

TÍTULO:	LA RESPONSABILIDAD PENAL SUCESORIA POR INCUMPLIMIENTOS DE COMPLIANCE EN OPERACIONES DE M&A
AUTOR/ES:	Papa, Rodolfo G.
PUBLICACIÓN:	Erreius on line
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Julio
AÑO:	2021
CITA DIGITAL:	IUSDC3288419A

RODOLFO G. PAPA⁽¹⁾

LA RESPONSABILIDAD PENAL SUCESORIA POR INCUMPLIMIENTOS DE COMPLIANCE EN OPERACIONES DE M&A⁽²⁾

I - PRESENTACIÓN DEL TEMA. LA VIGENCIA DE LA LEY 27401 INCORPORÓ LA TRANSMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA COMPAÑÍA TARGET EN REORGANIZACIONES Y MODIFICACIONES SOCIETARIAS

Entre las innovaciones que ha introducido la sanción de la ley 27401⁽³⁾, 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 transnacional⁽⁴⁾, 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 no solamente impacta sobre la autorregulación convencional que han tenido que encarar los entes ideales a los fines de diseñar e implementar políticas y procedimientos internos de integridad adecuados y "a medida" de sus necesidades, sino también en la estructuración de operaciones de "fusiones & adquisiciones", toda vez que, en definitiva, 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 sido ni detectado, reportado o denunciado, como parte de la negociación contractual entre sus partes protagónicas, se trasladará a la entidad resultante o continuadora, máxime cuando esa transmisión parecería operar de manera automática o "a ciegas", con el consiguiente impacto que implicaría para esta última entidad, cristalizada en una pérdida del valor de la inversión realizada, y que, además, afectaría la gestión reputacional del negocio (y de la marca en juego).

Parecería, al menos para los abogados corporativos 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", generado por la administración de los negocios sociales de la compañía target, y además, con consecuencias penales que podrían trasladarse a la entidad continuadora o adquirente, según el caso.

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, debiendo recurrir -para su análisis- al Derecho Comparado, y cuyas conclusiones también compartiremos.

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 abren 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 alternativamente, 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)⁽⁵⁾, 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..."⁽⁶⁾

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.

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.

Del alcance de nuestra normativa (a diferencia del texto Español), parecería haber sido más flexible, no adhiriendo -en principio- a un sistema de "*numerus clausus*".

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.

Finalmente y en lo que respecta a la construcción de sus previsiones contractuales, en los que tradicionalmente ha prevalecido el ejercicio de la autonomía de la voluntad o *pacta sunt servanda*, la irrupción de este novedoso riesgo transaccional, basado en un defecto o incumplimiento del *compliance* de fuente penal (bajo el ámbito de la aplicación de la ley 27401), claramente transgrede la observancia de la solución que aquellas hubieran acordado convencionalmente, puesto que en tal caso, se impondrá sobre las partes contratantes, el *imperium* del Juez Penal competente, quien aplicará en forma imperativa la normativa aplicable.

II - 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, aun 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 pueda 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 fusión.⁽⁷⁾

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 2.⁽⁸⁾

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 presupuesto⁽⁹⁾, 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 (art. 23, segunda parte, punto VII).⁽¹⁰⁾

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.

III - LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA EN EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL SUCESORIA EN OPERACIONES DE M&A

No podemos dejar de compartir cuál ha sido la evolución en el tratamiento de la responsabilidad penal sucesoria en operaciones de M&A, en la legislación y jurisprudencia comparada.

Si bien, como hemos advertido, la regulación de esta temática es, esencialmente, un tema de la legislación local que resultare aplicable, correspondería que explicitemos, al menos globalmente, cuáles han sido los modelos desarrollados por el Derecho Comparado. También haremos referencia a los *leading cases* que se han dictado recientemente.

En la legislación comparada, y en especial en Iberoamérica, se han posicionado dos sistemas contrapuestos en el tratamiento de esta cuestión.

Por un lado, el que ha sido contemplado por el Derecho Español, que en el artículo 130 (2) de su Código Penal (que parecería haber tenido una influencia relevante en el contenido del art. 3 de la L. 27401), que habría consagrado (al menos en teoría, puesto que ha sido objetado por un fallo que citamos a continuación) un sistema de traslación o derivación de responsabilidad objetiva, al disponer:

"...La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos..."

En contraposición, el otro formato de regulación ha reconocido la posibilidad de invocar la efectiva instrumentación de una labor de debida diligencia o *due diligence*, como una herramienta o mecanismo de bloqueo de tal traslación de la responsabilidad penal (que había sido contemplado en el proyecto originario de la actual ley 27401), ha sido la solución adoptada por el Derecho Peruano, que ha establecido lo siguiente:

"...En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1..."⁽¹¹⁾

Es dable destacar que, en algunas otras legislaciones locales anti-corrupción sancionadas durante los últimos años en América Latina⁽¹²⁾, no se habría sancionado una solución legislativa que contemplara la posibilidad de invocar la debida diligencia o *due diligence* como mecanismo de defensa en favor de la entidad continuadora o resultante de una operación de reorganización societaria, frente al riesgo de aplicar dicha transmisión o traslado.

Por otra parte, bajo el ámbito de aplicación de la legislación Americana anti-corrupción, precursora en el abordaje de esta temática (la "*Foreign Corrupt Practice Act*", también conocida por sus siglas "FCPA"), el traslado o sucesión de la responsabilidad penal por prácticas corruptas se consuma en los casos en que se perpetrare por la compañía target, directamente o a través de terceros, un comportamiento infractorio a dicha

legislación, durante la etapa previa al perfeccionamiento de una operación de M&A, y se hubiera fallado en la adopción de las medidas tendientes a hacer cesar dicho obrar, que en definitiva, continuare cometiéndose durante la etapa post-cierre.⁽¹³⁾

En lo que respecta a la emisión de ciertos *leading cases* que hemos identificado como particularmente relevantes para colaborar con nuestro análisis, y cuya *ratio* entendemos que debería ser compartida para su conocimiento por quienes se desempeñan profesionalmente en labores de *compliance*, puntualizaremos los siguientes.

Bajo el Derecho Español, la Audiencia Nacional (Sala Penal)⁽¹⁴⁾ resolvió a través del dictado de una sentencia interlocutoria, dejar sin efecto el llamamiento en calidad de investigada de la entidad absorbente (en una fusión por absorción), puesto que *prima facie* no existía evidencia que indicare su participación en los hechos objeto de tal investigación. Esta decisión jurisprudencial limitó el alcance de la aplicación del precitado artículo 130 (2) del Código Penal, a tenor de la siguiente argumentación.

Dicho tribunal dictaminante sostuvo que no se podía trasladar sin más a aquella los posibles defectos de organización de la absorbida ante la inexistencia de una cultura de cumplimiento de las normas susceptibles de reproche penal porque de ser así, se estaría produciendo una vulneración de los principios de la personalidad de la pena y de la culpabilidad, ya que se estaría responsabilizando a aquel por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa ni culposa había tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad que rige a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es dable señalar que, si bien el tribunal reconoció la inexistencia de una excusa absoluta para la entidad absorbente, por la responsabilidad penal en la que hubiera podido incurrir la absorbida, era necesario llevar a cabo una interpretación del precepto que resultare consistente con la normativa constitucional y los principios básicos del Derecho Penal.⁽¹⁵⁾

En Francia, la Sala Penal de la Cámara de Casación reconoció recientemente que una sociedad puede ser responsable penalmente por los hechos constitutivos de delitos que hubiera cometido previamente otra compañía que había adquirido a través de una fusión por absorción. Es dable aclarar que, en este precedente, se admitió la transmisión de la responsabilidad penal de la entidad absorbida hacia la absorbente por la comisión por aquella del delito de destrucción involuntaria de bienes ajenos causados por un incendio, habiendo incumplido una obligación de seguridad, dejando así abierta la posibilidad de que sea trasladable la responsabilidad penal resultante de una "práctica corrupta".⁽¹⁶⁾

El fallo del tribunal Francés, sostuvo que la disolución de la entidad absorbida como resultado de la fusión operada, no producía su liquidación, puesto que su patrimonio se transfería universalmente a la entidad absorbente, lo que además se evidenciaba en la existencia de una continuidad económica y funcional entre la absorbida y la adquirente, lo que tornaba inaplicable el argumento de que se había infringido el principio de la personalidad de la pena.

De cualquier modo, y como de *lege ferenda*, dicho precedente ha sentado los siguientes principios interpretativos, que entendemos podrían ser de utilidad ante posibles judicializaciones de este tipo de conflictos: (i) la entidad absorbente podría oponer todas las defensas que hubieran estado disponibles en beneficio de la compañía target/absorbida; (ii) la única sanción penal que puede ser impuesta sobre la compañía absorbente, es o bien la multa, o el decomiso (excluyendo la aplicación de otras sanciones previstas para las personas jurídicas bajo el Derecho Francés); y, (iii) en el supuesto que la finalidad de una fusión fuera el de evitar o evadir la responsabilidad penal, los tribunales podrán siempre aplicar todas las sanciones penales disponibles sobre la entidad adquirente/absorbente, con prescindencia tanto de la fecha de la fusión, como del tipo societario de las compañías afectadas.

Finalmente, y con antelación a la vigencia de la ley 27401, se reportó voluntariamente ante una de las autoridades regulatorias de la FCPA, la SEC (la *Securities and Exchange Commission*, el equivalente en nuestro país a la Comisión Nacional de Valores), por parte de Ball, una compañía Americana líder mundial en la producción de envases metálicos para bebidas, alimentos y artículos para el hogar, y cotizante de sus acciones en el mercado bursátil de los Estados Unidos, la operatoria que describimos a continuación.

En el mes de marzo del año 2006, Ball adquirió una participación social controlante sobre una compañía Argentina, Formametal SA. Entre los meses de julio del año 2006 a octubre del año 2007, Ball, a través de su subsidiaria Argentina, reconoció haber pagado al menos 10 sobornos a funcionarios públicos domésticos, para asegurar la importación de maquinarias (de uso prohibido), y la exportación de materias primas a un arancel reducido.⁽¹⁷⁾

Es dable destacar que, como criterio atributivo determinante en la atribución de responsabilidad sucesoria bajo el ámbito de aplicación de la FCPA Ball había expresamente reconocido como fundamento en su autodenuncia ante la SEC, que con posterioridad a la adquisición del control accionario sobre Formametal, había tomado conocimiento que empleados de esta última entidad, realizaron pagos ilegales y causado incumplimientos de *compliance* con antelación a la fecha en que la transacción se había perfeccionado. Por lo cual, Ball reconoció haber fallado en la adopción de medidas y acciones suficientes para garantizar que tales acciones no hubieran sido cometidas por su subsidiaria local, luego de que asumiera el control interno de Derecho sobre aquella.

Cabría preguntarse -al menos hipotéticamente- cuál sería la reacción de parte de un tribunal doméstico (ante la actual vigencia de la ley 27401), en el supuesto de que se hubiera producido un caso con características sustancialmente similares al comentado, respecto a la situación jurídica (y procesal) de la compañía Americana. En otras palabras, ¿Ball sería penalmente responsable -bajo la ley 27401 y ante la Justicia local- por los delitos cometidos en beneficio de Formametal?

IV - 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 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"⁽¹⁸⁾, 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 contare.⁽¹⁹⁾

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 necesariamente quedaren comprendidos bajo el ámbito de aplicación de la L. 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 L. 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?⁽²⁰⁾

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).⁽²¹⁾

En la práctica, y ante la circunstancia de que no existen estándares o prácticas uniformes que regulen normativamente este tipo de labores en la negociación de la compraventa de un paquete accionario de control, el cual sigue siendo innominado o atípico bajo el actual Código Civil y Comercial de la Nación, podríamos anticipar ciertas hipótesis de conflicto, que no tienen una respuesta concreta, y su materialización en la realidad, dependerá del grado de divulgación (y buena fe) de información relevante que hubiera provisto el vendedor, en conjunción con el nivel de intensidad y diligencia en el examen que debería haber encarado el posible comprador, tendiente a "conocer lo que adquiere", que debería alcanzar un estándar de razonabilidad (aunque no de perfección).

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.

V - CONCLUSIONES

- 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";
- Dicha crítica sobre la traslación de la responsabilidad penal sin la posibilidad de invocar causas exculpatorias en favor de la entidad continuadora (como la acreditación de haber implementado una labor de *compliance due diligence*), se ha evidenciado en el Derecho Español (aunque (hasta el presente) mediante el dictado de una sentencia no definitiva);
- Al respecto, una opinión doctrinaria española sostuvo que solo se trasladaría a la entidad absorbente la responsabilidad penal de la absorbida cuando aquella no hubiera prestado el debido cuidado en la absorción, realizando un análisis de indicios que pudieran revelar que la absorbida estaba o podía llegar a estar imputada (*due diligence*), puesto que en tal caso ya cabría hallar la existencia de responsabilidad subjetiva de parte de la entidad absorbente⁽²²⁾;
- 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;
- Nos parecería también como de *lege ferenda* en el abordaje de esta problemática, que debería adoptarse una solución legislativa superadora, pudiendo a dichos fines replicar el modelo Italiano, que ha regulado en forma separada cada formato de "reorganización societaria", imponiendo soluciones particulares, en lo que respecta a la determinación del criterio a seguir en la aplicación de sanciones⁽²³⁾;
- 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;
- Finalmente, otro desafío resultante de la celebración de operaciones de M&A domésticas, en las que participen inversores extranjeros (específicamente aquellos sujetos a las disposiciones de la FCPA), es el de que (como hemos puntualizado en el precedente "Ball"), al resultar (esta última) aplicable extraterritorialmente a la comisión de prácticas corruptas (p. ej: pago de sobornos) que hubieran sido consumadas en el país, pudiendo trasladarse la responsabilidad penal de la compañía target al nuevo accionista o socio controlante, en el supuesto en que este último hubiera "heredado" y no hubiera adoptado medidas o acciones tendientes a hacerlas cesar en forma inmediata (una vez que hubieran sido conocidas);
- 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 prevención.⁽²⁴⁾

Notas:

(1) Abogado (UBA - Diploma de Honor). Master of Laws (LL.M) (Universidad de Warwick - Inglaterra). En su práctica profesional, se especializa en la estructuración de operaciones de M&A y Corporate Compliance. Co-autor de la obra: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas por actos de corrupción. Su tratamiento en el Derecho Argentino y comparado" - 1ª edición - 2019 - ERREIUS (disponible tanto en formato impreso como de e-book)

(2) Sobre la base de la presentación realizada por el autor (en forma remota), el 30/5/2021, como expositor durante el I Congreso Internacional de Derecho Penal Económico ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el compliance"), organizado por la Universidad Nacional De Tumbes (Perú)

(3) 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 empresaria (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

(4) 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

(5) "...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 aquellos..." [art. 1053, inc. a), primera parte, CCyCo.]

(6) 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

(7) "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-las-personas-juridicas>

(8) 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 LL - 27/11/2017 - pág. 6

(9) 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

(10) 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

(11) DL 1352 (modificatorio de la L. 30424) (art. 2, último párr.)

(12) Citamos (no taxativamente) los casos de Chile: L. 20393 (modificada por L. 21121) (art. 18), Colombia: L. 1778 (art. 6); Ecuador: art. 49 del Código Penal Integral

(13) DOJ/SEC Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act (noviembre 2012/actualizada en junio 2020). Guía conjunta emitida por el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores de los Estados Unidos, sobre la interpretación de la FCPA

(14) Audiencia Nacional. Sala Penal. Sección 4. Auto 246/2019. 30/4/2019. Rec. 230/2019. Extinción de la responsabilidad penal del Banco Santander tras su fusión con el Banco Popular. Sucesión procesal por absorción de sociedades. Inexistente responsabilidad penal del Banco Santander tras absorber al Banco Popular.

Extinción de su personalidad jurídica tras la absorción. Se deja sin efecto el llamamiento en calidad de investigado a la entidad Banco Santander, manteniéndose su legitimación como responsable civil. No se puede trasladar al Banco Santander la eventual responsabilidad penal del antiguo Banco Popular Español, por impedirlo los principios de personalidad de las penas de culpabilidad, al extinguirse su responsabilidad penal como entidad, sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil derivada del delito. No existe dato alguno que indique una participación si quiera indiciaria del Banco de Santander en los hechos objeto de investigación

(15) En primera instancia, se había seguido un criterio contrario al adoptado por la Audiencia Nacional. Así, el Juzgado de Instrucción interviniente en dichas actuaciones, interpretó que el primer párrafo del artículo 130 (2) del Código Penal Español, prescindió de cualquier calificativo, y se limitó a decir en forma imperativa que en esos supuestos se operaba la transferencia de la responsabilidad penal. Por lo cual, y siguiendo la *ratio* del pronunciamiento luego revocado en la alzada, la Instrucción estimó necesario que debía analizarse el apartado de riesgos legales contemplado en el proyecto de fusión, con especial fundamento en los de naturaleza penal, y tras ello, ponderar la posible culpabilidad de la entidad absorbente.

(16) C. Cass., Crim., November 25, 2020, no. 18-86955. Puede accederse al texto completo de esta sentencia, a través del siguiente link: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/2333_25_45981.html

(17) Se puede acceder al texto completo de la auto-denuncia realizada por Ball ante la SEC, que tuvo lugar en el año 2011, a través del siguiente link: <http://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-64123.pdf>

(18) 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. y Papa, Rodolfo G. - 2ª ed. - 2017 - Errepar - Capítulo 13 - págs. 440/442

(19) "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)

(20) Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ). Evaluation of Corporate Compliance Programs (febrero 2017/actualizada en junio 2020) (punto F)

(21) 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 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 contable-tributario? ¿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?

(22) Opinión de Ortiz de Urbina Iñigo, citada por el auto de diligencias previas dictado por el Juzgado Central de Instrucción 4, de la ciudad de Madrid, en fecha 20/3/2019 (pág. 8), en el caso de la fusión Banco Santander-Banco Popular, luego revocado por la Audiencia Nacional, citado previamente

(23) El decreto legislativo 231, del año 2001, que reguló en el Derecho Italiano la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, ha legislado separadamente los casos de fusión (artículo 29); escisión (artículo 30); imposición de sanciones en los casos de fusión o escisión (artículo 31); y el de responsabilidad en el evento de la transferencia de una empresa (artículo 33), respectivamente

(24) 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 detenten 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)

