

EL DUE DILIGENCE Y LA LEY 20393, SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS *

Dictada la Ley 20.393 básicamente lo que se ha escrito y dicho sobre la misma, dice relación con la novedad en Chile que representa perseguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. También se ha hablado sobre las implicancias para las empresas y sobre la necesidad real de implementar un modelo de prevención en los términos de la ley 20.393. Esto sin considerar las críticas que siempre habrá sobre el tema y el análisis filosófico profundo sobre si procede o no sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Lo cierto es que esta ley hace algo más que sancionar penalmente a las personas jurídicas, toda vez que establece la transmisión de dicha responsabilidad penal. Y este tema tiene implicancias muy directas en los mercados y en el funcionamiento de las empresas, incluso más allá de la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas, como veremos.

El artículo 18 de la Ley 20.393 establece en términos muy claros el tema en cuestión desde su título: "Transmisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". Lo que se establece es que la responsabilidad penal de la persona jurídica en caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de la persona jurídica "se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos" y da una serie de reglas de aplicación de las penas en caso de sanción.

Como precisa la referida norma legal, la transmisión de la responsabilidad se deriva de los "delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de los actos" de transformación, fusión, absorción, división o disolución de la persona jurídica.

En caso de realizarse algún proceso de fusión, absorción o división de una persona jurídica, el nuevo ente que emerge

adquiere los vicios de los delitos cometidos con anterioridad. O sea, no solo estamos hablando de responder por los delitos cometidos por la empresa actual, sino que por los delitos cometidos por otra empresa (por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión) que es absorbida o fusionada con la propia.

No hay dudas en cuanto a la necesidad de implementación de un sistema de prevención de delitos al interior de una empresa, dado que resulta común en el mercado recurrir a las figuras de la transformación, fusión, absorción, división o disolución de las personas jurídicas, y el riesgo de la nueva entidad que emerge puede ahora tener carácter penal.

Esta es una novedad en el tema penal, ya no solo estamos hablando de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que vamos más allá al proyectar dicha responsabilidad penal a la nueva persona jurídica que emerja producto de la transformación, fusión, absorción, división o disolución de las personas jurídicas.

No basta con debatir sobre la necesidad de sanción penal de las personas jurídicas, sino que de producirse un hecho delictual en los términos de la Ley 20.393, este contaminaría a la empresa más allá de su existencia como tal, dado que podría, por ejemplo, ser absorbida por otra empresa, y esta empresa asumiría la sanción penal que el caso ameritara en los términos del artículo 18 de la ley 20393.

Por lo anterior, como criterio de análisis en un proceso de due diligence, parece fundamental que las empresas cuenten con un modelo de prevención de delitos en los términos de la ley 20.393 para evitar que la contaminación penal se propague a la nueva empresa que emerja del proceso.

Un directorio o gerente podría prescindir de un modelo de prevención de delitos o tenerlo implementado en su empresa, pero de producirse una fusión o absorción, para eliminar cualquier

germen de responsabilidad penal, se hace necesario que la empresa o empresas fusionadas o absorbidas, y respecto de la cual no se ha tenido dirección o control, tenga/n implementado un sistema de prevención de delitos en los términos de la ley 20.393, para no ser contaminado por los eventuales delitos que se hubieran cometido con anterioridad al proceso de fusión o absorción.

*** Marco A. Lillo, Abogado, Socio del estudio Lillo, Monlezun & Orrego Abogados S.A., empresa asociada a Surlatina Consultores para la entrega del servicio integrado de asesoría en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**