por Feijoo Sánchez (2014), quien acepta como correcta la necesidad de un defecto de organización de la persona jurídica, pero critica que por sí solo este criterio resulta insuficiente para legitimar un sistema de culpabilidad y penas de la persona jurídica, y concluye que la sociedad mercantil no deberá ser castigada cuando no existe un defecto organizativo ni cuando su defecto de organización no deriva de una cultura de cumplimiento de la legalidad defectuosa sino de otras razones (p. 172).

Para la teoría del *defecto de organización permanente* o de la *culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial*, postulada por Heine, la responsabilidad penal de la persona jurídica surge cuando se cumple con dos presupuestos; primero y determinante, la existencia de una defectuosa administración de riesgos por parte de la persona jurídica; y, segundo, la realización típicamente empresarial del peligro no controlado. El concepto determinante es el defectuoso *management* de riesgos empresariales, a partir del cual postula que, en lugar del dominio del hecho del derecho penal individual, en el derecho penal empresarial

18 En el mismo sentido, García Caveró (2018, p. 183).

aparece un dominio de la organización. Ahora bien, para Heine estaríamos ante un adecuado *management* de riesgos cuando la empresa adopta un cuidado empresarial orientado a los estándares del sector de su actividad económica, tomando en cuenta el estado actual de la ciencia y la técnica para la línea de negocio que desarrolla.

Con relación a la culpabilidad de la persona jurídica, Heine postula una culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, donde el criterio de temporalidad es determinante para el desarrollo de esta. Así, señala que la verdadera dificultad consiste en determinar conforme a qué entendimiento heurístico debe decidirse la culpabilidad empresarial de forma análogo-funcional. Una primera solución puede encontrarse reflexionando sobre la dimensión temporal, la cual parece ser típicamente constitutiva de la responsabilidad empresarial. Una gran cantidad de los casos que deberán ser tratados en el futuro desde una perspectiva jurídica, son el resultado de desarrollos empresariales defectuosos que no pueden reconducirse a decisiones puntuales de personas físicas concretas, sino que se corresponden con un déficit de muchos años en la prevención de los riesgos empresariales (Heine, 2012, pp. 43-44).

La tesis del *injusto sistémico* de la persona jurídica es postulada por Lampe. Para el desarrollo de esta tesis, Lampe reconoce que existen dos sistemas de injusto: sistemas de injusto simples y sistemas de injusto constituidos, y estos se observan en cuatro ámbitos diferentes: unión de personas criminales dirigidas a un fin, agrupación criminalmente constituida, empresa económica con tendencia criminal e institución estatal criminalmente pervertida. Asimismo, realiza una distinción entre los sistemas de injusto —que son sistemas sociales— y el injusto del sistema, y agrega que los sistemas de injusto jurídico-penales son las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos (Lampe, 2003, p. 103). En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lampe señala que la empresa económica con tendencia criminal es un injusto constituido, que se basa en

elementos de pertenencia que son independientes de la persona de sus miembros y que, por lo tanto, solo exigen un conocimiento reducido (Lampe, 2003, p. 112).

Según Lampe son injustos del sistema, por lo tanto, aquellas formas de comportamiento que lesionan bienes jurídicos y que, o concuerdan con la filosofía de la empresa, o son favorecidas por su organización. Son hechos que exceden y no sistemas de injustos aquellas formas de comportamiento punibles que solo benefician a la empresa o para las que la empresa constituye un estímulo externo (Lampe, 2003, p. 131).

Por último, también tenemos la tesis del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial postulada por Gómez-Jara Díez. El fundamento epistemológico de esta tesis es el constructivismo operativo, que es una corriente epistemológica de los sistemas sociales autopoiéticos. Así, la capacidad de reproducción autopoiética de las personas jurídicas se da en función de decisiones; mientras que, en el ordenamiento jurídico, que es un sistema social funcional, la reproducción autopoiética se da sobre la base de comunicaciones. Asimismo, esta tesis plantea que habrá personas jurídicas imputables e inimputables, según hayan alcanzado un determinado nivel de complejidad interna.

En este esquema dogmático la imputación objetiva consiste en la existencia de una organización empresarial defectuosa, la imputación subjetiva consistirá en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial, mientras que la imputación personal o culpabilidad consiste en la existencia de una cultura empresarial de incumplimiento del derecho. Gómez-Jara Díez (2005) señala que este modelo parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial, debido a que se considera que en un genuino derecho penal empresarial la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales —las penas— a la empresa y estas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico (p. 69). En consecuencia, en otros ordenamientos jurídicos,

como el administrativo, civil, etc., no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para el sistema de imputación basado en la culpabilidad empresarial, el delito de la persona física es el presupuesto, no el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Gómez-Jara, 2017, p. 56). En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en el Pleno Jurisdiccional del 29 de febrero de 2016, donde sostuvo:

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno [...] Una vez más procede la desestimación ya que también en este caso el Recurso incurre en el error, expuesto en su momento, de los restantes formalizados por las personas jurídicas condenadas, al confundir las conductas típicas de las personas físicas con el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁹.

Con relación al análisis dogmático del derecho comparado, haremos alusión únicamente a cuatro legislaciones que reconocen la responsabilidad «penal»²⁰ y «administrativa»²¹ de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos, representantes y subordinados.

En Italia el legislador introdujo la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas con el Decreto Legislativo n.º 231

19 Comentarios a dicha jurisprudencia en Gómez-Jara (2017, pp. 49-96).

20 En la doctrina se han formulado diversas críticas en torno a la atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas. Por todos, Gracia (2016, pp. 1-95).

21 No entraremos a la discusión existente en dichos países respecto a si la responsabilidad que se imputa a las personas jurídicas es «administrativa» o si estamos frente a un fraude de etiquetas en donde lo que se imputa es una auténtica responsabilidad «penal».

del año 2001²². Los criterios de imputación de la responsabilidad administrativa a las personas jurídicas se encuentran regulados en el artículo 5²³. En el caso de la República del Perú, con la Ley n.º 30424 se introdujo, al igual que en Italia, la responsabilidad administrativa —aunque realmente es de naturaleza penal— de las personas jurídicas, delimitada a los delitos de colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos (arts. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del Decreto Legislativo n.º 1106) y financiamiento del terrorismo. Los criterios de imputación de responsabilidad penal se encuentran regulados en el artículo 3²⁴ y son similares a los establecidos en la legislación italiana.

22 Por todos, véase De Vero (2008, pp. 3-30 y 305-336). Así, también véase Foffani (2011, pp. 115-124).

23 El texto del artículo 5.º del Decreto Legislativo n.º 231 es el siguiente: «1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

24 El texto del artículo 3.º de la Ley n.º 30424 es el siguiente: «Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias. b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización. c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso. Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica».

En el caso de España, desde la Ley Orgánica 5/2010 se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, dicho sistema fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015²⁵. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 31 bis, numeral 1, del Código Penal Español, en términos similares a la legislación italiana y la peruana.

En el caso de Chile, desde el año 2009, con la Ley n.º 20393, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los criterios de imputación se encuentran regulados en el artículo 3²⁶ de la referida ley. Estos criterios hacen alusión a la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, es decir, se trata de un sistema de responsabilidad fundamentado en la noción de culpabilidad de la empresa²⁷.

Salvo el caso de la legislación chilena, si realizamos una lectura aislada de las legislaciones italiana, peruana y española, nos llevaría *prima facie* a sostener, equivocadamente, que en dichas legislaciones se sigue un sistema vicarial de atribución de la

25 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español, por todos revítese Agudo, Jaén y Perrino (2016, pp. 19-62).

26 El texto del artículo 3.º de la Ley n.º 20393 es el siguiente: «Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero».

27 Para mayores referencias sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, revisar Hernández Basualto (2010, pp. 216-217).

responsabilidad administrativa a las personas jurídicas²⁸. Sin embargo, una lectura sistemática de dichas legislaciones nos lleva a la conclusión correcta. Por ejemplo, una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo italiano n.º 231; de los artículos 3 y 17, numerales 1 y 4, de la Ley n.º 30424 y del artículo 31 bis, numeral 2, del Código Penal Español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas, fundamentada en el principio de culpabilidad de la empresa, donde el ilícito de la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de esta, dado que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado *delito corporativo*.

En la doctrina penal, Feijoo Sánchez propone el concepto de delito corporativo. Así, señala que la pena no se impone a un colectivo (no es una pena colectiva), sino a una entidad con cierta identidad propia y la multa afecta al patrimonio de esta, sin que nunca se pueda trasladar al colectivo. Cuando hablamos de un delito corporativo ha de haber algo más que una acción conjunta o colectiva (Feijoo, 2016, pp. 66-67). Existen razones organizativo-estructurales que, junto a la infracción individual, explican el hecho delictivo. Esto es lo que en esencia ha de entenderse por delito corporativo, como hecho que genera una responsabilidad penal adicional en la medida en la que no solo tiene una

28 De hecho, de una lectura de la Exposición de motivos de la norma peruana, se puede apreciar que el legislador se aparta del sistema vicarial de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, e incluso sostiene, textualmente, que «Para que opere la responsabilidad de la persona jurídica, se exige la concurrencia de 2 elementos: (i) Hecho de conexión: el delito debe ser cometido por quienes ostentan poder de dirección o representación o sus subordinados en el ejercicio de sus funciones y que le haya reportado un beneficio directo o indirecto, que puede ser de carácter económico o no, como puede ser posicionamiento estratégico en el mercado; y, (ii) Culpabilidad por defecto de organización: se exige la implementación efectiva de un programa de prevención o cumplimiento, en caso esto no ocurra este elemento se habría configurado». La Exposición de motivos se puede ver en [http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_\(1\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/dl_1352_(1).pdf).

explicación adicional vinculada al trabajador o administrador concreto que ha delinquido. A la pregunta de qué tipo de defecto estructural es el que genera responsabilidad, hay que responder que se trata de condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización. Lo relevante a efectos jurídico-penales es que se llegue a una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa (Feijoo, 2016, pp. 70-71).

El concepto de delito corporativo fue asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la sentencia del 16 de marzo de 2016, en donde sostuvo que

la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad²⁹.

3.2.2. Compliance penal e imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El *compliance* penal cumple una función en la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esta afirmación conlleva, implícitamente, la aceptación de una relación entre *compliance* penal y responsabilidad de las personas jurídicas³⁰.

29 Comentarios a dicha jurisprudencia en Gómez-Jara (2017, pp. 97-133).

30 Véase Ortiz de Urbina (2013, p. 264). Para este autor, «frente a lo que parece ser la posición mayoritaria, la relación entre compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es contingente y, en cualquier caso, no

Entonces, surge la interrogante de cuál es la función del *compliance* penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Al respecto, Nieto Martín sostiene que esto depende del modelo de responsabilidad que se siga. En el sistema vicarial o de heteroresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido; lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece, carece de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica (Nieto, 2013, pp. 15-16). De hecho, como bien señala en la doctrina Coca Vila (2018), la decisión legislativa de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica que ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención de delitos es acertada (p. 159).

En efecto y con relación al sistema vicarial, como sucede en el caso del derecho penal de los Estados Unidos de América, observamos que la adopción e implementación de un sistema de gestión de *compliance* conlleva a la atenuación de responsabilidad penal, aunque no es menos cierto que hay casos en los que —a nivel de acuerdos con el Ministerio Público— se ha llegado a la abstención de formulación de cargos penales. Como señala Selvaggi (2018), la legislación norteamericana es clara en que la adopción tanto como la efectiva implementación de medidas de prevención de la criminalidad, aunque alentada, no debería, como regla, llevar a la exención de responsabilidad penal (p. 86)³¹. Sin embargo, Ortiz

decisiva. Es decir: puede haber *compliance* con o sin RPPJ y no es claro que la RPPJ suponga una ventaja sobre el régimen administrativo sancionador dirigido a las empresas menos aún que sea un grado de ventaja sobre otras posibilidades de intervención que permitan superar la presunción normativa contra la intervención penal que sienta el principio de *última ratio*».

31 Selvaggi (2018, p. 86), quien además agrega que «En la práctica, los casos de exención de responsabilidad han ocurrido (además en el sentido de ordenar solo

de Urbina y Chiesa sostienen que desde 1991 (con renovado énfasis retórico a partir de 2004) el cumplimiento normativo se ha considerado relevante para determinar la medida de la responsabilidad de los entes colectivos y para la conclusión de acuerdos de no persecución, durante más de veinte años se operó sin ninguna guía en la materia, e incluso la que existe hoy es de limitada utilidad (Ortiz de Urbina y Chiesa, 2019, p. 1536).

En este orden de ideas, podemos afirmar que el valor que una legislación otorgue al *compliance* penal, es decir, si atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona jurídica, nos permite obtener mayores elementos para interpretar la legislación y de esta manera poder identificar cuál es el sistema de imputación de responsabilidad acogido por dicha legislación.

El valor que las legislaciones italiana, peruana y española otorgaran al *compliance* penal es determinante para saber cuál es el sistema de imputación de responsabilidad regulado. Si en dichas legislaciones le conceden solo un valor de atenuante de la responsabilidad, podríamos afirmar *prima facie* que se acoge un sistema de imputación vicarial. Sin embargo, el principal valor otorgado al *compliance* penal en dichas legislaciones es que sirven para eximir de responsabilidad penal/administrativa a las personas jurídicas, aunque también se establece que pueden servir de atenuantes cuando son adoptados parcialmente o *ex post* a la comisión del delito.

En efecto, en dichas legislaciones se establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal/administrativa si *ex ante* a la comisión del delito se implementó en la persona jurídica un *compliance* penal. No está de más señalar que este debe ser adecuado a la estructura de la persona jurídica y que

remedios civiles) o de postergación de la persecución penal con la condición de que la compañía ponga en práctica medidas correctivas o, incluso de acuerdo a los casos, además la adopción de modelos de organización y de control del riesgo de comisión de delitos. Por lo tanto, las oficinas de la fiscalía y las entidades corporativas suscriben acuerdos (acuerdos de prosecución diferida), como en el caso *United States v. Monsanto Co.*» (Selvaggi, 2018, p. 85).

admira la identificación de los riesgos e impactos del delito cometido, de modo que permita prevenirlo o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Así, el *compliance* penal juega un rol fundamental en la atribución de responsabilidad las personas jurídicas, puesto que el valor en dichas legislaciones se le otorga, ello permite sostener que recogen un sistema de imputación de «culpabilidad de empresa»³². En el mismo orden de ideas, en la doctrina penal hay autores como Gómez Tomillo³³, Seminara³⁴, Foffani³⁵ y Gómez-Jara Díez³⁶, que ubican al *compliance* penal dentro de la estructura de

32 En la doctrina penal hay posiciones contrarias y sumamente respetables. Por ejemplo, hay quienes ubican al *compliance* penal dentro del injusto de la persona jurídica; por todos, véase Heine (2012, p. 47). Hay otros que lo ubican dentro de la teoría de la imputación objetiva de las personas jurídicas; por todos, véase García Caveró (2017, pp. 122-123). Por último, hay quienes lo ubican dentro de la estructura de la acción típica de la persona jurídica (Bajo, 2016, p. 43).

33 Sobre ello, Gómez Tomillo (2015, pp. 134-150), quien sostiene «la culpabilidad implicaría un juicio de censura que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar el desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Como en el caso de las personas físicas, la culpabilidad de las entidades colectivas implicaría un complejo juicio valorativo que requiere la ponderación de numerosas cuestiones por parte del juez. Estos datos a tener en cuenta son múltiples, por lo que tan solo puedo considerar alguno de los más importantes, sin que pueda aspirar a agotar la cuestión la existencia o ausencia de un programa de cumplimiento» (p. 135).

34 Seminara (2014), quien sostiene «como se puede ver la responsabilidad del ente gira en torno a la omisión de modelos organizativos: en este sentido, la construcción de los *compliance programs* como fundamento de la imputación subjetiva cumple una lógica de garantía una vez superado el *versari in re illicita*» (p. 132).

35 Foffani (2011), para quien «la imputación subjetiva —el aspecto más original del nuevo sistema— se fundamenta en un complejo mecanismo inspirado en el sistema norteamericano de los *compliance programs*, sobre la base de los cuales el legislador ha pretendido expresamente dar vida a una inédita forma de culpabilidad de la persona jurídica. De tal forma que la culpabilidad supone que la empresa no haya adoptado o no haya implementado correctamente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la realización de delitos correspondientes al tipo cometido en el caso concreto» (p. 120).

36 Gómez-Jara (2016), para quien «las concepciones modernas de la culpabilidad en la persona física relacionan este concepto con el de fidelidad al derecho o

la culpabilidad de las personas jurídicas, en donde la adopción de un *compliance* eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad (Gómez Tomillo, 2015, p. 144).

4. LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS OPERACIONES DE M&A. APORTES DOGMÁTICOS, JURISPRUDENCIALES Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

4.1. ASPECTOS BÁSICOS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y M&A EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En la Ley General de Sociedades del Perú, Ley n.º 26887, se regulan las operaciones de fusiones y adquisiciones (*merger and acquisition, M&A*), en la sección correspondiente a la reorganización de sociedades, entre los artículos 333 a 395 de la ley.

Para efectos de la presente investigación, nos interesan aquellos supuestos de operaciones de concentración empresarial en los que resultará un cambio en la personalidad jurídica, por lo que dejaremos de lado el análisis de las operaciones de transformación, ya que, como bien advirtió Elías Laroza (2015), esta se realiza sin que se produzca cambio alguno en la personalidad jurídica del ente transformado (p. 359).

La fusión de empresas es una operación de concentración empresarial y se da cuando dos o más sociedades se reúnen

disposición jurídica que le es exigible a un ciudadano en democracia. Sin poder entrar aquí en mayores detalles, el equivalente funcional en el ámbito de la persona jurídica es una defectuosa cultura de Compliance. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresariales puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho o expresado de otra manera, de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, constituye la base de su culpabilidad. Cuando no tienen una adecuada cultura de Compliance la persona jurídica está generando una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad» (p. 107).

para formar una sola, y puede adoptar dos formas. La primera, que es la fusión por creación de una nueva sociedad, se da cuando la fusión se realiza para constituir una nueva «sociedad incorporante», lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios a la nueva sociedad. La segunda, que es la fusión por absorción, se da cuando se realiza la absorción de una o más sociedades por otra «sociedad existente», lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y, al igual que el supuesto anterior, se traslada en bloque y a título universal los patrimonios a la sociedad absorbente.

Para determinar el valor del patrimonio de una sociedad puede emplearse alguna de las siguientes metodologías, como son el valor en libros, valor de reemplazo, valor de capitalización bursátil, compañías comparables, transacciones comparables, flujo de caja desconcentrado y otros factores relevantes³⁷.

En la doctrina Alonso Soto (2004) señala que tres notas resultan esenciales para caracterizar las operaciones de fusión: la integración de patrimonios, de los socios y de las relaciones jurídicas de las sociedades que intervienen en el proceso, de modo que puede decirse que al finalizar el proceso se produce una integración de personas jurídicas (pp. 498-499). Es especialmente relevante la integración o agrupación de socios y de las relaciones jurídicas, ya que nuestra Ley General de Sociedades no permite el *squeeze-out* ni el *cash out merger*.

Estos elementos esenciales de la fusión permiten distinguir estas operaciones de concentración empresarial de otras similares que, según la ley, no llegan a calificar como operaciones de fusión y que en la doctrina se denominan fusiones impropias, como son la formación de un *holding* que adquiera el control de una o más sociedades existentes, la tenencia de acciones o participaciones por un grupo de socios que les dé control sobre determinadas

37 Por todos, Ferrero (2003, p. 320).

sociedades, la creación de una sociedad-gerente común a un grupo de sociedades que controle la dirección y la administración de estas, entre otras³⁸.

Asimismo, estos elementos esenciales permiten distinguir las operaciones de fusión de las operaciones de adquisición (*acquisition*). Como bien señala Alonso Soto (2004) no es fusión la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones y lo mismo sucederá cuando la adquisición de todas las acciones o participaciones vaya seguida de la disolución de la sociedad participada o se produzca la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra porque, en principio, no habrá en estos casos una integración de las personas jurídicas (p. 499).

Por otro lado, la escisión es otra forma de reorganización empresarial reconocida en la ley, que se produce cuando una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, los socios o accionistas reciben de las sociedades escindidas las acciones o participaciones de las nuevas sociedades o de las absorbentes.

De acuerdo con nuestra legislación, la escisión puede adoptar las siguientes formas. Primero, cuando la escisión se realiza a través de la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez, y que producen la extinción de la sociedad escindida. Segundo, cuando la escisión se realiza a través de la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes, o ambas cosas a la vez. Pero en este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que procede a realizar un reajuste de su capital social.

38 Sobre ello, Elías (2025, p. 397).

4.2. APROXIMACIONES CONCEPTUALES AL PROCEDIMIENTO DE *DUE DILIGENCE*

En materia de *M&A* es una práctica habitual la utilización del procedimiento de *due diligence* de forma previa a la adopción de una decisión de fusión, adquisición o escisión, e incluso en las decisiones de inversión realizadas a través de los fondos de inversión mediante aportes de capital o compra de acciones, ya que estos persiguen, como señala Rebaza Torres (2007), un grado de control en la empresa en la cual se invierte que le permita, en la medida de lo posible, cautelar su buena conducción (p. 103).

El procedimiento de *due diligence* o diligencia debida es definido por la doctrina como la investigación que realiza el equipo de la empresa compradora sobre la empresa objetivo para determinar el valor, los riesgos y todas las variables que puedan afectar en el futuro a la empresa que comprarán. En un sentido más estricto, *due diligence* debe analizar los riesgos de la empresa que se desea adquirir (García Estévez, 2006, p. 32).

Con este procedimiento de diligencia debida se obtendrán datos relevantes de los que se carecía al inicio de las negociaciones de *M&A*, para la determinación del valor real del *target* (cuando estamos ante una operación de adquisición) o de las sociedades que podrían participar en una fusión o escisión —independientemente de que se puedan utilizar cualquiera de las metodologías para determinar el valor del patrimonio de una sociedad indicadas supra— y, quizás el aspecto más importante, para advertir los riesgos legales —que pueden ser penales o de *compliance*, como veremos infra—, reputacionales y operativos que pueden derivar de la operación de *M&A*.

4.3. ¿CÓMO OPERA LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS OPERACIONES DE M&A?

Tanto las legislaciones peruana, italiana, española y chilena regulan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, o cláusulas

antielusión como se les conoce en la doctrina³⁹, con algunas acertadas diferencias solo en el caso de la legislación italiana.

Desde nuestro punto de vista, estas cláusulas son peligrosas por cuanto lo que se busca transferir es una responsabilidad penal en el marco de operaciones de *M&A*, lo cual no solo resulta desalentador para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, sino que también puede resultar injusto en caso se realicen transferencias de responsabilidad penal hacia personas jurídicas que no participaron del delito o que no comparten los mismos socios.

En el caso de la legislación peruana, el art. 2 de la Ley n.º 30424 regula en forma genérica la transferencia de responsabilidad al señalar que el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a esta. De acuerdo con esta regulación, se atribuirá responsabilidad penal «a la misma» persona jurídica que cometió el delito, con lo cual pareciera que no habría una transferencia de responsabilidad; sin embargo, con posterioridad la misma disposición legal agrega que en el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa y en función del patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto, con lo cual queda claro que en la práctica se está realizando una transferencia de responsabilidad penal.

En el caso de la legislación española, el art. 130 numeral 2 señala que la transformación, fusión, absorción o escisión de una

39 Por todos, Zavala (2020, p. 198).

persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o a las entidades que resulten de la escisión. Esta regulación es similar al art. 18 de la Ley Chilena n.º 20393, la cual regula que en el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la persona o a las personas jurídicas resultantes.

Por último, la legislación italiana regula estos aspectos con mayor claridad y con cierto grado de racionalidad, desde el art. 28 al 33 del Dec. Leg. 231/2001. Así, con relación a la transformación de la persona jurídica, al no producirse cambio en la personalidad jurídica, se señala que su responsabilidad no se ve afectada. Respecto a las operaciones de fusión, se regula que la persona jurídica resultante será responsable de los delitos que cometieron las personas jurídicas que participaron en la fusión. En los casos de escisión, la responsabilidad de la entidad escindida también será trasladada. Por último, se regulan los supuestos de transferencia de la empresa en cuya actividad se cometió el delito, en donde se regula tan solo una obligación solidaria al pago de la multa, pero con un criterio acertado no se traslada la responsabilidad penal.

4.4. FINALIDAD POLÍTICO CRIMINAL DE LA TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD

Es razonable que el Estado busque combatir la criminalidad de empresa a través de la instauración de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que se persiga sancionar al autor del delito; a diferencia de las personas naturales, el propio ordenamiento jurídico le permite utilizar herramientas para reorganizarse y cambiar de personalidad jurídica, es decir, para transformarse en otro ciudadano corporativo.

Consideramos que, precisamente, esta es la finalidad político criminal que buscan las cláusulas de transferencia de responsabilidad, esto es, evitar que la persona jurídica responsable de un delito «desaparezca» —en términos ontológicos— o que se reorganice y pierda su personalidad jurídica, lo que generaría situaciones de impunidad. Similar opinión sostuvo la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011 del 1 de junio de 2011, donde se estableció que

en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión⁴⁰.

Es plausible esta finalidad político criminal y, en el campo práctico, no generaría mayores inconvenientes si estuviéramos solo frente a supuestos de transformación de personas jurídicas, en los cuales no pierden su personalidad jurídica y, por ende, lo que la administración de justicia penal buscaría es perseguirlas y hacerlas responder por su propia culpabilidad. En otras palabras, en los casos de transformación de personas jurídicas, donde no se pierde la personalidad jurídica, se castiga a la empresa en virtud de su propia culpabilidad sobre el delito cometido.

Sin embargo, y desde nuestro punto de vista, esta finalidad político criminal carece de legitimidad ante supuestos de fusiones y adquisiciones, en donde las sociedades adquirientes, resultantes u absorbentes no tienen participación alguna en los delitos cometidos; asimismo, carece de legitimidad ante aquellos supuestos en los que las personas jurídicas que se fusionan con la persona jurídica que cometió el delito verán que la entidad

40 Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

resultante será declarada culpable por un delito que ellas mismas —personas jurídicas— no cometieron. Adicionalmente, la ausencia de legitimidad se desprende del hecho mismo de que esta cláusula es contraria a los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de las penas.

4.5. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

La transferencia o sucesión de responsabilidad penal en el marco de operaciones de concentración empresarial fue objeto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en el derecho comparado.

En el caso del Banco Santander S. A., el Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional dictó, el 15 de enero de 2019, un auto judicial que declaraba la sucesión procesal con relación al Banco Popular Español S. A., al haberse producido una operación de fusión por absorción. Sin embargo, vía recurso de apelación, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional emitió la Resolución n.º 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, a través de la cual se revocó la resolución impugnada y se sostuvo que

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

que responda en última instancia; o introducir otro tipo de elementos moduladores de tal transferencia, en evitación de situaciones como las que nos ocupa.

En el caso de autos, el Banco Santander, S. A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquel por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. 24).

En el caso de la empresa Iron Mountain, que absorbió a la empresa Recall France y su filial Intradis, quienes estarían involucradas en la presunta comisión de un delito debido a la destrucción involuntaria de bienes ajenos por efecto de un incendio provocado por el incumplimiento de obligaciones de seguridad o prudencia impuestas por la ley, la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia emitió la Sentencia n.º 2333, de fecha 25 de noviembre de 2020, a través de la cual se fijaron los siguientes nuevos criterios jurisprudenciales en materia de transferencia de responsabilidad penal de las personas en el marco de una operación de fusión-absorción:

14. Para dar respuesta a esta pregunta, es importante determinar si existe un principio general de transferencia de responsabilidad penal en caso de fusión-absorción (apartados 15 a 37) y si, en caso afirmativo, este principio es de aplicación inmediata (párrafos 38 y 39). Solo en el caso de una respuesta negativa a cualquiera de estas dos sub preguntas será necesario determinar si la solución debe ser diferente en caso de fraude (apartados 40 a 42).

[...]

16. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Casación, este principio, cuya interpretación debe ajustarse al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, impide que, tras una operación fusión-absorción, la sociedad adquirente sea procesada y condenada por actos cometidos con anterioridad a dicha operación por la sociedad absorbida, disuelta por efecto de la fusión (Crim., 20 de junio de 2000, Recurso n.º 99- 86.742, Bol.crim.2000, n.º 237; Crim., 14 de octubre de 2003, recurso de casación n.º 02-86.376, Bol.Crim.2003, n.º 189).

[...]

21. Sin embargo, este enfoque antropomórfico de la operación de fusión-absorción debe cuestionarse porque, por un lado, no tiene en cuenta la especificidad de la persona jurídica, que puede cambiar de forma sin ser liquidada; por otro lado, no tiene relación con la realidad económica.

[...]

34. En el estado actual del derecho interno, la interpretación del artículo 121-1 del Código Penal que autoriza el traspaso de responsabilidad penal entre la sociedad absorbida y la sociedad adquirente es la única forma de permitir que la sociedad adquirente sea sancionada económicamente por los hechos, comprometida antes de la fusión por la sociedad absorbida.

[...]

38. Sin embargo, esta nueva interpretación, que constituye una inversión de la jurisprudencia, no puede aplicarse a las fusiones anteriores a esta decisión sin infringir el principio de previsibilidad jurídica derivado del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[...]

41. Al respecto, debe considerarse que la existencia de fraude contra la ley permite al juez dictar una sanción penal contra la sociedad adquirente cuando la operación de fusión absorción tenía por objeto hacer que la sociedad absorbida escapara de su responsabilidad penal. Esta posibilidad es independiente de la implementación de la mencionada directiva del 9 de octubre de 1978⁴¹.

41 Sentencia n.º 2333 de fecha 25 de noviembre de 2020 (18-86.955) de la Sala Penal de la Corte de Casación de Francia.

4.6. ¿TRASLADO AUTOMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: SIGNOS DE UN SISTEMA VICARIAL?

Al analizar las citadas cláusulas de traslado de la responsabilidad penal podemos observar que no se hace referencia a criterios de imputación o de culpabilidad de la persona jurídica adquiriente, resultante u absorbente, según sea el caso, de una operación de *M&A*.

Por ello, en la doctrina penal se discute si aquí opera un traslado objetivo de responsabilidad penal. Sobre este punto, Montiel (2020) señala que la responsabilidad sucesoria es de carácter objetivo, lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante (p. 54)⁴².

En otras palabras, si en una operación de *M&A* una de las personas jurídicas intervinientes incurrió —previamente— en la comisión de un delito que genere su responsabilidad penal, este estigma del derecho penal o la declaratoria de culpabilidad será transferida a las sociedades adquirientes, resultantes u absorbentes, y será innecesario verificar si en estas últimas se cumplen los presupuestos de imputación de los artículos 3 de la Ley n.º 30424, 5 del Decreto Legislativo Italiano 231/2001, 31 bis del Código Penal español o 3 de la Ley Chilena n.º 20393. Es decir, las personas jurídicas adquirientes, resultantes u absorbentes responderán penalmente y serán declaradas culpables, en virtud de esta transferencia automática de responsabilidad, a pesar de no haber participado en el delito cometido.

42 En el mismo sentido, Ortiz de Urbina y Cigüela (2020), al sostener que «Los términos del art. 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación» (p. 93).

4.7. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: LA *DUE DILIGENCE* DE COMPLIANCE PENAL COMO PRESUPUESTO PARA EVITAR LA TRANSFERENCIA AUTOMÁTICA DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE LAS PERSONAS JURÍDICAS, EN EL MARCO DE OPERACIONES DE M&A

En la doctrina penal se postula que una forma de evitar la transferencia de responsabilidad en operaciones de *M&A* es la realización de una *due diligence* de *compliance* penal previo a la operación de concentración empresarial. Así, Martiñón Cano (2014) señala que debe exigirse como norma de conducta primaria aquella que va a la persona jurídica: verificar tanto el patrimonio como la compañía con la que se pacta, y si no lo hace, o lo hace deficientemente, se le puede exigir responsabilidad penal (p. 333). Por su parte, Ortiz de Urbina y Cigüela (2020) proponen que el efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de análisis de riesgos penales en los procedimientos de *due diligence* que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión (p. 94).

Una posición similar sostuvo la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Resolución n.º 246/2019, de fecha 30 de abril de 2019, ponente: D. Fermín Javier Echarri Casi, donde sostuvo que

Por ello, las entidades cuando van a llevar a cabo una operación mercantil de este tipo, durante las *due diligence* (investigación exhaustiva de las entidades implicadas) previa a la fusión, deberán detectar la posible comisión de infracciones penales en el seno de las entidades que se fusionan o que habiéndolas detectado no las hayan denunciado a las autoridades, o de alguna manera las hayan ocultado, criterios estos manejados por la Fiscalía para imputar los delitos a los sucesores corporativos en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones (pp. 26-27).

Este criterio propuesto por la doctrina no es un presupuesto de las legislaciones italiana, española y chilena, pero sí lo es en la legislación peruana. En el caso de la legislación peruana, el

artículo 2 de la Ley n.º 30424 establece que ante supuestos de fusión o escisión, la persona jurídica no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifica la adopción de acciones razonables orientadas a comprobar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos que generan su responsabilidad penal.

Con relación a ello, en los recientes «Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (*compliance* penal)», aprobados por la Superintendencia Nacional del Mercado de Valores (SMV) por Resolución n.º 006-2021-SMV/01⁴³, se señala que gracias a la *due diligence* la persona jurídica puede decidir vincularse, desvincularse o no vincularse con terceros que puedan estar comprometidos o investigados en algunos de los delitos comprendidos en la Ley n.º 30424 y/o en los demás delitos que la persona jurídica estime conveniente. Puede, asimismo, evitar ser asociada con terceros que tienen mala reputación, anticipar riesgos, establecer medidas de protección y mitigación para contrarrestar cualquier acción o reclamo futuro por una eventual imputación. Sin embargo, en dicho documento no se hace ninguna mención sobre cómo debe llevarse a cabo dicho procedimiento de *due diligence* en el marco de operaciones de *M&A*, a pesar de que el mismo documento brinda ejemplos prácticos y acciones referenciales sobre cómo llevar a cabo dicho proceso en otros ámbitos, como el conocimiento de clientes, de proveedores, entre otros.

Entonces, surge la interrogante de qué significa la realización de un procedimiento de *due diligence* de *compliance* penal. Consideramos que la interpretación correcta de este proceso debe implicar las siguientes etapas.

43 Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de marzo de 2021.

En primer lugar, la verificación razonable sobre los delitos que puede haber cometido o en los que puede haber participado la persona jurídica con la que se va a realizar la fusión, o la persona jurídica que va a desprenderse de parte de su patrimonio en caso estemos ante una escisión, o la persona jurídica que venderá sus acciones o activos en caso estemos ante una adquisición, siempre y cuando este delito sea parte del catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para verificar la comisión o participación de este delito no es necesario la existencia de una sentencia condenatoria firme, pues basta el inicio de una investigación a nivel del Ministerio Público para que la persona jurídica a fusionarse o la absorbente puedan identificar esta operación con una *red flag*.

En segundo lugar, la verificación de si esta persona jurídica tiene un sistema de gestión de *compliance* penal implementado, de acuerdo con los requisitos mínimos del artículo 17 de la Ley n.º 30424.

En tercer lugar, la verificación respecto al razonable funcionamiento de este sistema de gestión de *compliance* penal, lo que no implica que de haber funcionado correctamente el delito se pudo evitar. Es decir, es razonable inferir que el sistema de gestión de *compliance* penal funciona y aún así el delito se cometió.

En cuarto lugar, verificar razonablemente si el delito fue cometido en beneficio de la persona jurídica a absolver, cuyo patrimonio se escindirá o que venderá sus acciones o activos.

En último lugar, la verificación razonable respecto a si el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente el sistema de gestión de *compliance* penal.

Como se puede apreciar, estos requisitos que postulamos son similares a los presupuestos de la imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica, con lo cual queremos darle coherencia sistémica y racionalidad al procedimiento de *due diligence* de *compliance* penal.

4.8. CRÍTICAS CONTRA LA CLÁUSULA DE TRANSFERENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las críticas a este sistema de transferencia automática de responsabilidad penal son varias y las más relevantes son de orden constitucional, por lo que consideramos que esta cláusula es inconstitucional.

Se critica que esta cláusula atenta contra el principio constitucional de culpabilidad penal. No debemos olvidar que si estamos ante un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estas deben responder por su propia culpabilidad, pues en un genuino derecho penal empresarial es la culpabilidad el fundamento y el límite de las sanciones penales que se impondrán contra las personas jurídicas.

Por otro lado, esta cláusula también atenta contra el principio constitucional de personalidad de las penas. Así, Montiel (2020) señala que la propia transferencia de responsabilidad pareciera romper con el principio de personalidad de las penas (p. 53).

Conforme expusimos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado por fundamentar modelos teóricos que justifiquen la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, de acuerdo con la interpretación de las respectivas legislaciones. Sin embargo, vemos que estos esfuerzos teóricos no pueden fundamentar estas cláusulas de traslado automático de responsabilidad penal, máxime si son las propias legislaciones las que establecen supuestos en los que no se debe realizar ninguna imputación concreta contra la persona jurídica adquiriente, resultante u absorbente, sino que la responsabilidad penal de la persona jurídica que participa en la operación de *M&A* será automáticamente transferida a estas.

Como resultará evidente, este traslado automático de responsabilidad penal conlleva a plantearse si es que en estas legislaciones se recoge o no un sistema vicarial de imputación de

responsabilidad, pues de ser así no existirían mayores inconvenientes en sostener la legitimidad de este traslado automático de responsabilidad.

Somos de la opinión de que estas cláusulas de traslado de responsabilidad son una clara muestra de errores de técnica legislativa, pues generan una severa contradicción en la misma legislación que, por un lado, reconoce específicamente presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, por otro lado, en el mismo cuerpo normativo se regula una responsabilidad objetiva o por traslado que no toma en consideración los presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el supuesto de que la responsabilidad de las personas jurídicas fuera de carácter administrativo —aunque la Ley n.º 30424 la denomina así—, no existirían inconvenientes en postular el traslado de la responsabilidad, pues como bien sostiene Zabala López-Gómez (2020), la cuestión relativa al traslado de la responsabilidad a la sociedad resultante en operaciones de fusiones, adquisiciones o escisiones no resulta extraña, ni para el ordenamiento jurídico español, ni para los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tanto en materia de derecho administrativo como en materia fiscal, así como en materia laboral, mercantil y civil, las responsabilidades se trasladan a las entidades resultantes (p. 204).

5. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas aún se encuentra en proceso de desarrollo dogmático en la República del Perú, no se advierten pronunciamientos judiciales que desarrollen a nivel jurisprudencial este sistema. Sin embargo, podemos recurrir a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas de aquellos países en los que sus legislaciones sirvieron de fuente para la Ley n.º 30424.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas apuntan que, en estos países se regula, en la práctica, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de la cual la imputación de responsabilidad tiene que ver con factores de la propia organización y se da una especial relevancia al *compliance* penal como eximente o atenuante de la responsabilidad penal, según se haya implementado *ex ante* o *ex post* a la comisión del delito.

Hemos observado que la doctrina penal, así como la jurisprudencia en menor medida, se han encargado de fundamentar teóricamente cómo es que responderían penalmente las personas jurídicas y bajo qué presupuestos de imputación, así como cuál es el sistema de imputación de responsabilidad recogido en la concreta legislación penal estudiada.

Sin embargo, con relación al instituto de la cláusula de transferencia de responsabilidad penal entre las personas jurídicas, hemos encontrado algunos pocos estudios en la doctrina y escasos pronunciamientos jurisprudenciales que aún se encuentran en proceso de desarrollo de cómo debe operar dicha institución.

Esta cláusula de transferencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de *M&A* opera automáticamente, es decir, no se requiere la constatación de ningún supuesto de imputación contra la sociedad adquirente, resultante u absorbente. Esto es peligroso, ya que atenta contra los serios esfuerzos realizados por la doctrina penal y la jurisprudencia consistentes en desarrollar modelos teóricos que fundamenten la imputación de responsabilidad penal contra las personas jurídicas, así como también hemos podido observar que esta cláusula introducida en las legislaciones italiana, española, chilena y peruana resulta, de una lectura sistemática, contradictoria en esas mismas legislaciones.

También se ha verificado la relevancia del procedimiento de *due diligence* de *compliance penal* en las operaciones de *M&A*, como supuesto para liberarse de las cláusulas de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas,

lo que está expresamente regulado en la legislación peruana. Sin embargo, advertimos que, aunque la doctrina propone este mecanismo para liberar la transferencia de responsabilidad, las legislaciones italiana, española y chilena no lo regulan expresamente.

Por último, hemos elaborado críticas constructivas contra la cláusula de transferencia automática de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y se ha advertido su inconstitucionalidad por vulneración de los principios penales de culpabilidad y de personalidad de las penas, los cuales deben orientar un correcto o genuino derecho penal empresarial.

REFERENCIAS

- Agudo, E., Jaén, M. y Perrino, A., (2016). *Derecho penal de las personas jurídicas*. Dykinson.
- Alonso, R. (2004). Las operaciones de fusión. En Álvarez, J. M. y Carrasco, A. (coords.), *Fusiones y adquisiciones de empresas* (pp. 497-518). Aranzadi Thomson Reuters.
- Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hammurabi.
- Bajo, M. (2016). Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. En Bajo Fernández, M., Gómez-Jara, C. y Feijoo, B. (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.^a ed., pp. 25-54). Aranzadi Thomson Reuters.
- Balmaceda, J. (2017). Las personas jurídicas y su responsabilidad «administrativa» autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto Legislativo n.º 1352. *Actualidad Penal*, (33), 15-36.
- Caro, C. (2019). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *Criminal Compliance Programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (123), 117-158.

- Carrión, J. (2018). ¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Algunos alcances a partir del Decreto Legislativo n.º 30424. *Ius Inkarri. Revista de Investigación la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, (7), 213-227.
- Coca, I. (2018). Los modelos de prevención de delitos como exigente de la responsabilidad «penal» empresarial en el ordenamiento jurídico español. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 145-169). Ideas Solución Editorial.
- De Vero, G. (2008). La responsabilità penale delle persone giuridiche. En Grosso, C. F., Padovani, T. y Pagliaro, A. (dirs.), *Trattato di diritto penale. Parte generale* (pp. 3-30 y 305-336). Giuffrè Editore.
- Elías, E. (2015). *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú* (2.ª ed., t. 2). Gaceta Jurídica.
- Feijoo, B. (2014). Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles. En Ontiveros, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 135-176). Tirant lo Blanch.
- Feijoo, B. (2015). *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Aranzadi.
- Feijoo, B. (2016). *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Civitas.
- Ferrero, G. (2003). Aspectos económicos y financieros de las fusiones en el Perú. *Revista Advocatus*, (9), 317-328.
- Foffani, L. (2011). La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas en Italia. En Urquizo, J., Abanto, M. y Salazar, N. (coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann* (pp. 115-124). Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

- García Cavero, P. (2017). *Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2018). *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*. En Coca Vila, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 173-205). Ideas Solución Editorial.
- García Estévez, P. (2006). *Fusiones comentadas. Análisis de las fusiones más importantes de los últimos años*. Marcial Pons.
- Gómez-Jara, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Gómez-Jara, C. (2016). Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Bajo, M., Feijoo, B., Gómez-Jara, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed., pp. 89-120). Aranzadi.
- Gómez-Jara, C. (2017). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Aranzadi.
- Gómez-Jara, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Instituto Pacífico.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2.ª ed.). Aranzadi.
- González, J. L. (2015). El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (3), 97-109.
- Gracia, L. (2016). Críticas de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1-95.

- Heine, G. (1996). La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. En *Anuario de Derecho Penal 96. La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Grijley.
- Heine, G. (2012). Modelos de responsabilidad jurídico (penal) originaria de la empresa. En Gómez-Jara, C. (ed.), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (pp. 23-61). Ara Editores.
- Hernández, H. (2010, julio). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Polít. crim.*, 5(9), 216-217.
- Lampe, E.-J. (2003). *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Grijley.
- Laufer, W. (2012). La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. En Gómez-Jara, C. (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ara Editores.
- Martiñón, G. (2014). La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución. En Ontiveros, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 321-335). Tirant lo Blanch.
- Montiel, J. (2020, julio). Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del compliance y el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 47-59.
- Nieto, A. (2013). Introducción. En Arroyo, L. y Nieto, A. (dirs.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 15-16). Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2015). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Nieto, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 50-109). Tirant lo Blanch.

- Ortiz de Urbina, I. (2013). Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest). En Khulen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina, I. (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 263-282). Marcial Pons.
- Ortiz de Urbina, I. y Chiesa, L. (2019). Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE. UU. En Gómez-Colomer, J. (dir.), *Tratado sobre compliance, responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (pp. 1501-1542). Tirant lo Blanch.
- Ortiz de Urbina, I. y Cigüela, J. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución. En Silva, J. (dir.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa, parte general y especial* (pp. 73-95). Atalier.
- Rebaza, A. (2007). Las fusiones y adquisiciones de empresas: a propósito de la proliferación de los fondos de inversión. *Themis, Revista de Derecho*, (54), 101-111.
- Reyna, L. (2018). Implementación de los *Compliance Programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ideas Solución Editorial.
- Sánchez, P. (2016, 15 de julio). La CAN y el grupo Antisoborno de la OCDE, por P. Sánchez Velarde. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/can-grupo-antisoborno-ocde-p-sanchez-velarde-236601-noticia/>
- Selvaggi, N. (2018). Responsabilidad penal de las corporaciones y programas de cumplimiento (*Compliance Program*) en el sistema de los Estados Unidos de América. En Coca, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 65-98). Ideas Solución Editorial.

- Seminara, S. (2014). Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. En Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., Gómez Martín, V. y Hortal Ibarra, J. C. (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 127-160). B de F.
- Silva, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. En *Fundamentos de derecho penal de la empresa* (pp. 254-ss.). B de F.
- Sota Sánchez, A. (2012). Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (34), 51-72.
- Sun Beale, S. (2018). Una respuesta a las críticas a la responsabilidad penal corporativa. En Coca Vila, I. y Uribe, A. (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 97-143). Ideas Solución Editorial.
- Tiedemann, K. (2009). *Derecho penal económico*. Grijley.
- Zabala, C. (2020). M&A y compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *InDret*, (2), 195-224.
- Zugaldía, J. M. (2002). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Mir Puig, S., Modolell, J. L., Gallego, J.-I. y Bello, C. (coords.), *Estudios de Derecho Penal Económico* (pp. 123-152). Livrosca.
- Zugaldía, J. M. (2005). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Reyna, L. M. (dir.), *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Ara Editores.