

La responsabilidad penal sucesoria por incumplimientos de *compliance* en “fusiones & adquisiciones”

Rodolfo G. Papa¹

Palabras Clave: Fusiones y adquisiciones. Due diligence. Responsabilidad penal sucesoria. Compliance. Buena Fe.

SUMARIO:

-La vigencia de la ley 27401 ha creado, sin dudas, un nuevo riesgo ante la (posible) concertación de una reorganización societaria. Dicha legislación ha reconocido que la responsabilidad resultante por un incumplimiento o defecto de *compliance* que hubiera sido atribuido (en interés o beneficio) de la compañía target (en forma autónoma), y no hubiera sido ni detectado, reportado o denunciado, se trasladará a la entidad resultante o continuadora, máxime cuando esa transmisión parecería operar de manera automática y “a ciegas”.

-La interpretación jurisprudencial sobre el alcance del artículo 3 de la ley 27401, se encuentra todavía pendiente, y por obvias razones, despierta incertidumbre, puesto que podría sostenerse que ha reconocido un criterio objetivo (o “vicarial”) en la operatividad de tal transmisión, contrario a ciertos pilares del Derecho Penal, como la culpabilidad y la personalidad de la pena, entre otros.

1. Introducción. La vigencia de la ley 27401 incorporó la transmisión (o sucesión) de la responsabilidad penal en reorganizaciones y modificaciones societarias:

Entre las innovaciones que ha introducido la sanción de la ley 27401², además del reconocimiento de la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas privadas por la comisión de ciertos delitos contra la administración pública y el soborno transnacional³, se destaca el posible traslado o derivación de la responsabilidad penal que eventualmente podría habersele imputado a la compañía target de una operación de reorganización o modificación societaria, según el caso.

Esta problemática impacta en la estructuración de “fusiones & adquisiciones” locales, toda vez que, desde el 1/3/2018, la responsabilidad resultante por un incumplimiento o defecto de *compliance* que hubiera sido atribuida (en interés o beneficio) de la compañía target, y no hubiera

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires. Graduado con Diploma de Honor). Master of Laws (LL.M). Universidad de Warwick (Inglaterra). *British Chevening Scholarship*. Profesor de la Universidad de San Andrés. Autor de 7 libros publicados. Académico y conferencista internacional. Ha dictado cursos de capacitación presenciales sobre esta temática en Perú, Panamá y Colombia. Es director del curso internacional de entrenamiento y formación profesional “Estructura de un M&A Deal” (dictado por SIJUSA Panamá), por el que ha capacitado (desde el año 2020) a más de 400 abogados corporativos de 13 países de América Latina, y también, en beneficio de 3 firmas de abogados corporativos líderes en América Central.

² Entre los temas relevantes que a nivel “macro” ha introducido la ley 27401, destacamos los siguientes: abarca la comisión de ciertos delitos contra la Administración Pública y el soborno transnacional; brinda una completa definición de “funcionario público extranjero”; amplía la Jurisdicción Argentina en el juzgamiento del soborno transnacional realizado por ciudadanos Argentinos o personas jurídicas constituidas en nuestro país; puntualiza cuáles son las personas jurídicas alcanzadas; establece cuando se dispara la responsabilidad de una persona jurídica privada, sobre la base del principio de que la “persona jurídica siempre responde”; reconoce la “independencia de las acciones”; incorpora la “responsabilidad sucesoria o sucesiva” en los casos de transformación o modificación societaria; enuncia cuáles son los elementos básicos de un programa de integridad; y, admite la “multiplicidad de sanciones”. Papa, Rodolfo G. La interacción entre la nueva ley de responsabilidad penal empresarial (ley 27401) y el derecho privado. Publicado en “La nueva ley de responsabilidad penal de personas jurídicas y el *compliance*” (suplemento especial). Segunda Parte. ERREIUS. 2019. ³ El artículo 1 de la ley 27401 comprende bajo su ámbito de aplicación a los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; y, e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

sido ni detectada, reportada o denunciada, se trasladará a la entidad resultante o continuadora, máxime cuando esa transmisión parecería operar de manera automática o “a ciegas”.

Parecería, al menos para los abogados que nos dedicamos al asesoramiento en la negociación de este tipo de transacciones mercantiles, comúnmente conocidas por sus siglas en idioma inglés, como “M&A” (“merger & acquisitions”), que no solamente nos estamos enfrentando ante un nuevo riesgo o “contingencia” que podría calificarse como un “pasivo de corrupción”, y además, con consecuencias penales que podrían trasladarse a la entidad sucesora.

Esta problemática, ante lo novedoso de su tratamiento, y su prácticamente inexistente abordaje a nivel doctrinario y jurisprudencial, nos expone a posibles soluciones híbridas, que podrían no estar gobernadas exclusivamente ni por el Derecho Penal ni por el Derecho Societario, y en consecuencia, adoptar de manera superadora soluciones combinadas entre ambas áreas jurídicas.

La responsabilidad penal sucesoria o heredada, para la concertación de operaciones de reorganización o modificación societaria, bajo el ámbito de aplicación de la ley 27401, se encuentra específicamente regulada por su artículo 3.

Analizaremos su contenido, cuyo alcance -de por sí- nos despierta una serie de dudas.

De cualquier modo, su vigencia y futuro “test” de sustentabilidad, al amparo de la jurisprudencia, nos despierta varios cuestionamientos de los que no hemos podido encontrar respuestas.

A modo de introducción, el texto del artículo 3 de la ley 27401, que no deja de ser una respuesta de la legislación local anti-corrupción, a la problemática del traslado o derivación de la responsabilidad penal de una compañía target sujeta a una operación de M&A, nos abre muchos interrogantes, que entre los de mayor relevancia, enunciamos a continuación.

Una pregunta que podría ser la de mayor trascendencia en el estudio de este instituto, sería la de determinar si dicho traslado de responsabilidad penal, operaría automáticamente o “a ciegas”, aproximándose así a un sistema de responsabilidad vicarial u objetiva, el cual no solamente se encontraría en contradicción con la solución “mixta” de atribución de responsabilidad consagrada a nivel “macro” por dicha legislación, sino con el de la personalidad de la pena y el factor subjetivo de culpabilidad (como rectores en la aplicación de la ley penal), o alternatively, si permitiría, en caso de conflicto, alegar y probar la efectiva instrumentación de una labor de *due diligence* o debida diligencia, tendiente a evidenciar que se implementó una adecuada investigación o “examen adecuado a las circunstancias del caso” (tal como es definida por la nueva codificación unificada)³, sobre la situación patrimonial y los riesgos que administra (entre ellos, los inherentes al compliance), la compañía target.

Esta distinción no es menor, no solamente porque también la encontramos en el Derecho Comparado, sino también porque la “*defensa de due diligence*” había sido incluida expresamente en el Proyecto de Ley original (de la actual ley 27401) remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento (en el año 2016), el cual establecía que:

“...En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante salvo que se hubiesen adoptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad en los términos del artículo 23 inciso k) de la presente ley...”⁴.

Es dable recordar que el precitado texto no fue finalmente incluido bajo la legislación que estamos comentando. Ciertamente que, de no haber sido eliminado, hubiera posibilitado bloquear los efectos de una transmisión automática e inmediata de dicha responsabilidad.

³ “...Los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos...” (artículo 1053, inciso a), primera parte del Código Civil y Comercial de la Nación).

⁴ Texto completo del artículo 5 del proyecto de ley original remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional en el mes de octubre del año 2016.

Es así como, ante tal escenario, podría sostenerse que (ahora) nos enfrentamos ante uno de los riesgos de mayor peligrosidad durante la implementación de una labor de *due diligence* en una operación de fusión o adquisición de compañías regida exclusivamente por la legislación local, configurado por la comisión de alguno de los delitos tipificados por la ley 27401, imputados a la compañía target en su nombre, interés o beneficio, con antelación al cierre de la operación, y que, por

los comportamientos que hubieran sido adoptados por las partes durante el *due diligence*, no hubieran sido ni divulgados, reportados o detectados, según el caso.

Al ser una solución brindada por la “ley local”, no resultaría tampoco del todo claro qué tipo de operaciones de reorganización o modificación societaria comprendería.

En otras palabras, si solamente sobre fusiones o escisiones, en los que existe una transmisión universal del patrimonio de la compañía absorbida o escindida en favor de la continuadora, o en forma más amplia, abarcando los casos en los que se instrumenta una transferencia onerosa de un “paquete accionario de control”, existiendo en este caso, al menos inicialmente, una separación o independencia jurídica entre la compañía target y el nuevo accionista o socio controlante, respectivamente.

La traslación o sucesión de la responsabilidad penal, no solamente debería circunscribirse a temas penales sustantivos, vinculados directamente con la imposición de una sanción a la entidad continuadora de un proceso de reorganización societaria, sino que -además- debería comprender la sucesión procesal, ante el entendimiento que, independientemente del criterio objetivo o vicarial que hubiera adoptado (en este caso, nuestra legislación), la entidad continuadora debería ser pasible de investigación y juzgamiento por los hechos ilícitos que hubiera cometido la compañía target de una operación de M&A concertada, y así aquella no solamente podría ejercer su derecho de defensa, que le posibilitaría (al menos) atenuar la sanción que le hubiera correspondido recibir (en forma automática), sino también poder invocar las excepciones o defensas que le hubieran correspondido esgrimir (a la compañía target), o inclusive, desplegar la estrategia procesal más conveniente en protección a sus intereses.

También nos cuestionamos respecto a cuáles serían las sanciones elegibles que podrían ser aplicadas a la entidad continuadora, ante la comprobación de la comisión (por la compañía target) de alguno de los delitos comprendidos bajo la ley 27401.

Así, correspondería preguntarse si tendría que aplicarse el abanico de las sanciones contempladas por dicha norma, o bien, limitarse a determinadas penalidades (en esencia de fuente penal), como, por ejemplo, la multa o el decomiso.

Entendemos que su finalidad sería la de establecer una norma “anti-elusiva” de una sanción penal que, de otra forma, debería haber sido aplicada a una “compañía delincuente”, la cual, a través de una reorganización societaria “fraudulenta” o aparente, podría intentar eludir. Por lo cual, correspondería preguntarse si deberían excluirse de su ámbito de aplicación, aquellas operaciones que persiguen una finalidad lícita.

2. El artículo 3 de la ley 27401. ¿Cómo operaría la responsabilidad penal sucesoria en operaciones de M&A domésticas ante el prisma de dicha normativa?

El novedoso (y reformulado) texto de dicha norma, dispone lo siguiente:

“...Responsabilidad sucesiva. En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Subsiste la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos...”.

Varias reflexiones preliminares (y críticas), nos ha generado su lectura.

En primer lugar, reconocería claramente la supervivencia de la responsabilidad penal originada por el comportamiento imputable a la compañía target, aún cuando su personalidad jurídica

se hubiera extinguido como resultado de haber participado de una reorganización societaria (sea mediante la instrumentación de una fusión o bien, una escisión), la que se trasladará (o como dice literalmente el texto, se “transmite”), a la entidad resultante o continuadora.

Surge también expresamente, de su sola revisión, que tal transmisión operaría en forma automática y objetiva, no solamente omitiendo las consecuencias de una efectiva realización de una labor de debida diligencia o *due diligence* (o al menos que operase como un atenuante en la traslación del rigorismo de la sanción a ser aplicada), sino que tampoco reconoce (como lo hizo el modelo Español), la posibilidad de que el Juzgador pudiera morigerar la pena a ser impuesta a la entidad continuadora.

También nos genera incertidumbre el grado de amplitud respecto a cuáles formatos de transacción de M&A abarcaría.

En otras palabras, si solo se aplicaría a aquellas reorganizaciones societarias reguladas por la ley general de sociedades, o bien, comprendería aquellas transferencias de “paquetes accionarios de control” sobre entes locales, teniendo en cuenta que, bajo este último escenario, se mantiene jurídicamente la existencia -de manera independiente- de cada entidad que hubiera participado en su instrumentación. Nos referimos a la compañía target y la entidad compradora, respectivamente.

Una interpretación completa y consistente (bajo el alcance de la ley 27401) podría conducir a esta última interpretación, al comprobar que la norma penal ha incluido -a diferencia del texto Español- la expresión “...o cualquier otra modificación societaria...”, y en forma concordante, el punto VII de la segunda parte de su artículo 23, ha dispuesto:

“...La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas...”.

Tengamos en cuenta, además, en sustento a esta interpretación, que a pesar que la venta de una participación social controlante, no produce automáticamente la extinción de la personalidad jurídica de la compañía target, crea una relación de control interno de Derecho con su nuevo accionista o socio controlante, quien como resultado de su consumación, ejercerá el manejo de la gestión de los negocios sociales y el *management* de tal compañía, a través de la integración de su directorio, y por supuesto, mediante la adopción de las decisiones sociales asamblearias.

El aproximarnos a una interpretación tentativa de la primera parte del artículo 3 de la ley 27401 (cuya literalidad resulta similar al texto Español), nos conduce a citar una opinión doctrinaria que ha precisado su alcance. En tal sentido, se ha sostenido que la responsabilidad penal no se extingue, sino que se traslada a la sucesora. Asimismo, afirmó que el texto referido a la sucesión de la responsabilidad penal debería referirse únicamente a la fusión por absorción o escisión (toda vez que la mención a la “transformación” sería errónea, porque no es más que un cambio del tipo societario), ni tampoco sería correcta la inclusión del término “absorción” (de un patrimonio por otro), que es, además, una forma de fusión⁵.

El primer párrafo de esta norma, además de hacer referencia a operaciones de reorganización y modificación societaria, no ha incluido -recalcamos- causales exculpatorias en la transmisión de la responsabilidad penal de la compañía target a la entidad continuadora, que -además- resulta inconsistente con el sistema de atribución de responsabilidad penal “híbrido” adoptado por dicha legislación especial, en su artículo 2⁶.

⁵ “Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Alfaro, Jesús-Quintero, Gonzalo. Publicado en el portal “AlmacendeDerecho.org”, el 1/5/2021. Para acceder en forma completa a dicha opinión, se puede acceder a través del siguiente link: <https://almacendederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-laspersonas-juridicas>

⁶ Una postura doctrinaria ha afirmado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas asume una situación especial en la ley 27401, puesto que no es ni propiamente autónoma respecto de los sujetos involucrados, ni exclusivamente vicarial (se haría cargo de cualquier acto cometido por ellos). Yacobucci, Guillermo J. La empresa como sujeto de imputación penal. Publicado en el diario La Ley, de fecha 27/11/2017. Página 6.

Mientras que, en su segundo párrafo, parecería regular las reorganizaciones que podrían ser calificadas como “fraudulentas” o “aparentes”, que pudieran haberse instrumentado con una finalidad contraria a la ley, y así evitar que la compañía target fuera sancionada.

Parecería que el texto legal que analizamos, habría incorporado dos escenarios inconsistentes entre sí. Mientras que en el primer párrafo comprendería operaciones de reorganización y modificación societaria lícitas y reales, que son las que mayoritariamente prevalecen en la práctica de nuestro mercado, el segundo se concentraría en la evitación de transacciones aparentes o fraudulentas.

Entendemos también necesario esbozar -al menos preliminarmente- los pilares (aplicando la primera parte de dicha norma) respecto a cómo podría operar la aplicación del instituto de la traslación de la responsabilidad penal.

Al respecto, podría instrumentarse a través de un *iter*; por el cual, y en lo que respecta específicamente a la situación que -en materia penal- podría enfrentar la compañía target de una proyectada operación de M&A, se debería comprobar que esta última hubiera sido responsable penalmente (en forma autónoma) por la comisión de alguno de los delitos tipificados por la ley 27401, y una vez acreditado tal supuesto⁷, para que ese traslado fuera operativo, debería acreditarse que tal ilicitud cometida por dicho ente, hubiera sido temporalmente consumada con antelación a su fecha del cierre, y adicionalmente, no hubiera sido ni divulgada, denunciada o detectada preventivamente durante el *due diligence*, y en consecuencia, hubiera pervivido (ya sea por acción u omisión) durante la etapa post-cierre de la transacción.

Ahora bien, ante la imperiosa necesidad de encarar una labor de *compliance due diligence* concentrada en la detección de posibles riesgos o incumplimientos de compliance, ya sean causados por ilicitudes, irregularidades o vulnerabilidades, el artículo 3 debería ser -a pesar del criterio objetivo de traslación de responsabilidad que parecería haber sido adoptado-, interpretado y aplicado en forma concordante con la ya citada norma que regula la debida diligencia en procesos de reorganización societaria (artículo 23, segunda parte, punto VII)⁸.

En síntesis, la necesidad de implementar una labor específica de *compliance due diligence* en operaciones de M&A regidas por nuestro ordenamiento jurídico, se ha convertido en indispensable, con la finalidad de prevenir o detectar no solamente irregularidades o vulnerabilidades, sino inclusive, la comisión de posibles delitos, y a cuya denuncia o subsanación, según las particularidades del caso, las partes de la proyectada transacción podrían acordar una solución que condujera a su “cese” inmediato, lo cual además de posibilitar su concertación, evitaría padecer los efectos reputacionales adversos que se derivarían de su aparición, una vez consumada.

3. El “compliance due diligence”:

Ante esta temática de “última generación”, como es la de incorporar dentro de los riesgos transaccionales estructurales en una operación de M&A local, la (posible) traslación de la responsabilidad penal (de la compañía target) por la comisión de alguno de los delitos previstos por la ley 27401, se ha tornado -en nuestro entender- indispensable encarar una labor específica (e

⁷ Parecería preliminarmente que, a los fines procesales, en lo atinente a la operatividad del artículo 3 de la ley 27401, la carga de la prueba respecto a una posible imputación en el traslado o transmisión de la responsabilidad penal de la compañía target a la entidad continuadora, correspondería a aquel que la invocare, atendiendo esencialmente a las particularidades del proceso penal que se sustanciare, y a la modalidad en el ejercicio de la acción que lo hubiera iniciado.

⁸ Complementariamente, no podemos dejar de soslayar que dentro de los “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley 27401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, que (en forma específica) su punto 3.9 ha regulado la labor de debida diligencia en procesos de transformación societaria. Conforme a lo previsto por tales recomendaciones, entre las acciones que podrían desplegarse como parte de una labor de *compliance due diligence*, se enuncian (no taxativamente), las siguientes: verificación de cumplimiento anticorrupción por parte de la compañía target; implementación de políticas anticorrupción tanto del comprador como de la compañía target (y una adecuada conciliación de los programas existentes entre una y otra), capacitación en tales políticas a directores e integrantes de la compañía target, y, una auditoría post-cierre.

interdisciplinaria) de *compliance due diligence*, cuya instrumentación resulte adecuada a sus particularidades, y se sume a la investigación que tradicionalmente, y sujeta a prácticas estandarizadas, se desarrolla como parte de la dinámica evolutiva en la formación del consentimiento contractual.

Ante este nuevo desafío que las partes contratantes y sus asesores legales y contables enfrentan en la actualidad, aproximarnos a su alcance, y consecuencias, nos despierta una serie de interrogantes, que intentaremos responder.

En primer lugar, deberíamos puntualizar cuál sería la extensión de una labor de *compliance due diligence*, y si esta investigación profesional concentrada en la detección preventiva de riesgos y vulnerabilidades de *compliance* tendría (o no) que ser implementada de manera autónoma e independiente al *due diligence* “macro” en el marco de la negociación de la transacción.

No encontramos (ni tampoco existe) una respuesta unívoca a tal pregunta, la que dependerá del nivel de complejidad (y al mismo tiempo) “robustez”, que hubiera evidenciado la compañía target en el diseño e implementación de sus políticas y procedimientos internos en materia de *compliance*.

El *compliance due diligence*, como una de las “áreas” jurídico-regulatoria y también contable a transitar, como parte del devenir de las negociaciones de los términos esenciales de la proyectada operación, debería materializarse como una herramienta de detección preventiva de riesgos, cuya intensidad difiere -en lo sustancial- de otras labores profesionales (tanto jurídicas como contables) que podrían adoptarse.

Nos referimos puntualmente a una “auditoría de estados contables”, o bien, un “encargo para aplicar procedimientos acordados con el cliente”⁹, o bien, a una investigación interna, y también, a una labor de debida diligencia enfocada sobre la trayectoria e integridad de ciertos “terceros” (socios de negocios e intermediarios), respectivamente.

Si bien las precitadas categorías de trabajos o encargos profesionales poseen ciertas características en común, básicamente la detección de riesgos e incumplimientos a las normas legales y convencionales que resultaren aplicables a los negocios sociales de la compañía target, a su vez, poseen características distintivas frente a una labor interdisciplinaria de *compliance due diligence*, como parte de la dinámica evolutiva de una operación de M&A.

Por otro lado, correspondería también que describamos sobre cuáles aspectos debería concentrarse esta labor de *compliance due diligence*.

En principio, conforme lo ha señalado la doctrina especializada en *compliance* penal, esta investigación debería ser implementada tanto en forma previa como posterior al efectivo cierre de la transacción. Además, requiere desarrollar una investigación exhaustiva que pudiera razonablemente determinar si con antelación a su perfeccionamiento, la compañía target hubiera participado de la comisión de algún delito que pudiese disparar en el futuro responsabilidad penal, con independencia de si el hecho estuviera siendo investigado por la Justicia. Asimismo, tales medidas de comprobación deberían identificar los riesgos concretos de corrupción a los que estuviera expuesta, y las medidas de *compliance* con las que contare¹⁰.

La implementación de una labor de identificación preventiva de riesgos en *compliance*, debería ser abarcativa de una serie de temas sustantivos que, como parte de la administración del giro de los negocios sociales de una compañía target, su eventual inobservancia (a pesar de que no

⁹ En una “auditoría de estados contables” de la empresa objetivo, el contador público deberá obtener los elementos de juicio válidos y suficientes que le permitan emitir su opinión o abstenerse de ella sobre los estados contables bajo examen. Mientras que, en un “encargo para aplicar procedimientos acordados con el cliente”, el contador público lleva a cabo procedimientos previamente definidos con terceras partes y el ente respecto de información contable o no de una entidad en la que se desarrollarán dichos procedimientos y que luego informe sus hallazgos. Los procedimientos en cuestión son de una naturaleza de auditoría, pero no consisten en una auditoría de estados contables. “Due Diligence para abogados y contadores”. Eguía, José L-Papa, Rodolfo G. Segunda edición. 2017. Errepar. Capítulo 13. Páginas 440/442.

¹⁰ “Sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la ley 27.401. Alcances, problemas y desafíos desde la perspectiva del *compliance* y el derecho penal”. Montiel, Juan Pablo. Publicado en: DPyC 2020 (julio).

necesariamente quedaren comprendidos bajo el ámbito de aplicación de la ley 27401), no debería quedar fuera de su implementación, puesto que podrían impactar adversamente (no solamente a nivel patrimonial, sino también reputacional) sobre la entidad continuadora o resultante, una vez que se hubiera concertado.

En tal sentido, como parte de la estrategia de investigación a desplegar durante el *compliance due diligence*, correspondería diseñar un “mapa de riesgos” a medida de las características de una compañía target, que comprenda aquellos temas jurídicos y regulatorios sustantivos que pudieran impactar sobre la proyectada transacción (y el negocio explotado por la compañía target), entre los que podríamos enunciar (no taxativamente) los siguientes: Defensa de la Competencia (que analice si la transacción se tipificare como un “evento de concentración económica” -bajo la ley 27442- o bien afectare el “mercado relevante” en el que desarrolle sus operaciones); normas cambiarias y de comercio exterior; prevención de actividades ilícitas provenientes del lavado de dinero y financiación del terrorismo; denuncias por “acoso laboral” a nivel interno; infracciones a la legislación penal tributaria; protección de la privacidad de datos personales; veracidad en sus registraciones contables; observancia de las normas de seguridad e higiene laboral (máxime ante la crisis pandémica que

transitamos); protección de los derechos del consumidor; y, celebración de transacciones con “partes restringidas”, entre los relevantes).

A nivel de la legislación comparada, recientemente bajo la FCPA, se ha adoptado una guía de recomendaciones o lineamientos, elaborada en base a preguntas, tendientes a evaluar la efectividad de un programa de cumplimiento, concentrado en diversas áreas estratégicas de las organizaciones (incluyendo la concertación de operaciones de M&A).

En tal sentido, puntualizamos las siguientes: ¿Pudo la compañía adquirente cumplir con su labor de debida diligencia en forma previa al cierre?, en caso negativo, ¿Cuál ha sido la razón de no haber podido realizarla?, ¿Ha sido identificada la comisión de una actividad ilícita, o el riesgo para cometer un delito durante su labor de *due diligence*?, ¿Quién tuvo a cargo la revisión de riesgos sobre la entidad adquirida/fusionada y cómo fue instrumentada?, ¿Cómo ha sido formalizado el proceso a cargo de la compañía target para remediar aquellas conductas delictuales o bien los riesgos generados para facilitar su posible comisión, que hubieran sido detectados durante el *due diligence*?, ¿Cómo ha sido llevada a cabo la implementación de las políticas y procedimientos internos de compliance sobre la entidad adquirida o fusionada, y la realización de una auditoría post-compra sobre aquella?, y, ¿Cómo ha sido la función de “compliance” integrada durante la operación de fusión o compra, y durante la etapa de fusión de sus operaciones?¹¹.

En forma complementaria, entre las preguntas que, a nivel genérico, los abogados corporativos que participamos en la construcción de este tipo de transacciones deberíamos plantear, como parte inclusive del contenido de un cuestionario o “*checklist*” de *due diligence*, máxime desde la perspectiva del comprador o entidad absorbente, según el caso, las siguientes: ¿Desarrolla la compañía target sus negocios en una industria de “alto riesgo”?; ¿Realiza la compañía target negocios en una jurisdicción de “alto riesgo”?; ¿Posee la compañía target intermediarios, subsidiarias u otros puntos de contacto con funcionarios públicos locales o extranjeros (o personas expuestas políticamente)?; ¿Ha confiado la compañía target en la utilización de “terceros intermediarios” para vender sus productos o bien interactuar con funcionarios públicos?; ¿Resultaría factible fácilmente identificar los “terceros” que poseen relaciones jurídicas con la compañía target, en los registros contables y controles internos de esta última?; y, ¿Confía la compañía target en la realización de regalos, incluyendo viajes, como también donaciones a partidos políticos, como parte de su estrategia de ventas y marketing? (entre otras)¹².

¹¹ Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). Evaluation of Corporate Compliance Programs (Febrero 2017/última actualización en Setiembre 2024) (Punto F). Al texto completo de dicho documento se puede acceder a través del siguiente link: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501/dl?inline=>

¹² Además de las incluidas en el texto principal, podríamos enunciar las siguientes: ¿Es eficaz y sustentable el programa de integridad de la compañía target y su cultura de cumplimiento, comprendiendo la instrumentación de la regla del “*tone at the top*”? ¿Si la compañía

Una parte estructuralmente de relevancia de una labor de *compliance due diligence* en el contexto de una operación de M&A, es la que dicha investigación jurídico-contable no solamente debería circunscribirse a la situación legal de la compañía target en sí misma, como sujeto de Derecho autónomo (y con personalidad jurídica propia), sino que, puesto que -a título ejemplificativo- el pago de sobornos (en su interés o beneficio) en la gran mayoría de los casos, se materializa a través de la actuación de ciertos “terceros” (como podrían ser los casos de: agentes, despachantes de aduana, profesionales externos, distribuidores, socios de negocios, intermediarios, entre otros), dicha investigación debería extenderse al relevamiento del nivel de integridad y trayectoria de ciertos “terceros relevantes”, que podrían incluir entre sus integrantes a “personas expuestas políticamente”, o que tuvieran vínculos de parentesco con funcionarios públicos locales o extranjeros, como también presentaren evidencias de haber participado en posibles prácticas corruptas en el pasado.

Entendemos que, a los fines de poder instrumentar una labor de *compliance due diligence* de manera completa e integral en el devenir de una operación de M&A, debería ser realizado de

manera continua, a través de su tránsito por las tres etapas que, a nivel genérico, incluye la formación de su consentimiento contractual, estas son: la precontractual, la contractual y la post-contractual, respectivamente.

No podemos dejar de puntualizar que un incumplimiento de compliance que hubiera estallado durante la etapa post-cierre, máxime en los casos en que no hubiera sido identificado o informado previamente durante el *due diligence*, serían -en esencia- los más peligrosos, y de consecuencias perjudiciales más significativas, no solamente de fuente estrictamente patrimonial, sino a nivel reputacional, que se materializarían sobre el valor de la compañía target, más aún desde la posición del nuevo accionista o socio controlante.

Ante la eventual ocurrencia del precitado escenario, correspondería preguntarnos cuál sería el curso de acción a adoptar ante tales hallazgos, ya sea, a los fines de su subsanación, o inclusive, frente a una situación extrema en la que se determinare la necesidad de su denuncia o reporte ante la autoridad administrativa o judicial competente.

Debería tenerse en cuenta que, ante la potencial aplicación de la legislación penal como resultado de un incumplimiento de compliance que tuviera lugar bajo el ámbito de la ley 27401, todo aquello que hubiera sido contractualmente pactado por las partes, sería en principio inoponible ante el *imperium* de un tribunal que resultare competente, por lo cual, requeriría la adopción de otras medidas y recaudos que excederían las soluciones que hubieran contemplado convencionalmente sus partes.

En tal sentido, la aparición de un incumplimiento de compliance durante el post-cierre, e inclusive con antelación, por ejemplo, durante el tránsito entre la firma y el cierre, podría conducir al inicio de una investigación interna, cuyo manejo podría estar administrado por un equipo de profesionales independiente externo (que fuera a tales fines contratado), tendiente a deslindar responsabilidades.

El principio general que las partes de una transacción de M&A deberían observar, ante la aparición de una irregularidad, vulnerabilidad o ilicitud -en esencia- de “compliance”, en cualquiera de las citadas etapas a través de las que transcurre la dinámica de su negociación, se sustenta en la adopción de acciones, medidas o recaudos, tendientes a hacerlas cesar de manera inmediata, ante su aparición o hallazgo, según el caso.

4. Conclusiones:

target no contare con un programa de integridad anticorrupción, qué nivel de veracidad poseen sus controles contables y procesos de negocio? ¿Qué nivel de cooperación ha evidenciado la compañía target durante la dinámica del *due diligence* legal y contabletributario? ¿Se encuentra la compañía target sometida a algún tipo de investigación interna o bien alguna investigación abierta ante alguna autoridad judicial o administrativa competente?; y, ¿Ha realizado la compañía target negocios en algún país sujeto a sanciones de los Estados Unidos o con personas incluidas en alguna lista (OFAC) de “personas bloqueadas” para celebrar negocios por dicho gobierno?.

-El test basado en la interpretación jurisprudencial sobre el alcance del artículo 3 de la ley 27401, ante la posibilidad del reconocimiento de la traslación (a la entidad continuadora o resultante) de la responsabilidad penal atribuible a la compañía target en un proceso de reorganización o modificación societaria, se encuentra todavía pendiente, y por obvias razones, genera incertidumbre, puesto que podría sostenerse que ha reconocido un criterio objetivo en la operatividad de tal transmisión, que además resultaría inconsistente con el sistema de atribución de responsabilidad “macro” adoptado por dicha normativa, que adhirió parcialmente al sistema basado en el “déficit de la organización”;

-Entendemos que, a pesar de la literalidad de lo dispuesto por el artículo 3 de nuestra legislación, no resultaría en principio razonable el reconocimiento de la transmisión “a ciegas” de la responsabilidad penal de la compañía target (a la sucesora), por la comisión de alguno de los delitos previstos por tal normativa, sin al menos conferirle a esta última la posibilidad de alegar y acreditar la efectiva instrumentación de una labor de *compliance due diligence* razonable y adecuada a las características distintivas de la compañía target de la transacción;

-A partir de la vigencia de la ley 27401, la necesidad de implementar una labor interdisciplinaria de *compliance due diligence* (a cargo de abogados y contadores), como parte de la agenda de riesgos estructurales que podrían impactar en la concertación de una transacción de M&A local, se ha tornado en determinante, puesto que los incumplimientos o hallazgos que podrían derivarse de esta área de investigación, exceden el contenido del *pacta sunt servanda*, ante la imperatividad del ejercicio de la jurisdicción penal, en casos de conflicto por la falta de detección o denuncia de ilicitudes, según el caso; y,

-Frente a tal escenario, estarían coexistiendo la aplicación de dos o más legislaciones nacionales, y además, la superposición de jurisdicciones con competencia para su investigación y juzgamiento, en atención a que en este tipo de delitos corporativos transnacionales, no resultaría de aplicación la regla conocida como el “*non bis in idem*”, lo cual, en definitiva, denota su complejidad, e impone -reiteramos- la adopción de una labor de *compliance due diligence* tendiente a su prevención¹³.

¹³ Al respecto, la doctrina ha señalado que, dado que aún no existe una protección internacional contra el principio *ne bis in idem*, ni se encuentra razonablemente desarrollado en casos de corrupción transnacional, un hecho reputado ilegal en los términos de la FCPA no excluiría la posibilidad de aplicar la ley y jurisdicción locales ni la correspondiente a la de otros Estados ante un caso multinacional concreto. En este sentido, la convención OCDE procura instar a los Estados Parte a que coordinen sus investigaciones en el supuesto de que más de uno esté investigando el mismo hecho (artículo 4.4). Es indispensable en este punto clarificar los eventuales conflictos jurisdiccionales suscitados entre Estados que detentan una tradición jurídica diferente. Jorge, Guillermo. “¿Puede el sector privado contribuir a mejorar la transparencia en los negocios? Los programas de cumplimiento en Argentina”. Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés (2012).
