

EL TRASLADO DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE EMPRESAS Y LA *DUE DILIGENCE* DE COMPLIANCE PENAL COMO MECANISMO PARA EVITARLA, EXCLUIRLA O ATENUARLA.

REQUENA[®]
ABOGADOS

Total
Compliance
Consulting

Sumario

1) La legislación penal en México en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas; 2) La problemática jurídica, corporativa y económica que plantea el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas; 3) La due diligence de Compliance Penal como mecanismo para evitar, excluir o atenuar el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas; 4) Problemas prácticos del traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas; 5) La importancia de realizar una due diligence de Compliance Penal pre-acquisition y post-acquisition; 6) Conclusiones.

Responsabilidad penal de las empresas

"Control, supervisión y vigilancia corporativa"

1. La legislación penal en México en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas y el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas.

"Compliance Penal para empresas"

La legislación penal en México describe en qué circunstancias la empresa resultante de una operación societaria de fusiones y adquisiciones (*M&A* o *merger and acquisition operations*) puede resultar sujeta a investigación penal o incluso condenada por atribuírsele la inobservancia del debido control organizacional en el contexto de algún determinado delito imputable a un miembro de la empresa originaria. Al respecto, es necesario analizar en qué supuestos procede jurídicamente el traslado de la responsabilidad penal entre empresas y cuál es la problemática jurídica que ello plantea. Asimismo, cómo puede la empresa resultante prevenir, excluir o atenuar el traslado de la responsabilidad penal de la empresa originaria.

El propósito de este ensayo es enfatizar la importancia estratégica de la *due diligence*

en materia de *Compliance Penal* con motivo de operaciones societarias, entre ellas, de *M&A*.

La legislación penal en México, a través del tercer párrafo del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), prevé una cláusula anti elusión en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, establece los supuestos en los que no se va a excluir la responsabilidad penal de las empresas, al señalar que:

"No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan (...) En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito".

En este sentido, cuando personas jurídicas realicen alguna de las operaciones societarias con el propósito de transformarse, fusionarse, absorberse o escindirse, la empresa resultante será penalmente responsable por la inobservancia del debido



control organizacional de la empresa originaria, cuando además exista la comisión de algún determinado delito cometido a nombre, por cuenta, en beneficio o a través de los medios que ésta organización originaria proporcione.

Esta ley tiene la voluntad de prohibir la elusión de la responsabilidad penal corporativa en operaciones societarias de transformación, fusión, absorción o escisión.

El objetivo es que la empresa originaria no escape de su responsabilidad penal organizacional a pesar de haber mutado en otra u otras sociedades, e incluso al haberse extinguido, vendido o transformado. En estas condiciones, el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas es inminente por mandato legal.

De igual manera, las operaciones societarias con el fin de cambiar la tenencia accionaria, cambiar de accionistas, de socios, de administradores, de miembros y/o directivos, tampoco evitarán la responsabilidad penal de la persona jurídica al existir inobservancia del debido control en su organización.

En estos casos, estamos ante la responsabilidad penal de la empresa, atribuible y reprochable por hecho propio, a nivel organizacional.

El estado de la cuestión planteada motiva que analicemos si en todos los casos, en términos del artículo 421 del CNPP, debe trasladarse la responsabilidad penal corporativa a la empresa resultante de la fusión o adquisición, de la transformación, absorción o escisión, aunque no haya participado ni tenido intervención en el contexto de la comisión del delito imputable a algún miembro de la empresa originaria.

Este análisis evidentemente plantea diversos problemas jurídicos para la empresa resultante, con base en los principios de culpabilidad penal y de personalidad de las penas. Tal problemática también provoca consecuencias de índole corporativa y económica, y se enfoca en las organizaciones que desean adquirir, absorber o fusionar a otra empresa que presenta riesgo de ser imputada bajo el modelo de imputación penal de las personas jurídicas.

Esta es la razón que justifica la utilidad, la necesidad y el deber corporativo de realizar una práctica de *due diligence* en materia de *Compliance Penal* en las operaciones societarias de fusiones y adquisiciones (*M&A*), como mecanismo idóneo, conducente y complementario para prevenir eficazmente, el traslado de la responsabilidad penal a la sociedad resultante.

2. La problemática jurídica, corporativa y económica que plantea el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas.

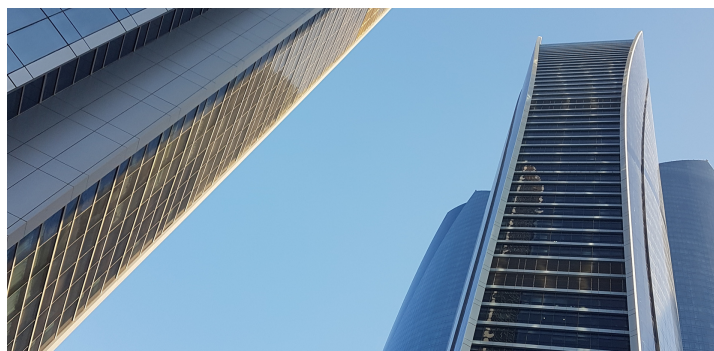
La cláusula anti-elusión incorporada en el artículo 421 del CNPP parece referirse a una especie de “responsabilidad penal objetiva”. Esta figura jurídica se define como aquella responsabilidad penal que se produce con independencia de que exista culpa por parte del sujeto responsable. Nótese que la sociedad resultante será, finalmente, responsable por la inobservancia del debido control organizacional y por los hechos delictivos cometidos en o desde la empresa originaria.

Esta responsabilidad penal, trasladable organizacionalmente por mandato de la ley a la sociedad resultante, se genera independientemente de que en la empresa originaria haya existido dolo o intención de inobservar su debido control organizacional e independientemente de que haya existido culpa, negligencia o falta de cuidado al inobservarlo, en el contexto de la comisión de un determinado delito por parte de sus miembros al momento de realizar, como sociedad originaria, la operación de transformación, fusión, absorbción o escisión.

El traslado de responsabilidad entre las empresas parece vulnerar también los principio tradicionales del derecho penal, concretamente el principio penal de la personalidad de la pena, el cual refiere que sólo la persona a quien se le imputa el hecho puede recibir la sanción penal, y el principio penal de culpabilidad, que establece que la responsabilidad penal sólo puede derivar de un hecho propio.

El artículo 421 del CNPP parece no condicionar a que la empresa resultante actúe diligentemente, sea porque implementó a nivel organizacional una política interna de prevención delictiva eficaz para evitar o reducir el riesgo de su comisión, o que actúe negligentemente, por carecer de dicha política interna de prevención delictiva o, incluso, teniéndola, la implemente de manera ineficaz.

Dicha disposición legal tampoco parece condicionar a que la empresa resultante actué dolosamente, sea porque a nivel organizacional intencionalmente facilitó a la persona jurídica originaria los medios necesarios para la comisión de un determinado delito o que haya intervenido en su comisión.



"Total responsabilidad corporativa"

Tal disposición del CNPP tampoco establece una clara concordancia entre la identidad organizacional de la persona jurídica originaria, en la cual se posibilitó y cometió el delito, y la de la empresa resultante de la operación societaria.

Por ahora la redacción del artículo 421 del CNPP genera controversia. El legislador no estableció algún criterio limitador ni condiciones claras para el traslado de la responsabilidad penal de la empresa por hecho ajeno. Esto posibilitará interpretaciones extensivas de las autoridades penales en la aplicación de la responsabilidad penal de personas jurídicas en supuestos de transformación societaria.

Rafael Gordillo Aguilera, Codirector del Compliance Advisory LAB, en su reporte sobre *"El «traslado» de responsabilidad penal entre empresas ... identidad y due diligence penal"*, señala que quizá el legislador debió matizar el precepto y delimitar la transmisión de la responsabilidad penal a supuestos donde la operación societaria trata de encubrir o eludir las responsabilidades penales y/o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible

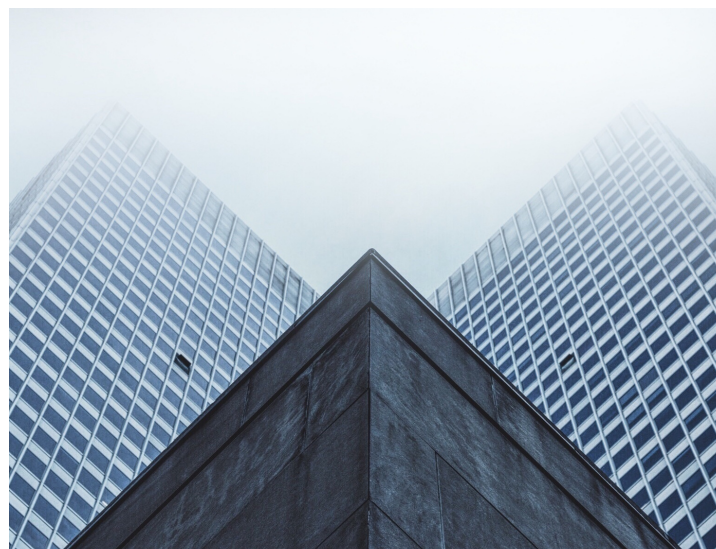
afirmar la existencia del dolo o culpa de la empresa resultante.

De lo contrario, es violatorio de los principios penales del derecho penal hacer responder por ello, a empresas que nada tienen que ver con los delitos cometidos por las sociedades fusionadas (1).

Es importante considerar que generalmente este tipo de operaciones societarias, cuya finalidad es modificar la estructura organizacional en las empresas, obedece su justificación a necesidades corporativas legítimas u oportunidades de mercado ajenas a propósitos encubridores o ilicitudes.

"Prevención de riesgos penales"

1. Gordillo Aguilera Rafael, Codirector del Compliance Advisory LAB, Reporte 1 *"El «traslado» de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 C.P., identidad y due diligence penal"*, Grant Thornton, octubre 2020, p.1



Resulta lógico asumir que las primeras y más interesadas en desprenderse de cualquier riesgo o peligrosidad criminal, aparente, eventual o real, de o desde las empresas fusionadas y/o absorbidas, son las propias organizaciones que las fusionan o absorben. Salvo que éstas decidan asumir, racional o irracionalmente, el costo de los daños legales, económicos y/o reputaciones precisamente por inobservar deberes de prevención de riesgos delictivos en el contexto de la era del *Compliance Penal*.

El comportamiento, por acción u omisión organizacional de la empresa resultante, es indicio importante al momento de diagnosticar y evaluar la finalidad de la operación societaria.



3. La *due diligence* de *Compliance Penal* como mecanismo para evitar, excluir o atenuar el traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas.

El tercer párrafo del artículo 421 del CNPP deberá interpretarse teleológica y sistemáticamente con el primer párrafo de la misma disposición legal con motivo de cualquier procedimiento penal para personas jurídicas.

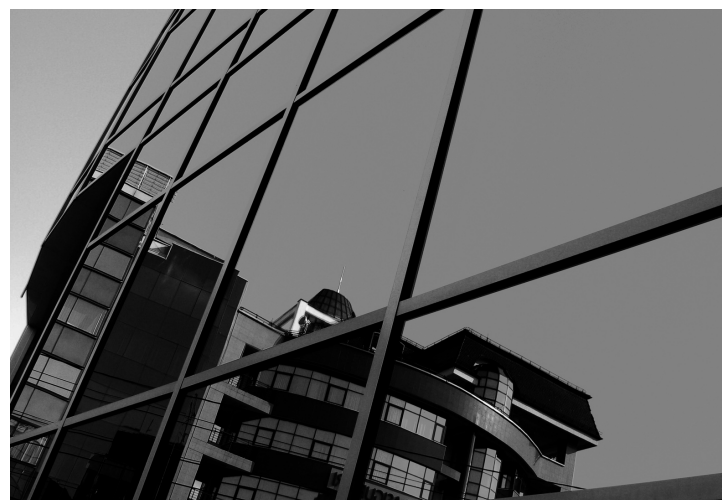
El primer párrafo dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

En este sentido, con motivo de las operaciones societarias precisadas en el tercer párrafo de la disposición legal en comento, es importante analizar desde una perspectiva general cómo se puede o debe evitar el traslado de la responsabilidad penal a la sociedad resultante.

Nótese que el CNPP y el Código Penal Federal, respectivamente, no ofrecen *safe harbors* que permitan advertir cómo se puede evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica resultante en casos donde éstas tienen propósitos lícitos a nivel organizacional, concretamente en operaciones de *M&A*.

El derecho comparado de la *due diligence* en materia de *Compliance* ofrece alternativas comunes para evitar o atenuar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es evidente que la existencia y la efectividad de un sistema de *Compliance*, específicamente en materia de *Compliance Penal*, entre otras materias, permitirá desarrollar procesos de *due diligence* enfocados a la prevención de determinados delitos con motivo y en el contexto de las actividades y objeto social de la empresa originaria.

La finalidad es preservar la certeza y seguridad jurídica, de principio a fin, en las operaciones societarias.



La jurisdicción inglesa, a través de su *Bribery Act* y la norteamericana, mediante su normativa anticorrupción *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA Guide)*, mantienen como buenas prácticas corporativas el realizar procesos de *due diligence* con el objetivo de prevenir riesgos penales al momento de adquirir o celebrar operaciones con una empresa de otra nacionalidad y territorio.

La *FCPA Guide*, editada conjuntamente por el prestigiado Departamento de Justicia (*DOJ*) y el poderoso regulador bursátil estadounidense *Securities and Exchange Commission (SEC)*, establecen claramente cuáles son los pasos que debe seguir, y medidas que debe adoptar una empresa para evitar la transmisión de la responsabilidad penal corporativa. Esencialmente, se establecen los siguientes: (a) *Compliance due diligence* y análisis de riesgos anterior a la transacción; (b) integración de la función de *Compliance* posterior a la transacción y, (c) remedios y modificaciones para implementar un programa conjunto de *Compliance*. Es decir, las acciones o medidas de la *due diligence* de *Compliance pre-acquisition*, seguida del *Compliance post-acquisition* (2).

Una *due diligence* de *Compliance Penal* en operaciones de *M&A* no tiene como objetivo principal detectar la comisión de delitos en la organización que se pretende adquirir, sino aluar los elementos y lineamientos de su normativa en materia de cumplimiento para

verificar y validar si cuenta con los controles debidos, útiles, pertinentes y suficientes para prevenir riesgos penales en proporción al tamaño de su organización y a la naturaleza de sus actividades societarias. La finalidad es ejercer el debido control, supervisión y vigilancia organizacional frente a la sociedad que se pretende adquirir o con quien se pretende realizar operaciones. En razón de esto radica la importancia de desarrollar procesos de análisis de los entornos organizacionales y de cultura de legalidad en materia de prevención de delitos. Los procesos de *due diligence* necesitan incluir al *Compliance Penal* como parte de la integridad corporativa.

2. Vid. *FCPA Guide* donde se especifican determinados criterios a seguir en relación con las transacciones de *M&A* y las políticas anticorrupción (<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>)

El *DOJ* da mucho énfasis en la debida diligencia que deberá realizar la empresa que celebre una operación de fusión o adquisición, al señalar esencialmente que un programa de cumplimiento debidamente diseñado debe incluir la debida diligencia integral en cualquier objetivo u operación de adquisición, así como un proceso para la integración oportuna y ordenada de la entidad adquirida en las estructuras del programa de cumplimiento y los controles internos existentes. La diligencia debida previa a las fusiones y adquisiciones, cuando sea legal y materialmente posible, permitirá a la empresa adquirente evaluar con mayor precisión el valor de cada operación u objetivo y ponderar los costos de cualquier corrupción o mala conducta a cargo de la empresa originaria. La defectuosa o incompleta diligencia debida e integración, antes o después de la adquisición puede permitir que continúe o se traslade la mala conducta en la empresa objetivo, causando el daño resultante a la productividad, rentabilidad y reputación de una empresa, además de poner en riesgo la responsabilidad civil y penal corporativa. Incluso cuando no puedan realizarse procesos de diligencia debida previo a dichas operaciones societarias, la fiscalía estadounidense igualmente deberá investigar si existen pruebas de que la empresa adquirente observó y evaluó, con base en su propio programa de integridad y cumplimiento, a la empresa adquirida.

4) Problemas prácticos del traslado de la responsabilidad penal corporativa entre empresas.

La problemática del traslado de la responsabilidad penal entre empresas se presenta en los casos en los que, a través de la *due diligence* de *Compliance Penal*, se logró detectar que los miembros o representantes de la persona jurídica que se pretende adquirir, o incluso la propia sociedad a nivel organizacional, han cometido o participado en la comisión de un determinado delito. Problemática que se presenta prácticamente también cuando se ha detectado que la empresa no cuenta con un programa de *Compliance Penal* eficaz, sino que se trata sólo de un *Compliance* aparente como simple fachada o “*paper compliance*”. Incluso, peor aún, se detectó que carece de alguna política interna de prevención de delitos.

Estas situaciones representan el momento crítico para decidir, *at or from the Top*, si a nivel organización se sigue adelante con la operación societaria, concretamente con la *M&A*. Continuar con la operación, a sabiendas de los riesgos generados en y desde la empresa resultante, es el inicio de una exposición para asumir una potencial, eventual o real responsabilidad penal corporativa (3).

Existen diferentes posturas profesionales y doctrinales respecto a estas problemáticas. Algunos autores afirman que si el incumplimiento en materia de *Compliance* o la comisión del delito pudieron detectarse en el proceso de *due diligence* penal, la sociedad resultante deberá responder en la misma forma en que la persona jurídica originaria lo habría o debería hacer.

Otros autores consideran que si la intención principal de las organizaciones compradoras, al momento de la adquisición, fue establecer desde el comienzo de sus actividades una verdadera cultura de cumplimiento y legalidad, así como una eficaz política de *Compliance* y de prevención de delitos, no será ni debería ser posible perseguir penalmente a dichas organizaciones.

Lo importante es tener muy claro y analizar cuál ha sido el comportamiento organizacional de la sociedad resultante, desde que accede a la información relativa al control de la gestión de la sociedad originaria, incluyendo dicho comportamiento una vez que ha cambiado o se transferido el control corporativo.

3. Complementando y siguiendo lo afirmado por Carlos Zavala López-Gómez, “*M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica*”, 2020, p.24.

5) La importancia de realizar una *due diligence* de *Compliance Penal pre-acquisition* y *post-acquisition*.

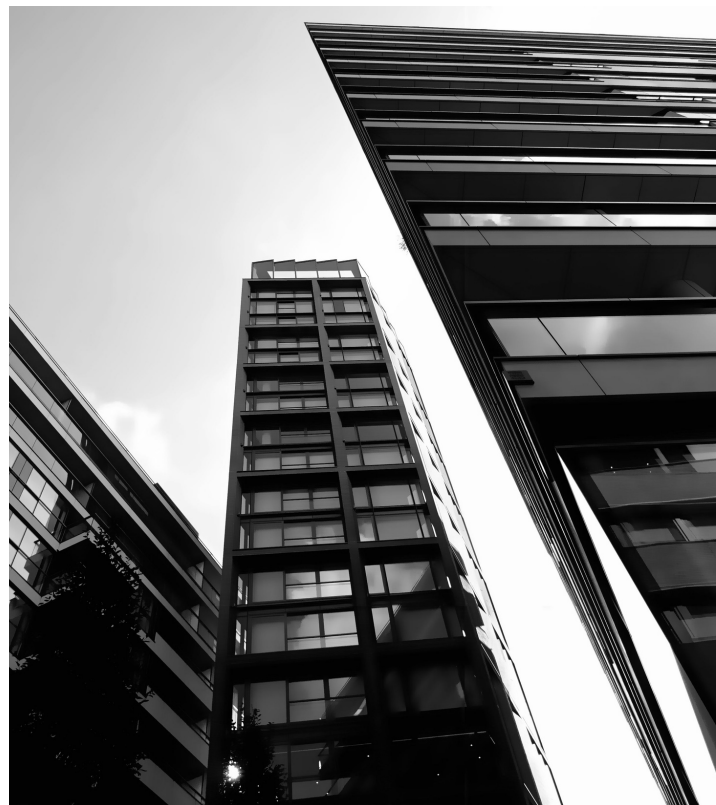
Para que una organización pueda evitar, en lo posible, el traslado de la responsabilidad penal a la sociedad resultante en operaciones de *M&A* será necesario realizar un adecuado y exhaustivo *due diligence* de *Compliance penal pre-acquisition*. Es decir, un *Compliance penal* ex ante de formalizar la operación societaria con el objetivo de detectar la existencia de actos u omisiones que impliquen la inobservancia de los deberes de control, supervisión y vigilancia en la organización origen, así como comportamientos ilícitos, deficiencias, fallas o incumplimientos a los programas de cumplimiento. Asimismo, será necesario llevar a cabo un *due diligence* de *Compliance penal post-acquisition*. Esto es, un proceso ex post una vez concretada y formalizada la operación societaria.

En este *due diligence* de *Compliance Penal* posterior a la operación societaria, las organizaciones requieren asumir el compromiso de realizar nuevos y adicionales diagnósticos o mareos de riesgos con el fin de adaptar, modificar y actualizar el sistema de *Compliance* en la sociedad resultante, sea

transformante, fusionante, absorbente o escidente.

El artículo 421 del CNPP dispone también que las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación (Código Penal Federal) y de las entidades federativas (Código Penal aplicable a la Ciudad de México y a cada Estado).

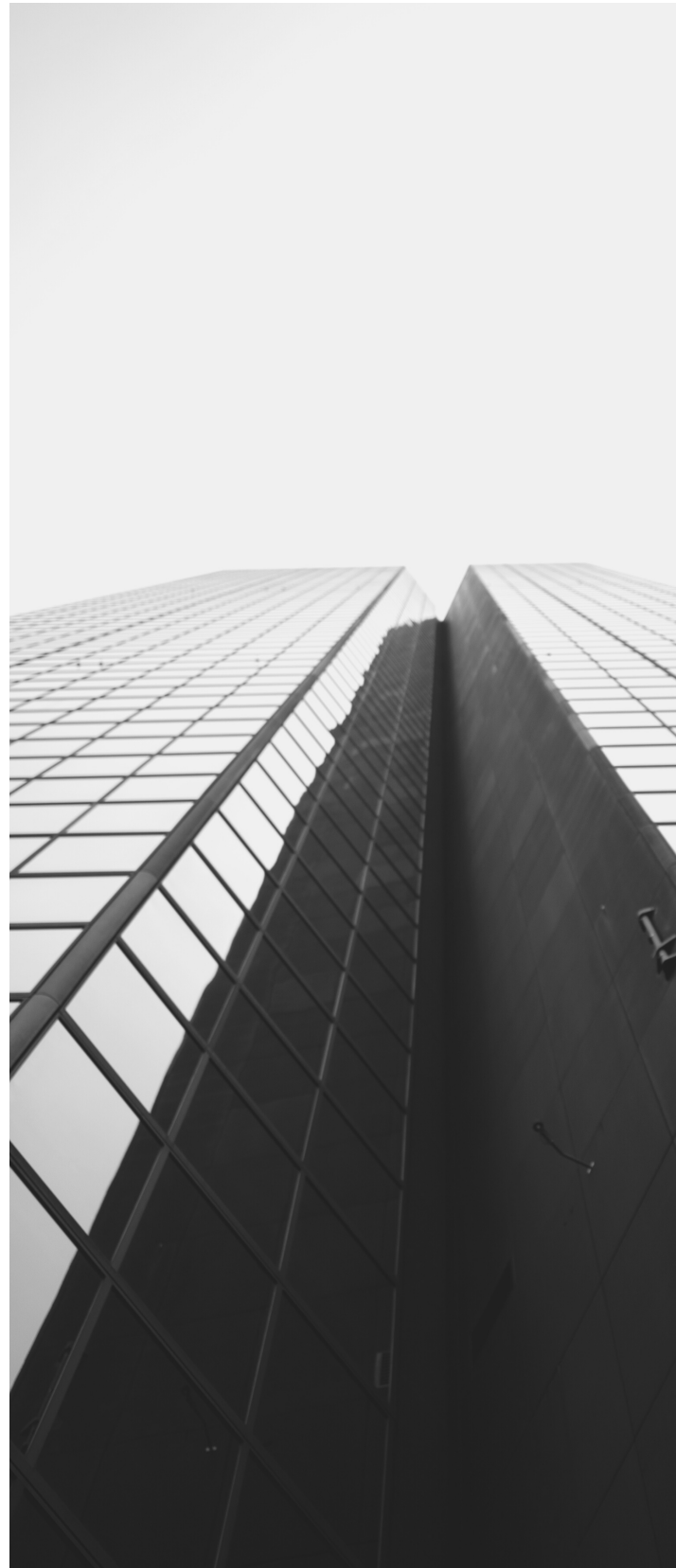
El reto en las operaciones societarias cuando las personas jurídicas se transformen, fusionen, absorban o escindan será extinguir o evitar el traslado de la responsabilidad penal corporativa en todo lo que de hecho y de derecho pueda afectar por la relación que se tenga con la organización originariamente responsable del delito.



El proceso de la *due diligence* deberá abarcar una debida gestión, administración y prevención de riesgos penales dando como resultado el convencimiento de la conveniencia de contar con un *Compliance Penal* en la o las organizaciones resultantes, que tenga como características concretas y con sentido práctico, entre otras, el ser: **(a)** oportuno, implementado desde el inicio y después de las operaciones; **(b)** proporcional, en atención al tamaño de las organizaciones y al volumen o nivel de actividades empresariales desarrolladas en las diferentes jurisdicciones federal y estatales; **(c)** efectivo, validando su naturaleza preventiva, consistente y congruente ante los riesgos delictivos determinados y, **(d)** actualizable, perfectible para revisarse y ajustarse cada vez que cambie la ley penal, alguna de las actividades o el objeto social, así como periódicamente conforme al calendario predeterminado para tal efecto.

Lo ideal es que la o las organizaciones resultantes tomen conciencia de los múltiples beneficios de protección y seguridad jurídica que brinda el definir, integrar e implementar una Política Interna de Prevención Delictiva como parte del conjunto de materias que integran el *Compliance* integral. El compromiso de la persona jurídica resultante debe materializar y exteriorizar una cultura de legalidad y de cumplimiento normativo también en materia penal (4). Máxime en países con elevados índices de criminalidad. Casos para referencia hay muchos.

4. Tal es el caso de Bankia, S.A que, tras la imputación de un delito de estafa de inversores, realizó la implementación de un programa de Compliance y apareció en la prensa argumentando que la externalización de su canal de denuncias ponía en evidencia su claro compromiso con la cultura de la legalidad y del cumplimiento normativo.



6) Conclusiones.

La *due diligence* en y desde las operaciones societarias no es un simple procedimiento de *Check Up*. Su relevancia es sinónimo de prioridad. Como en temas de salud, los *check up* médicos son esos procedimientos integrales para la práctica de diagnósticos, radiografías y diversos estudios de la persona física, con base en su edad y condición personal, que permiten la detección oportuna de enfermedades, muchas de ellas silenciosas o no perceptibles, que pueden atenderse o controlarse siempre y cuando se detecten a tiempo en su fase inicial o preventiva. De lo contrario, la enfermedad aflorará provocando daños, quizá irreversibles, e incluso la muerte.

Así de relevante es incluir en los procedimientos de *due diligence*, ex ante y ex post, al *Compliance Penal*. Este es el mecanismo más eficaz para la detección oportuna de riesgos penales que eludan o eviten el traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos ajenos, pero propios de la persona jurídica originaria. Esa originalmente responsable del delito, cuando se haya determinado, además, que existió en ella inobservancia del debido control en su organización.

En el mejor de los casos y bajo estas circunstancias el delito de encubrimiento acecha a las empresas y a los empresarios.

Bienvenida la era del cumplimiento integral con motivo de las operaciones societarias de *M&A*.





<https://requena.org.mx>

México



<https://totalcomplianceconsulting.com>

Madrid, España
