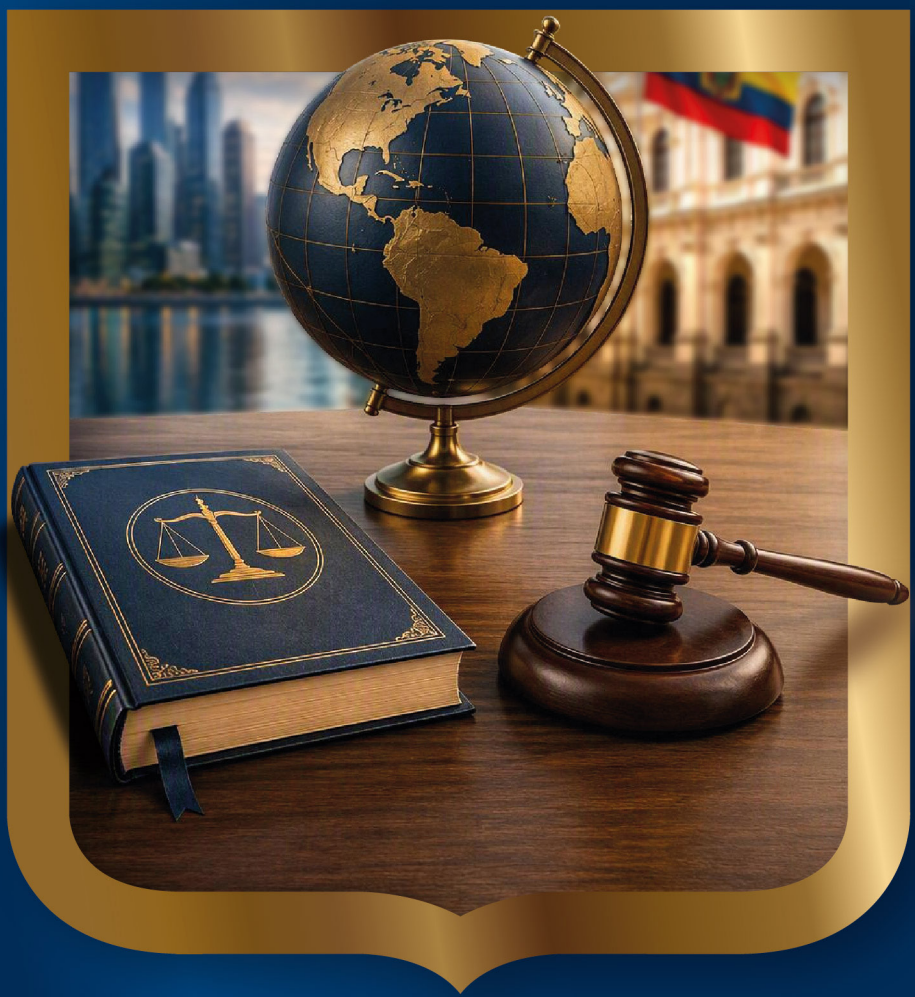
Auditoría Jurídica Empresarial



2026

Rodney Eduardo Mejía Garcés

Escuela Superior Politécnica de Chimborazo
Decanato de Publicaciones

Auditoría jurídica empresarial

Rodney Eduardo Mejía Garcés.
Escuela Superior Politécnica de Chimborazo (ESPOCH)

Auditoría jurídica empresarial
Rodney Eduardo Mejía Garcés,

Copyright © Año 2026
Escuela Superior Politécnica de Chimborazo
Decanato de Publicaciones
Panamericana Sur, kilómetro 1½
Riobamba, Ecuador
Teléfono: 593 (03) 2 998-200
Código Postal: EC0600155

Aval ESPOCH.
Este libro se sometió a arbitraje bajo el sistema de doble ciego *(peer review)*.

Corrección / Diseño y maquetación:
Editorial Politécnica ESPOCH

Publicado en Ecuador

Prohibida la reproducción de este libro, por cualquier medio, sin la previa autorización por escrito de los propietarios del *copyright*.

CDU: 347.7 - Derecho mercantil. Derecho societario.
Auditoría jurídica empresarial.
Escuela Superior Politécnica de Chimborazo (ESPOCH)
Decanato de Publicaciones, 2026
ISBN: 978-9942-801-34-0
Fecha de publicación: 2026-09-25
152 pp.; B5: 17,6 x 25 cm

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA..... .7
INTRODUCCIÓN..... .. 9
CAPÍTULO I.....17
LA AUDITORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL. ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO
1.1 La auditoría como forma de control....…….17
1.2 La auditoría jurídica empresarial…….....…31
1.2.1 Origen y evolución histórica…….....31
1.2.2 Distinciones de la auditoría jurídica empresarial entre las empresas públicas y las sociedades mercantiles…….....39
1.2.3 Formas de auditoría jurídica empresarial en los diferentes países.....50
1.2.4 Modelo institucional de la auditoría jurídica empresarial…....68

CAPÍTULO II 81
LA AUDITORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL, EN EL ECUADOR
2.1 Antecedentes y evolución…….81
2.2 Necesidad de su implementación…….....90
2.3 Diagnóstico del sistema empresarial ecuatoriano……...103
2.4 Organismos encargados del control de las sociedades anóni-mas……..…….....113
2.5 Propuesta de implementación de la auditoría jurídica empresarial…… ……..…117

BIBLIOGRAFÍA 131
FUENTES DOCTRINALES…….....….....131
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL…….....141
LEGISLACIÓN NACIONAL……...…….....145
FUENTES JURISPRUDENCIALES…….....149
OTROS INSTRUMENTOS…….....…150

DEDICATORIA

Con mucho orgullo dedico esta investigación a mi Padres, que siempre me brindaron lo mejor para lograr mis objetivos, sus sabios consejos y su verdadero amor permanecen en mí.

A mis hijos, que son fuente de inspiración y me llenan la vida, su felicidad es la mía.

Rodney Mejía Garcés.

INTRODUCCIÓN

La protección de los bienes jurídicos es una condición necesaria para el desarrollo de la vida de los individuos y de la sociedad; en este contexto debemos amparar a la sociedad anónima que visualizada desde varios ámbitos: dinamiza la economía, da origen a empleos, contribuye al Estado con el pago de tributos y es una fuente de realización de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando no existe un verdadero control tanto interno como externo, dichas sociedades se encuentran propensas a incurrir en actos de corrupción, diversos tipos de faltas administrativas e infracciones penales, entre los que puedo mencionar: fraude corporativo, administración desleal y otros delitos no violentos[1], responsabilidad penal de las personas jurídicas, y enriquecimiento privado no justificado; poniendo en riesgo su reputación y su marca; ocasionando grandes pérdidas e incluso la disolución, liquidación y cancelación.

En la misma línea, la Organización internacional de normalización menciona al soborno como fenómeno generalizado que plantea serias inquietudes sociales, morales, económicas y políticas, socava el buen gobierno, obstaculiza el desarrollo y distorsiona la competencia. Erosiona la justicia, socava los derechos humanos y es un obstáculo para el alivio de la pobreza. También aumenta el costo al hacer negocios, introduce incertidumbres en las transacciones comerciales, aumenta el costo de los bienes y servicios, disminuye la calidad de los productos y servicios, lo que puede conducir a la pérdida de vidas y bienes, destruye la confianza en las instituciones e interfiere con el correcto y eficiente funcionamiento de los mercados[2].

1 Los delitos no violentos se refieren a la clasificación de delitos en los que no se encuentra involucrada el derramamiento de sangre ni la tentativa en contra de la vida de ninguna persona. Los delitos no violentos, son aquellos en los que se encuentran de intermedio la inteligencia, la vivacidad y la astucia para conseguir el fin planteado.

2 Disponible en https://global-iso.com/iso-37001-sistema-de-gestion-antisoborno/. Consultado el 11 de diciembre del 2022.

Ahora bien, un aspecto destacado en las sociedades anónimas es el control; para Ferro[3], el control del fraude interno es un proceso del control interno y por lo tanto en esta materia también ha de estar involucrado todo el personal de la empresa (consejo de administración, dirección y resto de personal)

Así mismo lo ratifica Barquero[4] que expresa que el control interno ha existido siempre. Desde que se crearon las primeras organizaciones existe la necesidad de establecer controles sobre las personas que en ellas participan y sobre sus operaciones.

Por el contrario, el control externo es ejercido por personal ajeno e independiente de la empresa, así lo manifiesta Garrido & Romero[5]; la Ley de Compañías que regula todas las sociedades en el Ecuador y dota a la Superintendencia de compañías, valores y seguros, toda la potestad de vigilar y controlar la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías.

Se puede señalar que la delincuencia empresarial, se ha inmiscuido en la gestión y utiliza la estructura societaria para el cometimiento de sus delitos, procurando otorgar legalidad a lo ilegal, que se confunden por el cumulo de acciones propias que a diario se realiza. Esto genera varios problemas de índole social, político y económico ya que las sociedades creadas no cumplen su objeto social autorizado por su ente rector.

De hecho, otro de los aspectos que contribuyen a este problema de acuerdo con Mejía[6] es que la Superintendencia de compañías, valores y seguros, de manera exclusiva centraliza su revisión a los aspectos económicos, y tiene una carencia de medios y recursos: técnicos, tecnológicos, financieros y humanos, para realizar un verdadero control

3 Ferro, José: Investigación operativa del fraude interno y externo empresarial, e Book, Galicia, 2020, p 57.

4 Barquero, Miguel: Manual práctico de control interno, editorial Profit, Barcelona, 2013, p31.

5 Garrido, Santiago, ROMERO María: Fundamentos de gestión de empresa, Edición universitaria Ramon Areces, 2021, Madrid, p. 416.

6 Mejía, Rodney: Auditoría jurídica empresarial en la fiscalización en la República de Ecuador, e-revista multidisciplinaria del saber, Caracas, 2023, p. 2

de todos los aspectos que rigen a la sociedad anónima ecuatoriana, incluido el aspecto de legalidad.

Respecto de la problemática, planteo la auditoria jurídica empresarial aplicada a las sociedades anónimas ecuatorianas para que de una manera cíclica y constante se realicen actos de vigilancia y control de los aspectos jurídicos, principalmente el cumplimiento normativo para combatir a estas conductas antijuridicas, es decir la aplicación de la supremacía de la norma jurídica sobre los actos de las personas tanto naturales como jurídicas, generando confianza a los *stakeholders*[7] y de la sociedad ecuatoriana.

En referencia a lo enunciado, la auditoría planteada de forma tradicional se liga únicamente a las cuentas, la contabilidad y la economía; más, sin embargo, desde una visión moderna de la empresa, la auditoría es un procedimiento de revisión en todos los campos de la ciencia y con una aplicabilidad necesaria para ejercer un verdadero control, tanto interno como externo. Para ejemplificar lo manifestado la auditoría se liga al derecho, en las auditorias jurídicas o también denominadas legales que están dirigidas a determinar el cumplimiento de las normas jurídicas en el interior de la organización; y así en otras ramas: la auditoría ambiental y la auditoría vial, entre otras.

En cuanto a la regulación internacional, ante esta problemática en mención, la Organización de Naciones Unidas, reunidos en Palermo en diciembre de 2000 suscribió La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (*UNTOC* por sus siglas en inglés) *y sus protocolos*[8], según Soriano[9], estableciendo que, si la delincuencia

7 Se denomina *stakeholders* o partes interesadas a los diferentes grupos de personas que influyen en una empresa. En este caso los empleados, los proveedores, los accionistas o incluso el Gobierno.

8 La Convención tiene tres protocolos complementarios: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

9 Soriano, Juan: *Gobernanza global contra la delincuencia transnacional: la UE y la convención de Palermo*, Revista CIDOB d'Afers Internacionals, No 108, Barcelona, 2014, pp. 141-163. Con la UNTOC y sus protocolos, la comunidad internacional dio un paso muy significativo en la lucha mundial contra la delincuencia organizada transnacional (DOT), porque los estados se comprometieron, entre otras cuestiones, a criminalizar la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo de dinero, la corrupción y

organizada transnacional (sus siglas *DOT*) atraviesa las fronteras, la acción de la ley debe realizar lo mismo. El objetivo fundamental de esta convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

La auditoría jurídica empresarial, a pesar de ser un tema escasamente tratado en la literatura científica ecuatoriana, en otras naciones ha sido implementada bajo la denominación de *Compliance Programmes*[10], al respecto en la legislación americana se han expedido varias normas: *Pure Food and Drug Act (1906), la Federal Reserve Acta* (1913), *la Clayton antitrust Law* (1914), *la Banking Act* (1933) o la *Securities Acts*, y la Unión Europea también lo ha realizado: La Decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, el Convenio sobre Ciber delincuencia, de 23 de noviembre de 2001, la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; todas éstas normas son resultado del esfuerzo de las naciones por una lucha frontal en contra de la corrupción y de alcanzar un desenvolvimiento transparente en la gestión de las personas jurídicas.

la obstrucción de la justicia; a eliminar los territorios seguros para la DOT en el mundo; a fortalecer la protección de víctimas y testigos; así como a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de los delitos transfronterizos. Además, se acordó, por primera vez, una definición universalmente compartida sobre este fenómeno. De acuerdo con el artículo 3 de la Convención, un delito tendrá carácter transnacional si: a) se comete en más de un Estado; b) se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

10 Se refiere a los programas de cumplimiento normativo que las empresas deben implementar a su interior, para evitar que se cometan fraudes, corrupción y violación de normas jurídicas. Se trata de establecer políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus ejecutivos, empleados y agentes vinculados cumplan con el marco normativo aplicable. Dentro del marco normativo no ha de considerarse únicamente las normas legales como leyes y reglamentos; sino que también deberán incluirse las políticas internas, los compromisos con los clientes, proveedores o terceros y finalmente los códigos de ética que la empresa se haya comprometido respetar. *Compliance Programmes*, hace una revisión minuciosa de todos los aspectos de la empresa, incluidos los procesos de invención, extracción, procesamiento y comercialización de bienes y servicios; si estos se han realizado en apego al cumplimiento normativo. PERALTA, Adriana: *Compliance en México*, el antídoto contra la corrupción, Aqua Ediciones, México, 2018, p. 61.

Adicional a lo señalado, se han elaborado un conjunto de estándares con reconocimiento internacional denominadas normas *ISO*[11] encargadas de establecer los lineamientos fundamentales principalmente sobre los procesos de gestión en las empresas; entre los que podemos citar las normas ISO 37001: 2016 Sistema de gestión antisoborno[12] e ISO 19600:2014 Sistema de gestión de *Compliance*[13].

En nuestra nación en los últimos años se ha ido generando legislación tendiente a sancionar las conductas delictivas cometidas dentro del seno de la empresa; entre ellas: enriquecimiento privado no justificado, responsabilidad penal de las personas jurídicas, delincuencia organizada y actos de corrupción en el sector privado[14].

11 Las iniciales *Iso* es el acrónimo de *Organitatión International of Standarization*, una organización no gubernamental, con sede en Ginebra, Suiza encargada desde el año 1946 de elaborar estándares de proceso de gestión, producción y tecnología; hasta la presente fecha ha expedido más de 23.000 estándares que se encuentran vigentes en 166 naciones del mundo, entre ellas: Argentina, Chile, Perú, Estados Unidos, España y Ecuador.

12 Los gobiernos han hecho progresos en el tratamiento del soborno a través de acuerdos internacionales tales como la Convención para Combatir el Cohecho de funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y a través de sus leyes nacionales. En la mayoría de las jurisdicciones, constituye un delito el hecho de que las personas participen en sobornos y hay una tendencia cada vez mayor para hacer que las organizaciones, así como las personas, sean responsables de los sobornos. La Norma Iso 3700:2016 especifica los requisitos y proporciona una guía para establecer, implementar, mantener, revisar y mejorar un sistema de gestión antisoborno. El sistema puede ser independiente o puede estar integrado en un sistema de gestión global. En este documento se aborda lo siguiente en relación con las actividades de la organización: soborno en los sectores público, privado y sin fines de lucro, soborno por parte de la organización, soborno por parte de personal de la organización que actúa en nombre de la organización o para su beneficio, soborno por parte de socios de negocios de la organización que actúan en nombre de la organización o para su beneficio, soborno a la organización, soborno del personal de la organización en relación con las actividades de la organización, soborno de los socios de negocios de la organización en relación con las actividades de la organización, soborno directo e indirecto (por ejemplo, un soborno ofrecido o aceptado por o a través de un tercero. Disponible en https:// www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es. Consultado el 17 de diciembre del 2022.

13 La norma ISO 19600:2014, pretende reforzar la creciente preocupación y grado de importancia que tiene el *Compliance* dentro de las empresas. Se ha publicado como una guía de referencia a nivel internacional, para proporcionar a las organizaciones un Sistema de Gestión de *Compliance* (cumplimiento normativo) con el objetivo de que estas puedan evitar los diferentes riesgos que se producen por el incumplimiento legal, disminuyendo así la posibilidad de sufrir sanciones, multas, contingencias y daños.Propone un conjunto de directrices con la finalidad de proporcionar orientaciones sobre cómo establecer, desarrollar, ejecutar, evaluar, mantener y mejorar un Sistema de Gestión de *Compliance* dentro de la empresa, por lo que no es una norma certificable. El alcance de los requisitos depende del tamaño, la estructura, la naturaleza y la complejidad de la empresa. Disponible en https:// https://www.compliance-antisoborno.com/iso-19600/ Consultado el 19 de diciembre del 2022.

14 En esta conducta se determina que podrán ser sancionados los representantes legales, administradores, socios, accionistas, apoderados, auditores o cualquier otro empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado que, de manera individual acepte, reciba, solicite o de forma directa

Una vez conocido el impacto de la delincuencia organizada que opera en el seno de las sociedades anónimas, el Ecuador como nación enfrenta el desafío como miembro de la ONU de legislar con estándares de protección al bien jurídico tutelado, y que incluya la auditoría jurídica empresarial como un proceso efectivo para alcanzar su fin.

La Constitución de la República de Ecuador, establece como un derecho permisivo la libertad de asociación con fines pacíficos, en dicho grupo se encuentran las sociedades anónimas, siempre que demuestren su compromiso social, legal, moral y ético de hacer las cosas que le corresponden, tal como demostrar que sus acciones se encuentran dentro del marco legal que les rige y que su superávit ha sido conseguido lícitamente.

La Legislación específica vigente aplicable a las sociedades anónimas, en cuanto a la vigilancia y control, determina claramente las obligaciones a cumplir y las prohibiciones que no se deben ejecutar; y un cuerpo de sanciones previstas para atenuar la responsabilidad.

De hecho, esta legislación en la parte administrativa no ha minimizado el cometimiento de infracciones en el seno de la empresa y se ha requerido un cuerpo legal concordante para sancionar esas conductas antisociales en el ámbito penal; me refiero al Código orgánico integral penal[15], que de cierta forma va regulando las acciones y omisiones en este sentido.

Especial atención merece la forma en que los legisladores incorporan en febrero de 2021, como una atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la inclusión de los *compliance programs en el Código orgánico integral penal*: Haber implementado, antes de

o indirecta, prometa, ofrezca o conceda donativos, dádivas, promesas, cuotas, contribuciones u otros con el propósito de favorecerse a sí mismo o a un tercero en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales. Disponible en https:// https://www.globalsuitesolutions.com/es/que-es-ley-anticorrupcion-ecuador/#:~:text=El%20pasado%2017%20de%20febrero,ISO%2037001%20a%20nivel%20internacional. Consultado el 16 de enero de 2023.

15 Asamblea Nacional: *Código orgánico integral penal,* Registro Oficial Suplemento 180, Quito, 10 de febrero de 2014, Ultima modificación: 17 de febrero de 2021, Artículo 45, n. 7, l. d, p. 5.

la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o en una persona responsable en el caso de medianas y pequeñas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización siendo la única norma, insuficiente para resolver la problemática. Ha trascurrido diez años desde los escándalos de Odebrecht y se hace necesario un marco regulatorio reformado acorde a estándares internacionales.

La Legislación local, responde principalmente a los acuerdos internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano y como país fundador de las ONU, debe mantenerse dentro de los lineamientos en torno a las conductas delictivas que se persigue y al orden jurídico supranacional que se emita; y que se aliente a luchar en pro del imperio de la ley. Entonces es primordial que las sociedades anónimas, los negocios mercantiles, y la gestión administrativa obedezca al cumplimiento de las normas jurídicas; y que todo camino que no sea éste, implique sanciones ejemplares.

Lo antes expuesto permite asegurar que la presente investigación se define como teorico-jurÍdica, dirigida al estudio de las sociedades anónimas sus transacciones mercantiles y su gestión administrativa. Los análisis se realizan primordialmente desde el cumplimiento normativo nacional y supranacional, que permita una adecuada gestión de las organizaciones en cuestión; encaminadas a que desarrollen sus negocios sin perjuicio a las personas y generando mercados transparentes, que generen atracción a la inversión extranjera, se proteja los capitales, se mantenga las plazas de trabajo y se minimice el riesgo de liquidación y cancelación del registro mercantil.

Ello determina la importancia del estudio de este tema en Ecuador, por cuanto, si bien la institución de *compliance programmes*, evita el cometimiento de delitos en el seno de la empresa, ya que con el aparecimiento de la globalización los actos mercantiles se lo hacen a gran escala y entre personas jurídicas de otras naciones, la auditoría

jurídica empresarial en nuestro país aporta a dicho propósito guardando la distancia que el caso amerita.

El tema planteado es relevante, y va a desarrollar un sistema de cumplimiento normativo de la gestión de las sociedades anónimas, y se estructuró metodológicamente en dos capítulos. El primero "La Auditoría Jurídica Empresarial. Análisis del Derecho Comparado" con un breve análisis del término auditoría y su manejo tradicional ligado netamente a la revisión de cuentas y con una perspectiva actual ligado a otras ramas de la ciencia, aportando criterios valiosos. Un análisis de la auditoría financiera desde la visión de las ciencias económicas y de la implementación de otras auditorías: administrativa y legal; y desde la perspectiva jurídica-doctrinal, la auditoría evaluada acorde a la teoría general de las obligaciones. Un análisis de los órganos de fiscalización de las sociedades anónimas y su gestión dentro del derecho comparado, constituyen elementos necesarios de este capítulo.

El segundo capítulo "La Auditoría Jurídica Empresarial, en el Ecuador" hace referencia al aparecimiento y evolución de la empresa en Ecuador y como se han generado los actos dolosos de manera particular en relación con la participación de la empresa *Odebrecht* en territorio ecuatoriano, dejando secuelas incalculables. Se incluye en este capítulo la necesidad de implementar la auditoría jurídica empresarial analizada desde tres ámbitos: sociológico, delictivo y punitivo. Se añade un diagnóstico del sistema empresarial ecuatoriano que presenta una alta vulnerabilidad frente a delitos económicos y de manera particular al delito de enriquecimiento privado no justificado, ocasionado por incumplimientos normativos.

Por los requerimientos propios de este tipo de investigación hemos tratado de hacer un estudio minucioso de la doctrina y de la legislación en cada uno de los países en donde se encuentran vigentes de *compliance programmes*; y somos del criterio de que este trabajo es solo un primer acercamiento a la institución del cumplimiento normativo a través de la propuesta de auditoría jurídica empresarial en Ecuador.

CAPÍTULO I

LA AUDITORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL. ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

1.1. La auditoría, como forma de control

Al referir al sistema punitivo sancionador del derecho penal, que prima en los Estados[16] al respecto Aróstica[17] sostiene que las infracciones y sanciones han planteado desde el punto de vista dogmático una serie de problemas, cuya discusión se ha extendido por más de un siglo sin haber llegado todavía a una respuesta satisfactoria que permita explicar su naturaleza jurídica, los fundamentos constitucionales que permiten sostener la existencia de este poder punitivo en manos de la administración y el alcance y contenido de los principios a los cuales se encontraría sometida en sus aspectos sustantivos y procedimentales. Por eso no es de extrañar que algunos autores sostengan que la distinción entre la pena penal, la administrativa y la disciplinaria ha llegado a constituir un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria.

El Estado se encuentra a la espera que, el administrador o cualquier integrante de la empresa caiga en la tentación y cometa alguna violación constituyente en infracción o delito para imponer su rigurosidad y peso del aparato estatal, demostrando su poder punitivo victorioso a través de la imposición de multas, o de manera drástica a través de la privación de la libertad.

Pues bien, al respecto del control, la Real Académica de la Lengua lo define como: comprobación, inspección, fiscalización e intervención[18].

16 Con excepción de aquellos Estados que han propiciado un sistema preventivo del cometimiento de delitos a través de la implementación de los *compliance sistems*; entre ellos Estados Unidos, España y en América Latina como pionero Chile.

17 Aróstica, Iván: *Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción Nº 182, Concepción, 1987, pp. 71-81.

18 Real Academia De La Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, Madrid, 2018. Disponible en https://www.rae.es/. Consultado el 20 de octubre del 2019.

Esta definición y su relación con la empresa[19], denota un subordinamiento al ordenamiento jurídico impuesto por el Estado. De esta forma el Estado ejerce el control social sobre las actividades mercantiles licitas e ilícitas que desarrolla la empresa.

El control social analizado desde la perspectiva sociológica y promulgado por la escuela de Chicago[20] de acuerdo con Melossi[21] es una noción sociológica estadounidense, de donde surge las sociedades democráticas.

De todos los medios de control social[22], para efectos de esta investigación me basaré en las normas jurídicas y el poder punitivo de los Estados; cito a Muñoz Conde[23], el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contra fácticamente -en caso de su frustración o incumplimiento- con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.

Otra forma de control social, que reconocen los estados y que forma parte de su ámbito mercantil-societario, es la auditoría, pero ligada a los procesos de la economía y las finanzas.

La Real Académica de la Lengua define a la auditoria como la revisión sistemática de una actividad para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse. Es la técnica profesional normada de revisión, verificación y evaluación de documentos contables y de procedimientos de control y de gestión

19 Cada ocasión que se cite el término empresa, de manera expresa me refiero a la sociedad anónima.

20 La escuela sociológica de Chicago es considerada el primer cuerpo de estudio de los trabajos de sociología primero y posterior criminología que aparecieron en la década de 1920. Se caracteriza por difundir los estudios de la sociología urbana. También se la conoce con el nombre de Escuela Ecológica. Se encuentra adscrita al prestigioso departamento de sociología de la Universidad de Chicago y forma parte de la revista *American Journal of Sociology,* que se publica desde 1895.

21 Melossi, Darío: *El Estado del control social*, Siglo XXI editores, México, 1992, p. 14.

22 Los Estados para ejercer el control social se valen de determinados medios: las normas jurídicas, el poder político, las instituciones, los funcionarios públicos, entre ellos las fuerzas armadas.

23 García, Nicolás: *El poder punitivo en el estado democrático*, ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 1996, p. 16.

cuyos resultados se recogen por escrito en un informe y contienen una opinión acerca de la información auditada[24].

Etimológicamente la palabra auditoría proviene del vocablo ingles audit, que significa verificar, inspeccionar. Y audit encuentra su origen a su vez, al igual que la palabra española audiencia, en las voces latinas audire, auditio (acto de oír o audición de una lectura pública o de una declamación) o auditus (oído, facultad de oír)[25].

La definición de auditoría se encuentra ausente de nuestra perspectiva jurídica-doctrinal, así como tampoco se la ha definido desde la perspectiva del Derecho positivo; no obstante ha sido necesario a la hora de requerir una concepción de auditoria acudir a las ciencias económicas; de acuerdo a Sánchez[26] la auditoria puede definirse como el examen de los estados financieros básicos preparados por la administración de una entidad económica, con objeto de opinar respecto a si la información que incluyen está estructurada de acuerdo con las normas de información financiera aplicables a las características de sus transacciones.

La auditoría, ha sido ligada a la contabilidad[27], y efectuada mediante un proceso de revisión de los estados financieros, para determinar si las cuentas de una empresa expresan la imagen fiel de su patrimonio.
A nuestro criterio la auditoria nace desde la perspectiva de la revisión de cuentas y se delimitada única y exclusivamente al ámbito financiero; sin embargo, como iré desarrollando esta investigación, la auditoria desde una perspectiva moderna, ya se enlaza con otras ciencias y aporta valiosos criterios.

24 Real Academia De La Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, Madrid, 2018. Disponible en https://www.rae.es/. Consultado el 29 de octubre del 2019.

25 Peña, Jesús: Control, *Auditoría y revisoría fiscal incluye contraloría y ética profesional*, Ecoe ediciones, Bogotá, 2007.

26 Sánchez, Gabriel: *Auditoria de estados financieros Practica moderna integral,* Pearson Educación, México, 2006, p. 2.

27 La contabilidad es la técnica que analiza, interpreta y registra cronológicamente los movimientos o transacciones comerciales de una empresa. Su principal objetivo es conocer la situación económica financiera en un periodo determinado. Sarmiento Rubén: *Contabilidad General*, Décima edición, Ediciones Impresos Andino, Quito, 2004, p. 5.

Para entrelazar las ciencias económicas y jurídicas, la auditoría de estados financieros debe fundamentar su actuación en las normas, es así como se han creado las Normas internacionales de Información Financiera[28] como un intento global de estandarizar la información, específicamente al entorno de la empresa con fines de lucro, con el propósito de lograr el enorme esfuerzo de contabilizar las transacciones económicas y financieras de este tipo de unidades económicas.

La auditoría financiera ha sido analizada por varios autores[29]; haciendo énfasis en un proceso sistemático y ordenado de revisión y cumplimiento de los objetivos de la empresa[30].

Esta auditoría financiera señalada, pueden ser ejecutada de dos formas:
a. Auditoría financiera interna, es un método que analiza y examina la información financiera de una empresa y es ejecutado por los profesionales del área financiera de la propia entidad.

A nuestro criterio, la empresa moderna cuenta con departamento de auditoría financiera interna, que dentro de sus competencias brinda a los accionistas, las validez y verificación de la exactitud de los estados financieros, ocurridos en determinado período fiscal.

b. Auditoría financiera externa, según Madariaga[31] se puede definir como los métodos empleados por una firma externa de profesionales para averiguar la exactitud del contenido de los estados financieros

28 Vasquez Nitzia, Diaz, Manuel: *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF-IFRS), Editorial Profit, Barcelona, 2013, p. 6. Las Normas internacionales de Información Financiera (NIIF), conocidas en inglés como *Internacional Financial Reporting Standars* (IFRS) son estándares técnicos y principios contables establecidos por las *Internacional Accounting Standars Bord* (IASB) que tienen por objeto estandarizar la normativa contable a nivel internacional.

29 Gomez, Roberto: *Generalidades en la auditoria*, México, 2000 y ALARCON, Andrés: *Las sociedades por acciones simplificadas en el nuevo derecho societario colombiano*, Revista digital Saber, Ciencia y Libertad, Volumen 8, número 13, Bogotá, 2013. Disponible en https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1904. Consultado el 7 de noviembre del 2019.

30 El objetivo fundamental de la empresa es obtener: utilidad, rentabilidad o ganancia, minimizando los costos y gastos, es decir aprovechando al máximo todos y cada uno de los recursos disponibles. Sarmiento, Ruben: *ob. cit.* p. 1.

31 Madariaga, Juan: *Manual práctico de auditoría*, Editorial Deusto, Barcelona, 2004, p. 18.

presentados por una empresa. Se trata de dar carácter público, mediante la revisión a unos estados financieros que en principio eran privados.

Comparto este criterio, cuando existen falencias en la presentación de balances, que no satisfacen los requerimientos de los accionistas, se toma la decisión de contratar una firma de profesionales encargados de verificar la validez de los estados financieros. Esto permite corroborar la información financiera presentada. La presencia y participación de esta clase de auditoria es limitada en el tiempo y a una sola actividad.

Es necesario comprender, que la auditoría financiera nace en la proliferación de propietarios que delegaban la gestión del día a día de sus empresas en manos de terceras personas, según Pickett[32].

Desde la perspectiva del derecho positivo, la auditoría financiera, ha sido instaurada en varias legislaciones[33], para regularla y brindarle ese sustento y viabilidad que se requiere al momento de su implementación.

Por otro lado, es necesario comprender que la actividad de la auditoria[34] únicamente se la realizaba sobre el registro de la contabilidad y de los estados financieros; pero con el paso del tiempo, la transformación de las sociedades y las estructuras complejas de las empresas se ha trasformado en otro tipo de auditorías de mucha utilidad, así puedo

32 Pickett, Spencer: Manual básico de auditoría interna, de la teoría a la práctica profesional, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 2007, p. 21. Esos propietarios necesitaban una evaluación independiente del funcionamiento de sus empresas. Porque ellos corrían un mayor riesgo de cometer errores, omisiones o fraudes en las actividades empresariales y en el reporting del funcionamiento de sus empresas que los directivos. Esta circunstancia fue lo primero que dio alas a la profesión de la auditoria.

33 La auditoría se encuentra tipificada en: Argentina: Ley de sociedades comerciales, Ley No.19550, texto publicado por el Decreto No. 841/84, del 30 de marzo de 1984, Buenos Aires, Artículo 283, p. 85. Bolivia: Código de comercio, Decreto Ley No 14379 de 25 de febrero de 1977, Sucre, Artículo 54, p. 11. Chile: Ley sobre sociedades anónimas, Ley No 18046 de 22 de octubre de 1981, Santiago, Artículo 52, p. 28. Colombia: Código de comercio, Ley No 222 de 20 de diciembre de 1995, Bogotá, Artículo 44, p. 17. Perú: Ley general de sociedades, Ley N° 26887de 5 de diciembre de 1997, Lima, Artículo 226, p. 51.

34 En la Prehistoria, la auditoría se originó como una actividad de fiscalización y verificación de los principios contables, Edad media, en esta época los hacendados y los grupos económicos favorecidos, tenían que pagar su diezmo al virrey, iglesia y para su control estaban los auditores; y en la Edad industrial, A mediados del siglo XVIII en Inglaterra aparecieron las primeras máquinas hiladoras y de tejido, hecho que marcó el nacimiento de la Revolución Industrial.Mantilla, Samuel: Auditoria, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2005, p. 32.

citar: la auditoria administrativa[35], la auditoria de cumplimiento[36] y la auditoria legal necesaria para este estudio.

Al respecto de la Auditoria legal[37]; prevé las indagaciones efectuadas que incluyeron la realización de un levantamiento preliminar de normativa, a los efectos de verificar la existencia de estipulaciones vinculadas a la auditoría de contenidos jurídicos en las organizaciones, lo expresa Hynes[38].

Como quedó señalado, desde el ámbito de las ciencias económicas, la auditoría financiera es un instrumento de valía e importancia para determinar los ingresos y egresos económicos en determinado ejercicio fiscal; practicada por profesionales en esta área del conocimiento; sin embargo, estos resultados financieros pueden ser alcanzados mediante el cometimiento de infracciones y delitos, perpetrados en la empresa, es aquí en donde radica la importancia de contar con profesionales en el ámbito de la ciencias jurídicas para determinar las conductas desviadas.

Dejando definitivamente la visión las ciencias económicas y centrándonos plenamente en las ciencias jurídicas; desde la perspectiva

35 Según Bogdanski es una revisión analítica total o parcial de una organización con el propósito de precisar su nivel de desempeño y perfilar oportunidades de mejora para innovar, valorar y lograr una ventaja competitiva sustentable. A este tipo de auditoría también se la conoce con el nombre de auditoría de gestión La auditoría de gestión es conocida también como auditoria administrativa y como auditoria de eficiencia. Esta auditoría implica un control sobre la eficiencia y la productividad de un organismo, una empresa o una entidad. El propósito de este control es comprobar que las actividades se lleven a cabo de forma satisfactoria. De Miranda, Antonio: *Auditoría de las empresas socialistas*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1984, p. 140.

36 A criterio de Blanco, consiste en la comprobación o examen de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole con el objetivo de establecer que se han realizado conforme a las normas legales, estatutarias y de procedimientos que le son aplicables. Esta auditoria se practica mediante la revisión de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones para determinar si los procedimientos utilizados y las medidas de control están de acuerdo con las normas que le son aplicables y si dichos procedimientos están operando de manera efectiva y son adecuados para el logro de los objetivos de la entidad Blanco, Yanel: Auditoría integral normas y procedimientos, segunda edición, Ecoe ediciones, Bogotá, 2012, p. 362.

37 La auditoría legal que se hace mención es sinónimo de la auditoría jurídica que se pretende implementar en la legislación ecuatoriana, como un nuevo método de control de las actividades mercantiles y que prevengan el consumo de actos delictivos.

38 Hynes, Luisa: *A propósito de la auditoría legal*, Revista Argentina del Régimen de la Administración pública, Buenos Aires, 1996, p. 30.

jurídica-doctrinal, la auditoría debe ser evaluada observando la teoría general de las obligaciones[39], ya que la mayoría de las relaciones jurídicas que se desarrollan en un Estado es a través de los individuos, y se las realizan mediante las obligaciones. De esta teoría no queda excluida la empresa[40]; más por el contrario en ella reside cualquier obligación, originada en el vínculo jurídico de los sujetos que intervienen.

Las obligaciones instauradas en las sociedades mercantiles[41], son un

39 No puede dudarse, por tanto, de la importancia practica del Derecho de obligaciones, ni de la técnica jurídica que lo estudia, muy fecundada, desde luego en el campo del Derecho civil, pero también presente en la práctica total de los restantes sectores de la ciencia del Derecho (mercantil, laboral, administrativo, internacional privado y público, etc.), por lo que podemos afirmar, sin temor a exagerar, que el concepto obligacional constituye la armadura y el *substratum* del Derecho, y todavía, de una forma más general , de todas las ciencias sociales. Joseerand: *Tours de droit civil positiffrancais*, tomo II, Numero 5, París, 1930, p. 2.

40 Desde la visión de un conjunto de teorías o construcciones jurídicas y con el propósito de lograr un concepto jurídico de empresa, que puedan ubicarlo en el sistema del Derecho positivo, estas son: a) la empresa como persona jurídica: esta teoría tiene sus fieles exponentes en la doctrina alemana de mediados de XIX, se formula en el contexto histórico económico de la primera etapa de capitalismo. Se trata de concebir jurídicamente a la empresa como persona jurídica dotada de una unidad jurídica subjetivizada con atributos propios de la personalidad, ejemplo: nombre, firma, nacionalidad, domicilio, patrimonio propio y con plena independencia del empresario. b) La empresa como patrimonio separado: Sigue la línea de la unidad jurídica. Según esta se trata de construir la empresa como un patrimonio separado o de afectación. Es decir, se crea un patrimonio autónomo, distinto del patrimonio civil del empresario. c) la empresa como universalidad: Esta teoría considera a la empresa como un objeto jurídico indivisible, que al integrar todos sus elementos patrimoniales singulares (bienes y derechos) se sobrepone a estos como un derecho real. d) la empresa como actividad: según esta teoría existen en la empresa dos aspectos diferentes: la empresa o actividad del empresario; y el otro es el establecimiento que se integra por el conjunto de medios instrumentales con los que el empresario realiza su actividad económica. La empresa es el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios. e) la empresa como organización: Esta teoría pretende que la empresa jurídicamente como organización sea reconocida y protegida como organización inmaterial del empresario, por cuanto que en ella se aquilatan ideas creadoras y esfuerzos intelectuales y materiales, imagen y prestigio, expectativas, clientelas, cuotas de mercado, capacidad de competencia…, en fin, todos los elementos que contribuyen a su funcionalidad y economicidad. f) Teoría atomista: la empresa según la doctrina atomista solo puede considerarse desde el punto de vista jurídico "atomísticamente", es decir descompuesta en la diversidad de elementos simples y regulada con arreglo a las normas que a cada uno de estos corresponda según su naturaleza. Mesa, Natacha, *et al*: *Temas de Derecho Mercantil Cubano*, Primera parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009, pp. 21-24. La Comisión de la Unión Europea, en su Recomendación 2003/361/CE del 6 de mayo del 2003, emitió la siguiente definición: "Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular". European Union Law, Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas, medianas empresa, de 6 de mayo de 2003, Disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2003/361/oj. Consultado el 7 de noviembre del 2019.

41 Una sociedad mercantil es una agrupación pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, fines pertenecientes al comercio. Travis Ricardo: *Derecho Mercantil,* Primera edición e book, Grupo Editorial Patria, México, 2016, p. 68. Las sociedades mercantiles se clasifican en dos grupos; de personas y de capital. En el primero son sociedades de personas o *intuitu personae* en ella se destaca la presencia de personas morales, como de la identidad de los socios en razón de sus atributos pecuniarios y personales, por citar las sociedades en nombre

eje transversal, que fluye sobre todos los sujetos, objetos y vínculos jurídicos que forman parte de ella. De su seno nace una amalgama de gestiones que han sido confiados a los administradores[42].

Los administradores, necesariamente deben ser encarnados por personas, que de manera individual o colectiva[43], responderán por su gestión; debido a que administran recursos económicos ajenos y que son pertenecientes a los accionistas que han consignado su aporte para lograr multiplicarlo.

A cada instante estamos celebrando contratos, aunque sea de cuantía insignificante y sin formalidades de clase alguna. E incluso, sin suscribir contrato alguno, pesan sobre los administradores innumerables obligaciones impuestas por las leyes[44].

La representación judicial y extrajudicial recae sobre los administradores; quienes deben obrar con lealtad y diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente. Toda la vida social fluye a través de este, y es su actuación acertada o desacertada la que hace prosperar a la sociedad o la lleva al fracaso y a la ruina[45].

---

colectivo y en comandita simple. En el segundo, son sociedades de capital o *intuitu capitalis* todas las que se ajustan a un formato estructural apropiado para conjugar créditos y capitales y para acometer grandes empresas. En estas sociedades poco importa la identidad y cualidades de los socios, aspectos difíciles de controlar dado su inusual gran numero, pues lo que realmente se busca son sus aportaciones. Recaen es esta estructura las sociedades limitadas y las sociedades anónimas. Díaz, Arturo: *Derecho Mercanti*l, Primera edición E book, quinta edición impresa, IURE Editores, México, 2017, p. 222.

42 Los Administradores son el órgano ejecutivo encargado de la gestión permanente de la sociedad y de representar a la misma en sus relaciones con terceros. Uría Rodrigo: *Derecho Mercantil*, Vigésimo cuarta edición, Marcial Ponds Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1997, pp. 306.

43 Varias legislaciones, entre ellas Argentina, Bolivia, Costa Rica han previsto que la administración de las sociedades mercantiles se lo realice de manera individual, cuando una persona exclusivamente acepta la representación y ejerce la función; otras legislaciones, entre ellas Guatemala, México y Ecuador proponen la administración colectiva, cuando han nombrado dos o más personas para que la representen, en este caso se conforma un órgano colegiado al cual se le denomina Consejo de Administración. Este órgano debe estar conformado por los consejeros y presidido por el presidente, nombrado al interior de su seno. La condición jurídica del administrador, en la tesis contractualista veía a los administradores como mandatarios amovibles. Esa doctrina ha sido sustituida y concibe al administrador y sociedad como un acto unilateral de proposición o nombramiento, cuyo efecto consiste esencialmente en la investidura o atribución de poder a un sujeto. URÍA Rodrigo: *op cit.* p. 328.

44 Hedemann, *Schuldrecht: Bürgerliches Gesetzbuch*, 3ra Edición, Berlín, 1949.

45 Uría, Rodrigo: *op cit.* pp. 327-328.

De manera particular la sociedad anónima como entidad jurídica dotada de personalidad, necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad; la teoría organicista[46] cobra en esta sociedad especial relieve en razón a su carácter capitalista incluso prevalente sobre el ser humano.

Los órganos sociales encarnan en personas físicas o en pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales[47]

La ley establece dos órganos colegiados[48]: la junta general de accionista[49] y el consejo de vigilancia; cada uno con funciones y responsabilidades específicas, a saber:

a. La Junta general de accionistas o Asamblea; para Castrillon y Luna[50] constituye el órgano de decisión de la sociedad, cuyos acuerdos deben ser cumplidos y ejecutados por la administración y define a través del voto el rumbo de la sociedad, debiendo enmarcar su actividad en los estatutos o la propia ley.

Para el autor de la investigación la junta general, es el máximo órgano

46 La teoría organicista, absolutamente dominante en el primer tercio del siglo XIX. La significación del término empresa en el terreno jurídico mercantil, empezando por afirmar que durante mucho tiempo estuvo generalizada la opinión de que el Derecho podía tomar el concepto de empresa de la ciencia económica. Por ello son muchos los juristas que han hablado de empresa como organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con finalidad o propósito de lucro. Y muchos también los que, influidos por la idea económica, ven en la empresa un organismos vivo y dinámico, integrado por la actividad del empresario, el trabajo de los auxiliares de éste y los bienes instrumentales necesarios para conseguir el fin perseguido. Uría Rodrigo: *op cit.* p. 35.

47 Uría Rodrigo: *Ídem*p. 305.

48 Los órganos colegiados, constituyen la agrupación de personas que actúan en representación de una organización. Los miembros de los órganos colegiados han sido elegidos democráticamente al interior de una organización para ejecutar acciones específicas, pero que tengan un interés colectivo.

49 En varias naciones al máximo órgano de las sociedades se la denominada asamblea así en Argentina, España y Bolivia. En Colombia se la nombra asamblea de accionistas o junta de socios. En Guatemala se llama junta general o asamblea general. En México la nombran Asamblea General de accionistas. Y Chile es el único país en llamarla Junta de accionistas. En Ecuador, país donde se desarrolla la investigación, se les denomina Junta General de accionistas.

50 Castrillon y Luna, Víctor: *Ley General de sociedades mercantiles comentada*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 188.

de la sociedad, que se encarga de emitir mediante resoluciones todas las directrices que van a regir el rumbo de la organización.

b. El Consejo de vigilancia, es un órgano necesario de control y vigilancia. Es quien fiscaliza la actuación de los administradores y regulariza la marcha de la sociedad[51], el consejo de vigilancia está conformado por los comisarios: es la persona o grupo de personas, a quienes la junta general a delegado para la revisión y fiscalización de las acciones de la administración. Visto desde la doctrina, el comisario es la persona encargada de las funciones de vigilancia de ciertas sociedades mercantiles. Puede tratarse de una o más personas que integran en cualquiera de estos supuestos el órgano de vigilancia[52].

Según Garcia[53], los comisarios son los órganos integrados por los socios o personas extrañas a la sociedad, necesarios, permanentes, temporales y revocables, encargados de vigilar la gestión de los negocios sociales, con independencia de los administradores, en interés de los socios y de la sociedad. Comparto plenamente este criterio y anoto que incluir la figura del comisario de manera individual o un órgano colegiado conformado por pluralidad de personas, permite que se vayan verificando las acciones que emprenden los administradores, para dar cuenta de que éstas se realizan acorde a las normas jurídicas y no existen violaciones o vulneraciones de derechos.

En varias legislaciones, se establece la figura de los comisarios:

En Guatemala se los denomina auditores o comisarios a las personas que deban realizar una fiscalización en general a la administración. En general, fiscalizar, vigilar e inspeccionar en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad[54].

51 Guitierrez, Alma: *Sociedad Anónima*, El Cid Editor, Santa Fe, 2009, p. 17.

52 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Décima tercera edición, Ediciones Porrúa, México, 1999, p. 517.

53 Garcia, Manuel: *Sociedades mercantiles*, Segunda edición, Editorial Oxford University Press, México, 2009, p. 194.

54 Código de comercio, Decreto 02-70, Guatemala, Artículo 188, numeral 9, p. 23.

En México la obligación del comisario es realizar un examen de las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias, en el grado y extensión que sean necesarios para efectuar la vigilancia de las operaciones que la ley les impone y para poder rendir juramentadamente su dictamen[55].

En República Dominicana, se les denomina comisarios de cuentas: corresponde a la Asamblea general ordinaria, nombrar uno o varios comisarios de cuentas, quienes deberán emitir un informe anual sobre el estado de las cuentas de la sociedad anónima.

En la legislación chilena se le denomina inspector de cuentas o auditores externos: las juntas ordinarias, de las sociedades anónimas cerradas deberán nombrar anualmente dos inspectores de cuentas titulares y dos suplentes o bien auditores externos independientes. Los inspectores de cuentas o los auditores externos podrán, vigilar las operaciones sociales y fiscalizar las actuaciones de los administradores y el fiel cumplimiento de sus deberes legales, reglamentarios y estatutarios[56].

En la Legislación venezolana se le denomina auditor de cuentas: en esta nación de manera exclusiva, para la fiscalización de la sociedad anónima se determina un auditor de cuentas. Circunscribiendo su accionar únicamente a revisar las cuentas y emitir informes sobre la situación económica financiera. La junta general será la encargada de nombrar al auditor de cuentas antes de que finalice el ejercicio a auditar[57].

El auditor de cuentas deberá remitir su informe a la junta general en el plazo de un mes a partir del momento de su designación[58]

55 Ley General de sociedades mercantiles, Diario oficial de la Federación de 4 de agosto de 1934, México, Artículo 166, numeral 3, p. 63.

56 *Ley sobre sociedades anónimas*, Ley No 18046 de 22 de octubre de 1981, Santiago, Artículo 51, p. 28.

57 *Ley de sociedades de capital*, Real Decreto Legislativo 1/210, del 2 de julio del 2010, Caracas, Artículo 264, numeral 1, p. 107.

58 *Ídem,* Artículo 270, p. 109.

En la legislación peruana, se los denomina auditores: en esta nación se refiere a dos tipos de auditorías, por una parte, la auditoría externa anual y por otra; a la auditoria especial. Respecto de la primera cita, el pacto social, el estatuto o el acuerdo de la junta general, adoptado por el diez por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, pueden disponer que la sociedad anónima tenga auditoría externa anual. El informe de los auditores se presentará a la junta general juntamente con los estados financieros[59].

Respecto de la segunda nombrada, en las sociedades que no cuenten con auditoría externa permanentes, los estados financieros son revisados por auditores externos, por cuenta de la sociedad.

Otras legislaciones han optados por denominarlos síndicos: En Argentina: el síndico[60] es la persona encargada de vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias[61].

En Bolivia la fiscalización interna y permanente de la sociedad anónima estará a cargo de uno o más síndicos, accionista o no, designados por la junta general convocada para este fin. Es atribución del síndico fiscalizar la administración de la sociedad. Y por sobre todas las cosas, exigir el cumplimiento de las leyes, reglamentos y resoluciones de la junta general por parte de los órganos sociales[62].

En Paraguay: según Constantini[63]. Las sociedades anónimas se deben fiscalizar; así lo ha decidido la asamblea general al determinar que debe actuar uno o varios síndicos; y le atribuye la función de: fiscalizar de forma ilimitada sobre las operaciones sociales, pero sin intervenir en

59 *Ley general de sociedades*, Ley N° 26887de 5 de diciembre de 1997, Lima, Artículo 226, p. 57.

60 La Asamblea de accionistas, nombra uno o más síndicos encargados de fiscalizar la sociedad. Para ejercer este cargo se requiere tener título profesional de abogado o contador.

61 *Ley de sociedades comerciales*, Ley No.19550, texto publicado por el Decreto No. 841/84, del 30 de marzo de 1984, Buenos Aires, Artículo 294, numeral 9, p. 88.

62 *Código de Comercio*, Decreto Ley Nº 14379 de 25 de febrero de 1977, Sucre*, p. 54.*

63 Constantini, Pablo: *Los diferentes tipos de sociedades en el código civil paraguayo*, Asunción, 2012, pág. 9.

la gestión administrativa[64]; y le adiciona otra muy relevante; vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a las leyes, estatutos, reglamentos y decisiones de las asambleas[65].

En Uruguay, para realizar la fiscalización se ha previsto conformar una comisión fiscal compuesta con tres o más miembros, accionistas o no. Las personas que integran dicha comisión se denominan síndicos[66]; son atribuciones y deberes de los síndicos: controlar la administración y gestión social, vigilando el debido cumplimiento de la ley, el estatuto, el reglamento y las decisiones de la asamblea[67].

En la legislación costarricense se le denomina Fiscal: el órgano de vigilancia se encuentra conformado por una o varias personas que ostenta el cargo denominado Fiscal, por tratarse del ente fiscalizador de la sociedad anónima.

El órgano de vigilancia es el que tiene la potestad de fiscalizar y controlar la gestión social con independencia de la actuación de la junta directiva en el único interés de la compañía y no de sus intereses personales. De esta manera, la vigilancia busca erradicar cualquier irregularidad, revisando y fiscalizando los requerimientos, intereses y peticiones de los accionistas a la junta directiva, y revisando que las decisiones tomadas por la asamblea de socios sean cumplidas[68]

En Panamá, la legislación prevé la figura de revisores: la asamblea general podrá acordar el nombramiento de revisores[69] para el examen del balance, o de los antecedentes de constitución de la sociedad, o de la gestión social.

64 *Código civil*, Ley N° 1883/85 de 23 de diciembre de 1985, Asunción, Artículo 1124, literal a, p. 121.

65 *Ídem,* Artículo 1124, literal i, p. 122.

66 *Ley de sociedades anónimas,* Ley Número 16.060 del 04/09/1989, Montevideo, *Artículo 397,* p. 63.

67 *Ídem,* p. 64.

68 Sauvé, Simón: *El capital social de las sociedades anónimas en Costa Rica*, análisis de su naturaleza jurídica ¿Un mero formalismo para su constitución?, San José, 2016, pp. 58 – 59.

69 En caso de que la propuesta de la Asamblea sea desechada, el Juez nombrara revisores a petición de los accionistas que representen al menos un vigésimo del capital social. *Código de comercio*, Ley N° 2 de 22 de agosto de 1916, Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916, Panamá, Artículo 425, p. 381.

Como quedó demostrado, variadas son las denominaciones que las legislaciones prevén para los comisarios; pudiendo resaltarse: que son nombrados por el máximo órgano de la sociedad, mantienen funciones específicas como vigilar y fiscalizar la gestión social - financiera las operaciones de la sociedad y los estados financieros. En América latina, se le da más relevancia al aspecto económico que al aspecto jurídico - legal; de ahí que la necesidad de acudir a las auditorias financieras para conocer el estado real de la empresa, pero dejando de lado si realmente la consecución de índices financieros rentables, responden al cumplimiento de las normas jurídicas y si no se ha cometido ningún delito imputable.

En las legislaciones investigadas, la junta general de accionistas o asamblea y el consejo de vigilancia son órganos necesarios de control y vigilancia; sin embargo, en estas instancias, también prevalece la revisión de los estados financieros, para determinar si existe pérdidas o ganancias en la empresa. De igual forma no existe un verdadero control, para determinar si la ganancia obtenida obedece a procesos lícitos y a conductas transparentes en la empresa.

Poco se hace, para trabajar en una política de prevención de los delitos, que permita reducir los delitos y persuadir a los delincuentes, ni tampoco se visualiza los múltiples beneficios que aporta, entre ellos: mantener una cultura de paz social, mantener empresas saneadas, proteger las fuentes de empleo y la erogación de incensarios recursos económicos estatales[70].

Un verdadero estado democrático, no recarga en su poder punitivo la garantía de la seguridad jurídica ni mucho menos el respeto de la dignidad humana; de tal forma que un verdadero control social, sea ejercido partiendo en la prevención de los delitos, eje central de la presente investigación.

70 El Estado tiene que sufragar el pago de los administradores de justicia, policía y ministerio público que deben perseguir a los delincuentes.

1.2. La auditoría jurídica empresarial

1.2.1. Origen y Evolución histórica

Inicio citando a la contabilidad forense como un antecedente, de la determinación de la responsabilidad e imputación de las personas, por el cometimiento de delitos, desarrollados en las organizaciones económicas.

A Criterio de Mejía[71], el origen de la contabilidad forense todavía se debate; sin embargo, es preciso citar que el campo forense en las relaciones económicas y de gobernabilidad en las organizaciones tanto públicas como privadas, data de varios siglos atrás aproximadamente entre 1792 – 1750 A.C. con el primer documento que se conoce como Código de Hammurabi, que en su fragmento del 100 al 126 da a entender el concepto básico de auditoria forense: demostrar con documentación contable un fraude[72] o una mentira[73]. Y más reciente el caso de Alphonso Gabriel Capone, donde el primer auditor forense fue el funcionario del Departamento del Tesoro de Estados Unidos[74]

71 Mejía, Rodney: *Auditoría jurídica empresarial en la fiscalización en la República de Ecuador,* e-revista multidisciplinaria del saber, Caracas, 2023, p. 7

72 Fraude, proveniente del latín *fraus*, es la acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros. El fraude es un término genérico que abarca todos los medios diversos que el ingenio humano pueda crear y a los que recurre una persona para aprovecharse de otra con sugerencias falsas u ocultación de la verdad; incluye todo tipo de sorpresa, truco, treta y cualquier otra actitud mal intencionada con la cual engaña a otro. Los elementos para una acción legal por fraude incluyen la representación falsa de un hecho presente o pasado por parte del demandado, la medida entablada en consecuencia por el demandante y el daño que genera dicha información falsa al demandante. Black´s Law Dictionary Disponible en https://thelawdictionary.org/ Consultado el 29 de noviembre del 2019.

73 Cano, Donaliza: *Auditoría Financiera forense, en la investigación de delitos económicos y financieros, lavado de dinero y activos, financiación del terrorismo*, 3ra Edición, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2008, p. 17.

74 Eliot Ness es reconocido como el enemigo más implacable del mafioso Al Capone. Consiguió encarcelarlo por evasión de impuestos. Recibió el encargo del presidente Herbert Hoover de crear una unidad especializada para investigar al gánster Al Capone que evadía la ley y lo implicaban en el tráfico de bebidas alcohólicas. Ness se trasladó al departamento de justicia de Cincinnati, donde fue el responsable de operaciones para la lucha contra la red ilegal de comercio de alcohol en las colinas de Ohio, Kentucky y Tennessee. Sin embargo, la tarea más difícil fue la acusación a Capone. El dinero del malhechor permitió que comprara protección policial y política. Se marcó como meta reducir sus ingresos q ascendían a 75 millones de dólares anuales producto de la venta ilícita de alcohol. Un eficiente trabajo de su unidad especializada logro reunir pruebas que incriminaban directamente a Al Capone con ingresos ilegales y defraudación fiscal por más de 300 millones de dólares. Finalmente fue llevado a juicio donde se declaró culpable de los delitos

Con este antecedente, según el autor, es preciso determinar que los procesos de producción de bienes y servicios se han incrementado; a la par que las empresas que lo producen; en este ámbito la política criminal debe entender los desvíos de los objetivos lícitos plasmados en el ordenamiento jurídico positivo de la nación en donde se constituyen estas empresas. En este sentido Banaloche[75], se refiere al nivel de expansión de las empresas con un nivel de complejidad tal que al igual que la psique del ser humano comienza a mostrar caracteres propios de auto referencialidad, auto conducción y auto determinación.

Por otro lado, la auditoría jurídica empresarial, está ligada estrechamente con la función de Compliance[76]; para Enseñat De Carlos[77], a criterio de Mejía[78] tiene su origen en Estados Unidos, a comienzos del siglo XX, como respuesta a la necesidad de luchar contra las mafias, la corrupción y el blanqueo de capitales obtenidos de actividades delictivas.

El inicio y posterior desarrollo de la función de compliance en las empresas americanas fue impulsado por diversas normas publicadas en Estado Unidos en esos años, tales como la Pure Food and Drug Act (1906)[79], la Federal Reserve Acta (1913)[80], la Clayton antitrust Law

imputados y recibió como condena once años de prisión. Disponible en https://www.buscabiografias.com. Consultado el 2 de diciembre del 2019.

75 Banaloche, Palao, *et al*: *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Editorial La Ley, Madrid, 2014, pp. 128 - 139.

76 El concepto de *Compliance* tendría inicialmente una traducción básica de cumplimiento, entendiéndose como cumplimiento normativo. SÁIZ, Carlos, *et al*: *Compliance Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, primera edición, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 37.

77 Enseñat de Carlos, Silvia: *Manual de Compliance Officer*, THOMSON Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 21.

78 Mejía, Rodney: *Auditoría jurídica empresarial en la fiscalización en la República de Ecuador,* e-revista multidisciplinaria del saber, Caracas, 2023, p. 8

79 La Ley de la Pureza de alimentos y medicinas, fue aprobada en junio de 1906. En ella se regulan los alimentos y las medicinas de consumo humano. Un aspecto destaca de esta Ley es que por primera vez se define al término adulteración "*misbranding*". También se determina el etiquetado de los alimentos y medicinas y se prohíbe la utilización de algunos ingredientes peligrosos como el alcohol, opio, marihuana y la morfina.

80 La Ley de la Reserva Federal de los Estados Unidos fue aprobada en diciembre de 1913; y en donde se establecía la creación del Banco Central y el sistema de reserva Federal, otorgándole la potestad de emisión de billetes, precisamente de dólares. JHOMSON, Roger: *Historical Benningsthe Federal Reserve*, Boston, 2010, p. 13

(1914)[81], la Banking Act (1933)[82] o la Securities Acts (BARUCH 1933)[83].

Posterior, tras conocerse que cientos de empresas americanas estaban envueltas en casos de corrupción[84], se publicó en 1977 en Estado Unidos la Foreign Corrupt Practices Act[85]. Esta ley, junto con las distintas guías para su aplicación en los procesos judiciales publicadas por la US Sentencing Comission[86] a partir de 1991, hicieron que se generalizara la necesidad de que las empresas norteamericanas contaran con programas de prevención, denominados Compliance Programmes, y con una función específica en su estructura organizativa que vigilara y controlara el cumplimiento normativo de leyes, normas y códigos éticos.

81 El 63° Congreso (1913-1915) aprobó la Ley Antimonopolio Clayton en un intento por frenar el poder de los fideicomisos y monopolios y mantener la competencia en el mercado. A comienzos del siglo XX, las grandes corporaciones habían arrinconado segmentos enteros de la economía de Estados Unidos utilizando precios predatorios, acuerdos exclusivos y fusiones anticompetitivas para llevar a las empresas locales a la ruina. En el Congreso, los miembros denunciaron los males de los monopolios, incluido el Representante Robert Crosser de Ohio, que advirtió que "no controlar el crecimiento de los monopolios... dará como resultado la esclavitud industrial". Disponible https://history.house.gov/. Consultado el 6 de enero del 2020.

82 La Ley de emergencia Bancaria, fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de acuerdo con la propuesta del presidente Franklin Roosevelt. Dicha Ley clausuraba definitivamente los bancos de manifiesta insolvencia y permitiendo operar únicamente a los bancos solventes. La Ley entró en vigencia junto con una garantía de la Reserva Federal que permita la reapertura de los bancos solventes.

83 Las consecuencias originadas de la crisis del ´29, hicieron que los estados establecieran reguladores, que exijan y verifiquen el cumplimiento de mayores medidas de seguridad para el inversor, en especial el inversor no especializado, a través de mecanismos de información comparables. A través de la *Securities Acts* por primera vez se regula la protección de los inversores. Perossa, Mario: La Década de la Reglamentación en los Mercados EE UU, Contribuciones a la Economía, 2012. Disponible en http://www.eumed.net/. Consultado el 5 de diciembre del 2019.

84 Son varias las empresas que estaban envueltas en actos de corrupción: Enron, Parmalat, Siemens, Lehman Brothers, AOL, Arthur Andersen. Se cometieron varios fraudes: Balances maquillados, falsificación de documentos, desvío de recursos económicos.

85 La aprobación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 aumentó considerablemente las responsabilidades de los funcionarios, directores y gerentes corporativos en virtud de las leyes federales de valores. La primera disposición es mantener libros, registros y cuentas precisas y justas, Las violaciones de las disposiciones de mantenimiento de registros de la ley pueden ser castigadas con prisión de hasta cinco años y una multa de hasta $ 10,000. Baruch, Hard: *La Ley de prácticas corruptas en el extranjero*, Harvard Businnes Review, Massachusetts, 1979.

86 Es la Comisión de sentencias de los Estados Unidos. Es una agencia independiente de la rama judicial del gobierno federal de los Estados Unidos. Es responsable de articular las pautas de sentencia para los tribunales federales. En el año 1991, en el capítulo 8 consta la condena a las organizaciones y la promoción de mecanismos internos para prevenir, detectar y denunciar conductas delictivas. Disponible en https://www.ussc.gov/guidelines/archive/1991-federal-sentencing-guidelines-manual. Consultado el 7 de diciembre del 2019.

La materialización de compliance programmes está plasmada en el common law[87], por la norma citada Foreign Corrupt Practices Act, de 1977 y su reforma de 1988[88]; que luchan contra la corrupción en la consecución de negocios internacionales y prevén sanciones a las personas involucradas en el soborno.

Al respecto de Foreign Corrupt Practices Act, está comprendida en dos apartados: a) un apartado exclusivo para el soborno; y b) un apartado contable, en el que se prevé la imperiosa necesidad de llevar libros y todos sus registros de manera meticulosa; el cual debe contar con un sistema contable interno, que sea responsable de la veracidad de los datos contables.

Ante cualquier indicio de actos antijurídicos desarrollados en la empresa, se inician un procedimiento de indagación, valiéndose de compliance programmes; que de acuerdo con Sáiz[89], establece:

a) Disposiciones anticorrupción:

1. Emisores: Es decir, las compañías que cotizan en bolsa americana o cuyas acciones se negocian en el mercado extrabursátil de los Estados Unidos y que deben presentar informes a la Comisión de mercado de

87 El *Common Law*es el Derecho común o Derecho consuetudinario vigente en la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066). Se llamó *common* (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio se habla de *Common Law* para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales. Se fundamenta, por tanto, en el Derecho adjetivo o formal (*adjective law*) de carácter eminentemente jurisprudencial. Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, la India, Australia, Nueva Zelanda y algunos países de África Central adoptaron este sistema. Gámez Ruth, Cuñado Fernando: *Introducción al Common Law*, e Book, primera edición, Disponible en: http://www.traduccionjuridica.es. Consultado el 20 de abril del 2020.

88 La Ley fue modificada por primera vez por la Ley Omnibus de Comercio y competitividad de 1988, estableciendo el título V "enmiendas a la ley de prácticas corruptas en el extranjero de 1988; se introdujo un estándar de conocimiento para encontrar violaciones de la ley. Seitzinger, Michael: *Ley de prácticas corruptas en el extranjero, interés del Congreso y su aplicación ejecutiva*, 2012, p. 11. Posteriormente fue incluida una enmienda denominada Ley Internacional anti soborno, que fue diseñada para implementar la Convención anti soborno en la Convención para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, destinada a reducir la corrupción política y el crimen corporativo en los países en desarrollo y fomentar las sanciones contra el soborno en los negocios internacionales.

89 Sáiz, Carlos, *et al*: *op cit.*, p. 156.

valores, independientemente del país donde estén constituidas.

2. Asuntos nacionales: Es decir, las entidades comerciales con domicilio comercial principal en Estado Unidos o que se rigen por sus leyes; así como los ciudadanos y/o residentes estadounidenses. Estos abarcan a las subsidiarias de las entidades estadounidenses en el extranjero, así como a los individuos no estadounidenses que actúen en nombre de alguna de estas entidades.

3. Funcionarios o entidades extranjeras no emisoras: o que no son consideradas asuntos nacionales que directa o indirectamente a través de un intermediario o agente, están involucradas en cualquier tipo de pago corrupto, o en la oferta, promesa o autorización para pagar mientras actúen en territorio de los Estados Unidos.

4. Terceros y agentes: Los terceros intermediarios (distribuidores, contratistas, subcontratistas, proveedores y consultoras) y agentes comerciales que actúen en representación de cualquiera de las tres categorías anteriores tienen el mismo grado de responsabilidad que las entidades a las cuales representan, independientemente de si las acciones se tomen mientras están en territorio de los Estados Unidos[90].

Los elementos de la mencionada Ley, que conlleva a una violación de norma y son constituyentes de un delito son:

1) Soborno: Los pagos corruptos puede ser de distinta forma: en efectivo, mediante trasferencias bancarias, depósitos en cuentas en paraísos fiscales[91], depósitos en cuentas de terceras personas, compra de bienes de cualquier clase. Lo imperante de esto es que la personas que lo recibe, lo considere valioso.

90 *Foreign Corrupt Practices Act*es una norma jurídica de carácter extensivo, es decir se aplica a todos los involucrados en actos corruptos: consejeros, directores, empleados, agentes y accionistas que utilicen cualquier medio de comercio, entre ellos: correo, llamadas telefónicas, faxes, correo electrónico desde o hacia los Estados Unidos o trasferencias bancarias.

91 Los paraísos fiscales constituyen aquellos países, en los que unos residentes extranjeros, empresas o personas ricas colocan su dinero para evitar pagar impuestos en sus territorios de origen. Chavagneux Christian, Palan, Ronen: *Los paraísos fiscales*: Ediciones el Viejo Topo, Madrid, 2014, p. 13.

2) Intencionalidad: El pago que reciba la persona, debe mantener mens rea[92] que permita determinar fehacientemente la intención del cometimiento del delito.

3) Beneficio: el pago corrupto siempre va a perseguir un beneficio, entre ellos: la adjudicación de un contrato fraudulento, evitar la recesión de un contrato o su renovación, el inicio de relaciones mercantiles, elusión de normas jurídicas para obtener ventaja, ser beneficiado con información privilegiada y el enriquecimiento privado no justificado.

b) Disposiciones contables: las obligaciones contables emitida por la norma Foreign Corrupt Practices Act, establece que los emisores deban mantener sus cuentas claras y llevar el registro de todas sus transacciones mediante asientos contables. Esto permitirá en cualquier instante, hacer una revisión minuciosa de los libros contables y determinar la trasparencia y la naturaleza de la transacción.

Para reforzar este tipo de controles, se expidió la Ley Sarbanes – Oxley[93], que determina diversos mecanismos de control en la empresa:
1) La implementación de Comité ejecutivo y financiero de la empresa; que actúan en conjunto con el consejo de administración y son los encargados de validar los estados financieros.

2) La contratación de empresa auditoras independientes, que emitan su criterio profesional de los estados financieros de las empresas.

3) La prohibición de préstamos económicos a los directivos de las empresas.

92 *Mens rea*, es una expresión latina que se refiere a la mente culpable. En el Derecho penal, se debe poner manifiesto este enunciado, para ello se determina que acto de culpabilidad en conjunto con la mente culpable y así determinar el grado de responsabilidad de la persona.

93 La Ley Sarbanes – Oxley Act, de 30 de julio de 2002 es conocida como la reforma a la Ley de Contabilidad pública de empresa y de los inversionistas. El objetivo fundamental de esta Ley es la protección de los inversionistas, a través de la verificación del costo de las acciones, permitiendo establecer un monto real de mercado y que este no sea especulado; poniendo en riesgo de quiebra a la empresa.

4) Establecimiento de penas duras[94] para las personas y las empresas que incumplan la Ley.

Varias empresas[95] han incurrido en violaciones a la invocada norma, han sido sancionadas, permitiendo recaudar millones de dólares producto de la imposición de multas y la obligatoriedad de implementar regímenes de cumplimiento interno, encargados de revisar minuciosamente cada acto que se genere en las negociaciones, impedir el cometimiento de delitos e informar la trasparencia de sus acciones.

A nuestro criterio las empresas norteamericanas cada vez más, invierten recursos en la prevención de los delitos y contratan a personas especializadas en el manejo de cumplimiento normativo, que les garantice las negociaciones mercantiles transparentes; evitando el cometimiento delito económicos y las penas impuestas: pago de excesivas multas, la prisión de las personas naturales y beneficiándose de proteger su marca y prestigio ante la colectividad.

La implementación de compliance programs a mi parecer es una forma completa e integra de verificar no solamente los ingresos económicos, sino que además se comprueba que todos los actos se lo hagan con estricto cumplimiento de las normas jurídicas y con énfasis en la ética en los negocios.

En el caso latinoamericano, todas sus naciones cuentan con sistemas

94 Para las personas se establece sanción civil de hasta usd. 100.000; multas penales de hasta usd 5.000.000 o la perdida de hasta dos veces de la violación; y, prisión de hasta 20 años. Para las empresas, sanciones civiles de hasta usd 500.000. multa penal de hasta usd 25.000.000 o la perdida de hasta dos veces de la violación y la devolución de las ganancias ilícitas.

95 En el año 2008 Siemens, se declaró culpable de violar disposiciones contables de la ley de prácticas corruptas en el extranjero, y se le impuso una multa penal de usd. 450 millones al Departamento de Justicia y una multa de usd. 350 millones a la Comisión de Bolsa de valores. Adicional Siemens está obligada a gastar usd. 1 mil millones en establecer y financiar nuevos regímenes de cumplimiento interno. Esta revisión de cumplimiento implico la contratación de 500 personas de cumplimiento a tiempo completo en todas sus filiales alrededor del mundo. O" Reilly, Cary, Matussek, Karin: *Siemens para pagar $ 1,6 mil millones para resolver casos de soborno*, The Washington Post, Washington, p. 6. En 2012 la corporación Marubeni, pago una multa penal de usd. 54,6 millones, porque se hizo adjudicar cuatro contratos en Nigeria por más de usd, 6 mil millones a cambio de sobornos de usd, 51 millones a funcionarios del gobierno nigeriano. Departamento de Justicia De Estados Unidos: La Corporación Marubeni resuelve la investigación de la Ley de prácticas corruptas en el extranjero y acuerdan pagar una multa de $ 54,6 millones, Washington, 2012, p. 3.

punitivos sancionadores, que persigue al delincuente cuando se ha perpetrado el hecho y después de un proceso judicial se determinar su culpabilidad, que puede terminar en la privación de libertad. No existe medios preventivos para erradicar la delincuencia precisamente en las empresas.

Al respecto, surge esta nueva propuesta, la auditoria jurídica empresarial como una herramienta de prevención de los delitos económicos que se desarrollan en la empresa.

El perfil del delincuente común[96] o de la delincuencia organizada[97] que forman parte de la delincuencia convencional, representa un perjuicio a la sociedad; en cambio la delincuencia económica organizada[98] modalidad delictiva especializada a un sector determinado en este caso a la empresa, generan conmoción social por el perjuicio que causan[99].

La auditoría jurídica empresarial se origina, después de la debacle de la actuación de la empresa brasileña Odebrecht y la consumación de actos delictivos en américa latina[100].

96 Es el delincuente que actúa solo, egoísta y no tiene ninguna especialización en el cometimiento del delito, le da igual robar un vehículo que sustraerse mercadería. Proveniente de un hogar con escases y limitaciones y su núcleo familiar generalmente esta desarticulado.

97 Es la delincuencia que cuenta con una estructura, se reconoce a un jefe, que dirige ordena y control los movimientos y a quien se le de rendir cuentas de los delitos. Ya se especializan en una clase de delitos, ya sea el contrabando, el narcotráfico, delitos contra la propiedad: roban casas, carros y delitos en contra de las personas: secuestros y tráfico de personas.

98 Este tipo de delincuencia se involucra en las empresas; y por la gran cantidad de transacciones y tráfico mercantil su accionar parece dejar revestido de legalidad. Operan bajo una estructura, existe una empresa, jerarquía y especialización. No recurren a las armas para cometer el delito, sino al chantaje y abuso de confianza entre ellos los despidos laborales. Prima la inteligencia y astucia para no ser visibles sus actos ilícitos.

99 En Latinoamérica, no se ha determinado las pérdidas económicas que sufren cada año las empresas por el cometimiento de los delitos económicos.

100 En diciembre de 2016, tras un acuerdo del Departamento de justicia de Estado Unidos y el conglomerado de construcción brasileño *Odebrecht*, ésta revelo configurado un sistema de soborno y fraude masivo en 12 países durante al menos una década, pagando usd 788 millones en sobornos a funcionarios de gobierno, partidos políticos y candidatos con el fin de obtener ventajas en la adjudicación de contratos de obra pública y en el desarrollo de sus negocios en distintos países: Perú Guatemala, México, Colombia y Ecuador constan en este listado. Disponible en http://redanticorrupcion.com Consultado el 10 de noviembre del 2020.

Varias empresas, instituciones públicas, funcionarios públicos y presidentes de las naciones estuvieron inmersas en estos actos delictivos, que nuevamente ha puesto en la palestra pública si realmente el sistema punitivo es el camino más idóneo para sancionar estos delitos.

Otro aspecto fundamental que se debe tener en cuenta es que, en américa latina, se han implementado en sus legislaciones la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas[101], con marcos sancionatorios drásticos; y se hace indispensable contar con una herramienta de prevención y determinación de la autoría del delito: si se lo realiza a través de una empresa para beneficio propio o de terceros o si el delito beneficia directamente a la empresa.

Considero que la política criminal de américa latina es inconclusa, ya que siempre se está a la expectativa de que ocurra algún ilícito para poder actuar; pero nada se ha realizado en materia de prevención de los delitos; ahí yace la importancia de contar con la auditoria jurídica empresarial encaminada a proteger los bienes jurídicos del orden socioeconómicos.

1.2.2. Distinciones de la auditoría jurídica empresarial entre las empresas públicas y las sociedades mercantiles

Inicio de manera determinante, indicando que en los países latinoamericanos no han sido desarrollada, ni mucho menos implementada en las empresas públicas, como medio de control social y de prevención de los delitos la auditoría jurídica empresarial; ya que su conceptualización en netamente dirigida con exclusividad para las empresas privadas. Esta propuesta que se lleva a cabo, por su utilidad posteriormente si puede ser implementada en las empresas públicas latinoamericanas, porque en ellas también reside el cometimiento de delitos con una grave afectación social.

101 En Chile en el año 2009 se promulgó la Ley No. 20393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, principalmente por los delitos de lavado de activos, cohecho y receptación, En Perú entra en vigor La ley 30424, que fue promulgada en abril de 2016, pero fue modificada por el Decreto 1352, en la cual se regula los delitos de cohecho y lavado de activos, en Ecuador la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido tipificado en su nuevo Código Orgánico Integral penal, aprobado el 10 de febrero de 2014.

Al referirme a la conceptualización de empresa pública, de acuerdo con el criterio de Retortillo[102], son todas las empresas productoras de bienes y servicios que el Estado controla y gestiona directamente mediante sus propios órganos o indirectamente mediante entes públicos constituidos para el efecto, con la finalidad principal de satisfacer necesidades de naturaleza individual en interés general de la colectividad.

El antecedente de las empresas públicas está configurado por las instituciones públicas que administra el Estado y que tiene por objeto brindar beneficios a los ciudadanos. Así señala Uvalle[103], la vida pública moderna se caracteriza porque está organizada sobre la base de espacios públicos que son dinámicos, plurales y diversos. La riqueza de la vida pública es la fuente que alimenta a las democracias modernas, las cuales se organizan a través de un sistema de instituciones que tienen a su cargo la tarea de gobernar y administrar el conjunto de la sociedad civil. El dinamismo de los espacios públicos es la clave para situar la lógica de la democracia, el sentido institucional del Estado de derecho[104], así como la importancia de la transparencia[105].

Concuerdo plenamente con los criterios de Retortillo y Uvalle; y añado que un estado, las instituciones y las empresas públicas, deben integrar sistemas de control social, que es ejecutado a través de la rendición de cuentas, la auditoria de gestión y la tradicional auditoría financiera:

102 Hernandez, Miguel: *La intervención del sector público en la economía y su actividad empresarial*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988, p. 104.

103 Uvalle, Ricardo: *A una década temas de reflexión sobre trasparencia y rendición de cuentas como política pública en México*, primera edición, editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p. 17.

104 El Estado de derecho es la organización que define, aplica y salvaguarda las reglas – normas y procedimientos – del juego que produce con el concurso de los órganos de gobierno y los representantes de la sociedad en sus ámbitos de institucionalidad y gestión.

105 La trasparencia, por su parte, además de un derecho de los ciudadanos para acceder a la información que producen las oficinas burocráticas del gobierno, se ha formalizado como una política pública que da lugar a una formación de acción colectiva que condensa tanto al Estado como a los ciudadanos.

1. Rendición de cuentas: siguiendo el criterio de Schedler[106] la palabra mágica, el concepto clave, se llama *accountability*[107]; que conlleva un sentido claro de obligación, la noción de rendición de cuentas parece que se trata de un acto voluntario, de una concreción generosa del soberano que rinde cuentas por virtud y voluntad propia, no por necesidad. Podemos precisar que accountability es la rendición obligatoria de cuentas. Adicionalmente, junto con la rendición de cuentas (por obligación), el concepto de accountability también incluye la exigencia de cuentas (por derecho), como son los controles al poder, las obligaciones de unos son los derechos de otros, la idea de accountability contempla a las dos partes involucradas – a los que rinden cuentas al igual que a los que exigen cuentas-.

Lejos de denotar una técnica puntual para domesticar al poder, la rendición de cuentas abarca de manera genérica tres maneras diferentes para prevenir y corregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección publica, lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y lo supedita a la amenaza de sanciones.

Los tres aspectos en su conjunto -información, justificación y castigo- convierten a la rendición de cuentas en una empresa multifacética. La convierten en una casa conceptual amplia que hospeda una muchedumbre de términos afines como la vigilancia, la auditoria, la fiscalización o la penalización, y todos comparten la pretensión de domesticar el ejercicio del poder.

106 Schedler, Andreas: *Cuadernos de transparencia ¿Qué es la rendición de cuentas?*, Instituto Federal de acceso a la información pública, México, 1999, pp. 11 – 12.

107 *Accountability*, se trata de un término que no tiene un equivalente en castellano, ni una traducción estable. A veces se traduce como control, a veces como fiscalización y otras como responsabilidad. Sin embargo, la traducción más común y más cercana es la rendición de cuentas. Sin embargo, varios autores lo han vinculado con la noción de *answerability* que implica que el ciudadano debe recibir información y la obligación de los funcionarios de proveerla. Sanchez, Mauro: *El órgano de fiscalización y el instituto estatal de transparencia y acceso a la información pública, elementos inherentes de la democracia, para el combate a la corrupción en el sector gubernamental (caso Oxaca).* Disponible en http://www.eumed.net. Consultado el 27 de diciembre del 2019.

En varias naciones[108] se han establecido sistemas de rendición de cuentas, bajo la perspectiva del derecho positivo; analizaré el caso de México y España. En México la transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, tiene como objetivos: garantizar el acceso a la información pública, protección de datos personales, la transparencia y apertura de las instituciones públicas, como base para la participación democrática y el gobierno abierto[109].

En esta nación se ha previsto la Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública, que tiene por objeto: proveer lo necesario en el ámbito federal, para garantizar el derecho de acceso a la información pública[110] en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así

108 En septiembre del 2011, se crea la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP por sus siglas en inglés), la cual busca fortalecer la institucionalidad de los Estados miembros y garantizar un rol más protagónico de la participación ciudadana directa tanto en la gestión pública, como en la supervisión de los gobiernos. Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido, Chile y Estados Unidos, forman parte de esta alianza. Disponible en https://observatorioplanificacion.cepal.org/es/. Consultado el 7 de enero del 2021.

109 El gobierno abierto y desarrollo sostenible, es un proyecto producto de la colaboración entre el Instituto de Transparencia e información pública de Jalisco (INAI), el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), tres organizaciones de la sociedad civil: Gestión social y cooperación (GESOC), Gobierno Fácil y Pro Sociedad; que tiene dos objetivos fundamentales: El primero es el fortalecimiento de capacidades, la vinculación y el empoderamiento de una red de Agentes Locales de Cambio en Gobierno abierto y desarrollo sostenible, que promueva el desarrollo y la consolidación de acciones orientadas a fortalecer prácticas de transparencia y participación ciudadana a nivel local. Y segundo se orienta al fortalecimiento y consolidación de espacios de dialogo, que busca atender problemas públicos para el desarrollo, reducir prácticas de corrupción y garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas.

Entre el 24 de mayo y el 17 de junio de 2019, se puso al alcance de la ciudadanía la consulta para la elaboración del 4to Plan de Acción 2019-2021 de México ante la Alianza para el Gobierno Abierto. La consulta se estructuró en torno a los 3 ejes del Plan Nacional de Desarrollo: 1) Justicia y el cumplimiento de las leyes, 2) Bienestar para todas las personas y 3) Desarrollo Económico para México; la consulta se diseñó buscando que los compromisos que se incluyan en el nuevo Plan de Acción contribuyan a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los temas más votados fueron: eje 1) Justicia y el cumplimiento de las leyes: eliminar la corrupción y falta de consecuencias a quien la comete: 67,59%; lograr la paz y seguridad pública: 51,95%; eje 2) Bienestar para todas las personas: educación de todos los niveles para todas las personas: 53,69%, tener servicios de salud para todas las personas: 49,78%; y eje 3) Desarrollo Económico: más y mejores oportunidades de empleo: 75,24%, apoyar al desarrollo rural: 39,88%. Disponible en https:/.inai.org.mx. Consultado el 27 de diciembre del 2019.

110 El derecho de acceso a la información pública es el derecho fundamental de las personas a conocer la información y documentos en manos de las entidades públicas o de los sujetos obligados previstos en la ley. El derecho de acceso a la información pública es un requisito para el funcionamiento adecuado de la democracia. VILLANUEVA, Ernesto: *Derecho de acceso a la información pública en el mundo*, primera edición, Ediciones Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, pp. 11-12.

como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos federales o realice actos de autoridad[111].

En España, se unifica el criterio de gobierno abierto[112], siendo un conjunto de acciones que se compromete la administración general del estado, en colaboración con otras administraciones públicas y con la sociedad civil, que tiene por objeto: potenciar los mecanismos de participación y diálogo con la sociedad civil procurando que las acciones de gobierno abierto respondan a necesidades reales de los ciudadanos; y asegurar la cooperación interadministrativa entre los distintos niveles de Administración (estatal, autonómica y local) que propicien iniciativas conjuntas de gobierno abierto acordes con la realidad del estado español.

En el derecho positivo, la rendición de cuentas y el gobierno abierto se fundamentan en la Ley de transparencia, acceso a la información pública[113] y buen gobierno, que tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento[114].

111 *Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública*, Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016, Última Reforma 27 de enero de 2017, México, Artículo 1, p. 1.

112 En España, el Gobierno Abierto es una nueva forma de actuar mediante la que las Administraciones Públicas, a través de Planes de Acción, ofrecen información sobre lo que hacen con transparencia, rinden cuentas, promueven la participación y tienen en cuenta la opinión de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos. Disponible en https://transparencia.gob.es. Consultado el 28 de diciembre del 2019.

113 Dentro de los derechos de participación, se encuentra contemplado el derecho de acceso a la información pública, por parte de los ciudadanos a acceder a cualquier documento archivo o registro administrativo, salvo que afecte la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. *Constitución Española*, Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebrada el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978; y sancionada por su Majestad el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978, articulo 105, literal b, p. 29.

114 *Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Ley 19 / 2013, de 9 de diciembre de 2014, publicado en el Boletín oficial No. 295, de 10 de diciembre de 2014, Madrid, Artículo 1, p. 1. Esta Ley se aplica a todas las Administraciones públicas y a todo el sector público estatal, así como a otras instituciones, como son la Casa de su Majestad el Rey, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Banco de España, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas,

2. Auditoria de gestión: Según el autor De Armas[115] la auditoria de gestión es la revisión sistemática de las actividades de una organización o de un segmento de ella en relación con objetivos específicos. Tal revisión tiene tres propósitos esenciales: estimar el funcionamiento, identificar oportunidades de perfeccionamiento y desarrollar recomendaciones de mejora o fomentar acciones. Dicho en otras palabras, es un proceso para examinar y evaluar las actividades realizadas, en una entidad, programa, proyecto u operación, con el fin de determinar su grado de eficiencia, eficacia y economía, y por medio de las recomendaciones que al efecto se formulen, promueve la administración eficiente del patrimonio público. La eficacia de la gestión administrativa, el cumplimiento de la misión y de los objetivos institucionales, de los planes y de los programas, de las metas y de la legalidad, es la responsabilidad primaria de los directivos y gerentes de la organización, y en este desempeño se evalúan por la auditoria de gestión, que al retroalimentar a la alta dirección con sus observaciones y recomendaciones, obtiene mecanismos efectivos para la salvaguarda del patrimonio y el logro de las políticas, objetivos y metas.

A criterio del autor este tipo de auditoría se ha contemplado en el sector público con el afán de determinar el grado de cumplimiento de las metas y objetivos; además de corroborar la buena gestión administrativa y el encuadre en las normas jurídicas que las rigen.

3. Auditoría Financiera: También se encuentra presente en el ámbito público como instrumento que permite verificar si el presupuesto que manejan las entidades gubernamentales, así como las entidades derivadas del gobierno central, han efectuado su labor con estricto apego a las normas financieras nacionales o internacionales[116].

en relación con las actividades sujetas a Derecho Administrativo. La Ley establece las obligaciones de publicación que afectan a las entidades públicas para garantizar la transparencia en su actividad y regula el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.

115 De Armas, Raúl: *Auditoría de gestión, conceptos y métodos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 7- 8.

116 Las normas internacionales de información financiera son estándares internacionales de verificación contable. No se aplican de manera exclusiva en la empresa privada, sino que su alcance se ha introducido en el ámbito público encaminado a establecer prácticas contables con transparencia, visibilidad y buena gobernanza. Esto permitirá demostrar la contabilidad de los Estados, dándoles mayor credibilidad.

Las empresas públicas, para su gestión necesitan la fijación de un presupuesto, que les permita cumplir con sus metas y objetivos; cuando existe alguna partida presupuestaria, que presente alguna inconsistencia, se puede acudir a la auditoría financiera para determinar en donde se encuentran dichos recursos. Posterior la ejecución de estos sistemas, en caso de que exista incongruencias relativas al manejo económico, el representante legal, deberá subsanar presentando cualquier justificativo que permita corroborar dicha información; todo ello fundamentado en el derecho administrativo, que prevé sanciones leves, como: amonestación o llamado de atención al funcionario público, sanción pecuniaria y la más drástica, la prohibición de ejercer cargo público.

Si el funcionario público, no puede subsanar la información, el expediente puede ser enviado a las instancias legales respectivas, para que ahí recién se de paso a una verdadera investigación delictiva, encaminada a determinar si se ha cometido algún delito por el manejo de los fondos públicos.

Al llegar a esta instancia, ya se pudieron borrar, eliminar o poner a buen recaudo todos los medios probatorios, que incriminen a determinada persona. Se ha perdido tiempo valioso para comprobar la responsabilidad penal individual; sobre la autoría, complicidad o encubrimiento de los hechos que se persiguen.

Este "tratamiento especial" que se brinda a los empleados públicos y funcionarios elegidos por votación popular, ha permitido que, en varias naciones latinoamericanas, operen un sinnúmero de bandas delictivas[117], que se han aprovechado de los recursos públicos.

Estos sistemas de control social, aplicados a las empresas públicas, se reconoce su valía y su utilidad al instante de aplicarlos; sin embargo,

117 Entra en análisis dos aspectos: Poder y Delincuencia. La llamo "superdelincuencia" en donde confluyen la criminalidad económica organizada y las altas esferas del poder público; influyen directamente en el cometimiento del delito, porque los funcionarios públicos, por falta de control intencional, permiten que el hecho delictivo sea efectivo, o a su vez crean marcos jurídicos propicios para la delincuencia y la impunidad.

distan mucho de ser herramientas de prevención de delitos, porque su finalidad no es precisamente determinar las conductas delictivas, sino sobre todas las cosas determinar si los recursos públicos han sido utilizados cumpliendo sus objetivos.

Por otro lado, y cambiando totalmente de ámbito, en el análisis de las empresas privadas, ocurre una cosa muy diferente, ya que analizamos patrimonios particulares, tomando el criterio de Balouziyeh[118] una organización empresarial es una persona jurídica a través del cual los inversores y emprendedores ofrecen bienes y servicios y participan en el comercio y otras actividades generadoras de riqueza.

Este criterio sintetiza, la concepción de la sociedad mercantil en varias legislaciones[119]: unión de personas, aporte de capital y fin de lucro. Al juntar las actividades generadoras de riqueza y el fin de lucro, se refiriere a esas personas jurídicas meramente capitalistas; en la que perfectamente encaja la sociedad anónima, que buscan la obtención de lucro para repartirlo entre sus accionistas.

Vemos como desde las primeras sociedades anónimas[120], éstas han evolucionado, de tal forma que los inversionistas no se encuentran presentes en el país en donde operan; sino que tienen que realizar un seguimiento a sus inversiones debido a los estados financieros que los administradores presentan. A criterio de López[121], la internacionalización de la economía provocó que las esferas delictivas transitaran los mismos caminos de formalidad y legalidad empresarial,

118 Balouziyeh, John: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 20.

119 Las legislaciones consultadas para emitir este criterio son: Argentina, Bolivia, Costa Rica Ecuador y Guatemala.

120 Las primeras compañías comerciales que surgen fueron: la compañía Holandesa de las Indias Orientales del 20 de marzo 1602, que es sin duda la más antigua; luego surgen, en 1612 la compañía inglesa de las Indias Orientales, la compañía Holandesa de las Indias Occidentales en 1621; en Suecia en 1615 y en Francia en 1664. INFANTE, Guillermo: *Nueva Reglamentación de la función de inspección y vigilancia ejercida por la Superintendencia de Sociedades y de las causas de sometimiento de las sociedades.* Bogotá, 1982.

121 López, Antonio: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas nuevo paradigma en la legislación ecuatoriana en el COIP*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2018, p. 32.

al punto de contaminar muchas de sus actividades y en otros generando nuevas conductas punibles, dando paso a la conformación de verdaderas entidades criminales transnacionales.

Para cuidar que las sociedades mercantiles, cumplan su función, no se desvíen en su afán de obtención de lucro; es necesario contar con formas de control social. La forma tradicional de control social de las sociedades mercantiles más usual es la auditoría financiera.

La auditoría financiera en la actualidad no brinda ese soporte necesario para incriminar a las personas que haciendo mal uso de su posición dentro de la empresa cometen delitos. Son más sofisticadas las formas de obtener un provecho ilícito en el campo societario. Conductas punibles como la estafa el hurto y el abuso de confianza son completamente vetustas frente a situaciones en las cuales no hay una apropiación ilegal, como los autopréstamos, la constitución de garantías para deudas de los administradores, la autocartera encubierta, los patrocinios indebidos, el vaciamiento de las sociedades y los sobornos en el sector privado[122].

Las nuevas modalidades de los delitos cometidos en la empresa incluyen los *kickbacks*[123] y las *approachingbribes*[124], el *insidertrading*[125], el fraude corporativo, la administración desleal, los conflictos de intereses y los

122 Castro Carlos, Ospina Juanita: *Derecho penal societario*, Editorial de la Universidad del Rosario, 2018, Bogotá, p. 12.

123 *Kickbacks,* es un soborno o un "contragolpe" en el cual una persona de manera anticipada establece una tarifa consistente en dinero, bienes o servicios a otra para que le ayude a beneficiarse de cualquier acto que individualmente no lo puede obtener; es decir recibe un "favor" de manera ilegal para ser beneficiario de algún acto ilícito.

124 *Approachingbribes,* es una expresión americana que textualmente significa acercarse al soborno. El soborno es ofrecer, prometer, dar, aceptar, o solicitar una ventaja como incentivo. Murasvka, Julia: *Una tipología de pagos de sobornos, y Como Detenerlo*, Editorial Transparencia Internacional, Reino Unido, 2014, p. 5.

125 *Insidertraiding*: Expresión anglosajona que se corresponde con un acto delictivo referido al uso de información privilegiada con la que conseguir beneficios no habituales mediante inversiones en los mercados financieros. En España, el resultado de una investigación por *insider trading* suele conllevar castigos de tipo pecuniario. Sin embargo, en Estados Unidos, es muy habitual que los que cometen este tipo de actos, acaben en prisión, además de inhabilitados para el ejercicio de su profesión en el mundo financiero. Disponible en https://www.expansion.com. Consultado el 27 de febrero del 2019.

fraudes contables; y los diferentes delitos económicos[126] han hecho que los países busquen normativa para prevenir el perjuicio de las empresas y del decrecimiento de la economía[127].

Con la expansión de la economía a escala global, la creación de nuevas empresas de estructura compleja y la desmesurada ambición de accionistas y administradores, hace necesario crear nuevos escenarios de control y verificación que el objeto social para el cual se constituyen se va cumpliendo acorde a su normativa.

Con estos antecedentes señalados, es preciso brindar una definición de la auditoria jurídica; a criterio de Vita Roso[128] es el trabajo que puede ser desempeñado únicamente por un abogado en el regular ejercicio de la profesión, mediante una contratación previa y escrita, dentro de los acometimientos conferidos por ley, para operar la revisión de procesos o proceder a la evaluación de una o múltiples situaciones concretas que le son presentadas, en el ámbito de la abogacía, para emitir hipótesis, con observancia de los principios éticos y legales.

Esta definición de Vita Roso es muy general, pues de esta forma puede ser implementada en cualquier ámbito de incumbencia del derecho; a mi parecer la considero como un señalamiento básico, por donde debe operar el auditor jurídico en post de alcanzar el cumplimiento de su objetivo: fiscalizar.

126 El término delitos económico y financiero se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, incluidos el fraude, la evasión tributaria y el blanqueo de dinero. La categoría de "delincuencia económica" es difícil de definir y su conceptualización exacta sigue siendo un reto. La tarea se ha ido complicando a raíz de los adelantos rápidos en las tecnologías, que ofrecen nuevas oportunidades para la comisión de tales delitos. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito, Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok, p. 1.

127 Rodriguez Derly, Saenz Jeannette: *La auditoría y su aplicación en Colombia*, Unipiloto seccional del Alto Magdalena, Alto Magdalena, 2009, p. 34.

128 Vita Roso, Jayme: *Auditoria jurídica para a sociedad democrática*, Escolas Profissionais Salesianas, São Paulo, 2001, p. 43.

En cambio, la auditoría jurídica empresarial, de acuerdo a Vergara[129] señala que se basa en el cumplimiento de la ley; comprende vigilancia y control de aspectos jurídicos, básicamente el cumplimiento de la normatividad por la cual se rige la compañía; y me refiero a algunos de ellos la correcta integración del capital social, la verificación de los aumento y disminución de capital, verificación si la sociedad cumple con su objeto social, llevar libros sociales como las actas de juntas generales, libro de directorio, libro de acciones, documentos de trasferencias de acciones, cambio de objeto social y cambio de domicilio.

Esta definición se enmarca, dentro del análisis del derecho societario, para el cual las sociedades han previsto dentro de su estructura orgánica funcional, los órganos de control y vigilancia, encargados de cumplir con dicho objetivo.

Dando un paso más allá, de los mentados órganos, se hace necesaria la fiscalización no únicamente en cuanto a satisfacer la legislación societaria que las rige, sino que se debe comprobar la licitud de los actos y la gestión transparente de los administradores; y que en dichos procesos no se haya cometido ningún delito económico en perjuicio de la sociedad y en beneficio del delincuente.

Visto de esta forma a mi parecer, la auditoria jurídica empresarial, es un proceso sistemático de revisión y análisis, de todos los actos que ejecuta la empresa, incluidos los actos de los administradores y sus colaboradores; tendientes a determinar si sus acciones se encuentran enmarcadas en las normas jurídicas y que no contiene ningún vicio de legalidad. Esta fiscalización descarta el cometimiento de delitos económicos en el seno de la empresa.

En este contexto, se propone la auditoría jurídica empresarial[130] como

129 Vergara, Bolívar: *La auditoría jurídica empresarial y el cumplimiento normativo*, Guayaquil, 2017, p. 3.

130 La auditoría jurídica empresarial, es un proceso de fiscalización que determina que las actividades empresariales, se encuentran regidas por las leyes y reglamentos y que sus actos no son atentatorios al orden legal. Es preciso señalar que la auditoria jurídica empresarial así denominada tiene su origen en los *compliance programmes;* sin embargo, no se ha utilizado esta denominación debido al respeto a la autodeterminación de los pueblos y a la soberanía del Estado ecuatoriano. La auditoría jurídica empresarial maca una gran diferencia ya que no se va investigar los procesos de extracción de materia prima ni los delitos

herramienta de prevención de delitos económicos encaminada a eliminar la criminalidad económica organizada, dar cumplimiento a las disposiciones legales y proteger los bienes jurídicos tutelados[131].

1.2.3 Formas de auditoría jurídica empresarial en los diferentes países

Como se dejó señalado la auditoría jurídica proviene de los *compliance programmes*[132] como herramienta para eliminar el cometimiento de los delitos económicos en el seno de la empresa; y sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la imposición de duras sanciones en Europa y Estados Unidos ya lo han implementado[133]; cosa que aún no se inicia en América Latina.

En este sentido, a criterio de Cuadrado, una de las cuestiones más polémicas a comienzos del siglo XXI sigue siendo la posibilidad de revisión del principio *Societas delinquere non potest*[134]. Una corriente de opinión importante de la doctrina aun sostiene que las sanciones penales deben afectar exclusivamente a las personas naturales, y

relacionados al medio ambiente, así como tampoco los delitos provenientes de la publicidad engañosa; sino centra su atención plena en la revisión de la gestión de los administradores de la empresa, para determinar la licitud de sus actos; y de manera particular sobre el delito tipificado en la legislación ecuatoriana como el enriquecimiento privado no justificado.

131 Los bienes jurídicos que en su sentido amplio son aquellos bienes protegidos por el derecho y de manera particular el Estado a través de sus instituciones los precautela. En los delitos económicos se protege el orden económico, el mercado y el sistema financiero.

132 Los *compliance programmes,* se analiza todo el proceso de producción encaminada a la comercialización de bienes o servicios; incluidos la transformación de la materia prima y sus consecuencias en caso de contaminación y la comercialización fraudulenta; en cambio la auditoría jurídica empresarial no ingresa en ese ámbito que pertenecen al Derecho ambiental en caso de contaminación y al Derecho del consumidor en caso de productos o servicios fraudulentos. La auditoría jurídica empresarial centra su objetivo en determinar las conductas lesivas al ordenamiento jurídico, en el interior de la empresa y de manera particular sobre el delito de enriquecimiento privado no justificado.

133 En Alemania, Portugal y España. En Italia el art. 27.1 de la Constitución de 1948 dispuso que la responsabilidad penal es personal, lo que ha sido interpretado a nivel constitucional como equivalente del principio «*societasdelinquere non potest*». Por el contrario, el Código penal de Holanda, modificado en 1976, y el Código penal francés, así como el Código penal suizo, reconocen expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los países del *commom law*, Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia, admiten en líneas generales la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

134 Es un vocablo latino, especialmente utilizado en el Derecho Penal, que significa: una sociedad no puede delinquir.

no a las personas jurídicas. No obstante, la creciente criminalidad económica y organizada, urbanista y ambiental propicia de nuevo, la discusión acerca de si las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente[135]. La tendencia actual apuesta a la incriminación y la sanción penal de las personas jurídicas

Ante estos nuevos escenarios, en preciso se cuente con herramientas de prevención de los delitos económicos; la propuesta de auditoría jurídica empresarial es una de ellas.

Analizaremos las formas de auditoria jurídica empresarial en los diferentes países, desde la concepción de esta nueva tendencia, dividida en tres grandes grupos, Estados Unidos, Europa y América latina:

a) ESTADOS UNIDOS: el concepto de responsabilidad penal empresarial existe desde el 23 de febrero 1909[136], cuando el Tribunal Supremo Federal en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*[137] dicta sentencia estableciendo sanción penal.

135 Cuadrado María: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ¿un paso hacia atrás?*, Revista Jurídica de Castilla y León, número 12, Castilla y León, 2007, p. 121.

136 Existen antecedentes jurisprudenciales, de condena penal a las personas jurídicas con anterioridad a esta fecha y se trata de las sentencias: *Telegram News paper Co. v. Common wealth, Massachusetts 1899,* en la que se condenó a la persona jurídica por desacato, *State v. Atching-son, Tennessee 1879,* donde la condena fue por injurias, *UnitedStates v. Alaska Packers´ Ass´n, 1 Alaska, Alaska 1901,* donde se condenó a la persona jurídica por pesca ilegal; y *United States v. Van Schaik, New York 1904,* tiene su origen en el incendio de un barco de vapor, en el que murieron 900 pasajeros y que dio lugar a la formulación de acusaciones penales por homicidio imprudente. Villegas, María: Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 97.

137 El Tribunal confirma la condena de una compañía ferroviaria y de dos de sus empleados por realizar prácticas prohibidas por la *Elkins Act* de 1903. Esta norma, aprobada por el Gobierno Federal, prohibía que las compañías ferroviarias dedicadas al transporte de mercancías ofrecieran determinados descuentos a sus clientes. Calificando como delito, tanto a las compañías que los ofrecieran, como a los clientes que los aceptaran. responsabilidad penal de las compañías, se establecía que serían consideradas culpables de cualquier infracción prevista en la norma cuando dichas infracciones fueran cometidas por sus representantes, directivos, empleados o agentes, cuyas acciones y omisiones serían atribuidas tanto a ellos como a la propia entidad. En esta sentencia el Tribunal Supremo Federal tiene muy en cuenta la importancia económica de estas entidades y entiende que el Derecho Penal es una buena arma para evitar sus abusos. La concentración, sin precedentes, de poder económico en las corporaciones y el surgimiento, tras la Guerra Civil, de una gran variedad de actividades económicas demanda nuevas leyes, incluyendo las penales, que respondan eficazmente a ese nuevo poder. Villegas, María: *Idem,* p. 98.

Con esta decisión la responsabilidad penal de las personas se hace extensivo a las empresas, determinando por una parte la culpabilidad personal y por otra la responsabilidad de la empresa; así desaparece el principio Societas delinquere non potest y se establece un nuevo régimen dentro del código penal estadounidense.

La persona jurídica debe responder por la intencionalidad de sus miembros: accionistas, directivos, empleados y agentes que actúen a nombre y en representación de la empresa. Para evitar la imposición de multas civiles y principalmente penales drásticas, las empresas norteamericanas han implementado sistemas de *compliance*, que permite prevenir delitos e incorporar dentro de la empresa una cultura de buenas prácticas, mediante un proceso de mejora continua.

Como se dejó señalado con anterioridad, esta nación dio origen al sistema *Compliance*, con la férrea decisión de detener las actividades delictivas que se desarrollan dentro de la empresa.

Este sistema, es exclusivo y especializado en controlar a las personas que forman parte de la empresa; pero también controla a la empresa en sí, estableciendo auditorias en cualquier momento, que permitan corroborar su buen funcionamiento.

El sistema inicia estableciendo los riesgos legales[138] y los riesgos penales[139] a los cuales se encuentra expuesta la empresa; todos los

138 Se denomina riesgo normativo o legal, que supone el riesgo de pérdida debido a que una operación no puede ser ejecutada por no existir una formalización clara y adecuada o por no ajustarse al marco legal establecido. Es la posibilidad de incurrir en pérdidas económicas en una operación por: a) Modificaciones del marco legal aplicable a la operación con posterioridad a su formulación. b) Deficiencias en las estructuras de la transacción. c) Deficiencias en el clausulado de la documentación relativa a la transacción. López, Diego, López Jesús: *Riesgos financieros y operaciones internacionales*, Editorial ESIC, Madrid, 2002, p. 135. Los principios y las directrices de los riesgos se encuentran contemplados en la norma ISO 31000/2009 y el la Guía 37/2009; y posteriormente su reforma con la norma ISO 19600/2015. Todas estas normas establecen una referencia internacional para dotar a las organizaciones de un Sistema de Gestión de *Compliance* con el objetivo de evitar los diferentes riesgos que se producen por el incumplimiento legal, es decir, disminuir los riesgos que existen de sufrir sanciones, multas, contingencias y daños.

139 Se denominan riesgos penales o delictuales a la probabilidad que tiene la empresa de cometer algún acto delictivo. El riesgo penal esta aparejado a la persona jurídica, por la propia actividad que desarrolla; así, una empresa que tenga como actividad el transporte de personas, por medios terrestres, marítimos o aéreos enfrenta un riesgo inherente al cometimiento del delito de trata de personas y tráfico de drogas.

departamentos o secciones, son minuciosamente analizados, se realiza entrevistas con los personeros, a fin de determinar sus actividades y si estas mantienen alguna dificultad.

Una vez realizado este análisis, se establece un mapa de riesgos legales[140], determinando los departamentos o personas más vulnerables para el cometimiento de un delito. Para determinar el riesgo existente en la actividad empresarial se debe realizar:

1) Identificación: es el proceso de encontrar, reconocer y describir los riesgos. La identificación del riesgo implica descubrir sus fuentes, esto es, las causas que, solas o en unión de otras puede ocasionar el riesgo[141].

2) Análisis de riesgo: se determina considerando tanto la probabilidad de ocurrencia del riesgo como la gravedad de la consecuencia[142].

3) Consecuencia: se determina si la consecuencia, en producto de la negligencia o se la realizo intencionalmente para aprovechar la situación. Se debe determinar si esta consecuencia obliga a la empresa a no poder ejecutar ciertos actos, limitándola en la consecución de sus fines.

Este mapa también incluye las de conductas delictivas[143] y la culpabilidad de las personas y de la propia empresa[144].

140 El mapa de riesgos legales es el informe que determina con exactitud el departamento o las personas que se encuentran más expuestos a los riesgos legales.

141 Escudero, Marta: *Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance*, Editorial Thompson Arazandi, Madrid, 2015, p. 535.

142 Gallego, Ignacio: *Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales*, Ediciones Edisofer, Madrid 2014, p. 251.

143 En los Estados Unidos hay cincuenta y dos códigos penales, junto con el Código Penal Federal que cubre los códigos de cada uno de los cincuenta estados y del Distrito de Columbia. Bajo la Constitución de los Estados Unidos, la facultad de imponer la responsabilidad penal está reservada, en principio, a los Estados en conjunto con la autoridad federal que se encarga de la prohibición y sanción de delitos. Robinson, Paul, Dubber, Markus: *El Código penal modelo estadounidense: una breve visión general*, Revista de Derecho Penal No. 37, Bogotá, 2011, p. 5. Como el derecho angloamericano, proceden del *Common Law,* se sanciona debido a una acción.

144 A partir de las directrices para imponer sanciones a las organizaciones, en donde se prevé un índice de culpabilidad, se ha determinados diferentes conceptos de culpabilidad empresarial: a) Culpabilidad

Posterior, se configuran las políticas empresariales, que consisten en la elaboración de normas jurídicas que regulen el comportamiento de las personas en la empresa, estableciendo las prohibiciones en el ejercicio de su cargo. Se establecen además el código de ética[145], que debe regir a la organización y que es de cumplimiento obligatorio.

Cumplida esta fase de implementación de reglamentos, se inserta en la empresa un proceso de seguimiento y vigilancia, que permita determinar si la empresa se encuentra caminando por un buen rumbo.

Este proceso, se encuentra a cargo del *compliance officer*[146], que de acuerdo con el tratadista Puyol[147], trabaja tanto con la parte ejecutiva como con la plantilla de la organización con el fin de identificar y manejar correctamente las situaciones que pueden ser delicadas desde el punto de vista legal. Para ello, parte de su labor consiste en definir y establecer los sistemas de control interno necesarios para minimizar o eliminar el riesgo derivado de incumplir las normas.

Como otra acción concurrente, del sistema *compliance* se debe establecer el plan de denuncias[148], que consiste en preparar a todos los

empresarial proactiva: La culpabilidad se determina en razón de la razonabilidad de las medidas adoptadas para prevenir el delito. b) Culpabilidad empresarial reactiva: La culpabilidad se determina debido a la razonabilidad de los pasos tomados como reacción al cometimiento del delito. c) Culpabilidad por la ética empresarial: la culpabilidad se deriva del carácter corporativo, la cultura empresarial o la identidad corporativa. d) Culpabilidad por la política empresarial: La intencionalidad se basa en las decisiones y las oportunidades que son comunicadas a través de la política empresarial. Gómez–Jara, Carlos: *Responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU*, Editorial Universitaria Ramos Areces, Madrid, 2009, pp. 84 – 85.

145 El código ético es la principal fuente normativa o de mayor nivel en una organización, de carácter deontológico, y que contendrá los principios y valores que la empresa ha de aplicar y respetar en todos los ámbitos de su actividad: es una exteriorización del compromiso o de la cultura de cumplimiento de la organización, de las leyes y de los valores éticos de la propia organización. El contenido del código ético debe ser específico o personalizado, acorde a las necesidades, características, dimensiones y sector de actividad de cada organización, debiendo tenerse en cuenta la normativa sectorial aplicable en cada caso. PUYOL, Javier, *et al: Guía para la implantación de Compliance en la empresa,* Editorial WoltersKluver, Barcelona, 2017, pp. 271 - 273.

146 Es un término inglés que, traducido al castellano, literalmente significa Oficial de cumplimiento. Es una persona responsable de cumplir y hacer cumplir toda la normativa dentro de una empresa.

147 Puyol, Javier, *et al: Ídem*, p. 374.

148 El origen del plan de denuncias, lo encontramos en la Loyd – La Follete Act de 1912, la cual protegía a los funcionarios públicos de sus empleadores y de los despidos abusivos y sin causa justa. Esta fue la primera Ley en proteger a los denunciantes, de las represalias y los despidos por parte de sus empleadores.

integrantes de la empresa para que de una forma segura divulguen y otorguen datos específicos, que permitan determinar que un delito se encuentra en proceso. O a su vez si el delito se encuentra cometido, se deberá presentar la denuncia, sin temor a represalias; más por el contrario la primera garantía la tiene el denunciante, y su posterior inserción en el ámbito laboral, en la misma empresa o en otra diferente.

En la preparación de los integrantes de la empresa se debe darles a conocer de manera detalla las conductas delictivas tipificadas en el código penal; así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A criterio de Mandrí[149], el canal de denuncias nace como un medio eficaz de autocontrol en la organización o persona jurídica, para prevenir, evitar o detectar la comisión de conductas que vulneren el código ético, los ilícitos penales y la corrupción en el sentido más amplio; es decir, la comisión de delitos en sentido estricto, sino cualquier conducta irregular o incumplimientos, aun no delictivos de las normas internas de la empresa.

El canal de denuncias no solo debe abordarse desde la normativa o perspectiva jurídico – penal; sino de forma integral teniendo en consideración otras normativas nacionales e incluso internacionales, tales como la laboral y protección de datos.

Para terminar este sistema de *compliance*, se propone un protocolo de acciones post delictivas, encaminadas a determinar el lugar de la empresa, la persona y el proceso que presentó fallas y acarreo el delito; con el ánimo de enmendarlo y establecer un nuevo proceso que elimine la responsabilidad penal de la empresa.

Las acciones post delictivas, recaen dentro del proceso de mejora continua y de crear una cultura de cumplimiento normativo dentro de la empresa.

Loyd – Lafollete Act, 24 de agosto de 1912, Washington.

149 Mandrí, Jesús: Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance, Tomado de Puyol, Javier, et al: Ídem, pp. 258 - 261.

b) EUROPA: La implementación de sistemas de control empresarial en Europa, se conjuga con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; así, lo expresa Martinez[150]:

1) El Código Penal francés reconoce expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluidos sindicatos y partidos políticos, excluyendo de la misma, tanto al Estado, como a determinados colectivos públicos o que se encuentren en el ejercicio de funciones públicas.

2) El Código Penal belga incorporó en 1999 un modelo autónomo y directo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir del cual las mismas fueron consideradas como sujetos plenos de derecho penal. El legislador belga lejos de configurar un nuevo modelo en el que se replantearan las bases de dicha culpabilidad, se limitó a la incorporación de varios preceptos penales, realizando algunos ajustes estructurales vinculados, fundamentalmente, a las concretas consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, habida cuenta de la imposibilidad de cumplir la pena de privación de libertad.

En definitiva, el ordenamiento jurídico belga se ubica en el ámbito de aquellos Estados europeos que admiten la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, configurando un modelo de responsabilidad penal calificado como autónomo, directo e independiente de las personas físicas, del que se exime al Estado y a los entes de derecho público.

3) A criterio de Brandao & Jesus[151], desde la década de 1980 el

150 Martínez, Beatriz: Impacto de la reforma del Código Penal en el ámbito contable y fiscal, Universidad de Burgos, Facultad de Ciencias económicas y empresariales, Burgos, 2016, pp. 13 - 14.

151 Brandao, Nuno, Jesus, Solange: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués*, Revista Eguzkilore, Número 28, San Sebastián, 2014, p. 133. La responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas se encuentra contemplado en el artículo 11 del Código Penal portugués. En el Derecho Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limita a delitos específicos, cuyo catálogo, expresamente recogido por el legislador integra los siguientes delitos: malos tratos; violación de las normas de seguridad; esclavitud; la trata de personas; algunos delitos contra la libertad sexual; delitos de fraude, discriminación racial, religiosa o sexual; falsificación de documentos; falsificación de informes técnicos; delitos de falsificación de dinero y algunos delitos de peligro común, asociación criminal; tráfico de influencias; desobediencia; violación de imposiciones, prohibiciones o interdicciones; soborno; favorecimiento personal; blanqueo de dinero y la corrupción..

ordenamiento jurídico portugués admite la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no fue hasta la reforma del código penal en 2007 cuando se configura definitivamente un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a la comisión de un amplio número de delitos.

Al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas configurado por el legislador portugués excluye del mismo tanto al Estado, como a otros organismos de derecho públicos, así como a las organizaciones internacionales de derecho público, una opción que ha sido criticada por la doctrina mayoritaria.

El legislador portugués parece optar por un sistema mixto, donde se contempla, tanto la responsabilidad penal directa, como indirecta o dependiente de la persona física.

4) Según Damaschin & Gorunescu[152] en el ámbito del código penal rumano la responsabilidad penal de las personas jurídicas se remonta al año 2006, tras la entrada en vigor de la Ley 278/2006. A partir de dicha normativa, el legislador rumano introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de forma independiente a la de la persona física, siendo responsables penalmente cuando se cumplan las disposiciones del artículo 19 de su código penal. Como en el resto de Los estados, los entes que están exentos de responsabilidades son los anteriormente mencionados.

Este ordenamiento, al igual que el belga, reconoce a las personas jurídicas como sujetos de derecho penal, al mismo nivel que a las personas físicas.

152 Damaschin, Mircea, Gorunescu, Mírela: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*: el caso rumano, Revista Eguzkilore, Número 28, San Sebastián, 2014, pp. 146 - 147. En Rumania, para que una entidad sea considerada penalmente responsable es necesario que tenga personalidad jurídica, no pudiendo exigirse dicha responsabilidad a una entidad que carece de dicha condición. La persona jurídica es directamente responsable y esta responsabilidad puede funcionar independientemente de la responsabilidad penal de la persona física; es decir, la persona jurídica pueda ser considerada penalmente responsable, aun cuando la persona física no lo sea. Desde esta perspectiva, el legislador rumano decidió no imponer el principio de especialidad en la materia, pudiendo ser la persona jurídica responsable por cualquier delito.

5) El Código de Responsabilidad Organizacional de Austria[153] es el estatuto básico que regula la responsabilidad penal de las empresas. Esta responsabilidad penal está vinculada a las personas físicas y la organización; convirtiéndolos en sujetos responsables penalmente de forma autónoma e independiente.

En cuanto a las personas físicas que pueden llegar a comprometer a la persona jurídica, el Ordenamiento jurídico austriaco acoge tanto a aquellas con capacidad para la toma de decisiones como a los meros empleados o trabajadores.

El ordenamiento jurídico austriaco, tipificado en el artículo 1 de *AORC* exime, igualmente, a determinados entes con personalidad jurídica del sistema de responsabilidad penal: organismos públicos, gobierno federal, gobiernos provinciales, municipios, asociaciones profesionales, las compañías de seguros sociales, las universidades, las fundaciones de derecho público, el banco nacional de Austria y entidades religiosas reconocidas por la ley.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas de estas naciones configura patrones comunes: 1) La responsabilidad penal es autónoma, por ello de manera independiente se persigue a la persona física al igual q a la persona jurídica, tratando de determinar su imputabilidad. 2) Se excluye de la responsabilidad penal al estado, las instituciones que actúen en función de potestad estatal y a los organismos que pertenezcan al derecho público. Es decir, se mantiene un ámbito específico de aplicación de la responsabilidad penal.

6) En España, la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido instaurada mediante una reforma al código penal[154] y establece en el artículo 31, que: los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para

153 El nombre en alemán es *AORC-Verbands verant wortlichkeitsgesetz,* que traducido al castellano literalmente significa Ley de responsabilidad de la asociación.

154 Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, se ha reformado mediante la Ley Orgánica 5 - 2010, de 22 de junio de 2010; Madrid.

tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Además, la norma dispone que se hará una persecución del delito y determinación de culpabilidad, bien recaiga sobre la persona física o jurídica. Así lo expresa literalmente: La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En otras naciones europeas, no se determina la responsabilidad penal sino más bien se cataloga la responsabilidad administrativa[155]; así:

1) De acuerdo con De La Cuesta & Pérez[156] el derecho alemán niega la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos penalmente responsables. Sin embargo, las personas jurídicas no están exentas de la denominada responsabilidad administrativa, pudiendo ser sancionadas con una multa cuando el autor de la infracción (persona física) tenga la condición de representante de la persona jurídica y el hecho cometido presente alguna conexión con la actividad de la empresa.

2) El ordenamiento jurídico italiano, partiendo del artículo 27 de su Constitución[157] no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues "La responsabilidad penal es personal". Sin embargo, como en el Ordenamiento jurídico alemán, nada impide la exigencia de responsabilidad administrativa a los entes con personalidad jurídica.

155 Martínez, Beatriz: *op cit*, p. 15.

156 De La Cuesta José, Pérez Ana: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, European inklings (EUi) II Armonización penal en Europa, p. 54.*

157 La responsabilidad penal será personal. El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme. Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado. Se prohibe la pena de muerte salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra. *Constitución de la República italiana*, 21 de diciembre de 1947, Milán, Artículo 27, p. 7.

3) Según De La Cuesta & Pérez[158] el Ordenamiento jurídico húngaro, sólo las personas físicas pueden ser penalmente responsables. En este sentido, las personas jurídicas no pueden ser sujetos de derecho penal, aunque sí pueden ser sancionadas con unas determinadas medidas, cuando una persona física cometa en su seno un delito doloso.

En estas naciones, no cabe el sentido de responsabilidad penal que recaiga sobre la persona jurídica; más anotan que la responsabilidad penal será personal independientemente del lugar en donde se efectúe el delito. Es decir, se va a perseguir a la persona física hasta determinar su punibilidad.

Para el régimen sancionatorio administrativo se prevé la imposición de multas, como máxima sanción dentro de una empresa.

No obstante lo señalado anteriormente, por iniciativa de la Unión Europea se ha implementado la Recomendación 18/88, de 20 de octubre de 1988, que de acuerdo a los autores De La Cuesta & Pérez[159] se ubicaba en el ámbito económico, es uno de los primeros instrumentos europeos de respuesta que, en una decidida apuesta por homogeneizar los instrumentos penales para lograr una política criminal más eficaz en la lucha contra de la criminalidad empresarial, lejos de focalizarse en materia económica, tratan de abordar la totalidad de fenómenos delictivos en los que en la actualidad pueden estar implicadas las denominadas personas jurídicas. Varios instrumentos se han implementado:

1. La Decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo[160].

158 De La Cuesta José, Pérez Ana: *Ídem, p. 59.*

159 De La Cuesta, José, Pérez Ana: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, Ministerio de ciencia e innovación y Grupo de investigación en ciencias criminales*, 2017, Madrid, pp. 4 – 5.

160 Esta norma regula: los delitos relacionados con medios de pago materiales tales como tarjetas de crédito, tarjetas eurocheques, cheques de viaje y letras de cambio y delitos relacionados a equipos informáticos.

2. El Convenio sobre Ciber delincuencia, de 23 de noviembre de 2001[161].

3. La Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo[162].

4. La Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado[163].

5. La Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada[164].

6. Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular[165].

Sin embargo, los instrumentos implementados y como una lectura en conjunto, me permito destacar dos aspectos: 1) No existe una definición

161 También es llamado como el convenio de Budapest, es el primer tratado internacional que hace frente a los delitos informáticos y los delitos del internet. Se procura mantener la armonización de leyes entre los países europeos para enfrentar esta temática.

162 El Consejo de Europa consiente de la devastación que provoca el terrorismo y sus alcances, ha propiciado fijar objetivos comunes entre las naciones a través de intercambio de mejores prácticas y el endurecimiento de penas tanto para las personas físicas como jurídicas, y de esta forma encarar los delitos provenientes del terrorismo.

163 Junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, se ha adoptados la Decisión marco para que las naciones tipifiquen: la corrupción activa y pasiva en el ámbito privado, la incitación y complicidad, sanciones penales para las personas físicas y jurídicas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y las sanciones para las personas físicas y jurídicas.

164 Con antecedentes en 1997 la Unión Europea adopta su primer plan de acción para combatir la delincuencia organizada; y en 1998 adopta la Acción Común 98/733/JAI relativa a la participación en una organización delictiva. Con estas normas se pretende responder a las diversas amenazas a las que se enfrentan los Estados especialmente en los delitos: tráfico de drogas, trata de seres humanos y terrorismo, tráfico de obras de arte, blanqueo de dinero, delincuencia económica grave, extorsión y otros actos de violencia dirigidos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas o que creen un peligro colectivo para las personas. Esta norma establece la definición de organización delictiva, la participación activa o pasiva de los delincuentes y la responsabilidad penal de las personas física y jurídicas por sus acciones u omisiones.

165 Dentro de estos instrumentos, se ha dejado de lado los delitos ambientales, por cuanto no forman parte de la presente investigación. Sin embrago se debe manifestar que los mismo han sido perseguido con mucha dureza en Europa, por atentar contra el cambio climático y su devastación ambiental.

conceptual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y 2) Existe una incidencia hacia el principio *societas delinquere non potest*. Todo esto ha conllevado que cada nación europea de manera particular, vaya determinando sus principios penales.

Dentro de estas actividades planificadas y ordenadas se ha implementado el *compliance*. La política del sistema de *compliance*, que se desea implementar en una empresa, debe contar con la expresa aprobación por parte de su órgano superior. Las directrices de dicho sistema se encuentran emanadas de la norma UNE-ISO 19600 2015 sistemas de gestión de *compliance*[166], que establece:

1) Contexto de la Organización: Es necesario identificar las obligaciones *compliance* y el compromiso que contrae la organización. Las obligaciones se deben mantener a lo largo del tiempo, ya que es necesario identificar las novedades y los cambios, además de evaluar los impactos de los cambios que han sido identificados. Se deberá identificar, analizar y evaluar todos los riesgos, aportando soluciones para evitar que se pueda incurrir en diferentes incumplimientos.

2) Liderazgo: Liderazgo y compromiso por parte de la alta dirección. documentar la política de *compliance* y comunicarla a toda la organización. Tener claro los roles, responsabilidades y autoridades del órgano de gobierno y de la alta dirección de la organización. Además de función específica que establece el *compliance* junto a la responsabilidad de la alta dirección y la de los empleados de la empresa.

3) Planificación: Los objetivos que persigue el *compliance* deben ser coherentes con la política, el plan de prevención de delitos y deben ser

166 Norma Une-Iso 19600, Sistemas de gestión de Compliance, 2015. Se ha publicado como una guía de referencia internacional para dotar a las organizaciones de un Sistema de Gestión de Compliance (cumplimiento normativo) con el objetivo de evitar los diferentes riesgos que se producen por el incumplimiento legal, es decir, disminuir los riesgos que existen de sufrir sanciones, multas, contingencias y daños. Disponible en https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/. Consultado el 20 de mayo del 2020.

planificados. Se debe tener en cuenta las acciones para tratar los riesgos y las oportunidades a la hora de realizar el tratamiento de riesgos y las oportunidades, integrar todas las acciones con los procesos correspondientes y evaluar la eficacia del sistema de gestión de *compliance*.

4) Soporte: Se debe contar con los recursos necesarios para realizar la implementación del sistema de gestión de *compliance*. Las personas encargadas deberán tener la experiencia y la formación necesaria. Además, las personas que integran la organización deben tener conciencia de lo que supone la implementación de la norma ISO 19600. La comunicación, ya sea interna o externa, es muy importante para establecer con el éxito el sistema de gestión de *compliance*. La información debe quedar documentada y estar perfectamente organizada para poder revisarla en el momento que sea oportuno.

5) Operación: Se deberá realizar una planificación y un control operacional para gestionar todas las acciones que se deben llevar a cabo durante el tratamiento de los riesgos y las oportunidades. Es necesario establecer controles y procedimientos para gestionar todas las obligaciones que establece el *compliance* y poder identificarlas, además deberá quedar todo registrado en los procedimientos para gestionar los riesgos.

Los procesos que se encuentren externalizados se basan en la gestión, control y evaluación del desempeño de terceras personas.

6) Evaluación del desempeño: se debe realizar un seguimiento del sistema y del desempeño de *compliance*, recoger toda la información posible, analizar y clasificar dicha información. Utilizar indicadores de gestión para realizar los informes de *compliance* y siempre se deberán mantener todos los registros para futuras auditorías. Es necesario que periódicamente se realice una auditoría interna para saber cómo se encuentra el sistema de gestión de *compliance*, y finalmente la dirección de la organización deberá realizar una revisión completa para comprobar que se cumple con lo establecido por el sistema de gestión de *compliance*.

7) Mejora: Para realizar la mejora continua es necesario gestionar las no conformidades, tomar acciones correctivas y estudiar la información obtenida para mejorar de forma continua[167].

c) AMÉRICA LATINA: A la par de la tendencia anglosajona y europea, varias naciones de América Latina han incorporado dentro de su sistema penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, analicemos varios casos:

1) Chile: el 25 de noviembre del año 2009, se incorpora en Chile la Ley N° 20.393 la misma que instaura la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y delitos de cohecho a funcionario público nacional o extranjero[168]; posteriormente se incorpora el delito de receptación[169].

Para la sanción de los delitos mencionados y establecer fehacientemente el delito, se debe establecer un beneficio directo a la empresa u organización, ya sea mediante los representantes, dueños, ejecutivos principales, controlares, responsables o los encargados de las actividades de administración.

167 Existen distintas guías publicadas por organismos nacionales e internacionales en las que se define cuáles son los elementos esenciales que debe contener un Programa de *compliance*. Así por ejemplo, el capítulo 8 del documento *Sentencing of Organizations, Federal Sentences Guidelines* (2012), publicado por la *United States Sentencing Commission* establece ocho elementos esenciales que debe contener el Programa de *Compliance* para ser efectivo; el documento *A Resource Guide tothe FCPA U.S Foreing Corrupt PracticesAct* (2012), publicado por la *Criminal Division of the U.S Departament of Justice and the EnforcementDivision Of U.S Securities and Exchange Commission* indica un total de diez marcas distintas para determinar si un Programa de *Compliance* es eficaz; el documento *Guidance about procedures which relevant comercial organisations can putinto place toprevent persons associated with them frombribing (section 9 Of the Briberry Ac*t 2000) (2010), publicado por el *UK Ministery of Justice* desarrolla seis principios necesarios en los que se debe basar un programa eficaz; el documento *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance* (2010), publicado por el *OECD Council* indica un total de doce buenas prácticas para asegurar un Programa de *Compliance*. Para Enseñat de Carlos, el Programa de *Compliance* debe contener siete elementos: Liderazgo y cultura de *Compliance*, Función de *Compliance*, Evaluación de Riesgos, Políticas y Controles, Comunicación, Formación y Sensibilidad, Supervisión y Verificación y Consecuencias de los incumplimientos. *op cit. pp. 36 – 42.*

168 *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ley No 20393, de 25 de noviembre de 2009, Santiago, Artículo 3, p. 3.

169 El delito de receptación se incorporó al catálogo penal, mediante la aprobación de la Ley 20.931, publicada el 5 de julio de 2016. El delito de receptación se constituye sobre las personas que ayudan a encubrir un delito para aprovechar, adquirir o esconder los efectos provenientes del hecho ilícito.

Este delito es el resultado del incumplimiento de las tareas de dirección y supervisión de la organización.

2) Guatemala: El código penal, en su artículo 38[170], establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se le otorga la misma sanción que a una persona física; es decir la sanción es equipara para ambos.

El articulo 38 expresa: En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este código para las personas individuales.

Las personas jurídicas serán responsables en todos los casos en donde, con su autorización o anuencia, participen sus directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas; además, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando se comete el hecho delictivo por la omisión de control o supervisión.

b) Cuando se comete el hecho delictivo por decisión del órgano decisor.

Estas circunstancias conllevan a la imposición de sanciones pecuniarias que comprenden entre diez mil dólares hasta seiscientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América de acuerdo a la capacidad económica de la persona jurídica y se fijará teniendo en cuenta las circunstancias en que se cometió el delito[171].

170 *Código Penal de Guatemala*, Decreto No 17-73, de 27 de julio de 1973, Guatemala, Artículo 38, p. 7. ***Reformado por Artículo 2 del Decreto 31-2012 del Congreso de la República, Ley contra la Corrupción.***

171 En caso de reincidencia en el cometimiento de un delito, se ordenará la cancelación definitiva de la personalidad jurídica.

3) México: El código penal federal sanciona las conductas delictivas de las personas jurídicas, cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella[172]

Para esto, se ha incluido un catálogo especifico de delitos, entre ellos: terrorismo, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, delitos contra la salud, tráfico de influencia, cohecho, falsificación y alteración de moneda, contra el consumo y riqueza nacionales, fraude, Encubrimiento, delitos materia de derechos de autor, defraudación fiscal y contrabando[173].

El juez que conozca la causa, además de la imposición de sanción penal a la persona jurídica, podrá establecer la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

6) Nicaragua: Cuando el hecho delictivo se cometa en el ámbito de una persona jurídica o en beneficio de ella, el juez o tribunal, podrá imponer las siguientes penas:

a) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

b) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

c) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

172 *Código Federal Penal*, Decreto de 2 de enero de 1931, México, artículo 11, p. 8.

173 *Ídem.* Artículo 11, pp. 9 – 11. Del análisis realizado, los delitos atribuibles a las personas jurídicas son de variada índole, sin embargo, para efectos de este estudio únicamente se han incluido aquellos delitos, que tienen connotación y procedencia en el interior de la empresa. Los delitos no considerados relevantes para este estudio son: Tráfico de armas, trata de personas, robo de vehículos, delitos en contra del ambiente y comercialización habitual de objetos robados.

d) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el azo de prohibición no podrá exceder de cinco años[174].

La figura de la intervención y de la clausura temporal, tienen el carácter de preventivo; es decir que se la ejecuta para impedir y minimizar el riesgo del cometimiento de un delito. Precautela la integridad de los bienes jurídicos y de los derechos de los *stakeholders*.

7) Panamá: el ordenamiento jurídico panameño introdujo nuevas figuras delictivas desde la aprobación del nuevo código penal en el año 2007, destacándose los delitos financieros, el blanqueo de capitales, y contra la seguridad económica, contra el derecho de autor y derechos conexos, contra los derechos de propiedad industrial, la quiebra e insolvencia, la competencia desleal, los delitos cometidos con cheques y tarjetas de crédito; y la revelación de secretos empresariales.

Se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando han sido creadas o usadas para cometer delitos y siempre que sean beneficiadas del producto mismo del delito. Los Jueces, respetando el debido proceso, podrán establecer las siguientes sanciones:

a) Cancelación o suspensión de la licencia o registro por un término no superior a cinco años.

b) Multa no inferior a cinco mil balboas ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial.

c) Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales.

174 *Código Penal*, Ley No. 641, de 13 de noviembre de 2007, Guatemala, artículo 113, p. 35.

d) Inhabilitación para contratar con el estado, directa o indirectamente, por un término no superior a cinco años, la cual será impuesta junto con cualquiera de las anteriores.

e) Disolución de la sociedad[175].

En Chile, Brasil, México, Perú, y Argentina, existen regulaciones e inventivos para que las empresas puedan incorporar un sistema de control normativo y se autorregulen y minimicen el riesgo de cometer delitos; sin embargo, se sigue acudiendo a las auditorias financieras, para determinar sus ganancias soslayando de donde provengan.

Todas las personas jurídicas de las naciones de Latinoamérica están expuesta al riesgo de cometer delitos, y no han aplicado los sistemas *compliance*, por su forma tradicional de actuar y por mantener una única visión de obtener ganancia a cualquier costa. Sin embargo, esto va a cambiar por la imposición de regímenes penales drásticos, que permitan ir adecuando las conductas en el interior de la empresa.

La implementación de la auditoría jurídica empresarial trae consigo aparejados múltiples beneficios: disminución del cometimiento de delitos, creación de una cultura organizacional, creación de buena reputación de la empresa, atracción de inversionistas, la empresa se mantiene a largo plazo, dinamización de la economía y estabilidad laboral para su personal. En Latinoamérica, no se ha dimensionado estos beneficios por que no existe una cultura de prevención de los delitos y no se plantean objetivos de sostenibilidad de las empresas a largo plazo.

1.2.4. Modelo institucional de la auditoría jurídica empresarial

De manera general, a criterio de Annan[176] ex secretario general de

175 *Código Penal*, Ley 14, de 22 de mayo de 2007, Gaceta oficial No. 25796, Panamá, artículo 51, p. 9.

176 Annan, Kofi. Ex secretario General de las Naciones Unidas*:* En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su PREFACIO ESTABLECE: la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los

las Naciones Unidas un aporte de gran valía es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en onde incorpora las medidas para combatir el blanqueo de dinero[177]; así lo dispone en su artículo 7[178], cada estado, miembro:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18[179] y 27[180] de la presente convención, que las autoridades de administración,

enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

177 El termino blanqueo de dinero es utilizado como sinónimo de lavado de dinero y lavado de activos; hace referencia a ocultar o encubrir la procedencia ilícita del dinero proveniente de actividades delictivas y que los actos no tengan consecuencias jurídicas. Se considera actividad delictiva generadora de lavado de dinero y activos, administración fraudulenta, hurto y robo de vehículos, secuestro, extorsión, enriquecimiento ilícito, negociaciones ilícitas, peculado, soborno, comercio ilegal y depósito de armas, evasión de impuestos, contrabando de mercadería, prevaricato, estafa, y todo acto de encubrimiento y legalización de dinero o bienes procedentes de actividades delictivas. *Ley contra el lavado de dinero y de activos*, Decreto 498, Diario Oficial No. 240, Tomo No. 341, de 23 de diciembre de 1998, San Salvador, Artículo *6*, p. 6.

178 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 7, disponible en https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf, consultado el 05 de mayo de 2025.

179 El artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hace relación a: Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de la Convención. La asistencia judicial comprende: a) recibir testimonios o tomar declaraciones a personas, b) presentar documentos judiciales, c) efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos, d) examinar objetos y lugares, e) facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos, f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles; g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente; e i) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

180 El artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional, expresa: cooperación en materia de cumplimiento de la Ley. Los Estados Parte colaborarán

reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero[181].

Ahora centremos nuestra atención en la corrupción, al respecto se han dictado varias normas jurídicas tenientes a eliminarla, así pues: la Convención Interamericana en contra de la corrupción[182] y la Convención de las Naciones unidas en contra de la corrupción[183]; que son instrumentos jurídicos aplicables en los estados miembros; teniendo como obligación adecuar las legislaciones para combatir estos hechos.

El combate frontal a la corrupción se da por cuanto los estados miembros consideran que socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.

estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. Los Estados Parte colaboraran con: i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas; ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos; y iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos.

181 Naciones Unidas, Oficia contra la Droga y el Delito: *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, New York, Artículo *7*, p. 9.

182 El propósito de la cita Convención es premover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Se señala algunos actos de corrupción en el ámbito público: 1. El requerimiento aceptación de valor pecuniario o dadiva del funcionario público. 2. La acción u omisión del servidor público para obtener ilícitamente beneficio para sí o terceras personas.

183 La Convención de las Naciones Unidas en contra de la corrupción Artículo 1 finalidad a. Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, b. promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; y c. promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. Disponible en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf, consulado el 22 de mayo de 2025.

En estas normativas anticorrupción, se estable que:

1) Cada nación debe establecer mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción

2) Se reconoce su propia jurisdicción para juzgar los delitos tipificados como de corrupción[184].

3) Se establecen los mecanismos de cooperación eficaz en materia de corrupción entre los Estados miembros.

Estos marcos regulatorios internacionales y vigentes en todas las naciones pertenecientes a Organización de las Naciones Unidas[185], genera una base sobre la cual cada Estado debe ir acoplando y regulando sus normativas internas en post del combate a la delincuencia, sancionar las conductas delictivas y proteger los bienes jurídicos.

Por otra parte, analizaremos el modelo institucional de auditoria jurídica empresarial, dividida en tres grupos, Estados Unidos, Europa y América latina:

a) ESTADO UNIDOS: La U.S. *Securities and Exchange Commission (SEC)*[186], es un organismo creado, su función principal de brindar protección a inversionistas y velar por la integridad de los mercados de valores. La misma demanda a las empresas que manejan valores bursátiles negociables develar al público toda la información financiera pertinente a su cargo, para que los inversionistas puedan concluir por sí mismos si la inversión en los títulos y obligaciones constituyen una buena inversión. Sólo a través de un flujo regular y oportuno de información completa y

184 En esta normativa se determina los delitos productos de la corrupción: el enriquecimiento ilícito, el soborno y el soborno transnacional. Se establece además la participación de los funcionarios públicos como autores, cómplices o encubridores de los actos de corrupción.

185 Las Naciones Unidas nace oficialmente el 24 de octubre de 1945, con 51 Estados Miembros suscribieron el documento de fundación de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. Actualmente, 193 Estados son miembros, que están representados en el órgano deliberante y la Asamblea General. Disponible en https://www.un.org/es. Consultado el 7 de diciembre del 2020.

186 Su nombre en castellano es: Comisión de Bolsa de Valores

precisa, podrán los inversionistas tomar las mejores decisiones[187]

La investigación de la Comisión de bolsa de valores, a mediados de la década de 1970 revelaron que más de 400 empresas estadounidenses[188] admitieron haber realizado pagos cuestionables o ilegales por más de 300 millones de dólares a funcionarios gubernamentales, políticos y partidos políticos extranjeros[189], para ser beneficiarios de contratos ilícitos.

En este grupo de empresas están: *Lockheed*, dirigida por Ernest Hauser que admitió ante los investigadores del Senado, que la empresa vendió 900 aviones F104G *Starfighters* a Alemania occidental, pero entrego usd 10 millones al ministro de Defensa Franz Strauss y la empresa *United Brands company*, y su presidente Eli Black habían pagado un soborno usd. 2,5 millones al presidente hondureño Oswaldo López. El dinero debía depositarse en una cuenta bancaria en Suiza. Después del soborno el impuesto al banano hondureño se redujo de cincuenta centavos a veinte y cinco centavos. Esta reducción le ahorró a *United Brands* Company aproximadamente usd. 7,5 millones en pagos de impuestos. Este escándalo es conocido como "*Bananagate*"

Estos delitos económicos cometidos, hicieron que surja la imperiosa necesidad de crear nuevos programas de prevención de delitos y de cumplimiento normativo.

b) EUROPA: Cuando el Comité de Basilea[190] dicta las primeras normas

187 Disponible en https://www.sec.gov/. Consultado el 11 de diciembre del 2020.

188 Lewis, Solomon, Linville, Leslie: *Conducta transnacional de corporaciones multinacionales estadounidenses: pagos cuestionables en el extranjero*, 1976, p1, y Lafeber, Walter: *Revoluciones inevitable: Estados Unidos en Centroamérica*, New York WW Norton, New York, 1993, p. 46. Existe antecedentes de conductas atentatorias al orden legal por parte de empresas en los Estados Unidos.

189 Casa de Reresentantes: *Informe de la Cámara*, 95vo Congreso, 1ra sesión, No. 95-640, de 28 de septiembre de 1977, Washington, p. 3.

190 El Comité fue establecido en 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los once países miembros del Grupo de los Diez. Desde su nacimiento, el Comité se constituyó en un foro de discusión para fomentar la mejora y la convergencia de las prácticas y normativas de supervisión bancaria, buscando perfeccionar las herramientas de fiscalización internacional, a través de acercamientos y de estándares comunes. El Comité de Basilea es la denominación usual con la que se conoce al Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS, sigla de *Basel Committee on Banking Supervision*). Entre las normas de

sobre el riesgo de cumplimiento[191] y la función de cumplimiento en los bancos. El cumplimiento comienza en la cabeza[192]. Este será mucho más efectivo en una cultura organizacional que enfatiza estándares de honestidad e integridad y en la que el Directorio y la alta dirección lideran con su ejemplo. Involucra a todos dentro del banco y debe verse como parte integral de las actividades de negocio del banco. Un banco debe someterse a normas del alto nivel cuando está realizando sus actividades, y en todo momento debe esforzarse por observar el espíritu, así como la letra de la ley. La falta de considerar el impacto de sus acciones en sus accionistas, clientes, empleados y en los mercados, puede resultar en significativa publicidad adversa y daño reputacional, aun cuando no se haya violado ninguna ley.

Hay que tener en cuenta también las recomendaciones que realiza el GAFI[193] para las instituciones financieras, para combatir el lavado de activos[194] y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva[195].

importancia que el Comité ha emitido, se encuentran las recomendaciones sobre blanqueo de capitales.

191 La expresión "riesgo de cumplimiento" es definida como el riesgo de sanciones legales o normativas, pérdida financiera material, o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de incumplir con las leyes, regulaciones, normas, estándares de auto-regulación de la organización, y códigos de conducta aplicables a sus actividades bancarias (juntos, "leyes, reglas y normas de cumplimiento") Comité De Basilea De Supervisión Bancaria: *El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos*, Basilea, 2005, p. 5.

192 Se enfatiza que el cumplimiento debe nacer desde las altas esferas de la administración; entre ellos: el Directorio o Asamblea general y la Gerencia.

193 El Grupo de Acción Financiera Internacional, fue creada en el año 1989 por el entonces G8. Es una institución intergubernamental, que tiene como propósito desarrollar políticas que ayuden a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. A la par del GAFI, se ha creado otras instituciones, que persiguen los mismos fines, erradicar el lavado de activos y el terrorismo, entre ellas están: ESSAAMLG: Grupo anti lavado de dinero de África del este y del sur, FATF Financial ActionTask Forceon Money Laundering, Grupo de acción financiera contra el blanqueo de capitales, GAFIC, Grupo de acción financiera internacional del Caribe, GAFILAT, Grupo de acción financiera de Latinoamérica y GAP, Grupo de acción financiera Asia – Pacifico.

194 Al igual que el término corrupción, no hay una definición única de lavado de dinero. El lavado de dinero es el acto mediante el cual una persona transfiere, utiliza o posee bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de un delito con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito del mismo, a fin de eludir la investigación penal, condena y confiscación de tales bienes. Gonzalez, Luis: *Delito de lavado de activos*, Revista Latinoamericana de Derecho comercial internacional, Volumen 1, Número 1, México, 2013, p. 260.

195 Quedan excluidos de la presente investigación, los delitos de terrorismo y el financiamiento de armas con fines delictivos; ya que se está tratando netamente sobre los delitos económicos, que tengan como fin el provecho ilegal de captación de recursos económicos.

El GAFI, ha redactado 40 recomendaciones, para efectos de la presente investigación nos centraremos únicamente en el delito de lavado de activos[196]; así pues:

1) Con base en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988 (la convención de Viena) y la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, 2000 (la convención de Palermo), cada nación debe tipificar el delito de lavado de activos.

2) Cada nación debe incluir en su legislación el lavado de activo como un delito grave o en su defecto determinar una categoría de gravedad a los delitos determinantes[197] provenientes del lavado de activos.

3) En cuanto a la aplicación de sanciones, se debe establecer penas dirigidas tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas; en este caso se debe implementar el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la imposición de sanciones civiles y administrativas.

En el mismo sentido el Consejo de Europa[198] convencidos de la necesidad de seguir, de modo prioritario, una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra la corrupción, por cuanto constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, que la misma socava los principios de una buena administración, de la equidad y de la justicia

196 Recomendación 3. Delito de lavado de activos Disponible en https://www.cfatf-gafic.org/es/. Consultado el 12 de diciembre del 2020.

197 Los delitos determinantes se refieren a todos los delitos provenientes del delito de lavado de activos; por citar un caso la constitución de una empresa inmobiliaria que promueva la construcción y venta de casas, pero que ésta sea producto de la consecución del delito de lavado de activos. Todas las acciones ejecutadas para tratar de transparentar los dineros obtenidos de manera ilícita, también son constituyentes como delitos determinantes.

198 *Vid. supra,* pp. 43 – 44. El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional destinada a promover, mediante la cooperación de los estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el Imperio de la ley. Fue constituido por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949 y agrupa 47 países, con exclusión propia de Bielorrusia, Kazajistan y el Vaticano.

social, que falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad[199] acordaron suscribir un convenio penal sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999; y ratificado en España el 28 de julio de 2010[200]; a través del cual se establecen las medidas que se debe adoptar para proteger la sociedad por una parte y combatir la corrupción por otra, mediante la tipificación como delito punible[201].

Se destaca en este convenio la tipificación sobre los delitos contables: cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito punible con sanciones penales o de otro tipo, conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, los actos u omisiones siguientes, destinados a cometer, ocultar o disimular los delitos a que se refieren los artículos 2

199 Para la suscripción del convenio penal sobre la corrupción hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 se ha tenido en consideración: 1. el Programa de Acción contra la Corrupción, adoptado por el Comité de Ministro del Consejo de Europa en noviembre de 1996 siguiendo las recomendaciones de la 19.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia 2.La Resolución N.º 1, adoptada por los Ministros Europeos de Justicia en su 21.ª Conferencia (Praga 1997), que insta a la pronta aplicación del Programa de Acción contra la Corrupción y recomienda, en particular, la elaboración de un convenio penal sobre la corrupción en que se establezca la tipificación penal coordinada de los delitos de corrupción, el fortalecimiento de la cooperación en la persecución de dichos delitos y un mecanismo de seguimiento eficaz que esté abierto a los Estados miembros y a los demás Estados no miembros en pie de igualdad. 3. Teniendo presente que los jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa decidieron, en su Segunda Cumbre celebrada en Estrasburgo los días 10 y 11 de octubre de 1997, buscar respuestas comunes a los desafíos planteados por la extensión de la corrupción y que adoptaron un Plan de Acción que, con el fin de promover la cooperación en la lucha contra la corrupción, incluidos sus vínculos con la delincuencia organizada y el blanqueo de dinero. 4. Considerando, además, que la Resolución (97) 24 referente a los 20 Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, adoptada el 6 de noviembre de 1997 por el Comité de Ministros con ocasión de su 101ª Reunión, subraya la necesidad de concluir rápidamente la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales, en ejecución del Programa de Acción contra la Corrupción; y 5. Teniendo presente la adopción en la 102ª Reunión del Comité de Ministros, el 4 de mayo de 1998, de la Resolución (98) 7 por la que se autoriza el Acuerdo parcial ampliado por el que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción-GRECO, institución que tiene por objeto mejorar la capacidad de sus miembros en la lucha contra la corrupción, velando por el cumplimiento de sus compromisos en este ámbito.

200 Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, Boletín Oficial del Estado, número 182, de 28 de julio de 2010.

201 El capítulo I redacta la terminología, el capítulo I I hace referencia a la corrupción activa y pasiva de los agentes públicos nacionales, de los miembros de las asambleas públicas, de los agentes públicos extranjeros, corrupción activa y pasiva en el sector público, de los jueces y agentes de tribunales internacionales, capítulo III del seguimiento del convenio; capitulo IV, de la cooperación internacional, de asistencia mutua, de extradición; y capítulo V las disposiciones finales.

a 12[202], en la medida en que la Parte no haya formulado una reserva o declaración:

a) Extender o utilizar una factura o cualquier otro documento o asiento contable que contenga informaciones falsas o incompletas;

b) Omitir de manera ilícita la contabilización de un pago.

Existe otra organización no gubernamental, llamada Transparencia Internacional[203] que promueve medidas contra crímenes corporativos y corrupción política en el ámbito internacional. Desde el año 1995, elabora y publica el índice de percepción de la corrupción, basado en índices y encuestas a diversas personas, empresas privadas y empleados públicos.

c) AMÉRICA LATINA: De acuerdo con el criterio de Deshazo[204] Las transiciones de gobiernos autoritarios hacia gobiernos democráticos que caracterizaron a Latinoamérica durante las décadas de 1980 y 1990 subrayaron una necesidad evidente de mayor ética y transparencia gubernamental. Las dictaduras militares que rigieron en varios países de la región fueron vilipendiadas no sólo por las flagrantes violaciones a los derechos humanos y civiles, sino también por haber engendrado una corrupción oficial generalizada. A medida que se consolidaba la democracia, comenzó a emerger el problema de la corrupción gracias a la atención de una sociedad civil más activa y la osadía de los medios de comunicación. La corrupción, que había sido relegada a rumores silenciosos y ocultos, surgió como problema clave de la sociedad y se convirtió crecientemente en un tema de debate público en la región durante la década de 1990.

202 Los artículos señalados comprenden: Artículo 2. Corrupción activa de agentes públicos nacionales, Artículo 3. Corrupción pasiva de agentes públicos nacionales, Artículo 4. Corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales, Artículo 5. Corrupción de agentes públicos extranjeros, Artículo 6. Corrupción de miembros de asambleas públicas extranjeras, Artículo 7. Corrupción activa en el sector privado, Artículo 8. Corrupción pasiva en el sector privado, Artículo 9. Corrupción de funcionarios internacionales, Artículo 10. Corrupción de miembros de asambleas parlamentarias internacionales, Artículo 11. Corrupción de jueces y de agentes de tribunales internacionales, Artículo 12. Tráfico de influencias.

203 Transparencia internacional se fundó en 1993 y tiene su sede en Berlín. Opera en más de 70 países en todo el mundo; y está conformada por más de 100 oficinas locales y organizaciones filiales

204 Deshazo, Peter: Esfuerzos contra la corrupción en América Latina Lecciones aprendidas, Documento de política sobre las Américas, Volumen XVIII estudio 2, 2007, *CSIS Americas Program*, Washington, p. 1.

La Organización de Estados Americanos durante la primera cumbre de las Américas en 1994 desarrollada en Miami, subrayó el problema de la corrupción y sirvió de ímpetu para la negociación y aprobación en 1996 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Estas normas dictas fueron encaminadas a promover y fortalecer el desarrollo y los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en la prestación de funciones públicas; promoviendo que los países signatarios adecuen y tomen las medidas necesarias de la lucha frontal contra este mal e implementen leyes nacionales.

Varias legislaciones[205], han cumplido con el compromiso derivado de la mentada convención; por citar el caso peruano ha obrado con un considerable retraso de 40 años[206] respecto a la norma anticorrupción aprobada en Estados Unidos; y que en su articulado prevé la lucha contra la corrupción como un precepto obligatorio en todas las entidades de los diferentes poderes del estado, organismos constitucionales autónomos, y en los diferentes niveles de gobierno; en el sector privado y en la sociedad civil[207].

205 En México se ha promulgado la Ley del Sistema anticorrupción del Estado de México y Municipios; Periódico Oficial Decreto No 207, de 30 de mayo de 2017; que tiene por objeto regular la conducta administrativa anticorrupción de los funcionarios públicos. En Brasil El 01 de agosto de 2013, se promulgó la Ley 12.846 contra la corrupción, que establece un sistema integral de responsabilidad corporativa e individual por actos de corrupción contra funcionarios públicos brasileños y extranjeros u organismos gubernamentales. La nueva ley contra la corrupción entra en vigencia el 28 de enero de 2014. En Uruguay entro en vigor la Ley Nº 17.060 de 23 de diciembre de 1998, conocida como Ley Anticorrupción o Ley Cristal, contiene disposiciones para prevenir, reprimir y erradicar las prácticas corruptas y el mal uso del poder público. Todas las normativas mencionadas, regulan únicamente los actos de corrupción de quienes ejercen la función pública. La normativa se Brasil ha incluido a las personas extranjeras que realicen actividades con la función pública. Hay de recordar que, en estas naciones excepto Uruguay, también operó la empresa brasileña *Odebrech*.

206 El Decreto Supremo N° 092-2017-PCM, de 14 de septiembre de 2017, aprueba la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción del Estado Peruano; en cambio La norma estadounidense *Foreign Foreign Corrupt Practices Act,* fue aprobada el 19 de diciembre de 1977. Cabe señalar que el Estado peruano, ha reafirmado este compromiso al suscribir y ratificar los principales instrumentos internacionales sobre la materia como son la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción de 1996 y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de (2003, en los que se proponen la aplicación de un conjunto de medidas para detectar, investigar y sancionar las conductas corruptas, así como la promoción de acciones preventivas y de cooperación internacional.

207 ***Idem,*** artículo 1, p. 4.

La legislación peruana se ha ido adecuando a los estándares internacionales: 1. la modificación del artículo 2 de código penal mediante la Ley N° 30076 con la finalidad de introducir la figura del decomiso del valor, que permite decomisar un valor equivalente al de las ganancias del delito. 2. se estableció la pena de multa para las/los servidores/as civiles que cometen delitos de corrupción, regulada por la Ley N° 30111. 3. Mediante Ley N° 30424, se estableció la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional; posteriormente el 7 de enero de 2017, se publicó el Decreto Legislativo 1352, que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, considerándose además del delito de cohecho transnacional, el cohecho activo genérico, el cohecho activo específico y delitos vinculados al lavado de activos, a la minería ilegal y el crimen organizado[208].

No obstante, el marco normativo implementado es preciso recordar que Perú atravesó el escándalo de corrupción protagonizado por la empresa brasileña Odebrecht y que forma parte del caso lava jato[209]; involucró a políticos, funcionarios públicos y empresarios de recibir coimas para favorecer a esta empresa en licitaciones públicas y adjudicarse millones de dólares, soslayando procesos lícitos de contratación[210].

208 Además de las leyes citadas, se destacan otras normas legales que complementan y refuerzan el ordenamiento jurídico penal en la lucha contra la corrupción: Ley No. 30077, de 20 de agosto de 2013, Ley contra el crimen organizado, Ley No. 30304, de 9 de febrero de 2015, Ley que modifica el artículo 57 del Código Penal y prohíbe la suspensión de la pena en los delitos de peculado y colusión, Ley No. 30353, de 29 de septiembre de 2015, Ley que establece el registro de deudores de reparaciones civiles, Decreto Supremo No. 04 – 2014, de 6 de mayo de 2014, aprueba el Reglamento para implementar aspectos de identidad del agente encubierto y garantizar su protección en el marco de la técnica especial de investigación, Resolución Ministerial No. 0174 – 2016, de 22 de julio de 2016, aprueba el Protocolo de actuación interinstitucional para la prevención y represión de los delitos de corrupción de los funcionarios.

209 La Operación Lava Jato es la mayor investigación contra la corrupción en la historia de Brasil. En diciembre de 2016 la constructora brasileña *Odebrecht* aceptó el pago de 788 millones de dólares en sobornos en 12 países, incluido Perú. Disponible en https://www.telesurtv.net/. Consultado el 9 de abril del 2019.

210 Pari, Juan: Estado corrupto. Los mega proyectos del caso Lava jato en Perú, primera edición, editorial Planeta Perú S.A., Lima, 2017, p. 2El 21 de diciembre de 2016. El Departamento de Justicia de Estados Unidos comunicó de manera oficial que la firma brasileña *Odebrecht* había reconocido el pago de sobornos en diferentes países, entre ellos el Perú. Los crímenes reconocidos en el Perú son los proyectos de las carreteras de la interoceánica y del tren eléctrico. Simoes Barata el representante de *Odebrecht* en Perú imputaría a Alejandro Toleto y Ollanta Humala como receptores de pagos. También implicó a funcionarios del Ministerio de Transporte y Comunicaciones2.

El caso colombiano, es muy similar a la nación anterior, toda vez que se estableció la Ley 1474[211], por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión.

El antecedente de consolidación de esta normativa es la ley 200[212], mediante la cual se adopta el régimen disciplinario en contra de los servidores públicos y las dependencias y órganos del estado; y su posterior reforma mediante ley 734[213].

Al ser analizados estos cuerpos legales, de manera exclusiva se controla las actividades de los funcionarios públicos y de las instituciones gubernamentales en donde se desempeña la función. Se norman: la corrupción[214], la acción y omisión en el cumplimiento de funciones, la extralimitación de funciones, petición de dadivas, regalos agasajos o cualquier beneficio; y general cualquier acto atentatorio al orden constituido, a la moral y a las buenas costumbres.

Es preciso señalar que esta nación también se vio involucrada por actos de corrupción provenientes de la empresa brasileña *Odebrech*, las irregularidades corresponden a los documentos revelados sobre los contratos y sobornos por 28 millones de dólares en la construcción de la vía ruta del sol II, en el que tuvo participación el consorcio brasileño entre 2010 y 2014 y habría pagado para quedarse con el contrato[215].

A manera de conclusión parcial de este capítulo abordado, en américa latina, la corrupción no es un mal nuevo, sin embargo, a pesar de

211 Ley 1774, Estatuto anticorrupción Colombia, Diario Oficial 2516 - 48128, de12 de julio del 2011, Bogotá, 2011.

212 Ley 200, Código disciplinario único, Diario Oficial 41946, de 31 de julio de 1995, Bogotá, 1995.

213 Ley 734, Código disciplinario único, Diario Oficial 44708, de 13 de febrero de 2002, Bogotá, 1995.

214 De acuerdo con Newman y Ángel la corrupción no debe percibirse únicamente como actos individuales y aislados, ya que se trata de un fenómeno social amplio y complejo, del cual los comportamientos reprimidos en el Código Penal y en el Código Disciplinario sólo constituyen una parte. Newman, Vivian, Ángel, María: *Estado del arte sobre la corrupción en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2017, p. 5.

215 Disponible en https://www.telesurtv.net/. Consultado el 14 de abril del 2020.

implementar marcos regulatorios, los delitos se siguen perpetrando con graves consecuencias a los ciudadanos. Las normas aquí investigadas corresponden principalmente hacer un frente de lucha contra la corrupción en el ejercicio de la función pública.

Sin embargo, es preciso señalar que la corrupción no solamente se enquista en la función pública; sino que ha formado parte de las sociedades mercantiles y de igual forma causando graves daños a los bienes jurídicos protegidos.

A criterio del autor, Perú, Colombia y varias otras naciones de américa latina confían demasiado en la auditoría financiera, y en su normativa se contempla únicamente: la presentación de estados financieros e inventarios, para corroborar que se está obteniendo rentabilidad. No obstante, persiste la preocupación por determinar el origen y procedencia de los recursos económicos y si provienen de actividades licitas y permitidas.

El aparecimiento y la especialización en el cometimiento de delitos, la corrupción y el perjuicio económico – social causado, y las afectaciones a los bienes jurídicos tutelados; estimula que los estados adopten nuevas medidas y mecanismos legales destinados al control y prevención de los delitos económicos que se perpetran en las empresas.

CAPÍTULO II

LA AUDITORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL, EN EL ECUADOR

2.1. Antecedentes y evolución

Es preciso detallar, la evolución que ha tenido la empresa en Ecuador, por ello se establece la primera empresa dedicada a la navegación marítima; precisamente los astilleros, industrias dedicadas a la construcción de naves, no solo en esta época sino desde antes así lo sostiene Sanchez[216]; en 1557 se consideró a pedido del Vi Rey del Perú construir dos galeones y sería ese año que se inicia la construcción naval en Guayaquil. Por ser una urbe llena de árboles fue designada en el centro de construcción de navíos y se convirtió en uno de los más importantes del sur del continente.

Posterior en el siglo XVII las empresas de comercio y exportación tuvieron su apogeo; así lo relata Tyrer[217]: el comercio y la exportación de textiles fue la conexión entre Quito y la economía colonial. Las provincias de la sierra[218] no tenían otro producto importante de exportación que les pudiera proveer de monedas o de lingotes para el intercambio monetario interno, para adquirir artículos importados del extranjero y para cumplir con pagos en el exterior. En términos de la vida económica y cultural de esta sociedad colonial, el comercio textil era vital.

A criterio de Aviles[219], Los dueños de hacienda que tenían rebaños de

216 Sánchez, Mariano: *Astilleros de Guayaquil, historia y tradición porteña*, TC Televisión, Guayaquil, 2013.

217 Tyrer, Robson: *Historia Demográfica y económica de la Audiencia de Quito*, Quito, p. 83.

218 Al referirse a las provincias de la sierra ecuatoriana, el autor cita las provincias que se encuentran atravesadas por la cordillera central; estas son: Carchi, Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Cañar, Azuay y Loja.

219 Avilés, Efrén: *Enciclopedia Del Ecuador*. Disponible en http://www.enciclopediadelecuador.com/. Consultado en 22 de marzo de 2020. Los obrajes, eran fábricas de tejidos de lana, algodón y cabuya, en las que también se fabricaban alpargatas, costales, mechas, monturas, sombreros y pólvora; y donde eran obligados a trabajar los indígenas, de día y de noche, muchas veces hasta morir. Cada indio trabajaba 312 días al año, y lo más que podía ganar en ese tiempo, eran 40 pesos de a 8 reales. En cada Obraje había cárcel, cepo, grillos y azotes. Los niños eran maltratados con crueldad. De su jornal se sacaba la tasa del tributo y la pensión sinodal del cura. El indio se costeaba su alimento y su vestido; y muchas veces se le descontaba de su miserable jornal, hasta las medicinas, que se les vendía muy caras, aun cuando el exceso de trabajo

ovejas comenzaron por establecer sus propios obrajes, a los que podían aportar la materia prima y también la mano de obra, y su habilidad empresarial, adquirieron por cuenta propia la tecnología existente, que por lo demás era relativamente simple, debiendo en el futuro importan solamente el añil para la tinturación de las telas y el cobre y el hierro para construir los telares. La industria se instaló porque lo requerían las necesidades de las capas superiores de la sociedad colonial, concentrándose principalmente en Otavalo, Quito y Guano[220]. En su apogeo durante el siglo XVII, la industria llegó a emplear solamente en Quito alrededor de 10.000 indígenas.

En cambio, en la Costa[221] ecuatoriana por contar con el mar y los ríos navegables permitieron que destaquen las ciudades de Machala y Guayaquil[222]; mediante la exportación de la pepa de oro, el cacao amarillo nacional denominado de aroma (flavor cocoa). A criterio de Cárdenas[223] la ventaja es que se trata también de una variedad resistente a las enfermedades y de alta productividad, lo que permitió al Ecuador mantener inalterable su capacidad de competencia por algo más de tres siglos, con etapas de alta demanda en diversos períodos, pero principalmente entre 1870 y 1920, es decir alrededor de medio siglo, en que el cacao se transforma en la espina dorsal de la economía ecuatoriana.

En la década de 1940 y posterior a la guerra se destacan varios productos ecuatorianos para su exportación, así lo dice Cárdenas fue la

les postrase con alguna enfermedad. Los indios se acabaron en breve tiempo: el trabajo a que no estaban acostumbrados fue la causa de que muchísimos murieran. *ANDRADE, Roberto: Historia del Ecuador, tomo I, Quito, p. 109.*

220 Estas 3 ciudades citadas: Otavalo, Quito y Guano, pertenecen a las provincias de Imbabura, Pichincha y Chimborazo en ese orden. Su importancia radica porque son provincias ganaderas y poseedora de la materia prima apta para la confección textil. En la actualidad en estas ciudades se puede conseguir el mismo tejido de siglos pasados a través de sus productos de telares.

221 La costa ecuatoriana, se refiere a todas las provincias que tienen su cercanía al océano pacifico, estas son: Esmeraldas, Manabí, Guayas, El Oro, Los Ríos, Santa Elena y Santo Domingo de los Tsáchilas.

222 Machala y Guayaquil son dos ciudades muy destacadas de las provincias de la costa ecuatoriana; su importancia radica en que la primera es ciudad fronteriza con Perú, el comercio es su principal fuente de ingreso; y la segunda se convirtió en la capital económica del Ecuador por ser considerada el puerto principal por donde ingresan productos extranjeros y salen los productos ecuatorianos al mundo.

223 Cárdenas, José: Ensayo Histórico de la Economía ecuatoriana, Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, 1995, p. 103.

segunda guerra mundial la que sirvió como reactivador de la economía ecuatoriana a través de la exportación de productos denominados estratégicos, que sirvieron al esfuerzo de guerra. Excepto el arroz, para cuyo cultivo estaban las feraces tierras de la cuenca del Guayas, los otros productos, de origen silvestre, caucho, palo de balsa y cinchona.

Terminada la guerra tomó la posta el banano, que desde la década anterior contaba ya no solamente con una legislación favorable, sino también con la presencia en el país de algunas transnacionales que habían confiado su aventura inversionista a dos productos: el banano y el cacao. El banano fue el producto líder que condujo al desarrollo económico del país, durante dos décadas, hasta que, con la aparición del petróleo en el escenario económico, paso a ser un soporte –pero todavía muy importante- de ese desarrollo.

En la década de 1970, el país atravesó un crecimiento económico sin parangón, desde la explotación petrolera, de acuerdo Baez[224] el impacto de la explotación y de la exportación de crudo se traduce en una verdadera eclosión de las magnitudes económicas nacionales. El producto interno bruto se incrementa al 8 por ciento en 1972, 18 por ciento en 1973 y 16 por ciento en 1974; las exportaciones se incrementan en 1050 millones en 1974 y el presupuesto estatal se incrementa en 15700 millones en 1974.

El Ecuador con paso de los años también se introduciendo en la temática actual de la generación de riqueza a través de la constitución de sociedades mercantiles, por ello abordaremos desde la visión económica la teoría organicista que establece a la empresa como organización de los factores de la producción, capital y trabajo[225] y obedece a obtener rentabilidad; ya que únicamente a la empresa se la considera como el sitio propicio para ser generadora de riqueza.

224 Baez, René, *et al.: Ecuador pasado y presente, Editorial Ensayo, Quito, 1990, p. 175.*

225 Alfaro, Yeny, *et al.*: *Análisis jurídico de la empresa*, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2004, p. 11. Estos autores sostienen que la teoría organicista fue dominante durante el primer tercio del siglo anterior y es únicamente válida para moverse en el plano económico; pero que no satisface las exigencias del Derecho y está siendo superada.

No siempre esta riqueza tiene un sólido sustento, porque a partir de los años ochenta y noventa aparece una nueva criminalidad organizada[226], acompañada de violencia[227] y corrupción, que de acuerdo a López[228], se constituye como empresa en ocasiones con mentalidad multinacional de delito, que supone un plus de peligro para el estado, amenazando intereses como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de derecho, dado el riesgo de subversión del orden social y económico.

Este fenómeno ha aumentado en los últimos tiempos, y se presenta como una nueva y peligrosa amenaza para el estado, ya que acata todas las órdenes: político, jurídico y económico social; y a través de la cual, se cometen una serie de injustos penales, lo que ocasiona un mayor incremento del delito y, por lo tanto, una disminución de la seguridad jurídica de las personas.

Con la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, se modificó el paradigma constitucional, siendo la nueva finalidad del estado, la protección efectiva de todos los derechos a los ciudadanos, entre los que se encuentra el derecho a la seguridad jurídica y ciudadana; consecuentemente, se garantiza además a todos los habitantes, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado[229].

226 Varios tratadistas también la denominan delincuencia organizada. Cualquier acepción es propicia para referirse a un grupo organizado de individuos, bajo la constitución de una empresa que tiene finalidad de delinquir, sin ser detectados.

227 El Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) en su informe: Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2013 – 2014: Seguridad ciudadana con rostro humano, manifiesta que esta Región como la única del mundo donde la violencia se incrementó y sus ciudadanos identificaron al crimen y a la violencia como su principal preocupación.
La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) determina que los factores de riesgo de la inseguridad provienen de tres grandes grupos: a) Factores relacionados con la posición y situación familiar y social de las personas: sexo, edad, educación, socialización, consumo de alcohol y drogas; b) factores sociales, económicos y culturales: desempleo, pobreza, hacinamiento, desigualdad social, violencia en los medios de comunicación, cultura de la violencia; y c) factores contextuales e institucionales: guerra, tráfico de drogas, corrupción, delincuencia organizada y disponibilidad de armas de fuego.

228 López, Julián: Criminalidad organizada, Aspectos jurídicos y criminológicos, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, p. 110.

229 Constitución de la República De Ecuador, Registro Oficial 449, del 20 de octubre del 2008, Quito, literal b, numeral 3, artículo 66, p. 47.

Precisamente, el estado a través del principio de ius puniendi[230] permite la protección de los derechos de las personas de una vida libre de violencia, y garantiza el derecho a la seguridad jurídica.

Esta facultad estatal, la considero inconclusa debido a que el legislador brinda únicamente un aporte en cuanto a la tipificación de delitos y sancionar las conductas delictivas; sin embargo, ningún esfuerzo ha sido encaminado a la prevención del cometimiento de los delitos.

Todo esfuerzo se centra en la pena y plenamente concuerdo con el criterio de Márquez[231] que la historia de la humanidad se ha caracterizado porque cada sociedad ha reaccionado de diferente manera frente a los que han intentado quebrantar el orden, y el poder se visualiza con todo su rigor en la forma en que aplican los correctivos frente aquellos comportamientos. Sanciones como descuartizamiento, la crucifixión, la lapidación, la mutilación, la exposición pública, los trabajos forzados, la expatriación, el maceramiento, han brillado en toda la historia punitiva de la sociedad occidental, hasta llegar en la segregación o el aislamiento del delincuente, y es en ese momento cuando presenciamos el nacimiento de la prisión.

De este criterio se desprende, que Ecuador ha centrado toda su atención en la penología[232]; procurando establecer un sistema de justicia entre el delito cometido y la sanción impuesta.

230 Expresión jurídica latina, empleada para determinar la facultad sancionadora que dispone un Estado; es el derecho a sancionar. Esta facultad es privativa del Estado ya que dentro de su integración y estructura se le dota de exclusividad para poder determinar las sanciones y penas por los injustos penales.

231 Márquez José: *Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarias en Colombia en el siglo XIX*, Revista Criminal, enero-abril, volumen 55, Universidad de Cartagena, Cartagena, 2013, pp. 101 - 102.

232 El término penología fue concebido y aplicado, por primera vez, por Francis Lieber, en 1838, quien menciona que "es la rama de la ciencia criminal que trata del castigo del delincuente". Otro de los términos conocidos y aceptados, es el utilizado por Larguier, quien menciona que la penología es el estudio de las sanciones penales, y conforma la ciencia penitenciaria en la que se comprende la investigación sobre las medidas de seguridad. Para algunos autores equivale a la ciencia penitenciaria, encaminada al estudio de los sistemas de justicia, así como al tratamiento de toda clase de penas y medidas de seguridad. Respecto a esto, Cuello Calón afirma que "la penología se ocupa de las penas y de las medidas de seguridad, así como también de las instituciones post-carcelarias y post-aislares". Por lo tanto, la penología es la rama o disciplina del Derecho Penal, que estudia la sanción penal (pena y medidas de seguridad), así como la consecuencia del delito.

La sanción penal, de manera particular la privación de la libertad constituye la aplicación coercitiva del derecho en la vida de los individuos, y de manera particular en la vida de quienes dirigen las empresas; por que al estar internados sus capacidades intelectuales se ven mermadas de realizar actos de producción para la sociedad entera. Y sin considerar que los estados deben proveer muchos recursos económicos para el mantenimiento y reinserción social de las personas que delinquen.

A cada instante se están procurando nuevas penas para controlar la conducta criminal, constantes reformas a los cuerpos legales, y por ende la construcción de nuevas prisiones, que conlleva dentro de sí gastos presupuestarios ingentes, que se pueden canalizar en otras actividades de beneficio social.

Precisamente la propuesta de implementar la auditoria jurídica empresarial en las sociedades mercantiles ecuatorianas nos permitirá determinar que la consecución de los objetivos y fines de la empresa, se cuentan enmarcados en el ordenamiento jurídico y que no constituyen ningún acto lesivo a los bienes jurídicos.

Al analizar el origen de la auditoría jurídica empresarial ecuatoriana, la podemos encontrar en un gran escándalo que sacudió todas las esferas del quehacer nacional, me refiero a la participación de la empresa Odebrecht[233] y los actos delictivos perpetrados en la década anterior, que involucran a funcionarios públicos de elección popular, instituciones estatales y empresas particulares para ser beneficiados de manera ilegal de USD. 33,5 millones en sobornos desde el año 2007.

233 El Comercio: *10 claves para entender el caso Odebrecht en Ecuador*, 02 de junio de 2017. Disponible en https://www.elcomercio.com/. Consultado el 2 enero de 2021. La empresa brasileña *Odebrecht* tiene presencia en Ecuador desde hace 30 años. En ese tiempo, la constructora ha sido responsable de proyectos de infraestructura. En seis gobiernos anteriores al de Rafael Correa *Odebrecht* tuvo participación en adjudicación de obras. Sin embargo, en el mandato del líder de Alianza País, se desataron la mayoría de los escándalos de corrupción, que empezaron con la expulsión de la empresa en 2007 y que tuvieron su más reciente capitulo este 2 de junio de 2017, con allanamientos que dejaron un cheque de *Odebrecht* confiscado y el tío del vicepresidente Jorge Glas detenido.

Para perpetrar estos delitos[234], su *modus operandi*[235] consistió en establecer dos estructuras ilícitas:

a) Odebrecht, era adjudicataria de la construcción de obras[236], ya que en sus ofertas se incluían sobreprecios, que posteriormente eran devueltos como sobornos por la adjudicación de los contratos. Para ello se utilizaban empresas privadas: *Equitransa, Miltiequip, Tramo, Diacelec, Columbia Mangement Stockwell Corporation, Popa Worldwide y Sai Bank*[237].

b) Una vez adjudicada las obras a Odebrecht, se realizaban trasferencias a empresas privadas[238] como agradecimiento por considerarlos adjudicatarios. Fueron múltiples trasferencias que se efectuaron, procurando no ser objeto de comprobación. En total sumas 109 transferencias.

Al verificar estas cifras, mediante la aplicación de la tradicional auditoría financiera, se puede colegir que se trataba de ganancias licitas de las empresas producto de su buena gestión. Me refiero precisamente a los números fríos que arroja un balance o estado financiero; pero no se conoce el origen y la procedencia de dichos recursos.

Ya se advirtió que USD 33,5 millones fueron entregados producto de sobornos y corrupción, para beneficiar a Odebrecht en el país; que nos

234 Los delitos que investigó la Fiscalía de Ecuador por el caso *Odebrecht* son: concusión, asociación ilícita y cohecho y lavado de activos.

235 Expresión latina, que significa el modo de obrar. Hace relación al modo de proceder de una persona.

236 Proyecto Hidroeléctrico Manduriacu USD. 199.900.000 millones, Movimiento de tierra Refinería del Pacifico USD. 303.300.000 millones, Transvase Daule Vinces USD. 299.360.000 millones, Poliducto Pascuales Cuenca USD. 547.000.000 millones y Acueducto La Esperanza USD. 296.010.000 millones; dando como total USD. 1.645.570.000 millones. Durante las tres últimas décadas Odebrecht ha manejado montos de contratación superiores a USD. 5.000.000.000 millones.

237 El Universo: *Las claves para entender el caso de sobornos de Odebrecht en Ecuador, 01 de noviembre de 2017,* Disponible en https://www.eluniverso.com/. Consultado el 3 enero de 2021.

238 *Columbia Management, Cilgory, Fernhead Holdign Inc, Glory Internacional Industry Co. Ltda, Dramiston Ltda, Sentinel Mandate & Scrow Ltda, Belvedear Worldwide Company SA, Sevilor Trading Corp, Alesbury Invesment SA, Emalcorp SA, Stokewell Corporation Cv, Houstun Energy consulting Inc, Popa Worldwide compay Inc, y Jouber corporation*. Todas estas empresas realizaron transferencias, como sobornos por las adjudicaciones de contratos. El monto total es de USD. 43.630.010,33 millones.

deja un gran aprendizaje, que lo resumo en las siguientes interrogantes: ¿Se pudo prever la corrupción de Odebrecht en el Ecuador?, ¿Qué se ha hecho con relación a la prevención de delitos?; ¿Cómo se puede controlar la desmesurada ambición por la riqueza? y ¿Las empresas privadas obtienen de forma licita sus recursos?

Existe otro factor preponderante para la consecución desmedida de riqueza y se le denomina corrupción[239], que de acuerdo Sandoval[240] es una categoría moral cuyo significado se asemejan al concepto de putrefacción. Muchas empresas constituidas, realizan actos de corrupción para engendrar una riqueza mal dada.

En el derecho positivo ecuatoriano no se ha brindado una definición de la corrupción; únicamente, los Legisladores han agrupado los actos de corrupción tipificando las conductas delictivas de acción y omisión en el código orgánico integral penal[241].

Preocupa grandemente al estado, la consecución ilícita de la riqueza[242]. Desde el punto de vista económico, es lógico pensar que una empresa se constituye para obtener riqueza[243] la misma debe estar debidamente justificada con actos lícitos, que en cualquier momento y ante cualquier instancia se pueda demostrar.

239 En el estudio que se realiza, se va a incluir el término corrupción haciendo énfasis en la corrupción económica, de los tratos *quid pro quo* (intercambios de favores) y el análisis de figuras jurídicas derivadas de ellos: lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado y delitos de interceptación.

240 Sandoval, Irma: *Corrupción y Transparencia, debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*, Siglo XXI Editores, México, 2009, p. 23.

241 El Código orgánico integral penal, es el cuerpo legal que abarca todas las conductas antijuridicas y típicas, para configurar un delito; se encuentra vigente desde el año 2014 y reemplazo al Código penal.

242 La riqueza es la abundancia de recursos materiales que posee una persona. La riqueza desmedida muchas ocasiones ha sido lograda a través de la constitución de sociedades mercantiles con fines dolosos, con el único afán de conseguir mayores riquezas, pero sin someterse al marco jurídico ecuatoriano.

243 De acuerdo con el criterio de Cristian Felber, autor de la teoría economía del bien común, plantea que las empresas deben mantener los mismos valores que los seres humanos: confianza, cooperación, aprecio, solidaridad, sobrepasando el afán de lucro y competencia que prima en las empresas. Añade que, en ninguna constitución del mundo, se ha planteado que las empresas mantengan afán de lucro, por lo tanto, si no hay sustento legal para la riqueza, se debería replantear los objetivos de las empresas. Aracil, Lucas: *La economía del bien común el reto del siglo XXI,* Revista de Investigación 3ciencias, 2012, p. 4.

Por último, debo referirme a la globalización y al avance de la tecnología, como un factor de riesgo latente para que las empresas y los empresarios recaigan en injustos penales, cito a Ritzer[244] que habla sobre un fenómeno social persistente en toda la sociedad moderna, denominado *MacDonalización*.

La *MacDonalización* no solo afecta al negocio de los restaurantes y las comidas, sino también a la educación, el trabajo, los viajes, el ocio, las dietas, la política, la familia y todos los aspectos de la vida. El modelo se basa en varias premisas: a) eficacia, el arquetipo nos permite satisfacer muchas de nuestras necesidades sin causarnos trastornos; b) calculo, nos brindan un servicio fácilmente cuantificado y valorado, c) previsible, nos ofrecen lo mismo en New York como en Santiago de Compostela; d) control, las personas que trabajan en *MacDonals* han sido formadas para realizar un limitado número de acciones, en el orden que se ha señalado. Estos cuatro elementos son los componentes básicos de un sistema racionalizado que responde a un mundo en aceleración tecnológica y de aumento del ritmo de vida.

La *MacDonalización* se ha visto impelida por la búsqueda de metas y ambiciones económicas (beneficios más elevados y costes menores)[245].

Comparto el criterio Ritzer, y añado que las personas son impulsadas constantemente a ser más efectivas, incluso comparándolas como maquinas; pero siempre mantienen esta visión de obtener mayores riquezas, lo que incluso puede recaer en ilícitos penales.

Con todos estos señalamientos, la empresa ecuatoriana no ha escapado a aquellas tentaciones nacidas específicamente en la búsqueda incesante de mayor riqueza, a cualquier costo. La *Macdonalización* ha conllevado a determinar actos de corrupción, ejecutados a través de la figura de la sociedad mercantil mediante la acción de la delincuencia organizada, siempre procurando ser imperceptibles.

244 Ritzer, George: *McDonaldization of Society,* sociólogo estadounidense, fue la primera persona en denominar así la racionalización de la sociedad y la cultura moderna,

245 Sanmartín, Israel: *Entre dos siglos, globalización y pensamiento único*, Ediciones Akal, Madrid, 2007, p. 272.

2.2. Necesidad de su implementación

Analizaremos este acápite desde tres ámbitos: sociológico, delictivo y punitivo.

a) Ámbito sociológico: De acuerdo con Beck[246], A finales del siglo XIX, la sociedad posindustrial es caracterizada como una sociedad del riesgo o sociedad de riesgo, por el extraordinario avance en lo científico y tecnológico que son las características de la sociedad actual. Los avances tecnológicos han influido directamente en el bienestar individual, en el mejoramiento de las condiciones de vida de los seres humanos, pero de igual manera se destaca sus consecuencias negativas, la sociedad postindustrial es una fuente interminable de peligros para el ser humano y todo lo que lo rodea[247].

En la modernidad avanzada, la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científica-técnica.

Los riesgos están concentrados en todos los seres vivos: animales, plantas y humanos. Los riesgos sociales y los que interesan en el ámbito penal son aquellos que tienen procedencia humana, aquellos que nacen de la unión entre conductas humanas peligrosas, lo que es considerado por Sánchez[248], como un fenómeno social estructural.

246 Beck, Ulrich: *Sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Bogotá, 2013, p. 24.

247 El modelo ecuatoriano de industrialización por sustitución de importaciones fue entre la década de 1960 a 1980, estableciendo los aspectos. a) se amplió el mercado interno, es decir crecieron los estratos medios de la población, se produjo una mayor urbanización y crecieron varias ciudades; y b) se fortaleció el Estado, cuestión que permitió que asuma la planificación y las políticas de desarrollo industrial. Ramón, Galo, Torres, Víctor: *El desarrollo local en el Ecuador, Historia, actores y métodos*, Editorial Abya Yala, Quito, 2004, p. 103.

248 Sánchez, Silvia: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Edisofer, Buenos Aires, 2011, p. 14.

La descripción de Beck y la plasmación de la sociedad de riesgo como nuevo paradigma, ha tenido mucha influencia en el derecho penal, específicamente con la contextualización de las conductas punibles y en las reglas de atribución de responsabilidad[249]. En este aspecto Sánchez[250] considera que en el ámbito de la delincuencia tradicional dolosa el progreso técnico y tecnológico, da lugar a la adopción de nuevas técnicas como instrumentos que permiten producir resultados especialmente lesivos, así como también nuevas modalidades de conductas delictivas dolosas que se proyectan en espacios abiertos por la tecnología (destacando la cibercriminalidad), así también destaca la vinculación entre el progreso tecnológico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada.

La empresa o las personas jurídicas que se organiza de manera compleja, especializada y jerarquizada en la sociedad postindustrial (que es una evolución de la globalización) juegan un papel muy importante en la economía; y es una fuente constante de riesgos[251].

Para Zúñiga[252] la unión de las variables de riesgo, nuevo modelo organizativo de empresa-red y redes entre la criminalidad organizada y las empresas licitas, constituyen a la empresa, como el principal agente generador de los riesgos sociales para bienes jurídicos; no solo cuando están conformadas como instrumentos a órdenes del crimen organizado como el terrorismo, blanqueo de capitales, narcotráfico, sino también cuando por políticas de organización defectuosas o negligentes producen graves lesiones a bienes jurídicos como el medio ambiente, la seguridad en el trabajo y la hacienda pública.

Introduciéndome en el análisis de la sociología criminal, como aquella ciencia que se encarga de delito como fenómeno social, y de manera

249 Zuñiga, Laura: *Bases para un modelo de imputación penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.79

250 Sánchez, Silvia: *op cit,* pp. 14-15.

251 Pozo, Francisco: *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, Editorial Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2018, pp. 3-4.

252 Zuñiga, Laura: *op cit,* p. 105.

particular analizando la teoría de la imitación y las leyes sociales, de Tarde[253], todas las similitudes que se advierten en el mundo social son fruto directo o indirecto de la imitación en todas sus formas: imitación – costumbre, imitación – moda, imitación – simpatía, imitación o imitación – obediencia, imitación – instrucción o imitación – educación, imitación – ingenua o imitación – reflexiva: El proceso de imitación supone también el de oposición y adaptación.

La expansión de la imitación sigue ciertas regularidades que se condicen a la lógica social; y las divide en dos clases:

1) La imitación lógica: se trata de la imitación consciente, reflexiva y voluntaria; producto en gran medida del juicio de utilidad o conveniencia que realiza el sujeto o la sociedad. En franca correspondencia con el proceso de la conciencia, la lógica actuara de forma similar a la lógica individual.

2) La imitación extra lógica: se describe las instancias inconscientes que sostienen las prácticas de emulación. En este caso se planteará dos regularidades: la primera ley es que la imitación sigue un proceso desde el interior hacia el exterior; determinando la primacía de las creencias y los deseos sobre las ideas. Los sentimientos son el verdadero motor de la emulación. La segunda ley se refiere a que la imitación se da desde el superior al inferior en virtud del prestigio que detenta, es decir siempre se requiere de un modelo o ejemplo desde lo alto, aunque provenga de los sectores más bajos de una sociedad.

Ahora bien, al referirse a la oposición, expresa la dinámica de los contrarios que organizan toda realidad. Frente al impulso imitativo, se libra una verdadera batalla por dar o no a la propagación.

253 Gabriel Tarde (Francia 1843-1904), fue un sociólogo, criminólogo y psicólogo social francés. Concebía a la sociología como basada en pequeñas interacciones psicológicas entre individuos (a la manera de la química), donde las fuerzas fundamentales serían la imitación y la innovación. Recuperado de https://proyectoidis.org, Consultado el 2 de julio del 2020. La Teoría de la imitación y de las leyes sociales de este autor tienen plena vigencia en la sociedad ecuatoriana, debido a que se van creando estereotipos individuales, que varias personas siguen, sin ningún tipo de reflexión ni análisis, persiguiendo la riqueza incluso recayendo en ilícitos penales para obtenerla. Muchos de estos casos se han presentado mediante la constitución de sociedades mercantiles licitas, para cometer ilícitos penales.

Y la adaptación es la tercera de las leyes sociales, como punto final de la oposición frente a la imitación, esta última opera como un factor de unificación, cuya armonización es condición de posibilidad de alcanzar, en términos sociales el progreso; visto como una instancia de co - productiva[254].

b) Ámbito delictivo: Iniciare refiriéndome a dos aspectos fundamentales de la doctrina penal: la criminalidad como empresa y la criminalidad de empresa.

Citando a Zúñiga[255] manifiesta que criminalidad como empresa se ha calificado a las organizaciones criminales o al crimen organizado que, caracterizado por la comisión de delitos como el narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas y tráfico de órganos humanos, utilizan empresas legalmente constituidas para la obtención de beneficios, especialmente para el lavado de dinero o blanqueo de capitales; y criminalidad de empresa, se califica dentro del ámbito del derecho penal económico para referirse a los delitos que se cometen a través de una actuación que desarrolla en interés de una empresa, o en otra palabras empresas legales que cometen delitos socioeconómicos ocasionalmente, como delitos contra el mercado bursátil, contra la hacienda pública, el enriquecimiento privado no justificado y el fraude[256] o estafa.

Puesto de otra forma los delitos como empresa, se trata de injustos penales que lesionan bienes jurídicos tutelados por el estado: el

254 Ramos, Ramón, *et al*: *Las Leyes de la imitación y la sociología*, Centro de Investigaciones sociológicas: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, pp. 62 – 69.

255 Zuñiga, Laura: *op cit,* pp. 426 - 433.

256 Fraude es en sentido general, engaño, abuso de confianza, acto contrario a la verdad o a la rectitud. Cabanellas, Guillermo: Diccionario Jurídico elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 173. En la Legislación ecuatoriana, El termino fraude es sinónimo del delito de estafa y ha sido tipificado como figura penal en el actual Código Orgánico Integral Penal.

narcotráfico[257] es contrario la salud pública, el tráfico de armas[258] lesiona la seguridad pública, la trata de personas[259] comprometen la integridad física de las personas, y el tráfico de órganos humanos[260],

257 Código Orgánico Integral Penal, *op cit*, artículo 220, p. 35. Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años. 2. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de precursores químicos o sustancias químicas específicas, destinados para la elaboración ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. preparados que las contengan, se oferten, vendan, distribuyan o entreguen a niñas, niños o adolescentes, se impondrá el máximo de la pena aumentada en un tercio. La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible.

258 Código Orgánico Integral Penal *Idem,* artículo 262, p. 55. Tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas. - La persona que dentro del territorio ecuatoriano desarrolle, produzca, fabrique, emplee, adquiera, posea, distribuya, almacene, conserve, transporte, transite, importe, exporte, reexporte, comercialice armas de fuego, sus piezas y componentes, municiones y explosivos, sin autorización de la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona u organización delictiva que, patrocine, financie, administre, organice o dirija actividades destinadas a la producción o distribución ilícita de armas, municiones o explosivos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

En el caso de que estas sean químicas, biológicas, toxínicas, nucleares o contaminantes para la vida, la salud o el ambiente, la pena privativa de libertad, será de diez a trece años.

Si las actividades descritas son destinadas o empleadas para conflicto bélico, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

259 Código Orgánico Integral Penal *Ibídem,* artículos 91 - 92, pp. 19 - 20. Trata de personas. - La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas. Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo.

Sanción para el delito de trata de personas. - La trata de personas será sancionada: 1. Con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años. 2. Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria o en situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el

agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o exista vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral. 3. Con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años, si con ocasión de la trata de personas, la víctima ha sufrido enfermedades o daños sicológicos o físicos graves o de carácter irreversible. 4. Con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si por motivo de la trata de personas se produce la muerte de la víctima. La trata se persigue y sanciona con independencia de otros delitos que se hayan cometido en su ejecución o como su consecuencia.

260 *Ibídem,* artículos 96, p. 20. Tráfico de órganos. - La persona que, fuera de los casos permitidos por la

que lesiona la integridad física, la vida y la seguridad pública.

Por otro lado los delitos de empresa, tienen expresa relación a los injustos penales patrimoniales, que lesionan bienes jurídicos protegidos por el estado: delitos contra el mercado bursátil, delitos contra la hacienda pública[261], que lesiona el patrimonio público necesario para generar

ley, realice actos que tengan por objeto la intermediación onerosa o negocie por cualquier medio o traslade órganos, tejidos, fluidos, células, componentes anatómicos o sustancias corporales, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

261 Dentro de los delitos en contra de la hacienda pública puedo anotar: la defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando: 1. Utilice identidad o identificación supuesta o falsa en la solicitud de inscripción, actualización o cancelación de los registros que llevan las administraciones tributarias. 2. Utilice datos, información o documentación falsa o adulterada en la solicitud de inscripción, actualización o cancelación de los registros que llevan las administraciones tributarias. 3. Realice actividades en un establecimiento a sabiendas de que se encuentre clausurado. 4. Imprima o haga uso de comprobantes de venta o de retención o de documentos complementarios que no sean autorizados por la Administración Tributaria. 5. Proporcione a la administración tributaria informes, reportes con mercancías, datos, cifras, circunstancias o antecedentes falsos, incompletos, desfigurados o adulterados. 6. Haga constar en las declaraciones tributarias datos falsos, incompletos, desfigurados o adulterados, siempre que el contribuyente no haya ejercido, dentro del año siguiente a la declaración, el derecho a presentar la declaración sustitutiva en la forma prevista

en la ley. 7. Falsifique o altere permisos, guías, facturas, actas, marcas, etiquetas o cualquier otro tipo de control de fabricación, consumo, transporte, importación y exportación de bienes gravados. 8. Altere libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos. 9. Lleve doble contabilidad con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica. 10. Destruya total o parcialmente, los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias o los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias. 11. Venda para consumo aguardiente sin rectificar o alcohol sin embotellar y declare falsamente volumen o grado alcohólico del producto sujeto al tributo, fuera del límite de tolerancia establecido por el INEN, así como la venta fuera del cupo establecido por el Servicio de Rentas Internas, del alcohol etílico que se destine a la fabricación de bebidas alcohólicas, productos farmacéuticos y aguas de tocador. 12. Emita, acepte o presente a la administración tributaria comprobantes de venta, de retención o documentos complementarios por operaciones inexistentes o cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real. 13. Emita comprobantes de venta por operaciones realizadas con empresas fantasmas, inexistentes o supuestas. 14. Presente a la administración tributaria comprobantes de venta por operaciones realizadas con empresas fantasmas, inexistentes o supuestas. 15. Omita ingresos, incluya costos, gastos, deducciones, exoneraciones, rebajas o retenciones falsas o inexistentes o superiores a las que procedan legalmente, para evitar el pago de los tributos debidos. 16. Extienda a terceros el beneficio de un derecho a subsidios, rebajas, exenciones, estímulos fiscales o se beneficie de los mismos sin derecho. 17. Simule uno o más actos, contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal. 18. Exista falta de entrega deliberada, total o parcial, por parte de los agentes de retención o percepción de los impuestos retenidos o percibidos, después de diez días de vencido el plazo establecido en la norma para hacerlo. 19. Exista obtención indebida de una devolución de tributos, intereses o multas.

Las penas aplicables al delito de defraudación son: En los casos de los numerales del 1 al 11, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los numerales del 12 al 14, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

inversión, el enriquecimiento privado no justificado[262], lesiona gravemente a los bienes jurídicos denominados seguridad jurídica y patrimonio; y el fraude o estafa[263], afecta directamente a la propiedad o patrimonio.

Cuando el monto de los comprobantes de venta supere los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para estos delitos.

En los casos de los numerales del 15 al 17, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando los impuestos defraudados superen los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para estos delitos.

En el caso de los numerales 18 y 19, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando los impuestos retenidos o percibidos que no hayan sido declarados o pagados, así como en los casos de impuestos que hayan sido devueltos dolosamente, superen los cien salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Constituye defraudación agravada y será sancionada con el máximo de la pena prevista para cada caso, la cometida con la participación de uno o más funcionarios o servidores de la administración tributaria y acarreará, además, la destitución del cargo de dichos funcionarios o servidores.

En el caso de personas jurídicas, sociedades o cualquier otra entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de la de sus miembros, de conformidad con lo dispuesto en este Código, serán sancionadas con pena de extinción de la persona jurídica y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

Las personas que ejercen control sobre la persona jurídica o que presten sus servicios como empleadas, trabajadoras o profesionales, serán responsables como autoras si han participado en la defraudación tributaria en beneficio de la persona jurídica, aunque no hayan actuado con mandato alguno. *Ibídem,* artículos 298, pp. 45 - 46. La defraudación aduanera.- La persona que perjudique a la administración aduanera en las recaudaciones de tributos, sobre mercancías cuya cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de hasta diez veces el valor de los tributos que se pretendió evadir, si realiza cualesquiera de los siguientes actos: 1. Importe o exporte mercancías con documentos falsos o adulterados para cambiar el valor, calidad, cantidad, peso, especie, antigüedad, origen u otras características como marcas, códigos, series, modelos; en el presente caso el ejercicio de la acción penal no depende de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa al fuero civil. 2. Simule una operación de comercio exterior con la finalidad de obtener un incentivo o beneficio económico total o parcial o de cualquier otra índole. 3. No declare la cantidad correcta de mercancías. 4. Oculte dentro de mercancías declaradas otras mercancías sujetas a declaración. 5. Obtenga indebidamente la liberación o reducción de tributos al comercio exterior en mercancías que según la Ley no cumplan con los requisitos para gozar de tales beneficios. 6. Induzca, por cualquier medio, al error a la administración aduanera en la devolución condicionada de tributos. *Ibídem,* artículo 299, p. 45 - 47.

262 Código Orgánico Integral Penal *Ibídem,* artículo 297, pp. 45. Enriquecimiento privado no justificado. - La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

263 Código Orgánico Integral Penal, *Ibídem,* artículo 186, p. 31. Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena máxima se aplicará a la persona que: 1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario. 2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares. 3. Entregue

La oenegé Transparencia Internacional publicó esta semana su índice de percepción de la corrupción en 180 países, en el que Somalia vuelve a ser el país más corrupto del mundo[264]. El Ecuador ocupa el puesto 93.

De igual forma, Transparencia Internacional presenta en el documento siete recomendaciones[265] para reducir la corrupción: 1) Gestionar los conflictos de interés, 2) Controlar la financiación política[266], 3) Fortalecer la Integridad Electoral, 4) Regular las actividades de lobby, 5) Acabar con el trato preferencial, 6) Empoderar a la ciudadanía; y 7) Reforzar los sistemas de control.

La corrupción se ha ligado a los establecimientos públicos y a la gestión política, sin embargo, atendiendo la realidad que se percibe cotidianamente, esta se ha incrustado en el quehacer empresarial privado.

El Ecuador por ser una nación privilegiada[267] ofrece grandes ventajas

certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica. 4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento. 5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

264 El Universo: *Ecuador en el puesto 93 entre los 180 países menos corruptos del mundo, según Transparencia Internacional*, Guayaquil, 23 de enero de 2020, Disponible en https://www.eluniverso.com, Consultado el 25 de junio del 2020.

265 Ecuador en el puesto 93 del IPC 2019 de Transparencia Internacional, Disponible en http://www.quitohonesto.gob.ec, Consultado el 25 de junio del 2020.

266 La corrupción y la criminalidad organizada no estaría interrelacionadas sin una previa degeneración moral del sector industrial de las grandes compañías o de servicios. De entre toda la fenomenología imaginable de corrupción la que más peligro cualitativo entraña es la que representa conexiones con el mundo político o administrativo. Della Porta apunta sobre la existencia de un "círculo vicioso" entre el "político y sus clientes": "clientelismo – corrupción – clientelismo. Della Porta: *Corruzione e Democracia, I circoli vizioci della corruzione*, Roma, 1995, p. 51 – 56. Lo que a juicio del autor consolida en Italia un microsistema mafioso con una dependencia de los ciudadanos a la criminalidad misma, generando una situación de impotencia en la represión que ridiculiza al propio Estado, con la consiguiente pérdida de la credibilidad en la opinión pública. Tomado de Ruiz Hoover: *Criminalidad Organizada y Delincuencia económica*: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002, pp. 32 – 33.

267 Ecuador es un país megadiverso, posee riqueza natural y abarca gran parte de la mega diversidad del

para los empresarios; considero que la mayor ventaja es la presencia del dólar[268] como moneda nacional; eso brinda la posibilidad que empresarios de otras naciones se instalen y efectúen operaciones mercantiles.

Pero lo señalado conlleva un alto riesgo y es que los negocios empresariales, y la consecución de la riqueza a través de los mismos se encuentra en la mira, por decenas de caso de corrupción que se van generado cotidianamente. La corrupción acuñada en el seno de la empresa armoniza con los delitos de cuello blanco[269], la delincuencia organizada y la corrupción política.

Para efectos de la presente investigación nos referiremos de manera exclusiva a los delitos de empresa, en razón de estar sustentada en los delitos socioeconómicos.

---

planeta. Es considerado el número décimo séptimo. Este hecho constituye la base de la economía ecuatoriana en la exportación de productos como: camarones, atún, banano, flores y café. También constituyen ingresos para el Estado el turismo. El país cuenta con ecosistemas dividas en cuatro regiones, costa, sierra, oriente y Galápagos y que durante todo el año reciben los rayos del sol de manera perpendicular, que permite una mayor producción.

268 La depreciación rápida del sucre ha empobrecido a los ecuatorianos y socavado la estabilidad política del país, la única solución insertar una nueva moneda. Los precios en dólares son estables, las tasas de interés son mucho más bajas y estables en dólares que en sucres y el dólar fluctúa mucho menos con relación a las otras monedas internacionales que el sucre. Ampuero D: Dolarización oficial en Ecuador, 24 de noviembre de 2005, Disponible en https://www.derechoecuador.com, Consultado el 29 de junio del 2020. Después de atravesar una grave convulsión social, producto del cierre de varias instituciones financieras, denominado como el Feriado bancario; el primer mandatario Economista Jamil Mahaud, decreto el 20 de enero del 2000 la entrada en vigor del dólar como menda nacional en reemplazo del Sucre.

269 En el año de 1939; Sutherland presento su teoría en la reunión anual de la *American Sociological Society* celebrada en Filadelfia (Estados Unidos) donde definió al delito de cuello blanco como aquellos ilícitos penalizables cometidos por personas de elevada condición social en el curso o en relación con una actividad profesional. Se debe tener en cuenta, que la doctrina impulsada por Sutherland está fundamentada en los cambios sociales de principios del siglo XX. Estado Unidos vivía un clima social de urbanización, de un crecimiento desmedido y descontrolado de la economía lo cual provocaba la desorganización social (ruptura de lazos sociales) producto de la creciente concentración industrial, acompañada por las olas migratorias. Todo ello trajo aparejado el crecimiento de la corrupción administrativa, la prostitución, el clientelismo político, los negocios ilegales de la época de la ley seca (prohibición del alcohol) que termino por corromper a la policía. Anzit Ramiro: *Los delitos de cuello blanco y los delitos de cuello azul*, Universidad del museo Social Argentino, Revista Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad privada, año 1, volumen 1, 1 de julio de 2008, Buenos Aires, p. 83. Para el Profesor Bodero, la delincuencia de cuello blanco se desarrolló en los años 1920 – 1930 en Los Estados Unidos, y hacia relación a los delitos cometidos por la clase social alta. Esta definición sin embrago ha quedado obsoleta, y actualmente ha sido reemplazada por la delincuencia financiera - económica y ciber delincuencia. Bodero, Edmundo: *Conferencia Teorías criminológicas aplicables a los casos de corrupción en Ecuador*, Núcleo Académico de Abogados Ecuador, Guayaquil, 26 de junio de 2020.

c) Ámbito punitivo: En el caso particular de la delincuencia organizada[270], claramente lo tipifica el COIP, en su artículo 369[271]: La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Para perpetrar esta clase de delitos su accionar se fundamenta en los siguientes elementos:

1) Una organización: en este caso se constituye una sociedad anónima de manera legal, para emprender operaciones mercantiles; y en el flujo de los negocios se van insertando acciones ilícitas y casi imperceptibles, que confunden la rentabilidad obtenida. Existe una línea muy fina y delgada que debe ser minuciosamente estudiada entre los actos lícitos e ilícitos del tráfico mercantil en una sociedad.

2) Jerarquía: Para el cometimiento de esta clase de delitos se requiere

270 Se debe diferenciar del delito perpetrado a través de la asociación ilícita, consistente en: Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Código Orgánico Integral Penal, *op cit*, artículos 370, p. 56. Para el profesor Zavala, El autor de dicha infracción puede ser cualquier persona, no exige una calificación especial. Obviamente es un delito plural y exige un mínimo de dos personas asociadas criminalmente, sin un máximo de partícipes. Estos no conciertan sus voluntades para un delito aislado, sino para organizarse y perdurar en el tiempo con la finalidad de ejecutar varios delitos, los mismos que deben tener una sanción inferior a cinco años, es decir, no cualquier delito. Es una infracción de peligro sin lesión efectiva a bien jurídico alguno, así como formal o de mera actividad, ya que se configura con la conducta asociativa simplemente y no exige que los delitos previstos se ejecuten, ni siquiera en etapa de tentativa. Así lo señala expresamente su texto, cuando prescribe la pena "por el solo hecho de la asociación". Zavala Xavier: La asociación ilícita, Diario El Telégrafo, 21 de noviembre de 2017, Recuperado de https://www.eltelegrafo.com.ec/, Consultado el 28 de junio del 2020.

271 Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, Ultima modificación: 17 de febrero de 2021, artículos 369, Quito, p. 56.

de la presencia de varios niveles y actuaciones de los delincuentes; generalmente dentro de la estructura societaria existe una jerarquía vertical[272], en la cual los delincuentes obedecen ordenes de un jefe jerárquico superior, en post de alcanzar el mal dado objetivo.

3) División del trabajo: También se la denomina especialización del trabajo, en este caso especialización para delinquir, ya que los integrantes de esta agrupación delictiva van ejecutando actos ilícitos acorde a su función y en el campo en donde se desempeñan.

4) Sigilo: La agrupación delictiva, por todos los medios procurará no ser detectados. Aquí es donde utilizan la figura de la sociedad mercantil licita, para cometer los actos ilícitos.

5) Sin violencia: El cometimiento de estos injustos penales, se lo hace sin utilizar la violencia física, sin la presencia de armas, más por el contrario es común en esta clase de delitos hacerlo mediante el chantaje, el abuso de autoridad, las amenazas de despido y el señalamiento de que la persona deja de laborar y será considerado socialmente como un fracasado.

Cabe señalar adicionalmente, que en nuestro ordenamiento jurídico vigente se ha incluido la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tipificada en Artículo 49[273] Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o

272 Dentro de la estructura societaria se puede establecer también una estructura horizontal, en donde las personas que la componen tienen el mismo nivel, rango, trabajo y remuneración. Esta se encuentra controlada por una persona que pertenece a un rango vertical.

273 Código Orgánico Integral Penal, *op cit*, artículo 49, p. 14.

quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, implementadas en el Ecuador, precisamente en el código orgánico Integral penal luego de *vacatio legis*, se da producto de un proceso originado con la implementación de la Constitución de la Republica acaecido en el año 2008.

Al referirme al modelo de imputación para las personas jurídicas, recae en el Modelo Vicarial Indirecto o de Transferencia de la Responsabilidad; también conocido como Modelo de heterorresponsabilidad.

Este modelo es producto del traslado de la construcción civilista del "*respondeat* superior" al ámbito penal, que ha sido desarrollado en del derecho angloamericano[274].

274 Caso New York Central & Hudson River Rail vs. Estados Unidos: 23 de febrero de 1909, mediante el cual la llamada heterorresponsabilidad de la persona jurídica, tan arraigada en el *common law*, tiene uno de sus cimientos en el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica. Y más concretamente en esta famosa sentencia de 23 de febrero de 1909 del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, que confirmó la condena impuesta por la Corte del Distrito Sur de New York, tanto la empresa, como el asistente del gerente de tráfico, Fred. L. Pomeroy, fueron penalmente condenados al pago de US$108.000 por la comisión de actos contra la libre competencia, esto es, el reembolso ilegal de las tasas de aranceles que prohibía la Ley Elkins de 1903 que, tras modificar la Ley de Comercio Interestatal de 1887, facultó a la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) a imponer, las que entonces podían considerarse multas elevadas, a las empresas ferroviarias que ofrecían reembolsos y a los usuarios que aceptaban dichos reembolsos. A las compañías ferroviarias, a sus directivos y a sus empleados no se les permitía ofrecer reembolsos por su carácter discriminatorio, porque distorsionaba el mercado y la libre formación de los precios, conforme a la oferta y la demanda. En efecto, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos declara la responsabilidad penal de persona jurídica, importando para ello la doctrina civil del *respondeat superior*, también conocida como *vicarious liability* (responsabilidad por representación), *strict liability* (responsabilidad objetiva) o,

El modelo en referencia traslada la responsabilidad penal cometida por la persona natural hacia la persona jurídica y se lo hace en consideración a tres presupuestos:

a) La comisión del injusto por parte de un integrante.

El modelo se ha cuestionado ¿Que jerarquía debe tener el integrante de la organización para cometer el ilícito?; al respecto se brindan dos teorías:

1) TEORÍA DE IDENTIFICACIÓN INGLESA: Esta concede relevancia a los comportamientos delictivos de los integrantes de la empresa, que tengan la atribución de tomar decisiones; precisamente recaen sobre los Directivos, administrativos y Gerente. Esta Teoría se bifurca en dos versiones:

1.1 Versión Relajada: Principalmente se aplica en varios estados pertenecientes a los Estados Unidos de América; y establece que no solamente el integrante que tomas decisiones comete el delito, sino que también basta con que autorice, consienta y tolere el ilícito.

1.2 Versión Estricta: Se aplica en Inglaterra y se incluye a los integrantes de la empresa que tomen decisiones y que no estén sujetos a fiscalización, por una parte; y a las personas que tienen capacidad de supervisión, pero que presentan conductas omisivas por otra parte. Es decir, se incluye a quienes tiene la capacidad de fiscalizar, pero no lo realizan.

b) Actuación en el ejercicio de funciones

Debe entenderse que el integrante de la empresa actúa en los ámbitos

como suelo llamarla, *mirror o reflex liability* (responsabilidad por reflejo o por espejo), y estableciéndola como el estándar de imputación de la responsabilidad penal corporativa. En ese contexto, la persona jurídica responde por los actos de sus empleados en el ejercicio de sus funciones, conductas dolosas, culposas e incluso contrarias a las órdenes de sus superiores. Y es que la sanción penal no se funda en la participación de la persona jurídica en el hecho imputado sino en que el acto se realiza en su beneficio. El Tribunal "opta por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los *agents* de la *corporation*, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad. Su conocimiento y sus propósitos serán los de la propia persona jurídica. Disponible en http://www.worldcomplianceassociation.com/ Consultado el 21 de julio del 2020.

autorizados por la propia empresa; el empleado ejerce las funciones que legalmente le compete y para los cuales está autorizado. En el caso de la sociedad anónima la junta general tiene como competencia nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía[275]. De esta manera los administradores están legalmente facultados para ejercer sus actividades.

c) Actuar en beneficio de la empresa.

Para que se de este requisito, se debe determinar fehacientemente la intención de beneficiar a la empresa; así como la existencia real y efectiva del beneficio. No existe el beneficio de la empresa, cuando la persona actúa a favor de sí misma o de una tercera persona.

2) TEORÍA VICARIAL DEL RESPONDEAT SUPERIOR

Como quedo señalado anteriormente, corresponde el traslado del concepto civil de *respondeat superior* al ordenamiento penal.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es imputada por los injustos cometidos por cualquier integrante de la organización. Es decir, el único requisito previo para trasladar la responsabilidad penal a la persona jurídica es que se mantenga una relación laboral en el caso de los empleados y directivos y una relación societaria en el caso de los accionistas de la compañía anónima.

En esta teoría no se hace ninguna diferenciación al respecto del cometimiento del delito, cualquier puede hacerlo y de plano se traslada la responsabilidad penal hacia la persona jurídica.

2.3. Diagnóstico del sistema empresarial ecuatoriano

Para iniciar el diagnóstico, debo presentar la ubicación geográfica en relación con la constitución de las sociedades anónimas en la República:

275 Ley De Compañías: Registro Oficial 312, de 05 de noviembre de 1999, última modificación: 29 de diciembre 2017, Artículo 231, Quito, p. 50.

la región de la litoral[276] se encuentra bañada por las costas del océano pacífico, lo que le otorga una ventaja, respecto a otras provincias[277] que no cuentan con un puerto.

De las provincias de la costa la provincia más relevante por su superficie y su población es Guayas[278] y su cabecera cantonal Guayaquil[279], que es denominada por los ciudadanos como la capital comercial - económica del Ecuador[280].

El comercio al por mayor y al por menor lidera el *ranking*: la venta de banano genera; Unión de bananeros ecuatorianos S.A. UBESA con ingresos de usd 354,88 millones, Sabrostar *Fruit* company S.A. usd 118,11 millones, Ecuagreenprodex S.A usd. 96,29 millones, Soprisa

276 Se le conoce con el nombre de región litoral o costa a todas aquellas provincias pertenecientes al Estado ecuatoriano situadas entre la cordillera central y el Océano pacifico, su clima es cálido y tropical. Está conformado por las siguientes provincias: Esmeraldas, Manabí, Guayas, Santa Elena, El Oro y Santo Domingo de los Tsáchilas.

277 Me refiero de forma particular a las provincias de la región interandina o sierra ecuatoriana; estas son: Carchi, Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Bolívar, Chimborazo, Cañar, Azuay y Loja. Dentro de su infraestructura no cuenta con un puerto, razón por la cual en muchas ocasiones quedan en plena desventaja respecto de las provincias de la costa.

278 La superficie de la provincia del Guayas corresponde a 17.000 km, siendo la provincia más grande del litoral, le sigue Esmeraldas con 14.000 km y al último se presenta Santa Elena con una superficie de 3500 Km. Su población de igual forma es la más grande del Ecuador, rodando alrededor de 4.086.089 millones de habitantes, incluso superior a Pichincha que ronda los 3.500.200 millones de habitantes. Guayas sin duda es una de las provincias más productivas del Ecuador, alberga uno de los puertos más representativos de Sudamérica y mantiene zonas agrícolas, comerciales, industriales y financieras más importantes. Esta zona costera ha sido reconocida por su ubicación privilegiada en el continente para el buen dinamismo del comercio y los negocios. ZABALA, Víctor: *Guayas motor de la economía nacional*, Revista Ekos, No. 304, Quito, 2019, pp. 84 – 85.

279 Según datos oficiales del Censo 2010, Guayaquil es la ciudad más poblada del Ecuador, con una población de 2350915 de habitantes, de los cuales 1.158.221 corresponde a Hombres y 1.192.694 corresponde a mujeres. Disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec Consultado el 26 de julio del 2020.

280 La Cámara de comercio indicó que los datos mantienen a Guayaquil, como la "capital comercial de Ecuador". Así lo reflejan los datos del Banco Central del Ecuador (BCE), en su último informe disponible sobre producción macroeconómica de las 24 provincias. Guayas generó ese año USD 45 055 millones, un 0,45% más en relación con el 2015, que fueron USD 44 850 millones. Para el analista económico Fidel Márquez, en el 2016 se dio una reducción en la producción nacional, por la recesión económica que se vivió en la administración gubernamental pasada. Especificó que en el caso de Pichincha cayó el tamaño de su economía porque depende, en gran medida, del gasto público que se afectó; mientras que Guayas aumentó porque depende mayoritariamente del sector privado. La ciudad aportó con USD 2 763 millones al PIB en el 2016 en el comercio, el 57,7% de toda la provincia. A escala nacional, Quito se ubicó en segundo lugar con USD 1 642 millones. González, Jorge: Guayas se consolida como la mayor economía de Ecuador, Diario el Comercio, Sección Actualidad, 31 de enero de 2018, Quito. Disponible en https://www.elcomercio.com/ Consultado el 26 de julio del 2020.

S.A. usd. 54.32 millones y Don Carlos Fruit S.A. DONFRUIT usd 40,85 millones.

En el comercio al por menor: Corporación el Rosado usd 1.154 millones, Tiendas industriales TIA S.A. usd 668,78 millones, Almacenes de Parrti S.A. usd 310,48 millones, PYCCA S.A. usd 96,16 millones y Devies Corp S.A. usd. 70,12 millones. Cervecería nacional CN S.A. usd. 547,29 millones, Sociedad nacional de las Galápagos C.A. usd. 246,56 millones, Industrias lácteas Toni S.A. usd. 173,68 millones, Galapesca S.A. usd. 163,20 millones y Sociedad agrícola e industrial San Carlos S.A. usd. 135,11 millones.

Juntando los dos segmentos citados: sociedades exportadoras y manufactureras, abarcan el mercado en un 65% de las actividades económicas que se desarrollan en la provincia del Guayas. Adicionalmente la actividad económica de las empresas permite recuadrar al Estado USD. 4.388 millones[281] que representa el 29% del total de la recaudación tributaria.

De acuerdo con Zabala[282], en la provincia del Guayas, se concentra el 41% del total del sector societario (27.176 empresas), gran parte exportadoras o manufactureras; esto le permite generar un significativo aporte para la economía del 25% del producto interno bruto nacional.

De la población de las sociedades activas, se ha calculado la muestra con un margen de error[283] del 1,50; y nivel de confianza[284] del 99%, dando como resultado un tamaño de muestra de 8 sociedades anónimas. Para la presente investigación se realizó visitas *in situ*, encuestas y

281 Esta recaudación tributaria corresponde al ejercicio fiscal 2018. Es producto de la suma de todos los ingresos causados por las actividades económicas desarrollados en la provincia del Guayas de los sectores: Comercio al por mayor y al por menor, industrias manufactureras, agricultura, ganadería silvicultura y pesca, información y comunicación, transporte y almacenamiento, construcción, actividades inmobiliarias, actividades profesionales, científicas y técnicas, actividades de servicios administrativos y de apoyo. El Presupuesto General del Estado para el ejercicio fiscal 2018, ascendió a USD 34.853 millones.

282 Zabala, Víctor: *Ídem*.

283 Es el porcentaje de error que puede existir en la muestra. Cuanto más grande el margen de error, menor es el nivel de confianza de los resultados.

284 Indica el nivel de seguridad de los datos que son representativos de toda la población.

entrevistas[285] a los empleados y personal del nivel administrativo superior, respectivamente.

Al respecto de las encuestas, se pudo corroborar que los empleados noveles, tiene un mayor desconocimiento de las normas jurídicas que rigen a la sociedad y son más vulnerables al cometimiento de delitos debido a su remuneración baja. Las ordenes que se imparten desde los niveles superiores son netamente orales, y se prestan a un sinfín de interpretaciones. No se dispone de controles al respecto del cumplimiento de las normas, no se dispone de códigos de ética ni de comités de ética, no se dispone de reglamentos internos; se desconoce si la sociedad ha obtenido rentabilidad productos de sus operaciones mercantiles. En un alto porcentaje los empleados no poseen título profesional.

Al respecto de las entrevistas efectuadas, los directivos, fueron más cautos en sus respuestas, sin embargo, se pudo evidenciar que: No mantienen libros societarios actualizados, desconocimiento del origen del capital de los aportes de los accionistas, convocatorias a juntas generales ex temporáneas, Balances financieros con retrasos en su presentación, otorgamiento de créditos vinculados, falta de políticas y manuales y reglamentos internos, inexistencia de códigos de ética y de comités de ética.

Los datos obtenidos, permiten corroborar al autor de este trabajo que el mal manejo de las sociedades anónimas, representa vulnerabilidad y exposición frente a delitos económicos y de manera particular al delito de enriquecimiento privado no justificado, ocasionado por incumplimientos normativos, falta de control, falta de sistemas, programas, y/o políticas de cumplimiento normativo, falta de profesionalización del talento humano, desconocimiento de las normas que rigen a la organización, inexistencia de recursos tecnológicos de control de las obligaciones societarias, créditos vinculados, falta de reglamentos internos y de códigos de ética y comités de ética.

285 Las técnicas de investigación han permitido obtener una información confiable, ya que involucra de forma directa a quienes cotidianamente laboran en las sociedades. La encuesta estuvo dirigida a los empleados y constaba de 11 preguntas. Se obtuvieron 44 encuestas. La entrevista a los directivos: presidentes, Gerentes, Comisarios, miembros de los Consejo de administración y Vigilancia; tuvo una base de 13 preguntas al respecto del cumplimiento normativo. Se realizó 31 entrevistas.

Al adentrarme en la administración de las sociedades anónimas; estableciendo que la responsabilidad de los administradores es solidaria para con la compañía y para con terceras personas, que se sientan perjudicadas, por el mal manejo de los negocios.

Esta responsabilidad corresponde a: 1. De la verdad del capital suscrito y de la verdad de la entrega de los bienes aportados por los accionistas; 2. De la existencia real de los dividendos declarados; 3. De la existencia y exactitud de los libros de la compañía; 4. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las juntas generales; y, 5. En general, del cumplimiento de las formalidades prescritas por la Ley para la existencia de la compañía[286].

Debo objetar el cumplimiento de la mentada norma, debido a los malos manejos administrativos que se operan en las sociedades anónimas. Varias falencias detectadas para el desarrollo de este trabajo incluyen: 1. Falta de administración diligente[287] 2. Falta de profesionalización en la administración[288] 3. Inexistencia de libros sociales, tales como: libros de actas de juntas generales y directorios, el libro de talonario, libro de acciones y libro de accionistas[289] 4. Falta de presentación de balances y estados financieros ante el órgano de control[290].

286 Ley de Compañias: *op cit*, Art. 256, p. 55.

287 *Ídem*, Art. 262, p. 56.- El administrador desempeñará su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente. De acuerdo con Cebriá el deber de diligente administración, frente al común de diligencia, resulta modelado por unas características propias de la actividad desarrollada, de la empresa, de la organización social y de la operación en concreto. Para ello, la actuación del administrador se ha de ubicar, primero, en referencia a las estructuras sociales de la organización, y segundo, en consideración a las estructuras empresariales que se circunscriben al ámbito de la organización social. Cebriá, Luis: El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales: Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 19.

288 La falta de profesionalización obedece a que los administradores de las sociedades anónimas no poseen títulos profesionales, ni formación convencional al respecto del manejo de las sociedades; que conducen a violaciones normativas.

289 En la inspección realizada se pudo observar que, los referidos libros se encontraban desactualizados, faltaban convocatorias a junta general, falta de firmas de los asistentes, libro de accionistas desactualizado, no se conocía la dirección o correo electrónico de los accionistas para convocatorias; no disponen del libro de resoluciones de Junta General y no permite hacer seguimiento de las resoluciones. Libros sin foliar, sin fecha, sin firmas; que corrobora una mala gestión administrativa.

290 5598 compañías presentaron balances en la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros y cumplieron con la responsabilidad de presentar el formulario 101 Declaración del impuesto a la Renta y presentación de balances Formulario único de sociedades y establecimientos permanentes, del Servicio de

Es preciso determinar que estos factores de incumplimiento no solo normativo conllevan a sanciones administrativas y a la disolución contemplada en la Ley de compañías[291]: 9. Por incumplimiento durante cinco años de los dispuesto por el artículo 20[292], 11. Por inobservancia o violación de la Ley, de sus reglamentos o de los estatutos de la compañía, que atenten contra su normal funcionamiento o causen graves perjuicios a los intereses de los socios, accionistas o terceros, y 12. Por obstaculizar o dificultar la labor de control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías o por incumplimiento de las resoluciones que ella expida[293].

De acuerdo con la gravedad de la infracción se puede imponer una multa de hasta por un monto de doce salarios básicos unificados del trabajador en general[294] a criterio del superintendente o del funcionario delegado para este efecto[295].

Rentas Internas.

291 Ley de Compañías: *op cit*, Art. 361, p. 75.

292 Las compañías constituidas en el Ecuador, sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, enviarán a ésta, en el primer cuatrimestre de cada año: a) Copias autorizadas del balance general anual, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como de las memorias e informes de los administradores y de los organismos de fiscalización establecidos por la Ley; b) La nómina de los administradores, representantes legales y socios o accionistas; y, c) Los demás datos que se contemplaren en el reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías. El balance general anual y el estado de la cuenta de pérdidas y ganancias estarán aprobados por la junta general de socios o accionistas, según el caso; dichos documentos, lo mismo que aquellos a los que aluden los literales b) y c) del inciso anterior, estarán firmados por las personas que determine el reglamento y se presentarán en la forma que señale la Superintendencia.

293 Ley de Compañías: *Ídem,* Art. 440, p 92. La inspección de las compañías tiene por objeto establecer la correcta integración del capital social, tanto al tiempo de la constitución como en los casos de aumento de capital; verificar si la sociedad cumple su objeto social; examinar la situación activa y pasiva de la compañía, si lleva los libros sociales, tales como los de actas de juntas generales y directorios, el libro talonario y el de acciones y accionistas o de participaciones y socios; si su contabilidad se ajusta a las normas legales; si sus activos son reales y están debidamente protegidos, si su funcionamiento se ajusta a lo previsto en las leyes y en las cláusulas del contrato social; si las utilidades repartidas o por repartir corresponden realmente a las liquidaciones de cada ejercicio, y si se han producido las pérdidas previstas para su disolución. El Superintendente y el personal a sus órdenes no podrán inmiscuirse en sus inspecciones a las compañías, en lo referente a procedimientos de fabricación, sistemas de propaganda o de venta y, en general, en nada de lo que constituya o afecte la reserva en relación con la competencia.

294 El salario básico unificado del trabajador en general, que rige en el Estado ecuatoriano para el año 2021 corresponde a USD. 400, oo. La multa establecida puede llegar a un máximo de USD 4800, oo

295 Es preciso objetar esta norma subjetiva, que permite al Superintendente o su delegado según su criterio establecer la multa. Considero oportuno crear una resolución o reglamento que permita determinar los niveles de gravedad de las infracciones y de los niveles de imposición de multas. Ley De Compañías: *op cit*, Artículo 457, p. 103.

En este punto, precisamente es fundamental la función de los comisarios ya que deben fiscalizar en todas sus partes a la administración de la compañía y velar porque ésta se ajuste no solo a los requisitos sino también a las normas de una buena administración.

Claramente delimitado en sus funciones aparece contemplado en el art 279 las atribuciones y obligaciones que deben cumplir: 1. Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías de los administradores y gerentes en los casos en que fueren exigidas; 2. Exigir de los administradores la entrega de un balance mensual de comprobación; 3. Examinar en cualquier momento y una vez cada tres meses, por lo menos, los libros y papeles de la compañía en los estados de caja y cartera; 4. Revisar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias y presentar a la junta general un informe debidamente fundamentado sobre los mismos; 5. Convocar a juntas generales de accionistas en los casos determinados en esta Ley; 6. Solicitar a los administradores que hagan constar en el orden del día, previamente a la convocatoria de la junta general, los puntos que crean conveniente; 7. Asistir con voz informativa a las juntas generales; 8. Vigilar en cualquier tiempo las operaciones de la compañía; 9. Pedir informes a los administradores; 10. Proponer motivadamente la remoción de los administradores; y, 11. Presentar a la junta general las denuncias que reciba acerca de la administración, con el informe relativo a las mismas. El incumplimiento de esta obligación les hará personal y solidariamente responsables con los administradores.

No objeto la norma; refuto la forma de actuación de parte de las personas que fungen como comisarios; y respaldo mi tesis por los cierres constantes de las compañías, de acuerdo con el diario digital Primicias.ec[296] entre enero y junio de 2019 937 compañías se cancelaron y en 179 operó la liquidación y disolución; en cambio analizando en el mismo periodo del año 2020, 558 compañías se cancelaron y 118 entraron en proceso de liquidación y disolución.

296 Primicias.ec, 676 compañías se cancelaron, disolvieron o liquidaron hasta junio. Disponible en https://www.primicias.ec/noticias/economia/companias-cierre-disolucion-liquidacion-junio-2020/. Consultado el 10 de marzo del 2021.

Cuando una empresa se cancela operan varios factores de afectación social: desempleo, pobreza y la desigualdad; analicemos el primero en relación con los índices nacionales de en porcentaje respecto de la población económicamente activa: a diciembre de 2018 el subempleo bordeaba en 16,5, al 2019 el 17,8 y al 2020 el 22,7; y el desempleo a diciembre de 2018 era de 3,7, al 2019 3,8 y al 2020 subió al 5,0.[297]

Analicemos el segundo, la pobreza, en junio de 2018 se mantiene constante estadísticamente y se ubicó en 24,5%. Guayaquil es la que presenta mayor tasa de pobreza con 14,1%[298]. Los datos consignados nos llevan a pensar que cada instante que se cancela una compañía, generamos una fractura social incoando una desigualdad social, en lo que tiene que ver al acceso al trabajo, a la riqueza y a las oportunidades, contrariando al artículo 33 de la Constitución de la Republica[299]

Es hora de referirme a los malos manejos económicos suscitados en las compañías anónimas; y precisamente a la relación con el delito tipificado en el COIP: Enriquecimiento privado no justificado. - La persona que obtenga para sí o para otra, en forma directa o por interpuesta persona, incremento patrimonial no justificado mayor a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años[300].

La provincia del Guayas ocupa el segundo lugar en el cometimiento de los delitos tipificados en la normativa citada con 38 casos[301]; después de la provincia de Pichincha con 79 casos[302]. Es decir que se

297 Disponible en https://www.ecuadorencifras.gob.ec/ Consultado el 10 de marzo del 2021.

298 *Ídem.*

299 Constitución de la República: *op cit*, Art. 33, p 29. El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

300 Código Orgánico Integral Penal, *op cit*, artículos 297, p. 99.

301 Recalde, Andrea: *Dirección de Estadística y Sistemas de Información fiscalía general del Estado.* Consultado el 8 de marzo del 2021. Las denuncias contempladas incluyen únicamente a las personas jurídicas de derecho privado. En otras provincias también existe denuncias de este tipo: Azuay 23, El Oro 10, Esmeraldas 11, Manabí 25, las demás provincias con un bajo nivel de denuncias.

302 La provincia de Pichincha alberga gran cantidad de sociedades mercantiles, por ser la Capital política de la Republica de Ecuador.

han iniciado las acciones legales pertinentes inherentes a determinar el cometimiento de este ilícito. Los delitos perseguidos, se cometen en una mayor proporción en el interior de las sociedades mercantiles, ya que los controles son frágiles y vulnerables; en cuanto tiene que ver precisamente a llevar doble contabilidad, maquillaje de estados financieros, otorgamiento de créditos vinculados, sobre precios en compras, sobre valoración de bienes para obtener créditos, desconocimiento del origen de los aportes de los accionistas, que genera por una parte enriquecimiento privado injustificado de quienes fungen como administradores pero con complicidad de varios empleados, que lo hacen por cuidar sus puestos de trabajo, pero a costa de poner en riesgo su libertad[303].

Paso a analizar el artículo 186 del COIP: Art. 186.- Estafa. - La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La pena máxima se aplicará a la persona que: 1. Defraude mediante el uso de tarjeta de crédito, débito, pago o similares, cuando ella sea alterada, clonada, duplicada, hurtada, robada u obtenida sin legítimo consentimiento de su propietario. 2. Defraude mediante el uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares. 3. Entregue certificación falsa sobre las operaciones o inversiones que realice la persona jurídica. 4. Induzca a la compra o venta pública de valores por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento. 5. Efectúe cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor. La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del

303 Esta información no se puedo corroborar al instante de realizar las entrevistas al personal administrativo de las sociedades mercantiles; tampoco se pudo obtener esta información de la Fiscalía general del Estado debido a la reserva con que se maneja la investigación y el cumplimiento del Art 472 y 584 del COIP; y del Art. 19 de la Ley Orgánica de comunicación.

trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La estafa cometida a través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos privados públicos o de la Seguridad Social, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La persona que emita boletos o entradas para eventos en escenarios públicos o de concentración masiva por sobre el número del aforo autorizado por la autoridad pública competente, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a noventa días[304].

Las denuncias realizadas por este delito en el año 2016 en la Fiscalía general del Estado superan a los años 2015, 2017 y 2018 en donde existe una relativa estabilidad y estancamiento en un aproximado a 14000 denuncias; pero es preocupante la situación que se dispara en el año 2019 con 17094 y en año 2020 con 19586 denuncias[305].

Estos datos, reflejan que las denuncias en torno a la estafa van en crecimiento, y pone en gran alerta al sistema de justicia, que debe proveer los recursos necesarios en post de perseguir a los malhechores. Las conductas antijuridicas, que se han plasmado, a mi parecer representan una pequeña parte de los procesos que se inician en la Fiscalía General del Estado[306]; sin embargo, gran cantidad de casos no son presentados por que las sociedades mercantiles se revisten de legalidad a los actos delictivos en razón de la compleja trama de transacciones mercantiles que se dan cotidianamente.

304 Código Orgánico Integral Penal, op cit, artículos 186, p. 65.

305 Recalde, Andrea: Ídem. Consultado el 8 de marzo del 2021. El 40% de las denuncias corresponden a las personas jurídicas de derecho privado. El 20% de las denuncias contempladas, pertenece a los administradores de las personas jurídicas de derecho privado.

306 Constitución De La República: *op cit*, Arts. 194 y 195, pp. 103 - 104. La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso. La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Estos delitos se subsumen a una categoría superior que genera inseguridad jurídica en los mercados societarios; perjudica a los accionistas y a la población en general; no existe transparencia en el manejo económico ni en la forma de conseguir los recursos económicos, y finalmente se soslaya el cumplimiento de las normas jurídicas como un imperativo en el Ecuador.

2.4. Organismos encargados del control de las sociedades anónimas

Es preciso señalar que toda sociedad o compañía que se cree en el Ecuador para emprender operaciones mercantiles necesariamente debe estar sometida a la ley de compañías, y a todas las resoluciones que emita la superintendencia de compañías, valores y seguros; siendo su representante legal el Superintendente de compañías, valores y seguros.

Su misión es controlar, vigilar y promover el mercado de valores, el sector societario y de seguros, mediante sistemas de regulación y servicios, contribuyendo al desarrollo confiable y transparente de la actividad empresarial en el país[307].

Su visión es ser hasta el 2021 reconocida como una institución que presta servicios de calidad, de forma ágil y oportuna, en un marco de transparencia y eficiencia, contando para ello con un centro de atención virtual y la mejora continua en los procesos, para fortalecer el control y vigilancia del sector societario, de mercado de valores y de seguros[308].

Del modo establecido, la función primordial de la superintendencia de compañías, valores y seguros es sin duda el control y la vigilancia[309] de los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Para este efecto la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes.

307 Disponible en https://www.supercias.gob.ec/. Consultado el 2 de agosto del 2020.

308 *Idem.*

309 Ley de Compañías, *op cit*, Artículo 432. La vigilancia y el control será *ex post* al proceso de constitución y del registro de Sociedades, p. 94.

Pues bien, considero que el control y la vigilancia que ejerce la Superintendencia esta recargado únicamente es los aspectos económicos, financieros y contables; y se comprende por cuanto un accionista que se ve mermado en sus derechos, el primer aspecto que le preocupa es cuidar sus finanzas.

Analizaremos el control de las sociedades anónimas desde dos aspectos: interno y externo.

a) Control Interno: La junta general está formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la compañía[310]; y tiene como competencia: 1.- Nombrar y remover los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios o cualquier otro personero cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto.

Para el control interno de las operaciones de la sociedad se eligen comisarios; ya lo advertí anteriormente, que las funciones se encuentran netamente recargadas en el aspecto económico financiero, soslayando los aspectos jurídicos y cumplimiento normativo.

b) Control Externo: al respecto de este control, precisamente es la Superintendencia de compañías, valores y seguros el órgano rector el encargado de velar que todas las obligaciones de las sociedades mercantiles se cumplan, y de manera particular los aspectos jurídicos.

La superintendencia de compañías, valores y seguros expidió el reglamento sobre auditoría externa, considerando que es indispensable unificar la normativa contenida en las resoluciones administrativas y actualizarla de acuerdo a la arquitectura jurídica que se ha implantado en Ecuador desde la vigencia de la Constitución de 2008, procurando el fortalecimiento de la seguridad jurídica[311], la reducción de la dispersión normativa, la

310 Ley de Compañías: *op cit*, Artículo 230, p. 50.

311 Mezquita Del Cacho, José Luis: La seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia, y planteado, por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de ésta, resulta lógica señalarla entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza

simplificación de trámites, la observancia de los principios que regulan la administración pública, y el aseguramiento del debido proceso[312], mediante la definición de reglas claras sobre la actividad que ejercen las personas naturales y jurídicas calificadas y registradas por la superintendencia de compañías, valores y seguros como auditores externos. El objeto del reglamento en mención es determinar y obligar a las personas jurídicas a someter sus estados financieros a una auditoría externa anual: a) Las compañías nacionales de economía mixta y anónimas con participación de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, cuyos activos excedan de cien mil dólares de los Estados Unidos de América. b) Las sucursales de compañías o empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieran establecido en Ecuador y las asociaciones que éstas formen entre sí o con compañías nacionales, siempre que los activos excedan los cien mil dólares de los Estados Unidos de América. c) Las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada, cuyos montos de activos excedan los quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América. d) Las compañías sujetas al control y vigilancias de la superintendencia de compañías, valores y seguros obligadas a presentar balances consolidados[313].

Si la información financiera consolidada, no satisface al ente regulador o a sus accionistas, se puede solicitar la intervención; para ello la Ley de compañías, establece las causas para que se pueda nombrar interventores: si lo solicitare uno o más accionistas o socios que representen cuando menos el diez por ciento del capital pagado de la compañía, manifestando

intrínsecamente desde el propio establecimiento

del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta; por lo que asimismo es lógico que se califique de inmediato como efecto objetivo. Zavala, Jorge: *Teoría de la Seguridad Jurídica*., Iuris Dictio, año 12, volumen 14, p. 219.

312 El procesalista español Leonardo Pérez dice Es aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado democrático, las cuales, acto seguido, deben ser recogidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal". De tal modo que el debido proceso, es una garantía constitucional, de cuyo cumplimiento depende mucho la convivencia pacífica y la seguridad jurídica del país, pues garantiza una correcta administración de justicia, además de una real vigencia y respeto de los derechos humanos; y es el mecanismo de aplicación de los principios y garantías del derecho constitucional, penal y procesal. García, José: El Derecho al debido proceso, 26 de noviembre del 2010. Disponible en www.derechoecuador.com. Consultado el 12 de febrero del 2020.

313 Reglamento sobre Auditoría Externa, Resolución de la Superintendencia de compañías, valores y seguros, Registro Oficial 879 del 11 de noviembre de 2016, Quito, Artículo 2, p 13.

que han sufrido o se hallan en riesgo de sufrir grave perjuicio por incumplimiento o violación de la Ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía, en que hubieren incurrido ésta o sus administradores. El o los peticionarios deberán comprobar su calidad de titulares del porcentaje de capital señalado en el inciso anterior; indicar, con precisión, las violaciones o incumplimiento de la ley, sus reglamentos o el estatuto de la compañía que motiven el pedido y expresar las razones por las que tales hechos les ocasionan o pueden ocasionarles perjuicio; 2. Si se comprobare, ante denuncia de parte interesada o de oficio, que en la contabilidad de la compañía se han ocultado activos o pasivos o se ha incurrido en falsedades u otras irregularidades graves, y que estos hechos pudieren generar perjuicios para los socios, accionistas o terceros. En la denuncia deberá determinarse con precisión las falsedades o irregularidades de la contabilidad, así como los perjuicios que se hubieren causado o pudieren causarse; 3. Si requerida la compañía por la superintendencia para presentar el balance general anual y el estado de pérdidas y ganancias o documentos y comprobantes necesarios para determinar la situación financiera de la compañía, no lo hiciere, y hubiere motivos para temer que con su renuencia trate de encubrir una situación económica o financiera que implique graves riesgos para sus accionistas, socios o terceros; 4. Si una compañía recurriere a cualquier forma de invitación pública para obtener dinero de terceros a base de planes, sorteos, promesas u ofertas generales de venta, entrega o construcción de bienes muebles o inmuebles, o suministro de préstamos, cuando no hubiere garantías suficientes para respaldar los dineros recibidos y tal situación implicare graves riesgos para terceros, o cuando efectuaren una oferta pública de valores, sin cumplir con los requisitos señalados en la Ley de mercado de valores; y, 5. Cuando la compañía se encontrare en cualquiera de los casos referidos en los artículos 325[314] o 432 inciso cuarto[315], de esta ley. 6. Cuando se hubieren incumplido por dos o más

314 Ley de Compañías: *op cit*, Artículo 325, p. 74. La compañía que no contratare auditoría externa sin causa justificada, calificada por la Superintendencia de Compañías, será sancionada por ésta con una multa de tres mil sucres por cada día de retardo, a partir de la fecha límite para su contratación, hasta un máximo del equivalente a cuarenta días, cumplidos los cuales y en caso de no haberse contratado la auditoría, la Superintendencia ordenará la intervención de la compañía.

315 *Idem.* Artículo 432, p. 95. Quedan exceptuadas de la vigilancia y control a que se refiere este artículo, las compañías que en virtud de leyes especiales se encuentran sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

años seguidos las obligaciones constantes en el artículo 131[316] y en los dos últimos incisos del artículo 263[317] de esta ley[318].

Una vez nombrado el interventor o interventores todas las operaciones y documentos requerirán su visto bueno y firma, y si no los tuvieren, carecerán de validez para la compañía intervenida, pero el o los representantes legales, administradores o personeros que los hubieren autorizado, serán personal y pecuniariamente responsables[319].

2.5. Propuesta de implementación de la auditoría jurídica empresarial

La auditoría jurídica empresarial, está fundamentada en la teoría atomista, de donde se desagregan todos los elementos de la empresa y se los transforma en elementos simples para su análisis desde el conjunto de normas jurídicas que rigen a cada uno. Todo acto o contrato ejecutado por el Administrador, debe ser fiscalizado para determinar si cuenta con el rigor del cumplimiento normativo; y por ende la ausencia del cometimiento de delitos económicos, de manera particular el enriquecimiento privado no justificado.

316 Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b) del Art. 20, es obligación del representante legal de la compañía de responsabilidad limitada presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías la nómina de las compañías extranjeras que figuraren como socias suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, junto con xerocopias notariadas de las certificaciones y de las listas mencionadas en el literal h) del Art. 115, que hubieren recibido de tales socias según dicho literal. Si la compañía no hubiere recibido ambos documentos por la o las socias extranjeras obligadas a entregarlos, la obligación impuesta en el inciso anterior será cumplida dentro de los cinco primeros días del siguiente mes de febrero, con indicación de la socia o socias remisas. *Ibídem.* Artículo 131, p. 32.

317 Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b) del Art. 20, es obligación del representante legal de la compañía anónima presentar en el mes de enero de cada año a la Superintendencia de Compañías la nómina de las compañías extranjeras que figuraren como accionistas suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, junto con xerocopias notariadas de las certificaciones y de las listas mencionadas en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221, que hubieren recibido de tales accionistas según dicho artículo. Si la compañía no hubiere recibido ambos documentos por la o las accionistas obligadas a entregarlos, la obligación impuesta en el inciso anterior será cumplida dentro de los cinco primeros días del siguiente mes de febrero, con indicación de la accionista o accionistas remisas. *Ibídem.* Artículo 263, p. 63.

318 *Ibídem.* Artículo 354, p. 78.

319 Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 3. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución. *Ibídem.* Artículo 354, p. 78.

Es preciso señalar que la Asamblea Nacional, legisló y aprobó[320] la reforma a la Ley orgánica reformatoria del código orgánico integral penal en materia anticorrupción en el ámbito privado, del cual se desprende que: Art. 1.- En el Art. 45, agréguese a continuación del numeral 6 las siguientes: "7. Se consideran circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes: d) Haber implementado antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas, y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o de una persona responsable en el caso de las pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización[321]"

Para cumplir este nuevo imperativo es preciso señalar las políticas empresariales que se deben cumplir las sociedades anónimas:

1. BUEN GOBIERNO: Para la gestión de las sociedades anónimas, se requiere de un sistema de Buen gobierno sólido, transparente que identifica los riesgos legales y penales, y provee una verdadera supervisión, que le permite gozar de una gestión eficaz.

2. RENDICIÓN DE CUENTAS: Quedo plenamente señalado que es un deber del administrador y un derecho de ciudadano, en este caso particular del accionista recibir las cuentas claras y objetivas sobre la gestión administrativa emprendida, en un periodo de tiempo determinado.

3. PERSONAL: Para la implementación de la auditoría jurídica empresarial, se va a requerir de la inclusión del auditor jurídico,

320 Con 127 votos, la Asamblea Nacional aplicó nuevas reformas al Código Orgánico integral penal. El Universo: *Estos son los principales cambios que trae la nueva Ley Anticorrupción aprobada por la Asamblea Nacional*, 17 de diciembre de 2020. Disponible en https://www.eluniverso.com. Consultado el 16 marzo de 2021.

321 Ley Orgánica Reformatoria del código orgánico integral penal en materia anticorrupción, Registro Oficial, segundo suplemento No 392, de 17 de febrero de 2021, artículo 1, p. 5.

que es la persona encargada de determinar si los actos, contratos y demás obligaciones de la sociedad anónima, se encuentran enmarcados en las normas jurídicas. También tendrá como función la lucha contra la corrupción y la determinación de la licitud de los fondos que maneja la sociedad.

4. FISCALIZACIÓN: se debe realizar de dos formas: a. Interna: Para la evaluación de las funciones internas, de manera permanente se debe establecer procesos de fiscalización sobre los actos, contratos y obligaciones establecidas para las sociedades anónimas, sus administradores y su personal. No debemos esperar a que se termine el año fiscal para realizar este tipo de fiscalización. b. Externa: para obrar como mayor garantía los procesos de fiscalización pueden ser realizados por fiscalizadores externos a la sociedad anónima; de esta forma también se garantiza la transparencia y los resultados obtenidos. El personal inmerso en este tipo de fiscalización también absorbe las experiencias de la fiscalización internacional, que le permita una gestión eficaz.

5. MEDIOS TECNOLÓGICOS: En la implementación de la Auditoría jurídica empresarial, se debe invertir recursos, y en esta área es fundamental para cumplir con una eficiente administración. La creación de un único sistema o base de datos, que contenga toda la información al respecto del buen gobierno; entre ellas: en la parte financiera comercial proveedores, clientes, facturas, trasferencias, balances y obligaciones tributarias, en la parte laboral remuneraciones, viáticos, horas extras, vacaciones, en la parte societaria el capital suscrito y la entrega de los bienes aportados por los accionistas, de la existencia real de los dividendos declarados; de la existencia y exactitud los libros de la compañía, del exacto cumplimiento de los acuerdos de las juntas generales; y en general, del cumplimiento de las formalidades prescritas por la Ley para la existencia de la compañía.

6. CUMPLIMIENTO ÉTICO: El componente ético en los negocios es una política fundamental, que establece principios y valores corporativos e individuales, que rigen de manera

obligatoria a toda la sociedad anónima.

7. EDUCACIÓN CONTINUA: Todos los integrantes de la sociedad anónima de manera obligatoria van a participar de capacitaciones sobre riesgos legales y penales, cumplimiento normativo, criminalidad económica organizada y cumplimiento ético. Se debe mantener a los integrantes de la sociedad anónima plenamente informados sobre las reformas legales, así como de casos sancionados por las autoridades administrativas y judiciales, al respecto del manejo doloso de la compañía.

A criterio del autor de la investigación[322], para cumplir con las políticas empresariales es preciso contar con una estructura sólida, que conste de los siguientes elementos:

a. Consejo de auditoría jurídica: Es el máximo organismo de fiscalización que se establece en materia de auditoria jurídica dentro de la sociedad anónima; es el responsable de dictar las políticas, lineamientos y reglamentos inherentes a su función. Este órgano colegiado lo integran el auditor jurídico, el funcionario responsable del manejo ético de la empresa, el represente del consejo de vigilancia, el represente del consejo de administración y el presidente de la sociedad anónima. La persona que asume la presidencia del comité es el auditor jurídico, quien tendrá voto dirimente en caso de votación empate en votación. El consejo de auditoría jurídica, dentro de la estructura organizacional, debe estar al mismo nivel del consejo de administración y del consejo de vigilancia; que denote la supremacía y la toma de decisiones en dicho ámbito que afecten a las sociedades. Dentro de sus responsabilidades y atribuciones, tendrá: 1. Elaborar las políticas en torno al cumplimiento normativo, 2. Elaborar y aprobar el código de ética, 3. Aprobar el procedimiento de prevención de la corrupción, 4 Aprobar el mecanismo de control sobre cumplimiento normativo, 5. Aprobar el mecanismo de

322 Mejía, Rodney: *Auditoría jurídica empresarial en la fiscalización en la República de Ecuador,* e-revista multidisciplinaria del saber, Caracas, 2023, p. 8

control sobre riesgos legales y penales; y 6. Establecer el régimen disciplinario interno. A través del siguiente gráfico, se hace la propuesta de inclusión del consejo de auditoría jurídica, para que asuma las responsabilidades y atribuidas redactadas:



b. El Auditor Jurídico: Es elegido por la asamblea general de accionista, con atribución legal para su designación[323] Es el profesional responsable de llevar a efecto el cumplimiento de todos los lineamientos dictados por parte del consejo de auditoría jurídica. Sus atribuciones son:

1. Orientar a los accionistas, gerente y empleados sobre el cumplimiento de las leyes y reglamentos, 2. Verificar que se mantengan los controles internos necesarios y que las operaciones incluyan el acceso a información, 3. Realizar fiscalizaciones internas periódicas en los distintos departamentos para asegurarse que se estén realizando las operaciones conforme a las políticas vigentes e instrucciones operacionales y leyes aplicables. 4. Coordinar reuniones con la administración, directores y jefes departamentales a ser fiscalizados; discute el propósito y alcance de la auditoria, verifica la información, realiza pruebas y prepara informes donde se harán las recomendaciones basadas en los hallazgos e información obtenida durante el proceso para ser discutidas con los administración y jefes de departamentos.
5. Mantener Informados al Consejo de Auditoria Jurídica cada iniciativa desarrollada encaminada a asegurar cumplimiento del programa preventivo. 6. Realizar capacitaciones periódicas a todo el personal, 7. Mantener un sistema de archivo y custodia general de documentación que demuestre el cumplimiento normativo por parte de la sociedad anónima. 8.Proponer y elaborar lineamientos respecto del cumplimiento normativo al Consejo de Auditoria Jurídica. 9.Establecer sistemas de evaluación y monitoreo para reportar transacciones sospechosas. 10. Revisar periódicamente las transferencias de fondos para asegurar la legalidad de las mismas. 11. Revisar periódicamente las compras y adquisiciones que realice la sociedad anónima. 12.Certificar el cumplimiento del leyes y reglamentos de empleados, gerente, directores y jefes de departamentos. 13. Evaluar los contratos y formularios utilizados para la apertura de cuentas y préstamos para asegurarse que cumplan con todas las disposiciones legales 14. Verificar que todas las operaciones de la sociedad no devengan de prácticas corruptas. 15. Presentar a la Junta general de accionistas un informe de cumplimiento normativo.

323 Ley de Compañías: *op cit*, Artículo 231, n. 1, p. 57. La junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía. Es de competencia de la junta general: 1. Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo;

Para incluir el Consejo de auditoría jurídica dentro de las sociedades anónimas en Ecuador, es preciso trabajar en una reforma a la Ley de compañías y dentro de las competencias de la Junta General de accionistas se haga constar el siguiente texto propuesto por el autor:

Agréguese: Ley de Compañías, Art.231, numeral 1, Art. 1.- Agréguese "*Consejo de auditoría jurídica*", después de los términos organismos administrativos de la compañía.

Agréguese: Ley de Compañías, Art.271, Art. 2.- Agréguese al final del inciso primero: "*El Consejo de auditoría jurídica, es el órgano colegiado responsable de la fiscalización del cumplimiento de las normas jurídicas, dentro de la sociedad. Encargado de certificar el cumplimiento de las leyes y normas éticas; y la prevención de la corrupción*".

Adicional a esta propuesta, es preciso que la superintendencia de compañías, valores y seguros reforme el modelo de constitución electrónica de las sociedades mercantiles en el Ecuador, ya que en únicamente permite el ingreso de datos de la conformación del consejo de administración y del consejo de vigilancia, teniendo en cuenta que desde el año 2014 hasta el 2018 han escogido esta forma 12 368 sociedades mercantiles[324].

Para darle viabilidad y funcionalidad a esta propuesta, es preciso la reforma de los modelos de constitución física de las sociedades anónimas; y en donde se incluya la estructura sólida: el consejo de auditoría jurídica y el auditor jurídico planteados en la presente investigación.

Es fundamental también incluir como un requisito de constitución de una sociedad mercantil, la presentación del código de ética que deban cumplir todos los *stakeholders*, debido a las relaciones mercantiles que se dieren lugar.

324 El Telegrafo: Más de 12000 compañías se crearon en línea, 07 de diciembre de 2018. Disponible en https: https://www.eltelegrafo.com.ec/. Consultado el 19 marzo de 2021.

Cada sociedad anónima es un mundo particular, y cada una dispone de su propia forma de organización empresarial; sin embargo, es preciso establecer los riesgos más comunes inherentes a su objeto social, declarando un mapa de riesgos legales. Este instrumento permite identificar las situaciones o los procesos en los que pueden producirse incumplimientos de obligaciones legales, regulatorias o una vulneración de los compromisos adquiridos por la organización.

El mapa de riesgos legales debe contener:

1. La probabilidad del incumplimiento: Es la posibilidad que existe de que se presente una violación normativa; para ello es preciso establecer un cuadro de valoración, en el sitio vertical una escala de probabilidades: cumple o no cumple; se le adjudica el valor de 1 o 0 respectivamente

2. El impacto del incumplimiento: Es la afectación misma de la violación normativa; en el sitio horizontal se establece: bajo, moderado y alto. Con una ponderación de 0, 1 y 2 respectivamente.

Con el objetivo de realizar una verificación de las situaciones expuestas a riesgo para la sociedad anónima, se debe evaluar el riesgo de cada proceso; y se deben proponer acciones y estrategias encaminadas a erradicarlo; así como un control exhaustivo para que no se materialice el riesgo.

El mapa de riesgos legales debe contener los siguientes elementos:

1. Establecimiento del entorno: parte desde una visión de análisis tanto de lo externo como de lo interno. Se debe tener en cuenta el mercado en el que se desenvuelve la sociedad anónima y el impacto que esto genera en su interior[325]; en el análisis interno se debe analizar la estructura societaria, numero de personal, delimitación de funciones y normativa aplicable a la sociedad: Ley

325 Para el caso señalado, en el análisis del entorno del exterior se debe tener en cuenta si la sociedad anónima, genera procesos de comercialización internacional, y determinar a qué riesgos está expuesta; entre ellos el narcotráfico, la trata de personas y la venta de armas.

de compañías, Código de comercio, Código civil, Ley general de instituciones del sistema financiero, Ley de mercado de valores, Ley general de seguros, Código de trabajo, Ley orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo estabilidad y equilibrio fiscal, Ley de régimen tributario interno, Resoluciones del órgano regulador de las sociedades, Estatuto constitutivo, reglamentos internos y código de ética de las sociedad.

El auditor jurídico, debe tener en cuenta el objeto social de la sociedad anónima, la actividad a la cual se dedica (venta de bienes o prestación de servicios), en caso de venta de bienes, que canales de distribución utiliza para satisfacer la demanda de sus clientes; y determinar las zonas de distribución de bienes o prestación de servicios. Adicionalmente debe conocer a todos los *stakeholders*: accionista, empleados, proveedores y clientes. En relación con la administración pública: autorización de la Superintendencia de compañías, valores y seguros para operar dentro del marco legal, registro del nombramiento del representante legal de la compañía[326], contratos con la administración pública y relación permanente con el organismo de control y supervisión de las compañías.

2. Determinación de riesgos legales: Para Mejía[327] Es preciso determinar las situaciones que presenten mayor vulnerabilidad al cometimiento de un delito; determinar los procesos de manera individual y los empleados que intervienen en cada uno de ellos y las tareas que realizan; analizar los procesos de egresos económicos comparándolos con las decisiones impartidas por parte de la asamblea general y del administrador de la sociedad, para verificar el cabal cumplimiento de la decisión. Es importante en el caso particular del egreso económico, se determine con exactitud la conexión con los

326 El Registro mercantil, es una oficina dependiente de la administración pública estatal; con sede en cada cantón del Ecuador. Posee un libro societario donde se asienta de manera cronológica todos los registros inherentes a las sociedades mercantiles, entre ellos inscripción de las sociedades, inscripción de los representantes legales y demás actos que se desprendan de su normal desenvolvimiento.

327 Mejía, Rodney: *Auditoría jurídica empresarial en la fiscalización en la República de Ecuador,* e-revista multidisciplinaria del saber, Caracas, 2023, p. 10

proveedores (nexo de afinidad o parentesco), precio de mercado de los bienes adquiridos (sobreprecios) todo esto con el ánimo de tomar de correctivos[328]. Es preciso realizar algunas preguntas: ¿Las compras de bienes se hace a través de un proceso[329]?, ¿Los ingresos de la sociedad anónima son lícitos y corresponde al objeto social de la compañía?, ¿Manejo dinero en mi gestión?, ¿Mis decisiones comprometen el patrimonio de la sociedad anónima?; y ¿Mi gestión es acorde al cumplimiento ético y normativo?.

En esta determinación de riesgos, se puede incluir aquellas gestiones que realizan los empleados de la compañía en áreas y procesos relacionados tendientes a causar riesgos legales, como, por ejemplo: incumplimientos laborales, ambientales, contractuales, protección de datos, obligaciones fiscales; y otros que tiene como obligaciones la sociedad anónima.

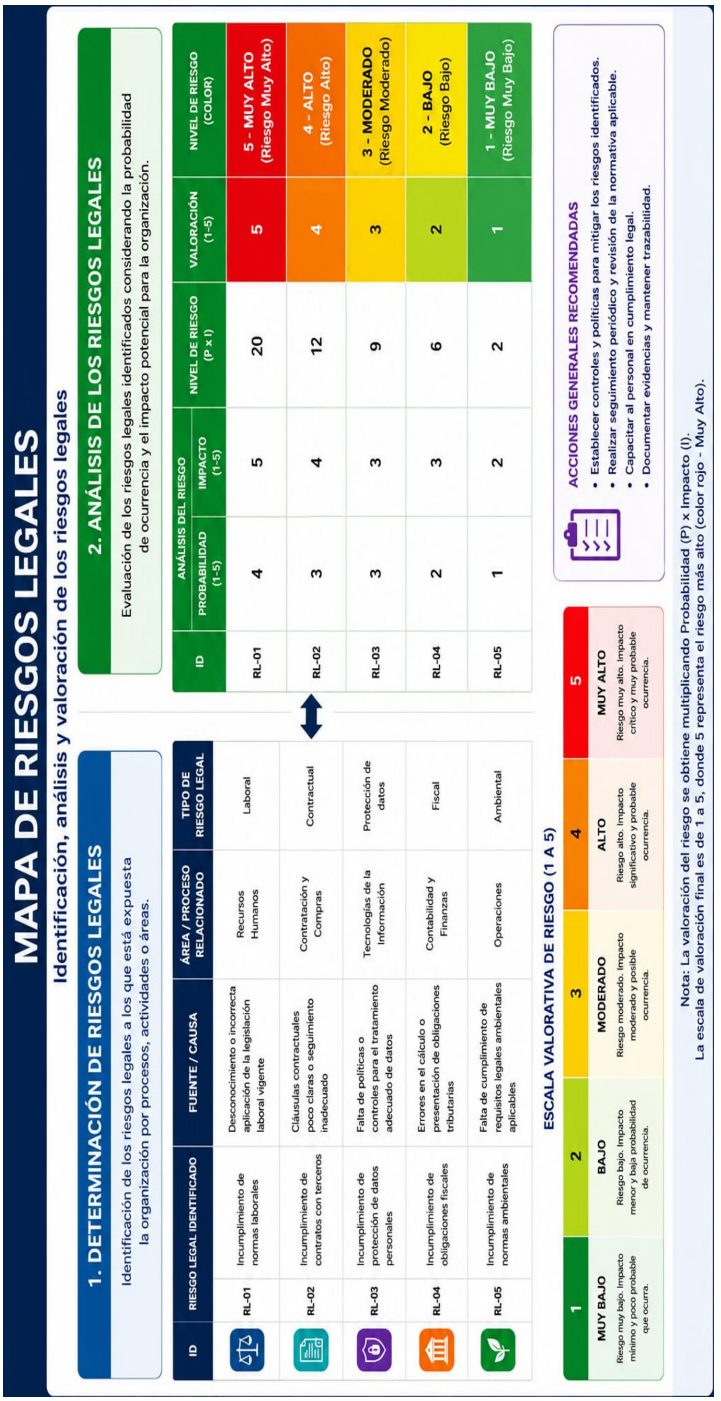
3. Análisis del impacto de los riesgos legales: Se debe trabajar en la inclusión de determinación del impacto del riesgo legal; así lo clasificamos en bajo, medio y alto. Bajo corresponde a un nivel donde es casi inexistente el riesgo, pero existe; medio es el riesgo existente y depende del personal no cometerlo; y alto es el mayor nivel de riesgo que implica mayor dedicación a la fiscalización para erradicarlo[330]. En este análisis se debe levantar información por cada proceso y por cada persona en la sociedad anónima.

328 Las decisiones del administrador de una sociedad anónima se encuentran en primer lugar del mapa de riesgos legales, ya que el mismo tiene la potestad de la toma de decisiones que vayan en beneficio propio; por citar un caso, de su decisión corresponde la adjudicación de un contrato, y se presenta como un riesgo legal mediante la figura del soborno.

329 Es preciso indicar que, al referirme a los procesos de adquisición de bienes y servicios, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría en el ámbito privado no existe una regulación mediante la expedición de normas jurídicas que permita corroborar la licitud de dichos actos. En cambio, en el Ecuador la adquisición de bienes en el ámbito público se lo realiza a través de la implementación de la Ley Orgánica del sistema nacional de contratación pública registrada Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008 y el Reglamento General de la Ley Orgánica del sistema nacional de contratación pública registrada Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, Quito.

330 En torno al impacto de los riesgos legales, no es lo mismo un empleado subordinado que no maneja recursos económicos, ni que toma decisiones que comprometan el patrimonio de la sociedad anónima, comparado con el administrador, que dentro de sus funciones están la toma de decisiones y el manejo económico.

En el siguiente gráfico se ha constar algunos de los riesgos legales a los cuales se encuentran inmersas las sociedades anónimas ecuatorianas:



Como inicia el proceso de auditoría jurídica empresarial.

Este proceso está a cargo del consejo de auditoría jurídica, representado por el auditor jurídico, e inicia de la siguiente forma:

1. Planificación: Por decisión del pleno del consejo de auditoría jurídica, se inicia el proceso de auditoría jurídica empresarial; teniendo en cuenta la información devenida del mapa de riesgos efectuado.

   En esta etapa, se debe determinar el área y el personal y el proceso y período al cual está dirigida la auditoría jurídica empresarial, con precisión y claridad. Se debe remitir un instrumento oficializando el inicio del proceso y solicitando la disponibilidad de tiempo y entrega de documentación que sustenten el trabajo efectuado acorde a la normativa vigente.

2. Proceso de auditoria jurídica empresarial: el auditor jurídico es el responsable del manejo de la auditoría como tal; bajo su custodia estarán todos los documentos requeridos y las entrevistas personales que se realicen en torno a la revisión. Los integrantes de la organización inmersos en dicho proceso, en esta etapa deberán solventar técnicamente el cumplimiento de las normas jurídicas, entregando información, datos, conversaciones y demás hechos probables.

3. Determinación de indicios o hallazgos: El auditor jurídico mediante comunicado por escrito a los integrantes de la organización inmersos en el proceso, en un lugar y fecha determinada de manera pública dará a conocer los indicios o hallazgos de la auditoría jurídica empresarial practicada. Este hecho tiene por objeto dar a conocer resultados y escuchas las opiniones de los involucrados. Posteriormente el auditor jurídico otorgará cinco días laborables, para que el personal pueda presentar documentos de cargo y descargo para deslindar su responsabilidad frente a este proceso.

4. Resultados finales de la auditoría jurídica empresarial: Una vez recibidos los documentos de cargo y descargo el auditor jurídico

preparara su informe final, con la precisa determinación de las violaciones normativas, así como la determinación de los delitos económicos que se hayan cometido y salgan a la luz producto de la auditoría jurídica empresarial.

Las violaciones normativas al amparo del derecho societario – administrativo serán sancionadas acorde a los reglamentos internos, estatuto social y código de conducta. en cambio, los supuestos delitos económicos, hallados serán trasladados al conocimiento de la asamblea general de accionistas.

Esta propuesta se funda en la prevención de incumplimientos normativos y delitos económicos, es preciso señalar que en los indicios o hallazgos de la auditoria jurídica, deberán ser resuelto por la asamblea general de accionistas, previa presentación y fundamentación del consejo de auditoría jurídica de la sociedad anónima; sin perjuicio de las acciones que puedan iniciar de oficio las autoridades de la superintendencia de compañías, valores y seguros y los accionistas que sientan perjuicio en su contra.

A continuación, se detalla mediante un gráfico como es el proceso en si de auditoría jurídica empresarial:



A manera de conclusión de este capítulo, La inclusión de la auditoría jurídica empresarial corresponde netamente al ámbito societario–administrativo, ya que se busca enmendar los incumplimientos normativos; no es preciso incluir esta figura jurídica dentro del código orgánico integral penal, debido a ya existe tipificación respecto del delito de enriquecimiento privado no justificado al cual van adecuándose todas las conductas cometidas por acción u omisión en la administración de las sociedades anónimas.

Como se relató anteriormente la figura jurídica nueva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas deja en un punto de inflexión a los *stakeholders*, ya que sus acciones u omisiones directamente le llevan a enfrentar procesos judiciales, procurando determinar su responsabilidad. Si es visto de esta forma los escenarios de la ciencia penal ya ocupan un lugar determinante en la sanción de anti-conductas en las sociedades mercantiles.

La auditoría jurídica empresarial, es un proceso de fiscalización cíclico dentro de la sociedad anónima, no debemos esperar a que se termine el periodo fiscal y recién implementar instrumentos de fiscalización; más por el contrario en la marcha y gestión de los personeros se puede realizar obteniendo buenos resultados.

BIBLIOGRAFÍA.

I.- Fuentes doctrinales

Alarcon, Andrés: *Las sociedades por acciones simplificadas en el nuevo derecho societario colombiano*, Revista digital Saber, Ciencia y Libertad, Volumen 8, número 13, Bogotá, Colombia, 2013.Disponible en https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1904. Consultado el 7 de noviembre del 2019.

Alfaro, *et al.: Análisis jurídico de la empresa*, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2004.

Andrade, R: Historia del Ecuador, tomo I, Quito, Ecuador.

Annan, K: Ex secretario general de las Naciones Unidas*: Discurso* en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, Italia, 2000.

Aracil, Lucas: *La economía del bien común el reto del siglo XXI,* Revista de Investigación 3ciencias, 2012.

Avilés, E: *Enciclopedia Del Ecuador*. Disponible en http://www.enciclopediadelecuador.com/. Consultado en 22 de marzo de 2020.

Anzit R: *Los delitos de cuello blanco y los delitos de cuello azul*, Universidad del museo Social Argentino, Revista Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad privada, año 1, volumen 1, 1 de julio de 2008, Buenos Aires, Argentina.

Avilés, M *et al.*: *El enriquecimiento ilícito*, editorial Club Universitario, Alicante, España, 2014.

Arroyo L, *et al.: Fraude y corrupción en el derecho penal europeo: euros delitos de fraude y corrupción,* Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, España, 2006.

Aróstica, I: *Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción Nº 182, Concepción, Chile, 1987.

Baez, R, *et al.: Ecuador pasado y presente, Editorial Ensayo, Quito,* Ecuador *1990.*

Banaloche, P, *et al*: *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Editorial La Ley, Madrid, España, 2014.

Balouziyeh, J: *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2012.

Black´S Law Dictionary, Disponible en https://thelawdictionary.org/ Consultado el 29 de noviembre del 2019.

Blanco, Y: Auditoría integral normas y procedimientos, segunda edición, Ecoe ediciones, Bogotá, Colombia, 2012.

Beck, U: *Sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, Editorial Paidós, Bogotá, Colombia, 2013.

Bocanegra, J: *Los delitos de organización y grupo criminal*, Bosch editor, Barcelona, España, 2020.

Bodero, E: *Conferencia Teorías criminológicas aplicables a los casos de corrupción en Ecuador*, Núcleo Académico de Abogados Ecuador, Guayaquil, Ecuador, 2020.

Baruch, H: La Ley de prácticas corruptas en el extranjero, Harvard Businnes Review, Massachusetts, Estado Unidos, 1979.

Barquero, M: *Manual práctico de control interno*, editorial Profit, Barcelona, 2013.

Brandao, N, Jesus, S: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués*, Revista Eguzkilore, Número 28, San Sebastián, España, 2014.

Bresia, M: *Corrupción en las empresas públicas 1980-2001*, primera edición, editorial Mare Nostrum, Santiago, Chile, 2001.

Broseta P: Manuel: *Manual del Derecho Mercantil*, Editorial Tecno S.A., Madrid, España, 1994.

Cabanellas, Guillermo: Diccionario Jurídico elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Cano, D: *Auditoría Financiera forense, en la investigación de delitos económicos y financieros, lavado de dinero y activos, financiación del terrorismo*, 3ra Edición, Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia, 2008.

Carbonell, R, Vázquez R: *Poder, derecho y corrupción*, primera edición, siglo XXI editores Argentina S.A, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Cárdenas, J: Ensayo Histórico de la Economía ecuatoriana, Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, Ecuador,1995.

Castro C, Ospina J: *Derecho penal societario*, Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2018.

Castrillon y Luna, V: *Ley General de sociedades mercantiles comenta-*

da, Editorial Porrúa, México, México, 2010.

Cebriá, L: El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales: Marcial Pons, Madrid, España, 2009.

Constantini, P: *Los diferentes tipos de sociedades en el código civil paraguayo*, Asunción, Paraguay.

Cuadrado M: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante ¿un paso hacia atrás?*, Revista Jurídica de Castilla y León, número 12, Castilla y León, España, 2007.

Chavagneux C, Palan, R: *Los paraísos fiscales*: Ediciones el Viejo Topo, Madrid, España, 2014.

Damaschin, M, Gorunescu, M: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*: el caso rumano, Revista Eguzkilore, Número 28, San Sebastián, España, 2014.

Deshazo, P: Esfuerzos contra la corrupción en América Latina Lecciones aprendidas, Documento de política sobre las Américas, Volumen XVIII estudio 2, 2007, *CSIS Americas Program*, Washington, Estados Unidos.

De Armas, R: *Auditoría de gestión, conceptos y métodos*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2008.

De Jaime, J: *La gestión de control de la empresa*, editorial Esic, Madrid, España, 2013.

De La Cuesta, J, Pérez A: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados, Ministerio de ciencia e innovación y Grupo de investigación en ciencias criminales*, Madrid, España, 2017.

Della P: *Corruzione e Democracia, I circoli vizioci della corruzione*, Roma, Italia. 1995.

De Miranda, A: *Auditoría de las empresas socialistas*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1984.

Díaz, A: *Derecho Mercanti*l, Primera edición E book, quinta edición impresa, IURE Editores, México, México, 2017.

El Comercio: *10 claves para entender el caso Odebrecht en Ecuador*, 02 de junio de 2017. Disponible en https://www.elcomercio.com/. Consultado el 2 enero de 2021, Quito, Ecuador.

El Telégrafo: *Más de 12000 compañías se crearon en línea*, 07 de diciembre de 2018. Disponible en https: https://www.eltelegrafo.com.ec/. Consultado el 19 marzo de 2021, Guayaquil, Ecuador.

El Universo: *Las claves para entender el caso de sobornos de Odebrecht en Ecuador, 01 de noviembre de 2017,* Disponible en https://www.eluniverso.com/. Consultado el 3 enero de 2021. Guayaquil, Ecuador.

El Universo: *Estos son los principales cambios que trae la nueva Ley Anticorrupción aprobada por la Asamblea Nacional*, 17 de diciembre de 2020. Disponible en https://www.eluniverso.com. Consultado el 16 marzo de 2021, Guayaquil, Ecuador.

El Universo: *Ecuador en el puesto 93 entre los 180 países menos corruptos del mundo, según Transparencia Internacional*, Guayaquil, 23 de enero de 2020, Disponible en https://www.eluniverso.com, Consultado el 25 de junio del 2020.

Enseñat de Carlos, S: *Manual de Compliance Officer*, THOMSON Reuters Aranzadi, Pamplona, España, 2016.

Escudero, M: *Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance*, Editorial Thompson Arazandi, Madrid, España, 2015.

Ferro, J: *Investigación operativa del fraude interno y externo empresarial*, e Book, Galicia, 2020.

Finn, D: *La omnipresecnia de la corrupción*, Revista Internacional de Teología, editorial verbo divino, Paris, Francia, 2014.

Gallardo Y, Torres W: Auditoría judicial propuesta metodológica, primera edición, editorial jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2012.

Gallego, I: *Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales*, Ediciones Edisofer, Madrid, España, 2014.

Gámez R, Cuñado F: *Introducción al Common Law*, e Book, primera edición, Disponible en: http://www.traduccionjuridica.es. Consultado el 20 de abril del 2020.

García, J: El Derecho al debido proceso, 26 de noviembre del 2010. Disponible en www.derechoecuador.com. Consultado el 12 de febrero del 2020.

Garcia, M: *Sociedades mercantiles*, Segunda edición, Editorial Oxford University Press, México, México, 2009.

García, N: *El poder punitivo en el estado democrático*, ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, Ecuador, 1996.

Garcia, P: La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ponencia pronunciada en las XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, 24,25 y 26 de agosto de 2005, Universidad externado de Colombia, Bogotá, Colombia, Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1018,Consultado el 07 de marzo del 2019.

Garrido, S, Romero M: *Fundamentos de gestión de empresa,* Edición universitaria Ramon Areces, 2021, Madrid.

Gómez–Jara, C: *Responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU*, Editorial Universitaria Ramos Areces, Madrid, España, 2009.

Gomez, R: *Generalidades en la auditoria*, México, México, 2000.

González, J: Guayas se consolida como la mayor economía de Ecuador, Diario el Comercio, Sección Actualidad, 31 de enero de 2018, Disponible en https://www.elcomercio.com/ Consultado el 26 de julio del 2020, Quito, Ecuador.

Gonzalez, L: *Delito de lavado de activos*, Revista Latinoamericana de Derecho comercial internacional, Volumen 1, Número 1, México, México, 2013.

Guitierrez, A: *Sociedad Anónima*, El Cid Editor, Santa Fe, Argentina, 2009.

Hedemann, *S: Bürgerliches Gesetzbuch*, 3ra Edición, Berlín, Alemania, 1949.

Hernández, A: *Los delitos económicos en la actividad financiera*, octava edición, grupo editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2018.

Hernández, M: *La intervención del sector público en la economía y su actividad empresarial*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 1988.

Hynes, L: *A propósito de la auditoría legal*, Revista Argentina del Régimen de la Administración pública, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Infante, G: *Nueva Reglamentación de la función de inspección y vig-*

ilancia ejercida por la Superintendencia de Sociedades y de las causas de sometimiento de las sociedades. Bogotá, Colombia, 1982.

Instituto De Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Décima tercera edición, Ediciones Porrúa, México, México, 1999.

Jaen, M, Perrino A: *La recuperación de activos frente a la corrupción*, editorial Dykinson, Madrid, España.

Jhomson, R: *Historical Benningsthe Federal Reserve*, Boston, Estados Unidos, 2010.

Joseerand: *Tours de droit civil positiffrancais*, tomo II, Numero 5, París, Francia, 1930.

Lafeber, W: *Revoluciones inevitable: Estados Unidos en Centroamérica*, New York WW Norton, New York, Estados Unidos, 1993.

Lewis, S, Linville, L: *Conducta transnacional de corporaciones multinacionales estadounidenses: pagos cuestionables en el extranjero*, Estados Unidos, 1976.

López, A: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas nuevo paradigma en la legislación ecuatoriana en el COIP*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2018.

López, D, López J: *Riesgos financieros y operaciones internacionales*, Editorial ESIC, Madrid, España, 2002.

López, J: Criminalidad organizada, Aspectos jurídicos y criminológicos, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2015.

Madariaga, J: *Manual práctico de auditoría*, Editorial Deusto, Barcelona, España, 2004.

Maldonado, M: Auditoría forense prevención e investigación de la corrupción financiera, primera edición, editora Luz de América, Quito, Ecuador, 2003.

Mandrí, J: *Los canales de denuncia como parte integrante de los programas Compliance*, Tomado de PUYOL, Javier, Barcelona, España, 2017.

Martínez, B: *Impacto de la reforma del Código Penal en el ámbito contable y fiscal*, Universidad de Burgos, Facultad de Ciencias económicas y empresariales, Burgos, España, 2016.

Mantilla, S: *Auditoria,* Ecoe Ediciones, Bogotá, Colombia,2005.

Mármol, C: *Criminología*, sexta edición, ediciones Carlos Santiago, C.A, Caracas, Venezuela, 2009.

Márquez José: *Estado punitivo y control criminal. Cárceles, prisiones y penitenciarias en Colombia en el siglo XIX*, Revista Criminal,

enero-abril, volumen 55, Universidad de Cartagena, Cartagena, Colombia, 2013.

Mesa, N, *et al*: *Temas de Derecho Mercantil Cubano*, Primera parte, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2009.

Mila F: La responsabilidad penal de las personas ju´ridicas en el Derecho ecuatoriano, Scielo versión on line ISSN 0718-0012. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180012202000010014 9&lng=es&nrm=iso&tlng=es. Consultado el 03 de marzo del 2019.

Murasvka, J: *Una tipología de pagos de sobornos, y como detenerlo*, Editorial Transparencia Internacional, Reino Unido, 2014.

Newman, V, Ángel, M: *Estado del arte sobre la corrupción en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, Colombia, 2017.

Neely, C: *Crónicas de corrupción a la chilena*, primera edición, Editorial Cuarto Propio, Santiago, Chile, 2010.

Otamendi, S: *Antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo para jueces y fiscales*, 2018, Disponible en https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafi/2919-gafilat-18-i-plen-inf-02-ala-cft-para-jueces-y-fiscales/file, consultado el 03 enero 2021.

Oszlak O: *Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública*, Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe, 2013, Washington, Estado Unidos.

O" Reilly, C, Matussek, K: *Siemens para pagar $ 1,6 mil millones para resolver casos de soborno*, The Washington Post, Washington, Estados Unidos, 2012.

Páez, P: *Analizando la corrupción*, editora jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2018.

Páez, P: *Corrupción en el ámbito privado y malas prácticas corporativas*, editora jurídica Cevallos, Quito, Ecuador, 2021.

Pari, J: *Estado corrupto. Los mega proyectos del caso Lava jato en Perú*, primera edición, editorial Planeta Perú S.A., Lima, Perú, 2017.

Peña, J: Control, *Auditoría y revisoría fiscal incluye contraloría y ética profesional*, Ecoe ediciones, Bogotá, Colombia, 2007.

Perossa, M: *La Década de la Reglamentación en los Mercados EE UU, Contribuciones a la Economía*, 2012. Disponible en http://www.eumed.net/. Consultado el 5 de diciembre del 2019.

Peralta, A: *Compliance en México, el antídoto contra la corrupción*, Aqua Ediciones, México, México, 2018.

Prat, M, Arroyo A: *Ética financiera*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, España, 2001.

Primicias.Ec, *676 compañías se cancelaron, disolvieron o liquidaron hasta junio*. Disponible en https://www.primicias.ec/noticias/economia/companias-cierre-disolucion-liquidacion-junio-2020/. Consultado el 10 de marzo del 2021, Quito, Ecuador.

Pickett, S: *Manual básico de auditoría interna, de la teoría a la práctica profesional*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, España, 2007.

Pozo, F: *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, Editorial Corporación de estudios y publicaciones, Quito, Ecuador, 2018.

Puyol, J, *et al: Guía para la implantación de Compliance en la empresa,* Editorial WoltersKluver, Barcelona, España, 2017.

Quiroz, A: *Historia de la corrupción en Perú*, tercera edición, Instituto de estudios peruanos, Lima, Perú, 2019.

Ramón, G, Torres, V: *El desarrollo local en el Ecuador, Historia, actores y métodos*, Editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, 2004.

Ramos, R, *et al*: *Las Leyes de la imitación y la sociología*, Centro de Investigaciones sociológicas: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2011.

Real Academia De La Lengua Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, Madrid, 2018. Disponible en https://www.rae.es/. Consultado el 20 de octubre del 2019.

Recalde, A: *Dirección de Estadística y Sistemas de Información fiscalía general del Estado.* Consultado el 8 de marzo del 2021, Quito, Ecuador.

Robinson, P, Dubber, M: *El Código penal modelo estadounidense: una breve visión general*, Revista de Derecho Penal No. 37, Bogotá, Colombia, 2011.

Rodriguez D, Saenz J: *La auditoría y su aplicación en Colombia*, Unipiloto seccional del Alto Magdalena, Alto Magdalena, Colombia, 2009.

Ruiz H: *Criminalidad Organizada y Delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 2002.

Sandoval, I: *Corrupción y Transparencia, debatiendo las fronteras en-*

tre Estado, mercado y sociedad, Siglo XXI Editores, México, México 2009.

Sáiz, C, *et al*: *Compliance Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, primera edición, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, España, 2015.

Sánchez, G: *Auditoria de estados financieros Practica moderna integral,* Pearson Educación, México, México, 2006.

Sánchez, M: *El órgano de fiscalización y el instituto estatal de transparencia y acceso a la información pública, elementos inherentes de la democracia, para el combate a la corrupción en el sector gubernamental (caso Oxaca), México.* Disponible en http://www.eumed.net. Consultado el 27 de diciembre del 2019.

Sánchez, M: *Astilleros de Guayaquil, historia y tradición porteña*, TC Televisión, Guayaquil, Ecuador, 2013.

Sánchez, S: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Edisofer, Buenos Aires, Argentina, 2011.

Sanmartín, Israel: *Entre dos siglos, globalización y pensamiento único*, Ediciones Akal, Madrid, España, 2007.

Sarmiento R: *Contabilidad General*, Décima edición, Ediciones Impresos Andino, Quito, Ecuador 2004.

Sauvé, S: *El capital social de las sociedades anónimas en Costa Rica*, análisis de su naturaleza jurídica ¿Un mero formalismo para su constitución?, San José, Costa Rica, 2016.

Schedler, A: *Cuadernos de transparencia ¿Qué es la rendición de cuentas?*, Instituto Federal de acceso a la información pública, México, México, 1999.

Seitzinger, M: *Ley de prácticas corruptas en el extranjero, interés del Congreso y su aplicación ejecutiva*, 2012.

Sintura F, Rodríguez N: *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción*, primera edición, editorial Universidad de Rosario,

Bogotá, Colombia, 2013.

Sotomayor G, Sotomayor J: *El delito de lavado de activos en el Ecuador teoría-práctica*, Tomo I, Industria Gráfica Indrugraf, Riobamba, Ecuador, 2018.

Tablante, C, Morales M: *Impacto de la corrupción en los Derechos humanos*, primera edición electrónica, Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, México, 2018.

Travis R: *Derecho Mercantil,* Primera edición e book, Grupo Editorial Patria, México, México, 2016.

Tyrer, R: *Historia Demográfica y económica de la Audiencia de Quito*, Quito, Ecuador.

Uría R: *Derecho Mercantil*, Vigésimo cuarta edición, Marcial Ponds Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, España, 1997.

Uvalle, R: *A una década temas de reflexión sobre trasparencia y rendición de cuentas como política pública en México*, primera edición, editorial Miguel Ángel Porrúa, México, México, 2011.

Vargas, L: Armonización de los delitos de lavado de activos en los países de la alianza del pacifico, Grupo editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2018.

Vasquez N, Diaz, M: *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF-IFRS), Editorial Profit, Barcelona, España, 2013.

Villanueva, E: *Derecho de acceso a la información pública en el mundo*, primera edición, Ediciones Miguel Ángel Porrúa, México, México, 2006.

Vita Roso, J: *Auditoria jurídica para a sociedad democrática*, Escolas Profissionais Salesianas, São Paulo, Brasil, 2001.

Vergara, B: *La auditoría jurídica empresarial y el cumplimiento normativo*, Guayaquil, Ecuador, 2017.

Villegas, M: *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España,

2015.

Zavala, J: *Teoría de la Seguridad Jurídica*., Iuris Dictio, año 12, volumen 14.

Zuñiga, L: *Bases para un modelo de imputación penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, España, 2009.

Zabala, V: *Guayas motor de la economía nacional*, Revista Ekos, No. 304, Quito, Ecuador, 2019.

Zavala X: La asociación ilícita, Diario El Telégrafo, 21 de noviembre de 2017, Recuperado de https://www.eltelegrafo.com.ec/, Consultado el 28 de junio del 2020, Guayaquil, Ecuador

II. Legislación

II.1. Legislación internacional

- *Constitución Española*, Aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebrada el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978; y sancionada por su Majestad el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978, Madrid, España.
- Constitución de Portugal, de 1976, ultimas enmiendas de 2005, Lisboa, Portugal
- *Constitución de la República italiana*, de 21 de diciembre de 1947, Roma, Italia.
- Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, reformado mediante la Ley Orgánica 5 - 2010, de 22 de junio de 2010, Madrid, España.
- *Código de comercio*, Ley No 222 de 20 de diciembre de 1995, Bogotá, Colombia.
- *Código Penal*, Decreto No 17-73, de 27 de julio de 1973, *reformado por Artículo 2 del Decreto 31-2012 del Congreso de la*

República, Ley contra la Corrupción, Guatemala, Guatemala.

- *Código Federal Penal*, Decreto de 2 de enero de 1931, México, México
- *Código Penal*, Ley No. 641, de 13 de noviembre de 2007, Guatemala, Guatemala.
- *Código Penal*, Ley 14, de 22 de mayo de 2007, Gaceta oficial No. 25796, Panamá, Panamá.
- *Código de comercio*, Ley N° 2 de 22 de agosto de 1916, Publicada en la Gaceta Oficial N° 2.418 de 4 de septiembre de 1916, Panamá, Panamá.
- *Código civil*, Ley N° 1883/85 de 23 de diciembre de 1985, Asunción, Paraguay.
- *Código de comercio*, Decreto Ley No 14379 de 25 de febrero de 1977, Sucre, Bolivia.
- *Clayton antitrust Law,* 1914, Washington, Estado Unidos.
- *Banking Act,* 1933, Washington, Estado Unidos.
- *Decreto Supremo N° 092-2017-PCM*, Política Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción del Estado Peruano, de 14 de septiembre de 2017, Lima, Perú.
- *Decreto Supremo No. 04 – 2014*, de 6 de mayo de 2014, aprueba el Reglamento para implementar aspectos de identidad del agente encubierto y garantizar su protección en el marco de la técnica especial de investigación, Lima, Perú.
- *Federal Reserve Acta,* 1913, Washington, Estado Unidos.
- *Foreign Corrupt Practices Act, 1977,* Washington, Estado Unidos.
- Ley Omnibus de Comercio y competitividad de 1988**,** Washington, Estado Unidos.
- Ley Sarbanes – Oxley Act., 2002, Washington, Estado Unidos.
- *Ley Fundamental de Alemania*, del 23 de mayo de 1949, última modificación: 29 de septiembre de 2020, Berlin Alemania.
- *Ley de sociedades comerciales, Ley No.19550*, texto publicado

por el Decreto No. 841/84, del 30 de marzo de 1984, Buenos Aires, Argentina.

- *Ley 1774*, Estatuto anticorrupción Colombia, Diario Oficial 2516 - 48128, de12 de julio del 2011, Bogotá, Colombia, 2011.
- *Ley 200*, Código disciplinario único, Diario Oficial 41946, de 31 de julio de 1995, Bogotá, Colombia,1995.
- *Ley 734*, Código disciplinario único, Diario Oficial 44708, de 13 de febrero de 2002, Bogotá, Colombia,1995.
- *Ley No. 20393*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 25 de noviembre de 2009. Santiago, Chile.
- *Ley sobre sociedades anónimas*, Ley No 18046 de 22 de octubre de 1981, Santiago, Chile.
- *Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Ley 19 / 2013, de 9 de diciembre de 2014, publicado en el Boletín oficial No. 295, de 10 de diciembre de 2014, Madrid, España.
- *Ley general de sociedades*, Ley N° 26887de 5 de diciembre de 1997, Lima, Perú.
- *Ley 30424*, Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, 2016, Lima, Perú.
- Ley No. 30077, de 20 de agosto de 2013, Ley contra el crimen organizado, Lima, Perú.
- Ley No. 30304, de 9 de febrero de 2015, Ley que modifica el artículo 57 del Código Penal y prohíbe la suspensión de la pena en los delitos de peculado y colusión, Lima, Perú.
- Ley No. 30353, de 29 de septiembre de 2015, Ley que establece el registro de deudores de reparaciones civiles, Lima, Perú.
- Resolución Ministerial No. 0174 – 2016, de 22 de julio de 2016, aprueba el Protocolo de actuación interinstitucional para la prevención y represión de los delitos de corrupción de los funcionarios, Lima, Perú.

- *Ley Federal de transparencia y acceso a la información pública*, Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016, Última Reforma 27 de enero de 2017, México, México.
- *Código de comercio,* Decreto 02-70, Cuidad de Guatemala, *Guatemala.*
- *Ley General de sociedades mercantiles*, Diario oficial de la Federación de 4 de agosto de 1934, México, México.
- Ley del Sistema anticorrupción del Estado de México y Municipios; Periódico Oficial Decreto No 207, de 30 de mayo de 2017, México, México.
- Ley 12.846 contra la corrupción, del 01 de agosto de 2013, en vigencia desde el 28 de enero de 2014, Brasilia, Brasil,
- Ley Nº 17.060, Ley Anticorrupción o Ley Cristal, de 23 de diciembre de 1998, Montevideo, Uruguay.
- *Ley de sociedades de capital*, Real Decreto Legislativo 1/210, del 2 de julio del 2010, Caracas, Venezuela.
- *Ley contra el lavado de dinero y de activos*, Decreto 498, Diario Oficial No. 240, Tomo No. 341, de 23 de diciembre de 1998, San Salvador, El Salvador.
- *Ley de sociedades anónimas,* Ley Número 16.060 del 04/09/1989, Montevideo, Uruguay.
- *Loyd – La Follete Act,* 1912, Washington, Estado Unidos.
- *Pure Food and Drug Act,* 1906, Washington, Estado Unidos.
- *Securities Acts,* 1933, Washington, Estado Unidos.

II.2- Legislación nacional

- Asamblea Nacional: *Constitución de la República de Ecuador*, Registro Oficial 449, del 20 de octubre del 2008, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Código orgánico integral penal,* Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, Ultima modifi-

cación: 17 de febrero de 2021, Quito, Ecuador.

- Asamblea Nacional: *Código de comercio*, Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Ley de compañías,* Registro Oficial 312, de 05 de noviembre de 1999, última modificación: 29 de diciembre 2017, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Ley orgánica reformatoria del código orgánico integral penal en materia,* Registro Oficial, segundo suplemento No 392, de 17 de febrero de 2021, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Ley Orgánica del sistema nacional de contratación pública*, Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Ley de prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, Registro Oficial Suplemento 802 de 21 de julio de 2016, última modificación: 29 de diciembre de 2017, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: Ley para fomento productivo, atracción inversiones generación empleo, Registro Oficial Suplemento 309, de 21 de agosto de 2018, Quito, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: Reglamento General de la Ley Orgánica del sistema nacional de contratación, Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, Quito, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Reglamento sobre auditoría externa,* Resolución de la Superintendencia de compañías, valores y seguros, Registro Oficial 879 del 11 de noviembre de 2016, Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional: *Reglamento a la Ley de lavado de activos y del financiamiento de delitos*: Decreto no. 1331, de 24 de febrero del 2017, Quito, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: Resolución

No. SCVS-INC-DNCDN-2021-0002, *Expedir las normas de prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos*: publicada en Registro Oficial Suplemento 411 de 16-mar.-2021, Guayaquil, Ecuador.

- SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS: *Resolución Nro. SCVS-INC-DNCDN-2021-001,* Reformar las Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos: de 27 de julio de 2021, Guayaquil, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Resolución Nro. SCVS-DNPLA-15-08,* Auditorías externas en cumplimiento de prevención de lavado de activos, sector societario y mercado de valores, Registro Oficial No. 521, de 12 de junio de 2015*,* Guayaquil, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Resolución Nro. SCVS-INC-DNCDN-2020-0017, R*eformas al Reglamento para la recepción, sustanciación y trámite de denuncias: Registro Oficial No 330, de 16 de noviembre de 2020, Guayaquil, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Resolución No. SCVS-][NC-DNCDN-2020-0013,* Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo, del 1 de septiembre de 2020, Guayaquil, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Resolución No. SCVS-][NC-DNCDN-2019-0002,* Reglamento para la imposición y gradación de las sanciones a través del procedimiento administrativo sancionador en el ámbito societario, de 8 de enero de 2019, Guayaquil, Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: *Resolución No. SCVS-][NC-DNCDN-2018-0035,* Normas para la aplicación de la Ley orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad y equilibrio fiscal, de 6

de septiembre de 2018, Guayaquil, Ecuador.

- Corte Provincial de Justicia, Sede Ambato, No. Proceso 18334201705484, Actores Solis Sanchez Luis Marcelo, Solis Sánchez Sandra Jackeline y otros en contra de German Patricio Hermosa Mariño y María de Lourdes Broncano Zavala, Sentencia en lavado de activos. 2017, Ambato, Ecuador.

III.- Fuentes jurisprudenciales

III.1.-Internacionales

- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *Capitulo 8, Condena a las organizaciones y Mecanismos internos para prevenir, detectar y denunciar conductas delictivas, 1991,* Washington, Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *Telegram News paper Co. v. Common wealth,* que se condenó a la persona jurídica por desacato, *1899, Massachusetts,* Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *State v. Atching-son,* condena fue por injurias*, 1879, Tennessee,* Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *UnitedStates v. Alaska Packers´ Ass´n, 1 Alaska,* donde se condenó a la persona jurídica por pesca ilegal, *1901, Alaska,* Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: condena de una compañía ferroviaria y de dos de sus empleados por realizar prácticas prohibidas por la *Elkins Act* de 1903, New York, Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *United States v. Van Schaik, New York,* condena por homicidio imprudente: incendio de un barco de vapor, en el que murieron 900 pasajeros, *1904,*

New York, Estado Unidos.

- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *A Resource Guide tothe FCPA U.S Foreing Corrupt PracticesAct,* publicado por la *Criminal Division of the U.S Departament of Justice and the EnforcementDivision Of U.S Securities and Exchange Commission* indica un total de diez marcas distintas para determinar si un Programa de *Compliance* es eficaz, 2012, New York, Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *Guidance about procedures which relevant comercial organisations can putinto place toprevent persons associated with them frombribing (section 9 Of the Briberry Ac*t 2000), publicado por el *UK Ministery of Justice* desarrolla seis principios necesarios en los que se debe basar un programa eficaz, 2010, New York, Estado Unidos.
- Comisión de Sentencias de Los Estados Unidos: *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance,* publicado por el *OECD Council* indica un total de doce buenas prácticas para asegurar un Programa de *Compliance*, 2010, New York, Estado Unidos.
- Comité de ministros del Consejo de Europa: *Suscripción del convenio penal sobre la corrupción hecho en Estrasburgo* el 27 de enero de 1999, Praga, República Checa.
- Comité de ministros del Consejo de Europa: *Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio número 173 del Consejo de Europa), del 27 de enero de 1999, Boletín Oficial del Estado, número 182, de 28 de julio de 2010, Estrasburgo, Francia.

European Union Law, *Recomendación 2003/361/CE del 6 de mayo del 2003*, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/2003/361/oj. Consultado el 7 de noviembre del 2019.

IV. Otros instrumentos

- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1988, Viena, Austria.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, Mérida, México.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas*, *Guía práctica*, 2013, Viena, Austria.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok, Tailandia.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Convención de Palermo, Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, Palermo Italia.
- Unión Europea: Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, No. 98/733/JAI Acción común, de 21 de diciembre de 1998, Bruselas, Bélgica.
- Norma Une-Iso 19600, *Sistemas de gestión de Compliance,* 2015. Disponible en https://www.isotools.org/normas/riesgos-y-seguridad/iso-19600-compliance/. Consultado el 20 de mayo del 2020.
- Casa de Reresentantes: *Informe de la Cámara*, 95vo Congreso, 1ra sesión, No. 95-640, de 28 de septiembre de 1977, Washington, Estados Unidos.
- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: *Marco para el riesgo*

de mercado, 1996, Basilea, Suiza.

- Comité de Basilea De Supervisión Bancaria: *El cumplimiento y la función de cumplimiento en los bancos*, 2005, Basilea, Suiza.
- Grupo de Acción Financiera Internacional: *Recomendación No. 1 Evaluación de riesgo y aplicación de un enfoque basado en riesgo,* 1989, Paris, Francia.
- Grupo de Acción Financiera Internacional: *Recomendación No. 3 Lavado de activos*, 1989, Paris, Francia.
- Grupo de Acción Financiera Internacional: *Recomendación No. 24 Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas*, 1989, Paris, Francia.
- Grupo de Acción Financiera Internacional: *Recomendación No. 27 Facultades de supervisores*, 1989, Paris, Francia.
- Gafilat, Grupo de acción financiera de Latinoamérica: *Informe de prácticas y desafíos de los países de América Latina sobre los mecanismos de acopio de información básica y de beneficiarios finales*, 2020, Buenos Aires, Argentina.
- GAFILAT, Grupo de acción financiera de Latinoamérica: *Primer informe de análisis de amenazas regionales en materia de lavado de activos* 2015, Buenos Aires, Argentina.
- Gafilat, Grupo de acción financiera de Latinoamérica: Segunda actualización del informe de amenazas regionales en materia de lavado de activos 2017 - 2018, Buenos Aires, Argentina.
- Transparencia Internacional: Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción, 2009, Berlín, Alemania.
- El Programa de las Naciones Unidas Para El Desarrollo (PNUD): *Informe de Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2013 – 2014,* Nueva York, Estados Unidos.
- La Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL): *Informe de factores de riesgo de la inseguridad,* Quito, Ecuador.

La auditoría jurídica empresarial

Realiza un estudio sobre la delincuencia empresarial, y como se ha inmiscuido en la gestión administrativa utilizando la estructura societaria para el cometimiento de sus delitos, procurando otorgar legalidad a lo ilegal; y plantea una propuesta para su implementación fundamentada en la Teoría Atomista, que permite un control de cada acto al amparo de los que dispone el principio de legalidad.

Las sociedades no deben sentir orgullo del superávit logrado; más importante es demostrar que cada acto fue sujeto a la normativa vigente, sin perjudicar a persona alguna.



Rodney Eduardo Mejía Garcés, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Magister Ejecutivo en Dirección de Empresas, Magister en Derecho de los negocios y la empresa; y Doctor en ciencias jurídicas. Docente de las cátedras de Derecho I y Derecho II de la carrera de Finanzas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo.

Exasesor jurídico de empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras.

ISBN: 978-9942-801-34-0