

**La responsabilidad penal sucesiva de las personas jurídicas en ocasión de negocios corporativos y su relación con el proceso de debida diligencia anti-corrupción**

**Un análisis del escenario local y global**

Juan Ignacio Olivera

*Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral\**

**Índice de Abreviaturas** [\[arriba\]](#)

AFJP: Administración de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

AFIP: Administración Federal de Ingresos Públicos.

CCyCN: Código Civil y Comercial de la Nación.

CFPE: Cámara Federal de Casación Penal.

Cfr.: Confrontar.

CNPE: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

CNV: Comisión Nacional de Valores.

CNFed: Cámara Nacional Federal.

Co.: Company.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

FCPA: Foreign Corrupt Practices Act.

FACPCE: Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

LGS: Ley General de Sociedades.

MAC: Material Adverse Change.

M&A: Mergers and Acquisitions.

MOU: Memorandum Of Understanding.

NIF: Normas de Información Financiera.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

Por ej.: Por ejemplo.

S.A.: Sociedad Anónima.

S.A.U: Sociedad Anónima Unipersonal.

S.R.L.: Sociedad de Responsabilidad Limitada.

U.S.: United States.

UE: Unión Europea.

### **Introducción** [\[arriba\]](#)

A más de un año de sancionada la Ley N° 27.401, que incorporó al ordenamiento jurídico argentino el Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas, continúa el interés en la materia tanto por parte de las empresas como por los operadores jurídicos.

Este fenómeno no es novedoso ni original, dado que sigue la tendencia mundial en la lucha contra la corrupción y que ha tomado impulso hace algunos años en América Latina a partir del conocimiento de grandes escándalos de corrupción que hoy son de público conocimiento[1] (eventos que justifican la sanción de normas como la aquí tratada y que son el principal motivo de su implementación).

Sin lugar a dudas este nuevo régimen plantea un desafío difícil de atravesar, primero a nivel cultural y seguidamente jurídico, tanto en el ámbito público como en el privado. Va de suyo que las filiales o sucursales de sociedades extranjeras cuya casa matriz yace en países desarrollados -cuyos ordenamientos jurídicos ya sean codificados o basados en el common law-, ya han incorporado con anterioridad los principios y prácticas que contempla esta ley, pero no tanto así las personas jurídicas locales las cuales -en términos generales- poco o nulo conocimiento poseen respecto de lo que significa corporate compliance[2], criminal compliance[3], prácticas anti-corrupción, incorporación de códigos de conducta o programas de integridad, procesos de debida diligencia anti-corrupción, etc.

Es cierto que resulta complicado comprender la responsabilidad penal en cabeza de un ente de existencia ideal[4], que, más allá de algunas excepciones en materia de derecho penal tributario o penal aduanero, entre otras, la doctrina penalista tradicional ha negado férreamente y que ahora con la sanción de esta ley, reflota el debate doctrinario -y creemos que en breve jurisprudencial-, acerca de la aplicabilidad de este régimen.

Si esto de por sí ya ha traído aparejada una discusión doctrinaria, más complejo aún resulta entender cómo puede traspasarse la responsabilidad penal por hechos

de corrupción de una empresa a otra, con motivo de sus modificaciones societarias o negocios corporativos.

Las siguientes líneas intentaran arrojar luz sobre esta oscura responsabilidad penal sucesiva de las personas jurídicas en ocasión de negocios corporativos, cómo lo ha tratado la nueva legislación nacional y cómo ha sido tratado en el derecho comparado, haciendo énfasis en los procesos de debida diligencia o Due diligence[5] como se lo conoce en el mundo corporativo.

Para ello, esta propuesta radica en analizar los institutos que necesariamente tienen un papel protagónico en las posibles respuestas a la temática específica que se pretende desarrollar, a decir: (i) la posibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica; (ii) la formas de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica; (iii) cuáles son las personas jurídicas comprendidas en este régimen; (iv) cuales son los negocios corporativos previstos por la ley que darían lugar a la transmisión de responsabilidad penal; (v) que significa que exista responsabilidad penal sucesiva en ocasión de una modificación societaria u adquisición de todo o parte de una empresa; (vi) cual es la importancia y cómo se ejecuta un proceso de debida diligencia anti-corrupción; entre otros sub-temas que consideramos relevante tratar, para una mejor comprensión de los institutos. Todo esto en orden a obtener una conclusión sobre el nuevo paradigma de responsabilidad penal de la persona jurídica emanada de negocios corporativos o modificaciones societarias y el rol que cumple el proceso de debida diligencia anti-corrupción, y poder así contrastar el escenario local con el escenario global, respecto de la cuestión en boga.

## Capítulo I. Responsabilidad penal de la persona jurídica [\[arriba\]](#)

### *1.1. Evolución histórica del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la responsabilidad penal de las empresas en el derecho comparado*

Nicolette Parisi recuerda el proverbio “las armas no matan personas, las personas matan personas” como una manera de preguntarse si realmente una empresa es capaz de cometer delitos o si, por el contrario, son aquellas personas que la conforman quienes los cometen[6]. Poéticamente, Jalínek respondería a este proverbio

“Las personas jurídicas no están hechas de carne y hueso, pero aun así tienen órganos. No tienen sentimientos, pero aun así tienen voluntad. Parece que fueran invisibles, sin embargo, actúan y pueden ser responsables por ello. No tienen domicilio, pero tienen sede social”[7].

Esta dicotomía ha sido el núcleo para el desarrollo de diferentes teorías en torno a la posibilidad de responsabilizar penalmente (o no) a una persona jurídica.

Si bien aquí no pretendemos debatir sobre la responsabilidad penal de entes ideales, sino que, aceptando su existencia, vale reconocer que, desde ya hace varios años, la persona jurídica es susceptible de responsabilidad penal tanto en países donde prima el common law como es el caso del Reino Unido o los Estados Unidos, como en varios países cuyo ordenamiento consiste en un sistema codificado como es el caso de varios países europeos. A continuación,

desarrollaremos someramente algunos hitos históricos en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.

#### (i) Estados Unidos

La posibilidad de responsabilizar a los entes ideales, se ha gestado en el seno del common law, y posteriormente fue receptado por sistemas codificados. En este sentido, el primer antecedente de corporate criminal liability[8] es el famoso caso del año 1909 “New York Central and Hudson River Co. v. United States”[9] a partir del cual se desarrolla la responsabilidad vicarial[10] -vicarious liability- dejando atrás la idea de que las empresas no pueden cometer delitos. De todas formas, está claro para la doctrina americana, que no todos los delitos pueden ser perpetrados por una persona jurídica (v.g. abuso sexual)[11].

Luego de más de medio siglo de avances doctrinarios y jurisprudenciales (como por ejemplo el caso del Ford Pinto[12]), a fines de la década de los setenta y producto del escándalo de corrupción de la empresa LockheedCorp[13], en el año 1977, se dictó el Foreign Corrupt Practices Act -FCPA- (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero) que incorporó los principios generales de responsabilidad corporativa que hoy en día resultan de aplicación. Esta legislación fue pionera en establecer mecanismos contra la corrupción internacional desde el sector privado. En términos generales, bajo esta legislación, una empresa es responsable cuando sus directores, oficiales, empleados, o agentes, actuando dentro del alcance de sus funciones, cometen una violación al FCPA, y en beneficio de la empresa, aunque sea en parte.[14] Volveremos sobre esta normativa en la sección 3.2.4.1.

#### (ii) Reino Unido

Tradicionalmente el reino unido solamente sancionaba a las empresas por responsabilidad civil o administrativa, y reservaba la atribución de delitos a las personas físicas que la componían a modo de responsabilidad individual[15]. El primer antecedente conocido es “Tesco v. Natrass” resuelto por The House of Lords[16] en el año 1972, donde se estableció la responsabilidad vicaria de la compañía por delitos relacionados al comercio.

La jurisprudencia y, más tarde la legislación receptada, han elaborado diferentes delitos dirigidos directamente hacia las empresas. Dos recientes enactments fueron el “Corporate Homicide Act” (Ley de homicidio corporativo) del año 2007, y el “Bribery Act” (Ley de Soborno) del 2010, que se centran en los sistemas de gestión y controles de una entidad corporativa. En particular la ley de soborno, impone responsabilidad a la empresa por no impedir eficazmente que se produzca un acto de soborno, a menos que la entidad demuestre que contaba con los procedimientos adecuados para evitar que se lleve a cabo[17].

#### (iii) Holanda

Entre los acontecimientos legislativos más importantes y como primer caso de un sistema codificado en incorporar la responsabilidad penal corporativa, podemos destacar como hito el caso holandés. En un principio, el Código Penal holandés de 1886, preveía que los delitos sólo podían ser cometidos por personas humanas[18], ya que el legislador seguía el pensamiento codificador alemán influenciado por la teoría de la ficción de Von Savigny.

Más tarde, durante la época de la Gran depresión[19], el legislador optó por incluir la posibilidad de perseguir y penalizar a las empresas como método para combatir las graves consecuencias sociales, lo cual se pensó como un remedio temporario. A pesar de la temporalidad de las medidas, las guerras mundiales sucedieron a la Gran depresión, y provocaron que el legislador mantenga esta previsión.

Luego en el año 1951, se promulgó la Ley de Ofensas Económicas (aún vigente) con el fin de combatir delitos económicos, y que expresamente admitía en su art. 15 la responsabilidad penal de empresas en el campo del derecho económico.

Por último, en el año 1976, este artículo fue derogado por el art. 51 del Código Penal holandés, el cual expresamente establece que las personas jurídicas, en principio, pueden ser responsables de cualquier delito. En 2003 la Corte Suprema de Holanda, limitó la interpretación de este artículo estableciendo que una persona jurídica podría ser sancionada penalmente, por actos u omisiones ilegales bajo ciertas circunstancias razonables, si la conducta tuvo lugar dentro del alcance de la empresa. Posteriormente enunció una serie de circunstancias que, en principio, podrían estar dentro del alcance de la empresa (acto del empleado, conducta derivada del giro normal de los negocios, que existan ganancias provecho del delito, etc.)[20].

#### (iv) Francia

El código penal francés, introdujo la posibilidad de hacer responsable penalmente a una compañía bajo el art. 121-2, en el año 1994. Dicho artículo establece que las personas jurídicas con excepción del Estado, son responsables por los delitos cometidos por su cuenta o por medio de sus órganos o representantes. Antes de sancionarse la ley “Perben II” en el año 2005, las personas jurídicas podían ser responsables criminalmente sólo si existía una provisión expresa en este sentido en la perpetración de cada delito, pero a partir de la entrada en vigor de esta ley, las personas jurídicas pueden ser responsables por cualquier delito excepto delitos relacionados a la prensa, como la difamación[21]

#### (v) España

El caso de España es uno de los más recientes, si bien ya se preveían verdaderas penas, bajo el rótulo de “consecuencias accesorias” del art. 129 del Código Penal[22].

El ordenamiento español incorporó la responsabilidad penal del ente de existencia ideal mediante una reforma al Código Penal en el año 2010, a través del art. 31 bis, para un gran número de delitos cometidos por los representantes, administradores o empleados en beneficio de la empresa (v.g. estafas y fraudes, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública, delitos contra el medio ambiente, cohecho, tráfico de influencias, etc.).

Posteriormente en el año 2015, se introdujeron reformas que mitigan el alcance de la responsabilidad, en caso de cumplirse determinadas condiciones como por ejemplo la adopción de los denominados “programas de prevención penal o de delito” por parte de la empresa[23].

En el año 2016, la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo de España[24], se pronunció por primera vez respecto de la responsabilidad penal de la persona

jurídica. Entre los argumentos relevantes de esta resolución, pueden destacarse: (i) las personas jurídicas cuentan con las mismas garantías constitucionales que las personas humanas; (ii) puede responsabilizarse a la persona jurídica, con independencia de la persona física responsable; (iii) la carga probatoria respecto de los programas de prevención de delito debe de estar en cabeza del fiscal[25].

(vi) Alemania

El sistema germano ha incluido la responsabilidad de la persona jurídica en su Código Contravencional Federal o Gesetz Uber Ordnungswidrigkeiten (OWiG), escogiendo así un modelo de responsabilidad de tipo administrativa.

Si bien la responsabilidad se genera por comisión de infracciones y no de delitos penales, la importancia del sistema alemán recae sobre el desarrollo doctrinario del deber de vigilancia, pues, conforme la sección 130 OWiG la infracción de la persona jurídica consiste en no haber adoptado las medidas de control suficientes en el seno de la organización, destinadas a evitar la comisión del ilícito[26]. De esta forma, este sistema adopta un criterio de imputación de responsabilidad de tipo omisivo, es decir, que la persona jurídica será responsable por la violación a un deber de control.

Asimismo, la disposición 30 OwiG sanciona al ente ideal de manera accesoria, por la comisión de infracciones o delitos de sus agentes, que estén vinculados con el giro comercial de la persona jurídica[27].

Las sanciones administrativas incluyen la posibilidad de prohibir el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, y hasta la disolución y cancelación en el Registro de Comercio[28].

(vii) Unión Europea

De alguna manera, el primer hito con génesis en el seno de la U.E., data del año 1995 en la ciudad de Bruselas, donde se adoptó la “Convención para la protección de los intereses económicos de las Comunidades Europeas”, la cual fue enmendada por dos protocolos posteriores en el año 1996 y 1997 respectivamente.

El art. 3 del segundo protocolo, establecían que los países miembros debían adoptar medidas para asegurar que una persona jurídica pueda ser responsable por fraude, corrupción y lavado de dinero, por cualquier acto de una persona que actuara en beneficio de la empresa, ya sea por sí o adscripta en algún órgano de la persona jurídica.

En este sentido, el art. 4 del protocolo mencionado, requería a los estados miembro que incorporasen medidas para asegurar que las personas jurídicas que cometieran los delitos mencionados en el art. 3, fueran susceptible de recibir sanciones (pudiendo ser multas de índole penal, entre otros tipos de sanciones).

Entre otros documentos, también se hace mención a la responsabilidad penal empresaria en la Directiva 2008/99/EC del Parlamento Europeo sobre la protección del medioambiente a través de la ley penal, o la Directiva 2013/40/EU sobre ataques contra sistemas informáticos.

Lo cierto es que en ninguna convención ni protocolo ni en otro documento internacional se estipula categóricamente la necesidad de adoptar una genuina responsabilidad penal de la persona jurídica, dejando a criterio de los países signatarios la naturaleza de la sanción (penal o administrativa en la mayoría de los casos)[29].

### *1.2. Tratados ratificados por la Argentina en materia de corrupción y su relación entorno a la responsabilidad de las personas jurídicas*

En los últimos 25 años, previo a la sanción de la ley bajo análisis, la Argentina ratificó tres convenciones internacionales en materia anti-corrupción[30]. En el año 1996, en Caracas, se firmaba la “Convención Interamericana Contra la Corrupción”, ratificada por Argentina mediante la Ley N° 24.759[31]. Un año más tarde, en la ciudad de París, se celebró la “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico (OCDE), la que fue ratificada mediante la Ley N° 25.319[32] en el año 2000. Por último, en el año 2003, en Nueva York, se celebró la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción”, la cual fue ratificada por Argentina mediante la Ley N° 26.097[33] tres años más tarde.

Resulta poco menos que obvio que las tres convenciones comparten un denominador común: combatir los delitos contra la administración pública, originados en hechos de corrupción. En este sentido, los tratamientos de algunos institutos se ven reflejados en todas ellas, a decir: (i) cooperación internacional; (ii) jurisdicción; (iii) extradición; (iv) medidas para tipificar delitos; etc. Pero a contrario imperio sólo el tratado de la OCDE y de la ONU contienen disposiciones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas.

Así, el art. 2 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE reza: “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero”. Esto quiere decir, que el Estado argentino se había comprometido desde el año 2000 a responsabilizar a la persona jurídica que

“...deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario u otro favor, ya sea directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero, para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio indebido en la realización de actividades económicas internacionales”,

o bien que instigue, sea cómplice o autorice un acto de cohecho de un funcionario público extranjero, conforme lo dispuesto por el art. 1 de la convención. Vale aclarar que no obligaba a la sanción penal de las personas jurídicas, sino solo a su sanción efectiva.

Por su parte, el art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, obligaba al Estado argentino a adoptar las medidas necesarias para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados por la convención en el capítulo tercero (soborno, malversación, tráfico

de influencia, enriquecimiento ilícito, encubrimiento, entre otros), pero en consonancia con sus principios jurídicos. El hecho de que se incorporara esa última frase, tiñe la figura de un gris robusto, pues el apotegma jurídico aferrado en la doctrina clásica es, sin lugar al equívoco, el *societas delinquere non potest*[34], con lo cual obstruye la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica.

Más aun, el segundo apartado del artículo que mencionáramos, deja abierta la imposición de una sanción a la persona jurídica, estableciendo que la misma puede ser de naturaleza civil, penal o administrativa. De este modo, la posibilidad de escoger la naturaleza de la sanción, bien podría interpretarse como una vía de escape a la discusión doctrinaria respecto de responsabilizar penalmente a una persona jurídica.

Por esta razón, muchos de los países signatarios sujetos a esta misma obligación, optaron por la sanción administrativa, ya que siempre y cuando las penas sean eficaces, y cumplan la función de disuadir las conductas reprochables, se estaría logrando el cometido de la norma.

Sin perjuicio de lo expuesto, como bien recuerdan Barreira Delfino y Camerini, de todos los países signatarios de la OCDE, Argentina era el único país que no cumplía con los requisitos que la convención imponía, y la sanción de una ley de responsabilidad penal para empresas era el aspecto más importante a cumplir[35].

### *1.3. Evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho argentino*

Hemos de destacar que si bien nuestro país ya contaba con antecedentes legislativos en relación a la responsabilidad penal de personas jurídicas tales como el clásico instituto del decomiso (art. 23 del Código Penal)[36], delito de contrabando (art. 863 y ss. del Código aduanero)[37], disposiciones de la Ley Penal Tributaria, disposiciones del Régimen Penal Cambiario entre otros -los cuales mencionaremos en la sección 1.3.3.-, con la sanción de la Ley N° 27.401 se amplía el espectro de responsabilidad y se incorpora un nuevo criterio atributivo de responsabilidad. Pasamos a analizar algunos hitos doctrinarios, jurisprudenciales y legislativos en la materia.

#### 1.3.1. Doctrina

La doctrina nacional ha hecho correr ríos de tinta en torno a la responsabilidad criminal de las personas jurídica, por lo que la sanción de la nueva ley sólo se encargó de renovar las discusiones entre las posturas más contrapuestas.

Efectuar un análisis pormenorizado y detallista de todos los debates doctrinarios y jurisprudenciales a lo largo de la historia excede ampliamente el objetivo de esta obra pero, a decir verdad, resulta relevante presentar las expresiones más trascendentes.

De esta forma, uno de los referentes del ámbito del derecho penal como lo es Soler, consideraba que el instituto de la responsabilidad penal de un ente ideal, implicaba la derogación de los principios básicos del derecho penal, como son: la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena[38].



Así, poniendo énfasis en el principio *societas delinquere non potest*, Soler afirma que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo, carente de todo sustrato psíquico, y que por su naturaleza no resulta un ente idóneo para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, no para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a un tercero considerado inocente[39].

Autores clásicos como Eusebio Gómez, González Roura, Nuñez, e incluso Zaffaroni rechazan la posibilidad de que las personas jurídicas tengan capacidad de acción, ya que la ficción que les otorga capacidad jurídica es a los efectos de adquirir o ejercer derechos y contraer obligaciones de naturaleza civil, y que la voluntad de la acción humana es un fenómeno psíquico que no puede concebirse en una persona jurídica[40].

Nuñez va más allá, y pone énfasis en la política legislativa. Sostiene que más allá de que las personas jurídicas no puedan ser autores de delitos, esto no quiere decir que no puedan repercutir sobre ellas consecuencias penales por los delitos cometidos por los integrantes de sus órganos.

Por su parte Zaffaroni, considera que las sanciones a personas jurídicas en realidad serían facultades administrativas concedidas al juez penal, ya que no son penas sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas que impactan sobre estas últimas[41]. Esta óptica es receptada por varios ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el alemán en Europa o el peruano en Sudamérica.

Desde la óptica civilista, recordamos la nota al original art. 43 del Código civil velenziano donde el codificador aclaraba que

“El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente, la persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil pero jamás en el criminal”. “Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado”[42].

En suma, lo que esta posición doctrinaria afirma es que imputar un delito a la persona jurídica configuraría una imputación ficticia, precisamente porque el sujeto de la imputación (el ente) y el sujeto de la acción (el hombre) tienen que ser irremediabilmente distintos, dado que las personas jurídicas siempre actúan a través de sus órganos[43].

La biblioteca contraria a esta doctrina sostiene que nada impide suponer en la persona jurídica su capacidad para acordar y realizar comportamientos criminales, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, y que el derecho penal tradicional no puede dar respuesta a la proliferación de modalidades empresariales que encubren comportamientos criminales.

En este sentido Baigún y Mezger, concluyen que ante la producción de un hecho delictivo protagonizado por un ente colectivo puede aplicarse el sistema de doble imputación en que, por un lado, se aplica un esquema de imputación tradicional a las personas humanas que integran las personas jurídicas y por otro uno dirigido al ente ideal.

Por su parte Aftalión sugiere que el camino para avalar la posibilidad de responsabilizar penalmente a un ente ideal, se allana adecuando las teorías a los hechos y no al revés, poniendo el foco de su aceptación en jurisprudencia y en las normas positivas que componen el ordenamiento jurídico[44].

Es principio general que los actos que son realizados en representación de la persona jurídica, por intermedio de sus órganos, son actos imputables a la entidad moral siempre y cuando sean actos relacionados con el cumplimiento de sus fines estatutarios[45]. En este sentido, Rusconi, se ha mostrado favorable a la suplantación de la culpabilidad como juicio de reproche por otro principio más afín con la personalidad jurídica, como podría ser el “interés público preponderante” (por ej.)[46].

En suma, esta postura doctrinaria comulga con la convalidación de un nuevo modelo de imputación y de responsabilidad, diferente del imperante para las personas humanas.

Lo cierto es que la puja se da entre la dogmática penal que defiende férreamente los principios clásicos, por un lado, y la política criminal que ha obtenido consenso internacional sobre la conveniencia de la sanción de las personas jurídicas, por otro lado. Así queda plasmada la puja entre la política criminal y la dogmática penal, que conlleva la difícil tarea de amoldar las categorías tradicionales del delito a esta nueva realidad -o bien desarrollar argumentos que persuadan a los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de normas que prevean la sanción penal de entes ideales-[47].

### 1.3.2. Jurisprudencia

#### (i) Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas desde mucho antes de la sanción de la Ley N° 27.401. Uno de los casos anecdóticos tuvo lugar en el año 1895, en materia de delito aduanero.

El precedente caratulado como “Conala Compañía Entre Ríos extracto de carne s/ defraudación a la aduana”[48], expresó que “...la legislación aduanera, a diferencia de la civil y criminal, responsabiliza a las personas jurídicas, en cuanto son capaces de mantener relaciones con la Aduana, por los fraudes o contravenciones de sus empleados y dependientes”. De esta forma se consagraba la posibilidad de desplazar la imposibilidad de criminalizar a una persona jurídica que resultaba del código civil veleziano, por leyes especiales, como era, en ese caso, la legislación aduanera.

A partir de este precedente, otros de similar entidad siguieron el mismo criterio. En este orden, resulta relevante traer un caso relacionado al derecho penal aduanero, donde se eximió de responsabilidad penal a un ente público.[49] Este

precedente diferenció a las personas jurídicas de carácter privado, las cuales podían ser responsabilizadas penalmente, de las personas jurídicas con “fines políticos” (que hoy llamaríamos públicas) las cuales no estaban exceptuadas de la regla general de inimputabilidad penal.

Décadas después, la Corte sostiene la responsabilidad penal de un ente ideal, ya no en relación al derecho aduanero, sino en materia penal cambiaria. En el fallo “Banco Comercial de La Plata y otro”[50], la Corte resolvió que

“...en esta materia, así como en otras de carácter penal administrativo, no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por los actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena en forma prevista por leyes especiales”.

Merece nuestra atención el precedente “Wakin, Miguel Ángel y otros s/averiguación de contrabando”[51], ya que resulta importante la incorporación del estudio de una conducta del ente ideal que resulta diferente de la de los sujetos que la componen (ver sección 1.4). En este precedente se destacó la omisión de los órganos societarios frente a las acciones delictivas que los integrantes de la sociedad conocían y podrían haber evitado.

Siendo el último hito en la materia pronunciado por la CSJN, es de nuestro interés hacer algunos comentarios entorno al fallo “Fly Machine”[52]. En este caso tanto en primera como en segunda instancia, la justicia había decidido sostener la imposibilidad de que una persona jurídica pudiera ser sujeto pasible de la aplicación de sanciones penales por la comisión de un delito, dada su irresponsabilidad en función del principio mencionado supra *societas delinquere non potest*[53]. La Corte deniega el recurso por carecer de fundamentación suficiente, pero Zaffaroni aprovecha las circunstancias para hacer lo propio y analizar con profundidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En resumen, Zaffaroni arriba a las siguientes conclusiones: (i) no hay crimen sin acción, y la acción debe materializarse en conductas humanas; (ii) la posible aplicación de una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas con sus dependientes por las penas pecuniarias, resulta diferente al reconocimiento de que las personas jurídicas puedan ser autoras de delitos; (iii) exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto, viola el principio de culpabilidad; (iv) la inexistencia de reglas procesales específicas, traería aparejada la violación de garantías como la defensa en juicio y el debido proceso.

(ii) Cámara Federal de Casación Penal

Dada la especialidad en la materia, en algunos antecedentes jurisprudenciales de la Cámara de Casación, se puede apreciar una penetración más profunda sobre el tema en boga[54].

Un precedente a destacar, es el fallo “Peugeot Citroën Argentina S.A.”[55], donde luego de un profundo análisis de doctrina, jurisprudencia anterior y legislación, se concluye que la legislación positiva y la jurisprudencia en la materia estipularon la aplicabilidad de sanciones penales a los entes de existencia ideal. También reconoce los elementos subjetivos de la persona jurídica, afirmando que existe una “voluntad social” derivada de una “acción institucional”.

Lo cierto es que este precedente, es anterior a “Fly Machine”, por lo que, en el año 2011, en el pronunciamiento “Universe Electronic S.R.L.”[56], el tribunal considero que no resulta posible atribuir responsabilidad penal a un ente de existencia ideal, el cual solo puede ser pasible de las sanciones de carácter accesorio previstas por el Código Aduanero.

En el año 2017, la Sala I de la Cámara rechazó un recurso de casación, en el que el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, había condenado a dos sociedades comerciales en carácter de coautores y cómplices en un delito de contrabando[57].

### (iii) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico

En lo que respecta a los precedentes de la Cámara en lo Penal Económico, la postura siempre fue a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así entre algunos de los antecedentes relevantes podemos mencionar el caso “Loussinian, Eduardo y otra”[58], donde la cámara estableció que debía admitirse la responsabilidad penal del ente ideal por ser beneficiario del hecho ilícito de uno de sus dependientes. De esta forma, parecería evidenciarse que se trataría de un supuesto de hetero responsabilidad.

En este mismo sentido, en el fallo “Cía. Introdutora de Buenos Aires S.A. y otros”[59] la Cámara resolvió que

“...en el derecho penal económico, por ser precisamente económico y penal a la vez, se produce una especie de simbiosis, la responsabilidad penal del autor que ineludiblemente debe ser un ser humano ya que el ser abstracto no puede ser nunca autor, pues no puede actuar, debe conjugarse con la responsabilidad patrimonial, que es económica y que puede adjudicarse al ente ideal ya que por esta ficción este puede ser titular de derechos patrimoniales”.

De esta forma se rechazó la existencia de una “voluntad social”, atribuyéndole la conducta delictiva a la persona humana y responsabilizando a la sociedad como beneficiaria del delito.

Por otro lado, el fallo “Wakin” que fuera mencionado entre los precedentes de la CSJN, se mencionó que las personas jurídicas podrían tener una voluntad distinta de la de la persona humana que intervino en la comisión de un ilícito. Esto resulta interesante pues, conlleva que las personas jurídicas puedan ser responsables por un hecho propio.

Lo cierto es que en los últimos años la Cámara ha sostenido que la ley aduanera vigente establece la responsabilidad de las personas de existencia ideal por las penas pecuniarias derivadas de delitos incurridos por sus dependientes o integrantes del órgano societario. En este sentido cabe recordar los fallos “Bengen”[60], “Belcale”[61], y últimamente, el fallo “Sapori e Tradizioni S.R.L.”[62].

### 1.3.3. Legislación

Mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 27.401, ya existían previsiones a lo largo de diferentes compartimientos del ordenamiento jurídico argentino, que

establecían en mayor o menor medida, y bajo motivos provenientes de diferentes teorías[63], la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Algunos de estos institutos pueden encontrarse dentro del mismo Código penal, en su art. 23 como lo es la pena accesoria del decomiso[64]; del Régimen Penal Cambiario, como el art. 2, inc. F) de la Ley N° 19.359[65]; dentro del Código Aduanero (Ley N° 22.415) en su art. 888[66]; en el ámbito del Régimen de Abastecimiento (Ley N° 20.680) en su art. 8[67]; la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 en sus art. 47 y 48[68]; el art. 14[69] de la Ley N° 24.769 (Régimen Penal Tributario), en el art. 32 de la Ley N° 24.557 de Riesgos del Trabajo y, el art. 304[70] dentro del título octavo referente a los “Delitos contra el orden económico y financiero” del Código Penal, entre otros.

#### *1.4. Formas de atribuir responsabilidad criminal a una persona jurídica*

Reparando en la sugerencia teórico-fáctica de Aftalión que mencionáramos supra, el cordial encuentro entre los principios del derecho penal clásico y la realidad fáctica, ha de tener lugar mediante la adaptación de la dogmática penal a los hechos que merecen ser tutelados. A través de los años (primero desde el common law y luego en los sistemas continentales) como indicábamos al comienzo de este capítulo, en términos generales los operadores jurídicos han desarrollado dos teorías para hacer posible la responsabilidad penal de una persona moral que a continuación exponemos.

##### (i) Responsabilidad derivada o antropomórfica

Esta teoría se vale de la posibilidad de imputar a la persona jurídica los actos de sus agentes, cuando éstos actúan en su nombre o en beneficio de ella.

A su vez esta teoría se encuentra subdividida entre la responsabilidad vicaria (vicarious liability[71]) vigente en los Estados Unidos, bajo la cual se le imputa a la persona jurídica aquellas conductas ilícitas llevadas a cabo por sus empleados (aun cuando no haya sido en ocasión de una directriz o cuando la empresa haya tomado medidas para evitar esa actividad) lo cual acarrea una responsabilidad de tipo objetiva (strict liability[72]); y la sub-teoría de la identificación (directing mind) bajo la cual sólo resulta responsable el ente ideal por los actos realizados o autorizados por la dirección, reduciendo ampliamente la posibilidad de accionar penalmente contra la empresa[73].

Tal y como afirmaba Lord Pearce en el precedente “Imperial Chemical Industries”, la doctrina de la responsabilidad vicaria no nació de un principio claro, lógico o legal, sino de la conveniencia social[74]. Así, la expansión de la responsabilidad penal vicaria por acciones de los empleados, hacia las empresas, se justificó por razones pragmáticas y no teóricas. Los tribunales confirmaron estas expansiones basándose en que las legislaturas estaban justificadas para extender las sanciones penales con el fin último de mejorar el bienestar público[75]. Bien se ha citado a Gomez Jara Diez cuando afirma que “...esta responsabilidad es la imputación del injusto a la persona jurídica, y la culpabilidad del agente o representante”[76].

Por su parte, la teoría de la identificación ha ido modificándose a través de pronunciamientos judiciales como son los precedentes de House of Lords. Igualmente, esta teoría no resulta del todo satisfactoria, sobre todo en los casos de

empresas de gran magnitud, en las que las tomas de decisiones se tornan efímeras y es difícil establecer quién -o quienes- autorizaron el acto punible.

En orden a evitar resultados equívocos provocados por la aplicación pura de estas sub-teorías presentadas, la doctrina ha adoptado una variante (típica de los países europeos) bajo la cual la persona jurídica responde cuando media una falta al deber de supervisión (culpa in vigilando) de la actividad de los agentes que actúan bajo la órbita de la empresa. Esto nos acerca a la segunda gran teoría que hemos de desarrollar.

#### (ii) Responsabilidad autónoma o auto-responsabilidad

A través de esta teoría, se reprocha a la empresa la ausencia de mecanismos internos para prevenir la comisión de actos ilícitos. Pone el foco en la ausencia de controles que tengan por fin disuadir las conductas delictivas de los agentes que componen la persona jurídica. Esta teoría se la ha llamado “teoría de la culpabilidad de organización”.

Nazareno Eulogio considera que una forma de “auto-responsabilizar” al ente ideal es mediante la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, siguiendo autores del funcionalismo como Roxin y Jakobs.

La imputación objetiva se configura cuando “la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto”[77]. De este modo a fin de imputar el tipo objetivo de un delito a una persona jurídica, debe constatar, por un lado, que exista elevación del riesgo jurídicamente desaprobado, y, por otro lado, que ese aumento del riesgo esté reflejado en el resultado disvalioso.

Así, la elevación del riesgo desaprobado jurídicamente, radica en la mayoría de los ordenamientos (como el español y ahora el argentino) en la no implementación de programas de cumplimiento[78] o su implementación defectuosa, y, por otra parte, debe probarse que esa omisión, o deficiencia, produce un resultado que vulnera algún bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en un primer momento deberá probarse si la empresa ha adoptado o no, compliance programs efectivos[79] y si estos son defectuosos (si no cumple con los estándares de cumplimiento de las normas legales y prudenciales), ya que, si se prueba la carencia de programa o su deficiencia de forma tal que se elevó el riesgo a un bien jurídico de forma no permitida, el primer requisito de la imputación objetiva estaría comprobado. Luego, el acusador debería probar que existe una conexión entre la elevación del riesgo (acción u omisión) y el resultado producido, para tener por completo el tipo objetivo.

Ahora, siguiendo la idea de que la persona jurídica es responsable penalmente por el hecho propio, también debe existir un contenido reprochable que le sea imputable a título personal, es decir, a nivel del tipo subjetivo. La no evitación evitable de un resultado (comisión por omisión[80]), constituirá el dolo de la persona jurídica, por la falta al deber de vigilancia y control sobre las situaciones de peligro que se gesten en su seno.

En suma, lo que se le imputa a la persona jurídica, es el defecto en la organización. En este orden de cosas, se entiende que la persona jurídica tiene

capacidad de culpabilidad si pudo evitar el delito cometido por el representante que actuó en su nombre, o su dependiente. El concepto clave para acreditar la capacidad de culpabilidad es el de “evitabilidad” (trataremos su significación en la Ley N° 27.401, en la sección 2.1. y al momento de analizar los “Programas de Integridad” en la sección 2.4.1)[81]. Por contrario imperio, si la persona jurídica ha cumplido con los estándares adecuados prescriptos por la ley y las diferentes reglamentaciones, la persona jurídica no debería ser responsable, pero sí podría haber responsabilidad penal individual de las personas humanas que actuaron por ella en la producción de algún delito[82].

### *1.5. Finalidad de la pena en la responsabilidad penal empresaria*

Permítasenos hacer alguna mención en relación a la función que cumple la pena en el derecho argentino. Tal y como se ha desarrollado, históricamente el derecho penal argentino ha tenido por únicos destinatarios de las penas a los seres humanos, quedando descartada así la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, más allá de algunas excepciones que detalláramos en las secciones previas de este capítulo.

Es imposible deslindar el concepto de pena de los fines que a la misma se le atribuyan, puesto que son éstos los que la fundamentan y legitiman, de algún u otro modo.

Hoy en día coexisten diversas teorías que fundamentan la aplicación del poder punitivo. Por un lado, existen las llamadas teorías absolutas, que niegan el carácter utilitario de la pena, sosteniendo que la pena carece de utilidad social. El paradigma de estas teorías es el concepto retributivo de la sanción. En este sentido, la pena es un mal que se le inflige al autor en razón del mal que éste ha causado, y busca la realización del ideal de justicia.

Por contrario imperio, las teorías relativas, exigen que la pena sea un instrumento útil para el Estado, destinadas a la consecución de fines sociales, ya sea: (i) una herramienta para “normalizar” las conductas; (ii) un mecanismo de neutralización de individuos socialmente nocivos; (iii) un sistema de reafirmación de la vigencia de la norma; (iv) un instrumento de contra-motivación o disuasión; o bien la suma de dos o varios de estos fines.

Nuestro derecho positivo consagra, al menos respecto de las penas privativas de libertad, que la sanción tiene por función la resocialización del condenado. Así lo hace la Constitución Nacional en su art. 18, al afirmar que las cárceles no tienen por finalidad castigar a quienes se encuentran en ellas. Del mismo modo, surge del art. 5º, inc. 6º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la función esencial de las penas privativas de libertad es la reforma y readaptación social de los condenados, aunque cabe destacar que dicho tratado con jerarquía constitucional no descarta la existencia de otros fines secundarios[83].

Ahora, frente la aplicación de penas a las personas jurídicas no podríamos esperar la reinserción social, o readaptación. Lógicamente, esta función está reservada a las personas humanas, lo cual ha llevado a muchos juristas a proclamar la irresponsabilidad penal de los entes ideales bajo este estandarte. Pero lo cierto es que esta finalidad, es la que se espera ex post, es decir, una vez que el delito ya se produjo, y una vez que se culminó un proceso penal.

Con esto queremos fijar nuestra postura al respecto. Creemos férreamente que el derecho penal en su conjunto, y en particular las penas en expectativa, tienen una finalidad *ex ante*, es decir, evitar que se produzcan las conductas disvaliosas previstas en los tipos penales.

Variados son los motivos que asisten a nuestro razonamiento. Entre ellos, creemos que la finalidad de prevención de futuras comisiones de delitos, a través de la disuasión de la conducta, es una de las razones más importantes. Y es que cualquier sujeto de derecho (ya sea persona humana o jurídica), “pensaría dos veces” en direccionar su conducta hacia un obrar delictivo, conociendo el rigor del poder punitivo efectivo. Lo cierto es que el delito corporativo, frecuentemente es producto de la conducta delictiva de algún dependiente o representante, por lo que disuadir las conductas delictivas de las personas jurídicas implica a la vez disuadir la conducta de los dependientes y representantes que actúan en interés de la compañía[84].

Por otro lado, hemos de fundamentar que la aplicación de penas a las personas jurídicas tendría un efecto *ex post* diferente a la resocialización, que claramente nacería de la ecléctica entre las teorías absolutas y relativas, pues, la finalidad perseguida sería la retribución de otras personas jurídicas que pudieron verse perjudicadas (o menos beneficiadas) por un lado, pero también la reivindicación estas personas jurídicas que optaron por actuar acorde a derecho.

Finalmente, existen motivos económico-sociales que justifican poner el foco en la disuasión de las conductas delictivas. Los costos de la comisión de delitos no sólo residen en las pérdidas patrimoniales y personales de las víctimas, sino también en el gasto público asignado a la persecución y castigo de los criminales[85].

## **Capítulo II. La responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la Ley N° 27.401 [\[arriba\]](#)**

Más allá de aquellas opiniones en discordia respecto de la posibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica, se podría afirmar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 27.401, esta responsabilidad es un hecho ineludible dentro de los parámetros de la norma. En definitiva, entendemos que la empresa debe responder penalmente porque así lo estableció el legislador.

### *2.1. Sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica*

La ley ha incorporado una fórmula ecléctica, en la cual concurren elementos de las dos teorías explicadas en la sección 1.4, por lo que debemos señalar que la responsabilidad penal de la empresa asume una situación especial que no es ni propiamente autónoma respecto de los sujetos involucrados, ni exclusivamente vicarial.

Así lo plasma el art. 2[86] de la ley, el cual establece que las personas jurídicas responden por aquellos delitos que se han previsto taxativamente, cuando se hubieran realizado directa o indirectamente con su intervención, en su nombre, interés o beneficio.

Von Fischer y Papa, siguiendo a Yacobucci, precisan al respecto, que el legislador optó por el término “intervención” que importa una asunción de responsabilidad autónoma, es decir, por el hecho propio de la persona jurídica, teniendo en cuenta



que esta intervención debería materializarse mediante la actuación de sus socios con influencia suficiente para formar la voluntad social, o sus apoderados, o sus administradores, o incluso un gestor sin atribuciones para representar, pero cuya gestión fuera ratificada[87]. A su vez, la ley en su art. 6[88] establece que la persona jurídica podrá ser condenada con independencia de la o las personas humanas que hubieran intervenido, lo cual podría interpretarse como una limitación sustancial a la aplicación del criterio objetivo o vicarial[89].

Pero al parecer el artículo segundo merece una interpretación un poco más profunda, pues envuelve diferentes hipótesis respecto de los términos y expresiones utilizadas en el texto normativo.

La primera expresión que merece ser estudiada es la de “delito realizado”, pues si bien es utilizada en la Ley penal tributaria (por ej.), el sistema penal tiende a referir comúnmente a delitos cometidos o tentados. La incorporación de la palabra “realizado” no parece casual, pues descansa en la idea de que la persona jurídica no puede cometer un delito por sí, sino más bien, se trata de responsabilizar a la persona jurídica por el delito cometido por una persona humana[90].

La segunda precisión que merece la pena efectuar, es respecto de las palabras “directa o indirectamente”. No es lo mismo interpretar que los delitos fueron realizados directamente o indirectamente por la persona jurídica (ya sea con su intervención, en su nombre, en su beneficio o en su interés), que, por el contrario, interpretar que los delitos fueron realizados mediando intervención directa o indirecta de la persona jurídica, o que fueron realizados en su nombre, interés o beneficio.

Nos inclinamos por la segunda interpretación, pero seguimos a Carrio y Reussi[91], en cuanto a que los delitos pueden ser realizados sólo directamente con la intervención de la persona jurídica, es decir, a través de la representación orgánica de la voluntad social. Las razones que nos asisten son las siguientes: (i) la realización de delitos indirectamente con intervención de la persona jurídica pareciera ser una contradicción; (ii) no está relacionada al tipo de participación delictiva de la persona jurídica (siendo partícipe intervendría directamente); (iii) la vinculación contractual (agencia, distribución, etc.) con terceros que actúan en interés de la persona jurídica no expresan la voluntad social[92]. Por ende, es un mera extrapolación de un adverbio utilizado en los delitos contemplados por la ley, el cual se filtró y no fue debatido con vehemencia antes de culminar el debate parlamentario[93].

En suma, la persona jurídica puede ser responsable por los delitos realizados directamente con su intervención, por un lado, y, por los delitos realizados en su nombre, beneficio o interés[94]. Pareciere que la primera forma de realización se inclina entonces a un esquema de auto-responsabilidad, mientras que la segunda forma de realización se inclina a un esquema de responsabilidad vicarial.

Así como hubiéramos mencionado en la sección 1.4., la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por su intervención, podría atentar contra el principio de culpabilidad, pues una de sus reglas fundamentales, es la prohibición de culpar a un sujeto por el hecho de otro (y no puede escindir la actuación de la persona jurídica de las personas humanas que integran sus órganos).

Ante esto, la doctrina a favor de la auto-responsabilidad, es categórica al remitirse a: (i) los delitos de comisión por omisión (omisión impropia), dado que la persona jurídica es una ficción y no puede realizar acciones por sí misma, por lo que se la responsabiliza por no haber evitado que otras personas humanas comenten los ilícitos previstos en la ley; y (ii) la persona jurídica en su posición de garante, ya que debe prevenir y vigilar la comisión de delitos dentro de su estructura. De esta forma se está frente a un juicio de imputación objetiva, ya que la organización de la persona jurídica ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que en la normativa argentina se ve reflejado en la omisión de incorporar un programa de integridad -o su incorporación deficiente- o no controlar adecuadamente su funcionamiento, permitiendo la proliferación de conductas delictivas en el seno de la organización, que podría haber evitado[95].

Por otro lado, cuando se atribuye responsabilidad a la persona jurídica por la actuación “en su nombre”, se asume que ha mediado representación del ente ideal y por lo tanto se suma al esquema anterior el concepto de culpa in eligendo, ya que la persona jurídica podría ser responsable cuando la carencia de medidas adecuadas de selección y control del representante hubieren facilitado la comisión del ilícito. De todas formas, destacamos que bien podría incluirse en los programas de integridad, mecanismos adecuados para la selección de representantes.

Por último, se ha interpretado que al momento de atribuir responsabilidad por la actuación “en interés o beneficio”, sería necesario por un lado la ratificación por el órgano correspondiente de la persona jurídica (se presupone que el hecho fue realizado sin facultades de representación), y por otro lado, el hecho debe haber tenido lugar por la falta de medidas (o su indebida implementación) tendientes a evitar la comisión de delitos[96].

En suma, doctrina calificada ha concluido que

“...el objeto de análisis del juez penal no será una especie de Due diligence penal global de la compañía sino algo bastante más concreto: si la conducta delictiva individual que se enjuicia fue una conducta sobre la que no se ejercitaba control y debería habérselo ejercitado”[97].

## *2.2. Personas jurídicas alcanzadas*

Hasta aquí habíamos optado por hablar con indiferencia respecto de los términos “empresa”; “persona jurídica”; “ente moral”; “persona de existencia ideal”; “compañía”; “corporación”, etc. En esta sección es importante hacer algunas precisiones conceptuales al respecto.

En primer lugar, hemos de distinguir a la empresa de la persona jurídica, como ya lo hubiéramos hecho en algún trabajo anterior[98].

Por un lado, si bien hay más un concepto válido, podríamos definir a la empresa, como la actividad, organización y un patrimonio afectado al cumplimiento de determinados objetivos, los que pueden o no ser lucrativos[99]. La empresa es un objeto del derecho, en el sentido de conjunto de bienes, derechos y obligaciones, créditos y débitos, susceptibles de negociación y generadores de responsabilidad civil[100]. Por otro lado, se encuentra la persona jurídica, que es el sujeto de

derecho al que la actividad empresarial mencionada le es imputable, que normalmente suelen ser sociedades comerciales.

Los términos persona jurídica, ente ideal, ente moral, persona de existencia ideal, son todos sinónimos que refieren a la teoría de la ficción por la cual se crea un centro de imputación jurídica diferenciado de la o las personas humanas que la componen. El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCyCN"), define a la persona jurídica en el art. 141 como "...los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

Respecto de los términos compañía o corporación, son traducciones que derivan de la lengua inglesa, pues compañía refiere a company que sería el equivalente a una sociedad anónima en el Reino Unido, y corporación deviene de corporation que tiene el mismo significado pero en los Estados Unidos.[101] Por lo tanto, ambos vocablos refieren a sociedades comerciales, uno de los tipos de personas jurídicas que admite el ordenamiento argentino.

Hechas estas aclaraciones terminológicas, merece la pena enfocarnos en cuáles son las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 27.401.

En este sentido, la primera distinción que debe hacerse es entre las personas jurídicas de carácter privado y las personas jurídicas de carácter público, según el art. 145 del CCyCN. El artículo siguiente, 146, enumera taxativamente cuales son las personas jurídicas públicas a decir: (i) el Estado en sus tres niveles (nacional, provincial, y municipal); (ii) los entes autárquicos; (iii) Estados extranjeros; (iv) empresas extranjeras de carácter público; (v) la iglesia católica; (vi) organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica; (vii) organizaciones constituidas en la República Argentina a las que el ordenamiento les atribuya el carácter de personas jurídicas públicas.

Estas personas jurídicas de carácter de público, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley N° 27.401, en virtud del artículo primero de esta ley, el cual establece que el régimen de responsabilidad penal es aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.

Ahora bien, el CCyCN, también enumera cuales son las personas jurídicas de carácter privado en su art. 148, el cual especifica: (i) las sociedades; (ii) las asociaciones civiles; (iii) las simples asociaciones; (iv) las fundaciones; (v) los consorcios de propiedad horizontal; (vi) las mutuales; (vii) las cooperativas; (viii) las iglesias, confesiones comunidades o entidades religiosas; (ix) toda otra contemplada en disposiciones del código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento (como por ejemplo las asociaciones sindicales contempladas en la Ley N° 23.551).

El interrogante que se presenta es si esta ley resulta aplicable a todas las personas jurídicas privadas contempladas en el art. 148 del CCyCN. La respuesta en principio pareciera afirmativa, desde que luego del debate en el Congreso de la Nación, se decidió generalizar la categoría de sujetos alcanzados, puesto a que el Poder Ejecutivo Nacional había enviado un proyecto de ley que sólo se

circunscribía a las sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, mutuales y cooperativas[102].

### 2.3. Delitos contemplados

El artículo primero de la ley, establece cuales son los delitos por los cuales las personas jurídicas podrían ser responsables, a decir: (i) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (art. 258 y 258 bis del Código Penal); (ii) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del Código Penal); (iii) Concusión (art. 268 del Código Penal); (iv) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 (1) y (2) del Código Penal); y (v) Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Código Penal). De esta forma se adopta un sistema *numerus clausus*, dentro de los márgenes de la ley bajo análisis.

En este sentido, los últimos arts. de la Ley N° 27.401 se encargaron de modificar el art. 1 del Código Penal y los artículos que contienen los delitos mencionados, de manera tal que las disposiciones de la ley armonicen con las disposiciones del Código Penal.

Analizar en profundidad cada uno de los delitos contemplados por la ley excede los fines del presente, pero aprovechamos la oportunidad para hacer alguna mención respecto del bien jurídico tutelado y de la acción típica en cada uno de ellos.

Los primeros cuatro delitos se encuentran tipificados dentro del título once del Código Penal que refiere a los delitos contra la administración pública, mientras que el delito previsto en el art. 300 bis, se encuentra regulado en el último título referente a los delitos contra la fe pública.

En términos generales, el bien jurídico tutelado por el título once es el correcto funcionamiento de la administración pública (con algunas precisiones respecto de cada figura), y en cuanto a los delitos contra la fe pública el bien jurídico tutelado es la confianza que tiene la sociedad civil en la autenticidad y veracidad de ciertos instrumentos.

Previo a analizar someramente cada uno de los delitos previstos por el artículo primero, creemos necesario recordar que las figuras penales previstas requieren dolo directo (no eventual), es decir, que no existe la modalidad culposa para estos tipos penales.[103] Por ello, y en consonancia con el sistema de atributivo de responsabilidad previsto en el artículo segundo, la persona jurídica será responsable cuando una o más personas humanas incurran dolosamente en alguno de los delitos mencionados, en nombre, interés o beneficio del ente ideal, o bien cuando medie intervención de la persona jurídica.

#### (i) Cohecho y tráfico de influencias nacional

“Art. 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si

el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”[104].

En este delito el bien jurídico protegido es la administración pública, la que se ve afectada tanto con la conducta corrupta del funcionario como con la corruptora del que le ofrece u otorga una dádiva[105].

La acción típica de este delito consiste en “dar”, es decir, entregar; y “ofrecer”, es decir, prometer, lo que guarda concordancia con las conductas previstas por las formas de cohecho pasivo[106].

La entrega o promesa pueden efectuarse directa o indirectamente, según se realicen o no por medio de persona interpuesta, con lo cual podríamos hablar de varias hipótesis por las cuales la persona jurídica puede ser responsable por: (i) el actuar directo de su representante, que por aplicación de la teoría organicista, haría imputable su conducta directamente a la persona jurídica que con su intervención consume el delito; (ii) el actuar de sus agentes para la perpetración, en interés o beneficio de la persona jurídica; (iii) falta de incorporación o incorporación deficiente, de un sistema adecuado de prevención suficiente para evitar la comisión de delitos.

Si bien el tipo exige que la oferta surja del tercero, compartimos con D’Alessio que puede llegarse al acuerdo por propuesta del funcionario, ya que “...lo importante es que el tercero entregue u ofrezca la dádiva libremente, por propia decisión”[107].

#### Cohecho y tráfico de influencias internacional

“Art. 258 bis – Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta”.

En lo que respecta al cohecho y tráfico de influencias internacional, el bien jurídico tutelado tiene dos vértices. Por un lado, se pretende proteger la imparcialidad de los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones públicas internacionales, y por otro la transparencia en las transacciones de naturaleza económica, financiera o comercial[108].

En relación a las acciones, éstas son las de ofrecer u otorgar sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas.

Sin mayores ahondamientos compartimos la significación que otorga D'Alessio, siendo que "Ofrecer" es poner algo a disposición de alguien; y que "otorgar" es conceder algo.

Uno de los aspectos que diferencia al artículo bajo análisis, es lo que se puede ofrecer u otorgar, ya que además de sumas de dinero o dádivas, puede tratarse de favores, promesas o ventajas.

Así como lo mencionáramos en el artículo anterior, la acción puede ser ejecutada a través de terceras personas, a las que se les podrá aplicar el régimen de la participación criminal establecido por el Código Penal, dependiendo del criterio que se opte para atribuir responsabilidad a la persona jurídica.

#### (ii) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

"Art. 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales".

Al igual que en las figuras anteriores, el bien jurídico protegido es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, lo que en particular se tutela en esta figura, es el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos sea totalmente imparcial.

En cuanto a la acción típica, "interesarse" significa intervenir como parte, lo cual no implica simplemente ser parcial, sino que exige volcar sobre el negocio una pretensión de parte no administrativa.

La referencia al interés del funcionario público como sujeto activo del delito, está dirigido a la obtención de un beneficio que puede ser propio o de un tercero. La atribución del delito a la persona jurídica solo podría tener lugar en su calidad de partícipe en virtud del título VII del Código Penal, pero nunca autor, pues se trata de un tipo penal de autor calificado.

En relación al comentario que hicieramos del art. 2 de la Ley N° 27.401 en la sección 3.1., podríamos interpretar que la persona jurídica es responsable penalmente por su intervención directa, esto quiere decir por mediar un defecto en su organización, y como consecuencia de la falta de diligencia dirigida a incorporar un sistema de prevención y detección eficiente de delitos.

A su vez, también podría interpretarse que el tercero beneficiado del delito es la persona jurídica, siendo que el delito llevado a cabo a través de una persona humana, fue realizado en beneficio de la compañía, y que esta ha aceptado el mismo - expresa o tácitamente-. [109]

“El beneficio que reporta el delito debe guardar relación con un contrato u operación, términos que evidencian la necesidad de que se trate de actos con contenido económico. Ello otorga una mayor precisión en el contenido del interés o el beneficio que se analiza. En otras palabras, para que la persona jurídica sea pasible de imputación, la negociación incompatible debe haberse realizado en interés o en beneficio patrimonial directo de aquélla”[110].

### (iii) Concusión

“Art. 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción”[111].

Las exacciones ilegales[112] y la concusión dañan, en primer lugar, a la administración pública, que resulta ofendida por el comportamiento corrupto del funcionario, y en segundo lugar, al patrimonio del particular, que entrega algo por el temor que la autoridad pública infunde.

El delito presupone tanto la figura simple del art. 266, como la agravada del art. 267. Sólo podrá “convertir” quien ha intervenido -de alguna forma- en alguna de las exacciones descritas en los artículos antedichos.

Por ello, se ha sostenido que la norma contempla un delito de doble actividad: primero, el delincuente tiene que haber intervenido como autor o partícipe de alguna de las exacciones previstas en los arts. 266 y 267 del Cód. Penal y, segundo, añadir la conversión del producto obtenido en ellas en su provecho o en el de un tercero[113].

Cómo en el delito del art. 265, aquí,

“...el beneficio o interés de la persona jurídica (el “tercero” del art. 268 del Cód. Penal) es el provecho que hubiere obtenido (...) de las exacciones ilegales. Este provecho debe ser de carácter patrimonial, según se desprende de la lectura de los artículos comprendidos, y debe haberse obtenido como consecuencia de la exacción que lo precede”[114].

### (iv) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

“Art. 268 (1). - Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido”[115].

El interés jurídico que intenta proteger por este delito es la imparcialidad de la administración pública, que resulta atacada cuando los funcionarios públicos se valen de la función pública para lucrar o hacer lucrar a terceros[116].

Asimismo, la acción típica de esta figura consiste en utilizar con fin de lucro para sí o para terceros el objeto del delito.

Aquí también estamos frente a un delito calificado por el autor (como en el caso de las negociaciones incompatibles con la función pública), en el cual la persona jurídica podría ser partícipe como destinatario o beneficiario del lucro obtenido a través de la información o datos indebidamente transmitidos.

“Art. 268 (2) – Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

Lo que se protege es el decoro, la dignidad y la integridad de la administración pública, la imagen de transparencia de la administración y quienes la encarnan o, sencillamente, el deber de acreditar los motivos del enriquecimiento.

En pocas palabras, la estructura típica de este delito puede agruparse en dos, según se ponga el acento en el "enriquecimiento" en sí, o en la "no justificación" del enriquecimiento. La falta de justificación se describe como un tipo omisivo, y se sustenta en que si quien desempeña o desempeñó una función pública no justifica su enriquecimiento cuando le es requerido, afecta el interés social en que se mantenga clara su situación patrimonial. Por otro lado, puede interpretarse que este es un delito de comisión, en virtud del interés en la situación patrimonial de los funcionarios públicos, el que se ve afectado cuando se produce un enriquecimiento que no guarda relación con los ingresos legítimos del agente[117].

Algunos autores afirman que la acción típica consiste en haberse enriquecido de manera que no encuentra justificación lícita, es decir, que no consiste en la omisión de justificar el origen lícito de tal enriquecimiento[118].

Al igual que en el inc. 1 anteriormente comentado, el beneficio o interés es de carácter patrimonial. La persona jurídica puede jugar aquí, como de hecho suele ocurrir con frecuencia, como pantalla o persona interpuesta para ocultar al funcionario público enriquecido de manera ilegítima.

(v) Balance e informes falsos agravados

“Art. 300 bis. – Cuando los hechos delictivos previstos en el inc. 2º del art. 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los arts. 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado”.



Respecto de esta figura delictiva, resulta controvertido distinguir cual es el bien jurídico protegido, y como consecuencia, si se trata de un delito contra la Fe Pública como está considerado dentro del Código Penal, o si debería identificarse como delito contra el Orden Económico y Financiero. Lo cierto es que las actividades económicas y financieras, como las comerciales e industriales se trastocan, y tanto la hacienda pública como los mercados financieros conviven en el mismo espacio.[119] Por nuestra parte comulgamos con la idea de que el bien jurídico protegido es la confianza que tiene la sociedad civil en la autenticidad y veracidad de ciertos instrumentos.

En cuanto a la acción típica, que consiste en publicar, certificar o autorizar, siendo que los balances son emitidos por el órgano de administración[120] de la persona jurídica, el delito se consuma con la aprobación que realiza este. Aunque también el órgano de gobierno, podría constituirse en partícipe del mismo si hubieran conocido y consentido la falsedad de los balances (a menos que se pronuncien en contra en el marco de la asamblea que aprueba los mismos o tuvieran información insuficiente o errónea).

Por el término certificare se entiende la emisión de informes de auditoría, actividad que implica la emisión de una opinión profesional que tiende a generar mayor confianza por parte de los usuarios de los estados contables.

La falsedad o incompletitud de los estados contables, deben confrontarse e interpretarse de acuerdo a las normas que regulan los mismos como son los arts. 320 y ss. del CcyCN, la Sección IX de la Ley General de Sociedades N° 19.550, las normas contables aplicables tanto a nivel nacional como internacional (FACPCE, normas de la CNV, normas NIF, etc.).

Por último, la falsedad de los balances debe estar orientada necesariamente, a ocultar o encubrir cohechos o tráficos de influencias, esto quiere decir que aunque ambas actividades delictivas existan deben estar relacionadas, por lo que la investigación y prueba termina por rebozar de complejidad[121].

En este esquema se hace responsable a la persona jurídica por las conductas típicas llevadas a cabo por los sujetos calificados enumerados en el art. 300 inc. 2 del Cód. Penal, que terminan por comprometer al ente ideal, entendiendo que la comisión del hecho delictivo es en nombre y/o representación de la persona jurídica, en principio, pero que, a su vez, bien podría ser en interés o beneficio de esta. También es cierto que podría configurarse la auto-responsabilidad por falla en el sistema de detección y prevención de irregularidades.

#### *2.4 .Penas. Graduación y exención*

De acuerdo con el art. 7 de la legislación en boga, las penas aplicables a las personas jurídicas se diferencian de las previstas en el código penal que están destinadas a las personas humanas, tanto por motivos que responden a un fenómeno físico-natural, como por aquellos motivos de corte utilitarista que expusieramos en la sección 1.5.

Las penas previstas son las siguientes: (i) multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; (ii) suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de 10 (diez) años; (iii) suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios

públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estados, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; (iv) Disolución y liquidación de la personería jurídica cuando hubiese sido creada al sólo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; (v) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; (vi) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Respecto de las penas es menester hacer alguna mención respecto de la disolución y la suspensión de actividades de la persona jurídica. Si bien la disolución está prevista exclusivamente en los casos en que la persona jurídica hubiera sido creada a los fines de la comisión del delito, la suspensión de las actividades podría acarrear la subsecuente disolución por falta de operación, aun cuando medie la existencia de un grupo económico. Seguimos a Muñoz, en la opinión de que debemos apostar a la discrecionalidad judicial a la hora de imponer este tipo de penas.[122] A nuestro entender, los jueces deberían obrar con la diligencia de un juez concursal al momento de analizar el impacto de suspender la continuidad de la actividad empresarial, atendiendo a: los acreedores, los trabajadores, la cadena de pagos business to business, la provisión de bienes y servicios dentro de la comunidad en su conjunto, entre otros.

Conforme el art. 8 de la ley, los jueces podrán graduar las penas teniendo en cuenta los siguientes aspectos: (i) el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; (ii) la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; (iii) la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; (iv) la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; (v) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; (vi) el comportamiento posterior, la disposición para mitigar o reparar el daño y reincidencia.

Los criterios de graduación parecieran estar orientados en el sentido correcto, pero lo cierto es que como sostiene Castex, los jueces tienen demasiada libertad para determinar multas que podrían ser de gran cuantía y, como advirtiéramos ut supra, también podría afectar en forma grave el desenvolvimiento de la persona jurídica (disolución, suspensión, etc.)[123].

A su vez la ley prevé un sistema de exención de pena, de acuerdo al art. 9, en caso de haber: (i) realizado la espontánea “auto-denuncia” del ilícito; (ii) devuelto el beneficio indebido obtenido; (iii) implementado un programa de integridad.

Por supuesto que de acuerdo con una interpretación armónica con el art. 6, la exención de la pena sólo corresponde a la persona jurídica, por lo que las personas humanas involucradas en la comisión del delito no gozan de esta particular forma de exonerarse.

#### 2.4.1. Programa de Integridad

Los programas de integridad están directamente vinculados con el modelo de atribución de responsabilidad penal que incorpora la Ley N° 27.401 en su art. 2, pues son un instrumento necesario para ejercitar el debido control sobre la

organización empresaria, con el fin de evitar la perpetración de delitos en ocasión de la actividad de la empresa.

Asimismo, estos programas constituyen una herramienta para que las personas jurídicas privadas inculquen la “cultura del cumplimiento” en el seno de su organización interna, de modo tal que les permite acceder a los incentivos que prevé la norma, tales como la graduación o incluso exención de pena, e incluso estos programas pueden formar parte del contenido de un acuerdo de colaboración eficaz para atenuar la pena (arts. 16 a 21)[124], o bien ser necesarios, como es el caso de la contratación con el Estado Nacional conforme el art. 24 (ver sección 4.3.1).

En este sentido, los programas procuran evitar o mitigar la comisión de delitos. Deberían contribuir a la disuasión de conductas ilícitas de los miembros de las empresas, eliminar o limitar relaciones con terceros “no confiables”, incorporar mecanismos de investigación y control interno que permitan detectar la comisión de delitos antes que la autoridad, para poder acceder a la figura de la “auto-denuncia”, por ejemplo.

No es menos cierto que al analizar el sistema mixto de atribución de responsabilidad previsto en el art. 2 de la norma, advertimos que la doctrina ha tratado de sortear el obstáculo que representa el principio de culpabilidad a la hora de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por el hecho de personas humanas, y se ha servido de un factor de imputación objetiva por la creación del riesgo para ello. En la legislación bajo análisis, el riesgo se crea por la omisión de ciertos deberes de prevención y vigilancia, y como mencionáramos en la sección 2.1. parte de la doctrina argentina ha destacado que este tipo de omisión se plasman en la no implementación (o implementación deficiente) de un programa de integridad y/o la falta de control de su cumplimiento.

Conforme con la ley bajo análisis, los programas deben cumplir como mínimo con los siguientes requisitos que establece el art. 23 primera parte: (i) un código de ética o de conducta[125] y/o manual de procedimientos de integridad que guíen la planificación y ejecución de las tareas de los directores, administradores y/o empleados de la empresa; (ii) un manual de procedimientos para prevenir delitos en el ámbito de los procesos licitatorios estatales[126]; (iii) capacitaciones periódicas con relación al programa de integridad para directores, administradores y empleados.

Sin carácter vinculante, el mismo art. 23 establece que el programa de integridad podrá ser considerado más eficiente, si prevé: (i) análisis periódicos de riesgos; (ii) apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la dirección y gerencia; (iii) canales internos y seguros de denuncia de irregularidades (abiertos a terceros y adecuadamente difundidos); (iv) política de protección de denunciantes contra represalias; (v) procedimientos internos de investigaciones y disciplinarios ante eventuales violaciones del código de ética o conducta; (vi) procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios (incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial); (vii) la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones; (viii) el monitoreo y evaluación continua del programa; (ix) un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad; (x) cumplimiento de exigencias reglamentarias que sobre

estos programas dictan las autoridades que rijan la actividad de la persona jurídica.

Seguidamente, y contemplando el inciso final del art. 23, el Poder Ejecutivo Nación emitió el decreto 277/2018, el cual en su art. 1 asigna la tarea de establecer los lineamientos y guías para el cumplimiento de los arts. 22 y 23 de la Ley N° 27.401, a la Oficina Anti-corrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En este sentido, en octubre de 2018, la Oficina Anti-corrupción emitió la resolución 27/2018 la cual contiene los “Lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad de las Personas Jurídicas”. Se trata de un minucioso y detallado manual que busca disuadir

“...la posibilidad de que sus protagonistas caigan en la tentación de persistir con la actividad delictiva práctica de beneficiarse espuriamente en confabulación con el Gobierno o, más bien dicho, con los funcionarios de turno, casi siempre protegidos por su embozada máxima autoridad”[127].

Sin ánimos de hacer un análisis exhaustivo del cuerpo reglamentario, vale la pena destacar que se intenta delimitar el alcance “ideal” del programa de integridad dependiendo de la envergadura de la organización, la actividad que desarrolla, y su capacidad económica, distinguiendo a la pequeña y mediana empresa de las grandes empresas, como también ponderando el nivel de riesgo que conlleva la consecución de sus cometidos (por ejemplo), lo cual es un aspecto que celebramos.

Volveremos sobre algunos aspectos de esta resolución en la sección 4.3.1, al analizar la importancia de los procesos de debida diligencia anti-corrupción en ocasión de negocios corporativos.

### **Capítulo III. La responsabilidad penal “sucesiva” en ocasión de negocios corporativos [\[arriba\]](#)**

En este capítulo estudiaremos el tratamiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en ocasión de maniobras de índole societaria o corporativa, que se ha calificado en la Ley N° 27.401 como “responsabilidad penal sucesiva”. A modo de introducción permitansenos algunas líneas en relación al génesis y a la importancia del instituto, previo a desarrollar sustancialmente el mismo.

La responsabilidad sucesiva como tal, viene de la figura successor liability acuñada por el derecho norteamericano. No nos sorprende -adelantamos- que la doctrina norteamericana ya haya catalogado dicho término como impreciso y parte de ella prefiere hablar de “successor identity”, es decir, identidad del sucesor[128].

Esto se debe a que los negocios corporativos que permiten a las compañías reorganizarse son amplios y variados, y las compañías -en su mayoría- tienen pleno conocimiento de ello. No es secreto que las empresas tratarán de usar todas las herramientas que brinda el ordenamiento para administrar sus responsabilidades, entre ellas las penales.

Tanto ello es así, que muchas de las maniobras corporativas posibles quizás no dan lugar a una responsabilidad sucesiva en sí, y esto decididamente conduce a los operadores jurídicos a realizar un análisis pormenorizado de las posibles formas de

eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica y distinguir cuando se está frente a responsabilidad sucesiva y cuando no es así.

En este escenario, estando la legislación en plena vigencia, los interrogantes cada vez son más, y las respuestas no son unívocas.

### *3.1. Las “zonas grises” emergentes de los diferentes términos utilizados en el art. 3 y en el art. 23 (7) de la Ley N° 27.401*

Habiendo tratado en el primer capítulo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en términos generales, y presentados los principales aspectos generales que trae consigo la nueva Ley N° 27.401 en el capítulo segundo, en este tercer capítulo nos abocaremos a desarrollar uno de los objetivos principales que tiene el presente trabajo. Así, nos proponemos ahondar en el tratamiento del instituto de la responsabilidad sucesiva regulado en el art. 3 de la Ley N° 27.401 el cual establece:

“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”[129].

Entendemos que la responsabilidad sucesiva es concebida como una forma de garantizar que las personas jurídicas se vean impedidas de eludir su responsabilidad penal, a través de determinados negocios corporativos[130].

En este orden de cosas, de la lectura del mencionado artículo, pareciera que el traspaso de la responsabilidad penal tiene lugar en casos de transformación y reorganización societaria previstos en la Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”). No obstante ello, cuando la ley trata el contenido de los programas de integridad que mencionáramos en la sección 2.4.1, más precisamente el art. 23 inciso VII, la norma sugiere que los programas podrían contener, entre otros elementos, “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”[131].

Creemos necesaria la interacción que existe entre las modificaciones o reorganizaciones societarias y las tareas de debida diligencia (incluida la materia anti-corrupción), pero adelantamos que esto no significa que la interpretación de los artículos mencionados debería ser decididamente armónica, ya que el artículo tercero establece supuestos atributivos de responsabilidad, mientras que el art. 23 inc. 7 apunta a un proceso de debida diligencia anti-corrupción[132].

Igualmente, la doctrina advirtió rápidamente las diferencias terminológicas entre estos dos pasajes de la ley[133], denotando, en palabras de Papa, “zonas grises” en atención a su carácter novedoso[134].

Así, en las siguientes secciones, nos proponemos en primer lugar, intentar esclarecer términos -que connotan verdaderos institutos- como el de la transformación societaria, procesos de reorganización (fusión, escisión)

expresamente previstos, qué se entiende por “...otras modificaciones societarias...”, y por adquisición.

En un segundo plano, nos proponemos echar luz sobre los diferentes escenarios de transformación, modificación y reorganización societaria posibles, establecer diferencias entre ellos, y apreciar la posibilidad de aplicación del instituto de la responsabilidad penal sucesiva a dichas operaciones.

A su vez, expondremos como se ha tratado la temática en el derecho comparado latinoamericano, -cuyas raíces emanan del common law americano- y haremos mención a algunos casos relacionados con la transmisión de responsabilidad penal en virtud de determinadas operaciones.

Por último, haremos alguna valoración respecto del anteproyecto de reforma al código penal del año 2018, que incorpora el instituto en su articulado, con algunas modificaciones que merecen ser comentadas.

### *3.2. Operaciones societarias mencionadas en la Ley N° 27.401*

#### *3.2.1. Transformación*

Los motivos por los cuales una sociedad decide transformar su tipo social son de variada índole: (i) jurídico (atenuación o ampliación de la responsabilidad); (ii) económico (ampliación o atenuación de la dimensión de la empresa); (iii) fiscal (atenuar la presión tributaria); y, (iv) conservación de la empresa (evitando la disolución), por mencionar algunos[135].

La sección décima de las disposiciones generales de la LGS, trata en su art. 74[136] la transformación de las sociedades.

En pocas palabras podría decirse que, en el caso de una transformación, una sociedad cambia de tipo societario, es decir, su forma jurídica. Esto de ninguna manera implica su disolución, ni la constitución de una nueva sociedad, por lo que sólo significa una modificación estatutaria a través de una decisión tomada por el órgano de gobierno, más su posterior inscripción registral de acuerdo a lo previsto por el art. 77 de la LGS, a los efectos de su oponibilidad y de evitar la caducidad prevista en el art. 81 del mismo micro-sistema normativo.

Por este motivo, puede afirmarse que la sociedad que ha cambiado de tipo social sigue siendo el mismo sujeto de derecho, conservando su individualidad jurídica y por lo tanto mantiene sus derechos y obligaciones preexistentes a la transformación, es decir que no hay una transferencia del patrimonio social. Así asevera Balbín, “...en la transformación lo substancial no es el sujeto sino la empresa, la que se reorganiza ajustada ahora al traje del nuevo tipo escogido”[137].

Previo a analizar lo que sucede con la responsabilidad penal en casos de transformación, resulta relevante hacer mención al art. 162 del CCyCN[138], ya que como hacíamos referencia en la sección 2.2., la Ley N° 27.401 resulta aplicable a toda persona jurídica privada, y no sólo a sociedades. Este artículo constituye una norma de remisión, por lo que la transformación, así como la fusión

y la escisión, serán factibles siempre que estén previstas en el CCyCN o en la legislación especial[139].

En lo que respecta al instituto de la transformación en general, y en particular, el contenido en la LGS, sólo es aplicable a sociedades regularmente constituidas - incluidas las Sociedades Anónimas Simplificadas, en virtud del art. 39 in-fine y el art. 61 de la Ley N° 27.349[140]- y a las asociaciones civiles (en virtud del art. 3 de la LGS). La exclusión de otras personas jurídicas se da por aplicación genérica y literal del art. 74, y en casos especiales como las cooperativas (prohibido expresamente por el art. 6 de la Ley N° 20.337), o fundaciones (por su condición no asociacional[141], y por carecer de un órgano soberano que pueda decidir al ser un solo patrimonio de afectación carente de voluntad)[142] o aquellas personas jurídicas que se crean con propósitos específicos, que difícilmente podrían mutar en otro tipo de ente como son las mutuales, sindicatos, consorcios de propiedad horizontal, o entidades religiosas, que incluso poseen un organismo registral diferente a las sociedades, fundaciones y asociaciones. Aún las sociedades de la sección IV (que engloba a las antiguas sociedades irregulares, de hecho, y entendemos que civiles -no transformadas ni subsanadas-), no podrían acceder a este instituto sin primero subsanar su situación jurídica.

#### 3.2.1.1. Responsabilidad penal sucesiva en ocasión de una transformación

Cómo hemos mencionado en la sección anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia consolidada, es unánime al tratar al instituto de la transformación como un mero cambio de forma jurídica (de tipo social), con la característica sustancial de que el ente conserva íntegra su personalidad moral originaria[143], y como consecuencia su individualidad jurídica permanece inalterable.

De esta forma nos preguntamos si realmente puede hablarse de responsabilidad “sucesiva”, ya que no hay una nueva persona jurídica resultante u absorbente, solo una modificación estatutaria relativa al tipo social, como también lo podría ser un cambio de denominación, o una modificación del objeto social.

Si bien el instituto de la transformación toca de lleno el alcance de la responsabilidad de los socios, pues esta se ve afectada directamente por el cambio de tipo, poco o nada tiene que ver con la responsabilidad que pudiere recaer sobre el ente ideal. Aun así, la LGS contiene previsiones sobre la responsabilidad de los socios en caso de transformación en los arts. 75 y 76.

Una posible interpretación doctrinaria análoga podría radicar en la responsabilidad laboral en relación a la “transferencia de establecimiento”, prevista en la Ley de Contrato de Trabajo. En estos casos la mayoría de la doctrina ha entendido que las transformaciones societarias no están alcanzadas por la transferencia de establecimiento, ya que “...no sólo hay permanencia del mismo sujeto moral - aunque con un tipo social distinto-, sino que hay una continuidad patrimonial que impide el licuamiento de la responsabilidad laboral”[144].

Podríamos concluir entonces, que, la responsabilidad penal que recae sobre una persona jurídica por la comisión de alguno de los delitos previstos en la Ley N° 27.401 con anterioridad a la transformación societaria, no se traslada a una nueva persona jurídica de manera “sucesiva”, sino más bien, la persona jurídica que ha cambiado de tipo social (por ejemplo de S.A. a S.R.L. por cuestiones tributarias), conserva la responsabilidad penal que le fuera atribuida durante su vida como S.A.

pues continua siendo el mismo sujeto de derecho ahora que fue transformado en S.R.L.

### 3.2.2. Fusión

El instituto de la fusión por su parte, es motivado por exigencias de orden económico, tendientes a la reunión, y giro único de dos o más compañías, que, con anterioridad a la fusión desarrollaban actividades de forma separada, y que a posteriori, llevan a cabo sus actividades de manera conjunta, en un solo cuerpo societario. Podría afirmarse también, que la fusión permite la consolidación de las fuerzas productivas, y financieras, en orden a obtener mayor rentabilidad y liquidez, así como mejorar su gestión y competitividad, evitando la concurrencia o superposiciones ineficientes.

Dice Otaegui que la fusión,

“...es el acto mediante el cual los patrimonios de dos o más sociedades fusionantes se unifican en un solo patrimonio y consecuentemente, en lugar de coexistir varias personas jurídicas o sujetos de derecho, existirá en lo sucesivo una sola persona jurídica o sujeto de derecho llamada sociedad fusionaria”[145].

En estas operaciones se produce un canje en los títulos representativos de la participación social, a una tasa predeterminada, lo que se conoce como operaciones stock-for-stock[146].

El art. 82 primera parte de la LGS[147], establece dos modalidades de fusión.

El primer modo, constituye el nacimiento de una nueva persona jurídica distinta de las sociedades fusionantes, de manera tal que las dos sociedades que se unen se disuelven, y sin liquidarse forman una nueva sociedad[148]. Para autores como Verón, esta fusión “impropia” equivale a una mera transmisión de bienes, y se la ha conocido bajo diferentes nombres: fusión por consolidación, por creación, por constitución, o por combinación[149].

Por otro lado, la otra alternativa prevista por la norma, es la denominada fusión por absorción, donde la sociedad absorbente conserva su individualidad jurídica, pero la sociedad absorbida se disuelve sin liquidarse para incorporarse a la absorbente.

Como consecuencia del proceso de fusión, en virtud del art. 82 segunda parte de la LGS[150], se produce la transmisión a título universal del patrimonio social, es decir, todos los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, por lo cual el proceso liquidacional está ausente[151] en las sociedades absorbidas o fusionantes. En este sentido, se genera una “unificación de los patrimonios (confusión de patrimonios) en una nueva universalidad que es el nuevo patrimonio...”[152] de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, a partir de su inscripción en el Registro Público del acuerdo de la fusión, o del contrato de la nueva sociedad o del aumento de capital efectuado por la incorporante -absorbente-.

Antes de pasar a analizar la responsabilidad penal sucesiva en ocasión de una fusión, nos resta aclarar que el instituto de la fusión no sólo se encuentra acotado a las sociedades comerciales, por aplicación del mencionado art. 162 del CCyCN que invocáramos al tratar la transformación. De todas formas, compartimos con



Alterini la consideración de la aplicación supletoria de la LGS a otros casos de fusión previstos en el ordenamiento jurídico argentino[153].

En este sentido, la Ley N° 20.337 que regula a las cooperativas, no sólo prevé que se aplican supletoriamente las reglas de la S.A. contenidas en la LGS, sino que expresamente ha incorporado en sus arts. 83 y 86 inc. 4, a la fusión por incorporación. Sin perjuicio de ello, no hay que perder de vista que las Cooperativas tienen su propio registro donde deben inscribirse las fusiones (INAES).

Asimismo, las asociaciones mutuales también pueden fusionarse entre sí, siempre que obtengan la aprobación del Instituto Nacional de Acción Mutua, según lo regula el art. 30 de la Ley N° 20.321.

También las fundaciones pueden fusionarse entre sí, cuando se den las circunstancias previstas en el art. 223 del CCyCN y de acuerdo con las mayorías necesarias exigidas por el art. 216 del mismo cuerpo normativo.

#### 3.2.2.1. Responsabilidad penal sucesiva en ocasión de una fusión

Siendo que en virtud del art. 82 segunda parte LGS, todos los derechos y obligaciones se transmiten desde las sociedades fusionantes o absorbidas -según el caso- a la fusionaria o absorbente, integrando entre ellos: contratos, bienes registrables, créditos y deudas, derechos sobre propiedad intelectual o industrial, etc., pareciera, prima facie, que la responsabilidad penal también se transferiría.

No obstante ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han puesto en duda la transmisión de responsabilidad que recaía sobre las sociedades fusionantes o absorbidas con anterioridad a la fusión. Otaegui se refirió más precisamente a las obligaciones “infracionales” de las cuales emerge responsabilidad por algún ilícito[154].

Al respecto, la CSJN, en el fallo “Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c. Orígenes AFJP”, estableció que la fusión “...no hace fenecer las responsabilidades pendientes en la medida que las sociedades fusionadas sobreviven en la realidad jurídica y económica, transformadas e integradas en la empresa absorbente”[155].

En este sentido, concluye Veron, que la sociedad resultante u absorbente, como sucesora debe afrontar las penas y responsabilidades por delitos y contravenciones cometidas por la sociedad absorbida, pues la fusión es una forma de reorganización empresaria y no la liberación de sanciones[156].

A modo de ejemplo de esta línea interpretativa, podríamos citar un fallo de la Cámara Nacional Contenciosa Admin. Sala IV[157], que estableció improcedente la disolución por fusión de una sociedad, como causal de extinción de la acción penal que llevaba la Administración Nacional de Aduanas contra la sociedad absorbida, pues la responsabilidad subsiste y se traslada a la sociedad absorbente.

Hoy en día, a través de la sanción de la Ley N° 27.401, se zanja por vía legislativa la discusión sobre la transmisión de responsabilidad -al menos penal y por los delitos previstos en la ley- en ocasión de una fusión, debido a que en estos casos se está ante una verdadera responsabilidad sucesiva, que se traslada desde un sujeto

de derecho a otro, y por lo tanto a un nuevo centro de imputación jurídica diferenciado del anterior.

Conforme lo expuesto, consideramos acertado el texto del art. 3 de la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica, en honor a que en los casos de fusión media una clara sucesión en la responsabilidad penal por la comisión de delitos previstos en el art. 1, que migra desde una (o más de una) persona jurídica hacia otra.

#### 4.2.3. Escisión

Por contrario a la fusión, la escisión es el instituto que se presenta como un medio de desconcentración, e implica el "...desdoblamiento de una persona jurídica en varias..."[158], es decir, es una forma de reorganización de la persona jurídica -escidente-, en distintas personas jurídicas independientes entre sí -escindidas- y de la persona jurídica de la cual se han escindido[159].

Los motivos por los cuales una persona jurídica decide escindirse son diversos, pero podríamos mencionar entre los más relevantes: (i) obtención de beneficios fiscales; (ii) segmentar la empresa según sus unidades de negocio, en orden a maximizar las potencialidades; (iii) evitar la aniquilación de la persona jurídica por problemas internos entre sus participantes; (iv) dividir riesgos patrimoniales[160].

En este orden de ideas, la LGS prevé en su art. 88 primera parte[161] cuatro supuestos de escisión, distribuidos en tres apartados: (i) cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes (escisión por absorción); (ii) cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para participar con otras sociedades en la creación de una nueva sociedad (escisión fusión); (iii) cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas (escisión - escisión); y, (iv) cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades (escisión división).

Para una mejor comprensión del instituto pasamos a tratar brevemente las características distintivas de cada uno de los tipos de escisión:

##### (i) Escisión - absorción.

En este caso la sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para ser absorbido por una sociedad existente, lo que quiere decir que la sociedad escidente reduce su patrimonio[162] y en consecuencia la sociedad absorbente incrementa su capital social.

##### (ii) Escisión - fusión.

El escenario es similar al anterior, pues la sociedad no se disuelve, sino que destina parte de su patrimonio para ser escindido. La diferencia radica en que el patrimonio escindido es destinado a la creación de una nueva sociedad, en acuerdo con sociedades existentes.

##### (iii) Escisión - constitución.

Esta forma de escisión opera cuando la sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio a constituir una o varias sociedades. Es al menos interesante referir a esta figura, como una manera de desarmar las “sociedades de cómodo”, que eran necesarias antes de la reforma de la LGS que incorporó a la sociedad unipersonal con la sanción de la Ley N° 26.994.

(iv) Escisión- división.

En este escenario la sociedad sí se disuelve, pero no se liquida, para constituir con todo su patrimonio nuevas sociedades. Este supuesto guarda similitud con el instituto de la fusión que tratáramos en la sección 3.2.2.

Dicho esto, y previo a analizar la responsabilidad penal en ocasión de una escisión, recordamos la aplicación del art. 162 del CCyCN a la escisión de personas jurídicas siempre y cuando este previsto en la ley, y que resulta de aplicación supletoria el art. 88 de la LGS.

#### 3.2.3.1. Responsabilidad penal sucesiva en ocasión de Escisión

En contraste con los institutos de la transformación y la fusión, la escisión presenta diferentes formas con diferentes consecuencias en lo que respecta a la subsistencia de la persona jurídica, y por supuesto esto repercute directamente en la atribución de responsabilidad y su potencial traslado.

En los primeros tres escenarios de escisión (absorción, fusión y constitución), la persona jurídica escidente no se disuelve, sino que solamente reduce su patrimonio, con la finalidad de que: (i) el patrimonio escindido sea absorbido por una sociedad existente; (ii) cree en conjunto con otra sociedad existente una nueva sociedad; o (iii) tal patrimonio se afecte a la constitución de una o varias sociedades, sin la participación de otra sociedad existente. De tal forma, la responsabilidad penal que pudiera haber engendrado la persona jurídica escidente (que no se disuelve), permanece.

Ahora bien, de lo que no se puede estar seguro es en qué proporción permanece dicha responsabilidad con la persona jurídica escidente, siendo que parte de sí, luego de la escisión, es parcial o totalmente otra persona jurídica, y, por lo tanto, nos preguntamos, por un lado, si existe responsabilidad sucesiva de la sociedad resultante de la escisión, y, por otro lado, en qué proporción se trasladaría dicha responsabilidad.

En primer lugar, a los fines de develar si hay responsabilidad sucesiva de la sociedad resultante, consideramos que este tipo de operaciones deben analizarse a la luz de la segunda parte del art. 3 de la Ley N° 27.401. Pese a la confusa redacción del artículo creemos que la intención del legislador fue atribuir responsabilidad sucesiva en los casos de escisión sin disolución de la escidente, por lo que a nuestro entender habrá responsabilidad sucesiva siempre y cuando la - o las - persona jurídica resultante, “..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”[163]. Siguiendo este razonamiento, la responsabilidad sucesiva de la persona jurídica resultante de la escisión, quedaría supeditada a que ésta: (i) continúe la actividad económica; y (ii) mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados o de la parte más relevante de todos ellos. En caso de que estos supuestos no se verificaren,

pareciera que no existiría traslado ni extensión de responsabilidad hacia la persona jurídica resultante, permaneciendo responsable la sociedad escidente cuyo patrimonio sólo se ha disminuido. Analizaremos en detalle el segundo párrafo del artículo tercero en la sección 3.2.5.

En segundo lugar, cabe preguntarse sobre el grado de responsabilidad que tendría cada una de las personas jurídicas (escidente - escindida), es decir, si la responsabilidad podría escindirise también[164], o si por el contrario la intención del legislador ha sido establecer la solidaridad entre ambas compañías para hacer frente a la responsabilidad penal.

En este último sentido, una reciente opinión doctrinaria ha entendido que, justamente, el legislador ha optado por hacer responsable en forma solidaria a la sociedad adquirente.[165] Esta línea interpretativa, podría encontrar análogas interpretaciones en algunos compartimientos del ordenamiento jurídico a modo de ejemplo: Ley N° 11.683 en su art. 8 inc. e), o en la Ley N° 20.744 art. 228), ya que en estos se prevé la solidaridad entre ambas partes cuando media transferencia de activos y pasivos.

Al respecto vale hacer una mención al derecho comparado, ya que, por su parte, el derecho chileno, ha incorporado este instituto en el art. 18 de la Ley N° 20.393, y establece expresamente que en casos de división, las personas jurídicas resultantes son solidariamente responsables del pago de las multas impuestas[166].

Lo cierto es que en el caso del art. 3 de la Ley N° 27.401 de nuestro ordenamiento, nada se dice respecto de la solidaridad, y a nuestro entender, de los principios generales del derecho emana que lo que se presume es la simple mancomunación y no la solidaridad -tal y como lo dispone el art. 828 del CCyCN en la sección relativa a las obligaciones-, por lo que tampoco podría ser inducida por analogía. No obstante, advertimos la incidencia que esta línea interpretativa podría tener en el proceso de Due diligence anti-corrupción. Volveremos sobre este punto en el capítulo 4.3.

Por contrario imperio a esta opinión doctrinaria, que esgrime la solidaridad entre las personas jurídicas (escidente - resultante), encontramos el criterio de la proporcionalidad en la atribución de responsabilidad.

Si bien esta posición abriría un amplio espectro de discrecionalidad judicial, entendemos que quedaría en manos del juez determinar la proporción en que la responsabilidad penal debe ser transferida. Por supuesto que más de una voz se alzaría y lo pondría en duda, pues ¿Cuánto conocimiento puede tener un juez en lo penal respecto de reestructuraciones societarias complejas?

De todas formas, pareciera que el análisis podría reducirse a un estudio comparativo de la composición patrimonial, antes y después de la reorganización, de manera tal que pueda determinarse cuanto de la persona jurídica originariamente responsable del delito fue trasladado a la persona jurídica resultante, y en función de ello, determinar el grado de responsabilidad de cada una de ellas.

Sin dudas es una labor complicada, más si lo pensamos desde la óptica clásica del juez penal, pero así pareció quererlo el legislador español cuando diseñó la responsabilidad penal sucesiva de personas jurídicas.

El art. 130 segunda parte del Código Penal español, establece que “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”[167]. Así, incorporó el criterio de la proporcionalidad, y ninguna mención se hizo respecto de la solidaridad.

No obstante lo expuesto, creemos que esta interpretación también guarda sentido, por ejemplo, cuando una misma persona jurídica está de hecho diversificada internamente en varias unidades de negocios, las cuales podrían ser escindidas e incluso mantener clientela, proveedores, empleados, etc., sustanciales para dicha unidad.

Con esto queremos decir que si una unidad de negocio de una compañía, con un producto o servicio específico, con una gerencia específica, con dependientes cuyas tareas están únicamente relacionadas con dicho producto o servicio, es escindida, podría analizarse también qué grado de relación guarda la unidad de negocios con el delito perpetrado que originó la responsabilidad, y no sólo limitarse a comparar patrimonios.

Claro está que, si ya de por sí resulta algo ambicioso pretender que un juez penal (aun en materia penal económica) analice reestructuraciones societarias para determinar responsabilidades penales de personas jurídicas, más ruido genera el hecho de que un agente del ministerio fiscal, intente develar si una unidad de negocio tuvo participación en la perpetración del delito y qué grado de participación podría haber tenido. No obstante, a estos efectos podríamos ejemplificar algunas consideraciones: si el programa de cumplimiento funcionó respecto de esta unidad, si sus gerentes o dependientes estuvieron involucrados en el ilícito, si medió denuncia del ilícito desde la unidad de negocios, entre otros.

Por último, en relación al cuarto supuesto de escisión - división descrito someramente en la sección 3.2.3. (iv) no haremos mayores disquisiciones, debido a que la sociedad se disuelve sin liquidarse y transfiere la totalidad de su patrimonio a otra -u otras- sociedad, por lo que resultan aplicables las mismas consideraciones que hicieramos respecto de la fusión en la sección 3.2.2.1.

#### 3.2.3.2. Escisión Impropia

El nuevo proyecto de reforma a la Ley General de Sociedades, presentado en el senado de la nación durante el mes de junio de 2019, incluye algunas novedades como lo es el caso de la escisión impropia. El art. 88 bis del proyecto establece que, mediante este tipo de escisión -impropia- la sociedad destina parte de su patrimonio a la creación de una nueva sociedad de la que será socia la propia sociedad y no sus socios, salvo que se disponga que una parte de las participaciones sociales sean atribuidas a ellos. Es importante remarcar que le serán aplicables las disposiciones del art. 88 de la LGS.

Ante este caso la responsabilidad penal de la persona jurídica en ocasión de una escisión impropia, podría asimilarse a los casos de la escisión sin disolución, pues la

persona jurídica escidente continuará existiendo luego de la escisión por más que sea socia de la nueva sociedad escindida.

Si no se hiciera responsable penalmente a la nueva sociedad, ya sea por vía de la solidaridad o por vía de la proporcionalidad, haciendo uso de los criterios de interpretación expuestos en la sección 3.2.3.1., se estaría observando una figura muy simple para la evasión de este tipo de responsabilidades.

#### 3.2.4. Adquisición

Previo a analizar el instituto de la responsabilidad sucesiva, en ocasión de la adquisición de una empresa, es necesario hacer alguna breve distinción entre las diferentes formas de adquirir una empresa. En este sentido la doctrina distingue a grandes rasgos, dos formas de adquirir una empresa o parte de ella.

Por un lado, la enajenación y transferencia de las participaciones sociales, comúnmente instrumentado mediante un contrato de compraventa, y, por otro lado, la transferencia de los activos, comúnmente instrumentado bajo un contrato de compraventa o bien bajo la transferencia del fondo de comercio.

##### (i) Transferencia de participaciones sociales

Así como expusieramos en la sección 2.2., la empresa es objeto de derecho y pertenece a la persona jurídica -sujeto de derecho- y no a sus socios. Así, cuando se enajenan las participaciones sociales de una sociedad - en todo o en parte-, la empresa sigue siendo de la persona jurídica, esta es la titular del patrimonio y quién responde por el pasivo frente a terceros acreedores. Por lo tanto el negocio por el cual se instrumenta la transferencia, sólo engloba la transferencia del carácter de socio, por lo que implica sustituir la calidad de socios de un sujeto por otro, desplazándose la legitimación que tal carácter otorga[168].

##### (ii) Transferencia de activos

A diferencia de lo que sucede con la transferencia de participaciones sociales, donde se transfiere la posición de socio o accionista, al transferirse los activos de una sociedad hacia un tercero, la persona jurídica enajenante subsiste, sin disolverse y con capacidad para “re-patrimonializarse”. Por lo general estos negocios se instrumentan mediante un contrato de compraventa, o bien a través de la transferencia del fondo de comercio[169].

#### 3.2.4.1. Responsabilidad penal sucesiva en ocasión de una adquisición

En esta sección replotamos con mayor vehemencia el debate que expusieramos en la sección 3.1., al comienzo de este capítulo. La vaguedad terminológica, sumado a una redacción confusa (y adelantamos, una adaptación poco coherente del derecho comparado) ha generado incertidumbre en la doctrina en lo que respecta a la transmisión de responsabilidad penal en virtud de operaciones tendientes a la adquisición de empresas o partes de ellas, conduciendo a diferentes interpretaciones.

A continuación, exponemos las interpretaciones que hasta el momento ha realizado la doctrina, y presentamos una clasificación a los efectos de poder diferenciar rápidamente cada uno de los lineamientos.

(i) Tesis sistemática

Una parte de la doctrina advierte -entre otros criterios a tener en cuenta- la necesidad de una interpretación integral y armónica entre el art. 23 inc. 7 y el art. 3 de la Ley N° 27.401. Por consiguiente, el primero al hablar de los elementos del programa de integridad, menciona la incorporación de la debida diligencia en procesos de adquisiciones, mientras que el art. 3, al hablar de la responsabilidad sucesiva, comprendería a las adquisiciones de participaciones sociales, dentro de la expresión genérica "...cualquier otra modificación societaria"[170]. En conclusión, esta posición doctrinaria aboga por incluir al supuesto de adquisición de participaciones sociales dentro de la figura de la responsabilidad sucesiva, valiéndose de un criterio interpretativo que llamaremos "tesis sistemática", pues media una necesaria sinergia entre los pasajes de la ley para otorgar el sentido deseado.

(ii) Tesis extensiva

Otro pronunciamiento de la doctrinaria, hizo mención a la interpretación consistente e integral de todo el texto legal, más no tomó partido por esa línea de razonamiento. De todas formas fue advertido que podría percibirse a las adquisiciones (referidas en el mentado art. 23 inc.7) como incorporadas bajo una interpretación extensiva de la expresión "...persona jurídica absorbente..." del art. 3.[171] A los fines de diferenciarla de la tesis sistemática, identificaremos a esta línea interpretativa con el nombre de "tesis extensiva", pues si bien adelantamos que jurídicamente absorber no es lo mismo que adquirir, podría interpretarse de forma amplia que como resultado de una adquisición de empresas haya una persona jurídica que absorba a otra.

En nuestra opinión, esta tesis no aplicaría para el caso de adquisición de participaciones sociales o activos, pues como explicáramos en las secciones 3.2.2. y 3.2.3., la absorción es el resultado de determinados procesos especiales de reorganización (fusión por absorción y escisión-absorción). No resulta legalmente válido admitir que el término "adquirente" se encuentre comprendido en el de "absorbente"[172].

Desde otra óptica, una opinión doctrinaria decidió distinguir entre dos posibles líneas interpretativas de la expresión adquisiciones contenida en el art. 23 inc. 7[173].

(iii) Tesis asociativa

Por un lado, el legislador podría haber pretendido englobar bajo el término adquisiciones, los supuestos de adquisición derivados de las reorganizaciones societarias (fusión y escisión) expresamente previstas en el art. 3. Nos referiremos a este criterio interpretativo como "tesis asociativa", puesto que surge de asociar los institutos mencionados en cada uno de los artículos, y concluir que la única intención detrás de la diferencia terminológica, ha sido evitar la reiteración.

#### (iv) Tesis literal

Por otro lado, podría interpretarse que fue intención del legislador el incorporar otro tipo de negocio societario, incluyendo la compraventa de participaciones sociales o activos. Haremos referencia a este criterio interpretativo como “tesis literal”, pues el análisis es sencillo, restrictivo y parcial, acotado a lo que surge directamente de la letra de la ley.

#### (v) Tesis analógica

Por último, calificada doctrina ha interpretado que las adquisiciones de compañías deberían estar comprendidas dentro del instituto de la responsabilidad sucesiva, pues la primer legislación en la que se han inspirado diferentes ordenamientos jurídicos para tratar el instituto, la “Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” de los Estados Unidos (en adelante, “FCPA”) -a la que refiriéramos en la sección 1.1.- trata a la responsabilidad sucesiva tanto en los casos de fusiones como de adquisiciones de compañías[174]. Más aún, debido a la esencia extraterritorial de la FCPA, esta línea interpretativa entiende que sus previsiones podrían afectar indirectamente a compañías argentinas, puesto que su esquema de atribución de responsabilidad es estrictamente vicarial.

Esta tesis tampoco nos resulta suficiente para incluir a las adquisiciones de empresas como supuesto de responsabilidad penal sucesiva por varios motivos. El primero de ellos, es que el FCPA no contiene ninguna mención a cerca de successor liability en ocasión de una adquisición de empresas, por lo que la responsabilidad sucesiva no emana de la ley, sino más bien de una guía interpretativa que emitió la autoridad de aplicación[175]. Asimismo, cuando se habla de compra de participaciones sociales en el common law americano, se entiende que “...no hay ‘sucesor’, la compañía adquirida todavía existe con todas sus responsabilidades”[176]. Por otro lado, la compra de activos o “fondo de comercio” es el tópico más controvertido, puesto que como regla, el adquirente de los activos no asume la responsabilidad del vendedor que los transmite, pero como toda regla esta tiene excepciones similares a las que expondremos al hablar de nuestra posición respecto de la transferencia de activos. Estas son: (i) expresa asunción de responsabilidad por el adquirente; (ii) la transacción es en fraude a la ley; (iii) el adquisición de la empresa constituye una mera continuación del negocio del vendedor; (iv) la transacción es de hecho una fusión[177].

Habiendo expuesto brevemente las formas de transferencia de empresas, cada una de las posibles interpretaciones que ha realizado la doctrina sobre la responsabilidad penal sucesiva en el marco de adquisiciones de empresas, y expresando nuestra opinión sobre algunas de estas “tesis”, hemos de sentar nuestra postura global al respecto.

#### (vi) Nuestra tesis

Por nuestra parte entendemos que el primer paso para determinar la transferencia de responsabilidad penal, es determinar cuál es la naturaleza del negocio jurídico por el cual podría haber transferencia de responsabilidad, para luego detectar cuáles son los sujetos involucrados, y por último definir si existe tal responsabilidad sucesiva.



## Transferencia de participaciones sociales

Si partimos de la base que el negocio jurídico que va a dar lugar a una supuesta transmisión de responsabilidad penal, es la transferencia de participaciones sociales (por ejemplo, una compraventa de acciones), es necesario volver a la sencilla distinción que hicieramos en la sección 3.2.4 (i). En este supuesto no hay responsabilidad sucesiva alguna, debido a que la sociedad adquirida -que cometió alguno de los delitos previstos en el art. 1 de la Ley N° 27.401- continúa existiendo con el mismo patrimonio, es decir, lo único que cambió fue su estructura participativa -sus socios-. En definitiva, intentar atribuir responsabilidad sucesiva a una persona jurídica adquirente de participaciones sociales, es intentar crear una cura para una enfermedad que no existe.

De todas formas compartimos lo que señala Papa respecto de la estrictez que caracteriza a la legislación de fuente penal, y entendemos que es sumamente posible el tratamiento separado de la "...consumación de un evento atributivo de responsabilidad sucesiva y la implementación de una labor de debida diligencia anti-corrupción..."[178]. Esto quiere decir que, si bien la adquisición de participaciones sociales no es per se un caso de responsabilidad penal sucesiva, eso no obsta a que pueda llevarse a cabo un proceso de debida diligencia anti-corrupción en ocasión de una compraventa de acciones, por ejemplo, y tampoco obstaría a que este tipo de previsión sea contenido en un programa de integridad. Tanto ello es así que, teniendo en cuenta que la responsabilidad penal de la persona jurídica se mantiene inalterable en caso de cambios en sus socios, opinamos que los adquirentes de participaciones sociales necesariamente debieran invertir recursos en un proceso de debida diligencia que abarque la materia anti-corrupción. Volveremos sobre este tema en la sección 4.3.

También se ha dicho que ante este escenario no puede existir solidaridad del adquirente, debido a que no existe disposición normativa que sostenga solidariamente responsable al adquirente de participaciones sociales, por lo que resulta de aplicación el art. 828 del CCyCN al que refiriéramos en la sección 3.2.3.1.[179]. Si bien esta interpretación parece correcta, advertimos por un lado, que el adquirente de una persona jurídica sobre la que recae una sanción penal, en su carácter de socio (sea o no una persona jurídica) igualmente deberá soportar la sanción hasta el límite de su participación -a menos que se trate de un tipo social cuyos socios tienen responsabilidad ilimitada-. Por otro lado, existen otros remedios de índole contractual que sirven para amortiguar y distribuir los costos que una sanción penal sobre la persona jurídica target pudiera acarrear. Volveremos sobre este punto en las secciones 4.1.2, 4.2.2, 4.3.1, cuando nos centremos en el proceso de Due diligence, su impacto en las declaraciones y garantías, y en las cláusulas de indemnidad y garantías.

## Transferencia de activos

Por otro lado, en lo que respecta a la compraventa de activos, concordamos con Melhem y creemos que es imposible hacer responsable solidariamente al adquirente por aplicación del art. 828 del CCyCN. No obstante, Melhem destaca excepciones como el caso de fraude a la ley, simulación ilícita, o la mera continuación del negocio de la sociedad vendedora en la sociedad adquirente a través de algún proceso de reorganización societaria[180], que a nuestro entender en casi la totalidad de los casos estarían directamente vinculados con la doctrina del disregard[181], que en nuestro ordenamiento se conoce como "inoponibilidad de la personalidad jurídica"[182]. A los efectos de probar la violación de una

norma y atribuir responsabilidad, creemos necesario invocar el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que entendemos consistiría en una desestimación activa a pedido de un tercero[183].

Por último, en la transferencia de fondo de comercio, también seguimos el razonamiento que hace Melhem, en tanto que la responsabilidad penal no se transmite al adquirente y que la Ley N° 11.867 no comprende la transferencia de pasivos. Respecto de la solidaridad, a diferencia de lo que sucede en la compraventa de activos, la solidaridad del adquirente del fondo de comercio ha sido previsto de manera expresa, en la Ley N° 11.867, la Ley N° 20.744, y la Ley N° 11.863, pero por supuesto la solidaridad respecto de la responsabilidad penal no está expresamente prevista en ocasión de una transferencia de fondo de comercio, y en virtud de la aplicabilidad del art. 828 del CCyCN, no debería inferirse[184].

### 3.2.5. Disolución ¿cualquier otra modificación societaria?

Luego de analizados brevemente los supuestos hasta aquí planteados, pareciera que hay algo que se perdió en el camino durante la redacción de la norma y que podría ser el broche de oro para dotar de total sentido al art. 3 de la Ley N° 27.401. En este sentido, va se suyo que el instituto tuvo como fuente de inspiración directa el art. 18 de la ley chilena, el art. 130 del código penal español, y en menor medida el decreto Ley N° 1352 de Perú. El art. 3 de la Ley N° 27.401 ha recogido varios de los elementos e incluso oraciones casi textuales de los ordenamientos mencionados, salvo la disolución de la persona jurídica con el fin de liquidarse y cancelar su registro.

Podría discutirse que se pretendió incluir esta figura dentro de la expresión “...cualquier modificación societaria...”, pero lo cierto es que la serie de actos jurídicos necesarios para disolver y liquidar una sociedad, son de carácter extintivo, por lo tanto, resulta propio referir a la disolución cómo extinción societaria (pues la disolución para reorganización se engloba en los supuestos de fusión y escisión).

Basamos este análisis en la comparación que hacemos con la redacción del art. 130 del código penal español el cual reza en su último párrafo:

“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”[185].

El art. 3 de nuestra norma, parafrasea el artículo español citado, pero sorpresivamente quita el supuesto de la disolución. De esta comparación podemos inferir que ha sido voluntad del legislador optar por generalizar los casos en los cuales se puede responsabilizar a una persona jurídica diferente de la que cometió el ilícito.

Creemos desacertada la exclusión del supuesto de disolución con fines liquidativos, pues basta con observar los orígenes de esta forma de traslado de responsabilidad para concluir que una interpretación en contrario podría llevar a la fácil elusión de la norma.

El principio que está detrás de estas figuras no es otro que la continuidad sustancial de la empresa -en otra persona jurídica-. En el common law americano, la responsabilidad no se traslada al adquirente en una compraventa de activos, salvo excepciones puntuales entre las que está la “mera continuación del negocio”, haremos algún comentario a estas excepciones más adelante.

En el fallo “Turner v. Bituminous Casualty Co.”[186] la corte suprema de Michigan, resolvió sobre cuáles son los requisitos para que medie continuidad de la empresa, entre los cuales destacamos: (i) continuidad básica de la empresa, incluyendo, retención de personal clave, activos, operaciones generales del negocio, e incluso el nombre del vendedor; (ii) la sociedad vendedora cesa su giro ordinario de negocios, se disuelve y liquida, luego de repartir las ganancias de la venta (...)[187], y posteriormente en el fallo Dixtar v. GenTec Equip[188], que entre los requisitos establece: (i) continuidad de los socios y dueños, gerencias, personal, ubicación física, y operaciones; y (ii) que la vendedora cese sus operaciones y se disuelva al poco tiempo de que la nueva compañía se formó.

Es ostensible que estos dos elementos mencionados en los fallos Turner y Dixtar, son recogidos por el art. 130 del código penal español.

Por otra parte, destacamos la claridad con la cual el art. 18 de la Ley N° 20.393 chilena, atribuye responsabilidad sucesiva en caso de disolución cuando establece: “...2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado...”[189].

Si esta hubiera sido la forma de incorporar el supuesto en la legislación argentina, la única crítica que podría sostenerse, es la causal de disolución (por mutuo acuerdo), pues el art. 94 de la LGS prevé otras formas de disolución las cuales podrían ser inducidas a los efectos de eludir la responsabilidad penal sucesiva de la persona jurídica, que a nuestro entender deberían quedar contempladas.

Para mayor entendimiento de la hipótesis en boga, es de nuestro interés ejemplificar una simple maniobra societaria (tendientes a la extinción de la persona jurídica que cometió el delito) que podría escapar al instituto de la responsabilidad sucesiva por no estar claramente comprendido el supuesto de la disolución con fines liquidativos.

#### Ejemplo 1: Disolución.

Supongamos que dos sociedades anónimas unipersonales (“S.A.U. 1” y “S.A.U. 2”) cuyo socio único y único director es la misma persona humana (“H”), constituyen una sociedad pluripersonal (“Somos Dos S.A.”). El objeto social de las tres sociedades es la importación de bienes para su posterior distribución y venta. Somos Dos S.A. había cometido el delito de cohecho activo en el que participó un agente de aduanas, por el cual sería responsable en los términos de los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27.401. Antes de que se dé inicio a investigación alguna, y por supuesto antes que se inicie la etapa instructiva del proceso penal y sin que medie cautelar alguna, H a través del control sobre la voluntad social de S.A.U. 1 y S.A.U. 2 -accionistas de Somos Dos S.A.-, decide la disolución, liquidación y cancelación del registro de Somos Dos S.A. Como consecuencia Somos Dos S.A. ha dejado de

existir, y el patrimonio remanente posterior a la liquidación es repartido entre los accionistas S.A.U 1 y S.A.U. 2.

Ante la redacción poco clara del artículo tercero de la Ley N° 27.401, pareciera que, en el potencial caso citado en el ejemplo, no habría forma de responsabilizar a las sociedades accionistas de la sociedad disuelta, pues el supuesto no está expresamente previsto y su inclusión pareciera precisar de una interpretación demasiado extensiva para ser operativa en este caso.

Por supuesto que la responsabilidad sucesiva no es el único camino para develar este tipo de maniobra evasiva, pues la figura del corrimiento del velo societario que mencionáramos al cabo de la sección 3.2.4., podría ser utilizada a los fines de develar fraude a la ley, por ejemplo, y atribuir responsabilidad penal a las sociedades accionistas.

Ejemplo 2: Transferencia de empresa y disolución.

Supongamos que una persona humana -"H"-, constituye dos sociedades anónimas unipersonales (en adelante, "S.A.U. 1" y "S.A.U. 2"), siendo él, único accionista y único director de ambas sociedades. A su vez, S.A.U. 1 y H constituyen una nueva sociedad "Somos Dos S.A.". Las tres sociedades se dedicaban a la importación de bienes, y aparentemente S.A.U.2 había cometido el delito de cohecho activo respecto de un agente de aduanas, en los términos de los art. 1 y 2 de la Ley N° 27.401. Antes de la etapa instructiva del procedimiento penal, y sin que medie medida cautelar alguna, H como director y único accionista de S.A.U 2, decide transferir el 100% de su participación a Somos Dos S.A. Una vez transferido con todas las formalidades previstas por la ley, y siendo que Somos Dos S.A. controla la voluntad social de S.A.U. 2, Somos Dos S.A. decide disolver, liquidar y cancelar el registro de S.A.U 2 en la Inspección General de Justicia. Como resultado S.A.U. 2 ha dejado de existir, por voluntad de su controlante Somos Dos S.A., y su patrimonio remanente ha sido devuelto a su única accionista Somos Dos S.A.

Ante este caso de estudio en particular, en base a la interpretación que analizáramos, sería imposible perseguir a S.A.U. 2 por el delito perpetrado toda vez que ha dejado de existir, y no podría tampoco atacar a Somos Dos S.A. por responsabilidad sucesiva, pues las adquisiciones no son razón suficiente para transferir responsabilidad.

Este ejemplo ilustra un caso mixto, pues como advirtiéramos, si la disolución con fines liquidativos no es un supuesto previsto en el art. 3 de la Ley N° 27.401, y tampoco la adquisición de participaciones sociales, este movimiento patrimonial podría constituir otro mecanismo para eludir la previsión del artículo tercero. No obstante ello, aclaramos que el instituto por el cual termina por evadirse la responsabilidad es la disolución, al menos en este caso. Este supuesto de transferencia de empresas en la que la parte que transfiere se disuelve, nos recuerda a uno de los requisitos que la Corte de Michigan ya había advertido en el fallo Turner.

### *3.3. Anteproyecto de Código Penal 2018*

Desde la entrada en vigencia del código penal argentino en el año 1921, han tenido lugar diferentes reformas y por ende se han redactado varios anteproyectos de reforma al mismo. En las últimas décadas los anteproyectos de ley, han tendido a

incluir un régimen para la responsabilidad corporativa cada vez más detallado y minucioso.

El último esbozo de estos anteproyectos, es el que fuere presentado durante el año 2019 por la comisión creada dentro de la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación, y que fuera el resultado de uno de los ejes temáticos en el marco del programa “Justicia 2020”[190].

Si bien celebramos la incorporación del instituto de la responsabilidad penal de la persona jurídica al sistema codificado, debemos admitir que la responsabilidad penal en ocasión de negocios corporativos aun deja bastante que desear.[191]

Estamos de acuerdo en que es un acierto eliminar la responsabilidad sucesiva, pues como se ha tratado en las secciones 3.1 y 3.2, en la mayoría de los casos la responsabilidad no es en sí sucesiva. Pero no obstante ello, creemos que la vaguedad terminológica y la falta de coherencia en la adaptación de los institutos al derecho argentino, deja que desear respecto a maniobras societarias como por ejemplo la disolución con fines liquidativos que tratáramos en la sección 3.2.5.

Asimismo, no queremos dejar de ponderar la positiva la incorporación de la amplia gama de delitos en los que una persona jurídica pudiere resultar responsable, pero excede el alcance del presente analizar cada una de las situaciones típicas.

#### **Capítulo IV. El proceso de debida diligencia anti-corrupción [\[arriba\]](#)**

Previo a analizar el proceso de debida diligencia -o Due diligence- anti-corrupción, creemos relevante contextualizar y conceptualizar este tipo de proceso, en términos generales, para luego abordar la debida diligencia anti-corrupción en particular.

Impulsar un negocio corporativo -o business deal-, implica desatar una serie de etapas que tienen que ver con el éxito del mismo. La cantidad y calidad de etapas o fases está estrechamente vinculado con la operación corporativa que se pretende llevar a cabo, como así también con el conocimiento que las partes tengan entre sí, o de la empresa target, pues puede llevar a la supresión o ampliación del iter negocial[192].

Estas fases tienen lugar por existir intereses contrapuestos entre las partes involucradas en el negocio, por lo tanto, estamos haciendo referencia a algunas de las operaciones corporativas mencionadas en el capítulo tercero del presente, a decir: adquisición, fusión o escisión de empresas.

##### ***4.1. Etapas de un deal***

Dentro del iter negocial, podemos identificar tres momentos que, a groso modo, se desarrollan en un negocio corporativo: (i) pre-contractual; (ii) contractual; (iii) post-contractual.

###### **4.1.1. Fase pre-contractual**

Durante la etapa precontractual, las partes realizan actos tendientes al mejor conocimiento del objeto del negocio, es decir, la empresa target. A continuación,

detallamos algunos de los hitos que habitualmente tienen lugar durante la fase pre-contractual.

#### (i) Presentación de la compañía

Este primer acercamiento entre las partes puede tener diferentes grados de formalidad y profesionalismo, que habitualmente van en aumento a medida que las partes muestran mayor interés en concertar la operación. Entre los actos a llevar a cabo podemos mencionar: comunicaciones telemáticas entre las partes interesadas, visitas a los establecimientos, intercambio superficial de información sobre la compañía target relativas a su organización, presencia en el mercado, actividades, volumen de producción y personal, entre otros.

#### (ii) Contratos preliminares o acuerdos pre-contractuales

Luego de que la primer etapa es superada, las partes celebran acuerdos donde se plasma el esquema sobre el cual se va formalizar la operación tales como: (i) convenio de confidencialidad[193]; (ii) carta de intención[194]; (iii) memorándum de entendimiento, entre otros. Estos acuerdos pueden ser vinculantes o no, dependiendo de si contienen un compromiso irrevocable de celebrar la operación[195].

#### (iii) Debida diligencia

Luego de suscriptos los acuerdos pre-contractuales, se procede a realizar una investigación completa de todas las áreas que conforman la empresa target, la actividad que desarrolla y su red de relaciones jurídicas: contratos, derechos, obligaciones, responsabilidades, situación patrimonial, etc. El resultado de esta investigación definirá cuestiones vinculadas con el precio de la operación, contingencias, garantías, indemnidades, previsiones, reservas, depósitos, etc., que se plasmarán en el acuerdo definitivo.[196] Ampliaremos el concepto en la sección 4.2.

### 4.1.2. Fase contractual

Durante esta etapa, las partes suscriben el acuerdo por el cual la compañía target es formalmente transferida o absorbida.

Esta etapa puede concretarse en un momento único, o diferirse en varios. Por ejemplo, en una compraventa de acciones de una sociedad anónima, la suscripción del contrato -o signing- puede o no coincidir con la oportunidad del cierre -o closing-, y de ello dependerá que se pague todo o parte del precio, se entreguen los títulos accionarios, se notifique la transferencia a la sociedad, se registre en el libro de registro de acciones, se acepte la renuncia y se apruebe la gestión de los directores, y se designe a los nuevos administradores.

En caso de mediar un lapso de tiempo entre el signing y el closing, por lo general se regula lo que ocurrirá en el periodo de transición, sobre todo lo relativo a aspectos económicos y de gestión de la empresa[197]. Normalmente en la práctica suelen incluirse cláusulas de cambio sustancial adverso (material adverse change "MAC") que pudieran ocurrir dentro del lapso temporal entre la firma y el cierre de la operación. Estas cláusulas definen que es lo que se considera un cambio sustancial adverso en la sociedad target y la consecuencia de su acaecimiento

suele ser la renegociación de elementos del contrato o bien la nulidad del mismo[198].

A su vez, habitualmente se constituyen todas las garantías que las partes hubieran acordado en el contrato, como forma de asegurar el pago de la parte del precio que ha sido financiada, por ejemplo: prenda de acciones, fianzas, hipotecas, títulos de crédito, y la apertura de una cuenta de depósito (escrow account) donde se deposita parte del precio en garantía de los pasivos y contingencias que pudieran surgir durante un tiempo determinado en el contrato.

A modo orientativo, enumeramos aquellas cláusulas que suelen incorporarse en este tipo de operaciones corporativas, sin ánimos de realizar una cuenta exhaustiva: (i) consideraciones; (ii) definiciones; (iii) objeto; (iv) precio -o relación de canje-; (v) periodo de transición; (vi) declaraciones y garantías; (vii) compromisos de las partes; (viii) indemnidades; (ix) ley aplicable y solución de controversias; (x) disposiciones varias.

A los fines del presente capítulo, haremos alguna mención sobre las cláusulas relativas al precio, declaraciones y garantías e indemnidades en las secciones 4.2.2 y 4.3.1, pues están directamente vinculadas con el procedimiento de Due diligence.

#### 4.1.3. Fase post-contractual

Posterior a la celebración del contrato, puede ocurrir que se produzcan efectos que emanan de la relación jurídica entre las partes, es decir, de fuente convencional. A continuación, señalamos, a modo orientativo, algunos acontecimientos que pueden tener lugar luego del closing tales como: (i) notificación de contingencias o pasivos no declarados; (ii) reajuste del precio por descubrimiento de pasivos o contingencias; (iii) liberación o ejecución de las garantías; (iv) aplicación o liberación de indemnidades pactadas; (v) aplicación de convenciones establecidas para la solución de controversias.

Volveremos sobre algunos de los efectos post-contractuales, en las secciones 4.2.2. y 4.3.1 pues las potenciales contingencias y pasivos no declarados por la compañía target, o no detectados por el adquirente o absorbente, podrían estar vinculados con el alcance y detalle del proceso de Due diligence.

#### 4.2. Procedimiento de Debida Diligencia o Due diligence

Así como adelantáramos en la introducción del presente, seguimos el concepto de Due diligence que Eguía y Papa han propuesto:

“el proceso de Due diligence es un conjunto de labores de investigación y detección anticipada de riesgos legales, contables y financieros, tendiente a conocer lo que se adquiere, y cuyas conclusiones son determinantes para la celebración de la transacción, y la determinación del contenido del negocio”[199].

Es cierto que durante este proceso, se nota la confluencia de “dos fuerzas antagónicas”[200]. Por un lado, la obligación de la empresa adquirida u absorbida de proveer toda aquella información y documentación relevante, en favor del adquirente u absorbente, vinculada a su situación jurídica y el estado patrimonial de la target; y, por otro lado, la obligación por parte de la empresa adquirente u

absorbente de analizar la información financiera, contable, comercial, fiscal, legal, laboral, ambiental, etc. relevante de la sociedad a fusionar o adquirir, con el fin de verificar pasivos declarados, y detectar de forma anticipada aquellos riesgos y pasivos contingentes no declarados por la contraparte, para prevenir y/o mitigar riesgos legales. Llevar a cabo este proceso es determinante para: (i) concluir o abandonar la transacción; (ii) decidir sobre la viabilidad económica de la inversión; (iii) incluir diferentes estipulaciones contractuales -sobre todo declaraciones y garantías-; (iv) acordar indemnidades; (v) determinar el precio o reajustarlo.

Cabe destacar que la realización de un proceso de investigación, verificación y auditoría, como lo es la debida diligencia, no resulta de un deber impuesto por el ordenamiento, sino que es una decisión de negocios. Lo cierto es que, en términos estadísticos, las principales causales de fracaso de las fusiones y adquisiciones, pueden identificarse mediante un Due diligence, pues estas causas

“...son en un 39% de los casos, la no anticipación de eventos previsibles; en un 39%, el pago de un precio excesivo de adquisición; 35% sinergias no existentes o sobrestimadas; 35% condiciones económicas generales y eventos externos; 17% culturas no compatibles”[201].

De todas formas, la naturaleza y el alcance del proceso de Due diligence dependerán del análisis y administración de riesgo -risk analysis, risk management- que se realice sobre los potenciales impactos adversos que puedan derivar de la operación en particular. Lo cierto es que independientemente del alcance, no pueden obviarse señales de alerta claras que pudieran surgir, conocidos como red flags, y que están relacionados con la detección de irregularidades o contingencias de indudable importancia (mayormente económica).

Los riesgos a los que hacemos alusión, dependerán en gran medida del perfil de riesgo de la empresa target, el cual está relacionado con: (i) la actividad que desarrolla; (ii) el o los países donde opera; (iii) los recursos e insumos que necesita para operar; (iv) el grado de interacción con el sector público; (v) el grado de intermediación y delegación de su estructura organizacional; (vi) sociedades vinculadas o los consorcios que pudiera integrar o haber integrado.

#### 4.2.1. Etapas del proceso de debida diligencia

Así como el negocio corporativo suele tener diversas etapas, el proceso de debida diligencia también se suele llevarse a cabo a través de una serie de fases, para dotar de cierto orden e integridad al procedimiento. A grandes rasgos podrían identificarse las siguientes etapas[202]:

##### (i) Identificación de autorizados

Deben identificarse y autorizarse a los profesionales de las diferentes disciplinas que intervendrán en el estudio de la información que entregará la parte adquirida o absorbida. Cada área suele tener un responsable, quien se encarga de coordinar el proceso dentro de su equipo de trabajo, y comunicarse con la contraparte.

##### (ii) Checklist



Consiste en la confección de un listado de información a solicitar por el potencial adquirente y a entregar por el potencial adquirido. Si bien los listados suelen consistir en formularios estandarizados, la extensión del mismo dependerá del tipo de actividad que la empresa target desarrolle, pues la lista podría ampliarse considerablemente dependiendo de ello (no es lo mismo una empresa de oil & gas, que una empresa de servicios publicitarios). A título orientativo, exponemos una enumeración de la información que normalmente se solicita en un proceso de debida diligencia, y que consiste en: (i) Información societaria (Estatuto social y modificaciones, Libros sociales, Convenios de Accionistas - o análogos-, Poderes otorgados, etc.); (ii) Estados contables y actividades financieras (Entidades bancarias con las que opera, Inversiones financieras realizadas por la compañía, Créditos tomados, Estados Contables auditados, etc.); (iii) Detalle de pasivos y situaciones crediticias (Detalle de créditos, contingencias y provisiones para gastos que no se hubieran incluido en los Estados Contables, por ej.); (iv) Cuestiones Impositivas (Informe sobre regularidad de presentaciones a organismos recaudadores, Actuaciones como agentes de retención, Procedimientos en curso frente a organismos recaudadores, etc.); (v) Cuestiones laborales (Libros de trabajo, Delegados sindicales, Recibos de sueldo, Revisar conceptos remunerativos y no remunerativos, Revisar aportes y contribuciones, Contratos laborales, Juicios laborales en curso, etc.); (vi) Cuestiones regulatorias (Habilitaciones según la actividad, Procedimientos sancionatorios en curso por falta de cumplimiento, etc.); (vii) Contratos relevantes (Dependerá de la actividad de la empresa); (viii) Litigios y procedimientos en sede administrativa (Tanto como actor como demandado); (ix) Bienes (muebles, inmuebles, inmateriales, softwares, etc.); (x) Propiedad Intelectual (Marcas, Patentes, Licencias, etc.); (xi) Cuestiones ambientales (Dependerá de la actividad de la empresa).

#### (iii) Data Room

Consiste en el lugar donde se pondrán a disposición la información y documentación para su revisión. Antiguamente se trataba de un espacio físico, donde el material se encontraba en formato papel, pero hoy en día casi la totalidad de la documentación se pone a disposición en una plataforma digital para que los autorizados puedan acceder.

#### (iv) Desarrollo interno y externo del proceso

Por un lado, las tareas de Due diligence interno, son aquellas que se realizan en base a lo que se encuentra a disposición en el Data Room, más las tendientes a solicitar alguna información extra, o aclaraciones por parte de la empresa enajenante. Por otro lado, las tareas externas, son aquellas que se llevan a cabo por fuera de la información y documentación encontradas en el Data Room, y tienen que ver con: (i) pedido de informes en registros públicos y privados; (ii) solicitud de informes a organismos de control; (iii) acceso a base de datos determinadas; (iv) solicitud de información crediticia; (v) artículos periodísticos en los diferentes medios de comunicación; (vi) análisis de clientela y competencia; etc.

#### (v) Cierre del Due diligence e informe

Al momento que cada área culmina su investigación, se genera un informe sobre el resultado del Due diligence. En términos generales, este reporte contiene un detalle de las conclusiones de cada área, destacando las potenciales contingencias, irregularidades, y el impacto que estas podrían tener en el futuro, más

recomendaciones sobre la viabilidad de la operación, y la repercusión del resultado en el contrato a suscribir.

#### (vi) Aplicación del Due diligence

Una vez entregado el informe del Due diligence, y valoradas las observaciones y recomendaciones, se ajusta la operación a la nueva realidad -en su caso-. Esto quiere decir, que puede reajustarse el precio, pactarse garantías, incorporar los pasivos y contingencias, pactar indemnidades, etc.

#### 4.2.2 Impacto del Due diligence sobre las disposiciones contractuales

Así como adelantáramos en la sección 4.2, el resultado del proceso de Due diligence, tiene un impacto directo sobre algunas cláusulas relevantes del contrato que va a ser suscripto. Entre las más importantes destacamos las siguientes:

##### (i) Precio o relación de canje - dependiendo del tipo de transacción.

Es probable que las partes hubieran acordado un precio, si es que estas hubieran escogido utilizar alguna forma pre-contractual como la carta de intención o un MOU. Pero lo cierto es que el resultado del Due diligence, puede producir un reajuste en el precio prefijado, debido a una mera diferencia patrimonial, o por la detección de potenciales contingencias o posibles pasivos. Incluso el precio puede reajustarse luego del closing, por detección de pasivos ocultos o pasivos contingentes, si es que así fuere pactado. Más aun, las partes podrían establecer al momento del closing que una parte del precio acordado quedará de depositada a modo de garantía por un cierto plazo, con la finalidad de hacer frente a potenciales contingencias[203].

##### (ii) Declaraciones y garantías

Estas declaraciones y garantías de las partes, son las que se incorporan al acuerdo con la finalidad de prevenir temas relativos la consistencia patrimonial, pasivos ocultos u ocultados, previsiones, contingencias, entre otros. El contenido de las declaraciones que hace el enajenante por lo general son fruto de la labor de debida diligencia, cuyo resultado se vuelca en tantos anexos como áreas se denuncien, que detallan de manera exhaustiva la situación de la compañía al momento del closing[204].

Si el enajenante realiza declaraciones que luego resultan ser incorrectas, el adquirente podría - dependiendo de la naturaleza de la declaración - accionar por daños derivados de la declaración inexacta o por incumplimiento de la garantía. Lo cierto es que la provisión de indemnidades suele ser la solución exclusiva[205].

##### (iii) Garantía e Indemnidades

En estas cláusulas se suele establecer los compromisos del enajenante de asumir contingencias o pasivos si tuvieran lugar luego del closing. La idea de estas cláusulas, es que la parte enajenante garantice que mantendrá indemne al adquirente por los gastos, daños o costos, que de manera directa o indirecta sufra como consecuencia de la incompletitud, inexactitud o falta de veracidad de las

declaraciones y garantías emitidas por el enajenante o con cualquier otro incumplimiento contractual.

Respecto de la constitución de garantías -respecto del enajenante-, se vinculan con la existencia de posibles diferencias patrimoniales, contingencias o pasivos ocultos. A los efectos de salvaguardar sus intereses, el adquirente suele retener parte del precio, que es depositado en lo que se conoce como escrow account[206] de un banco designado de común acuerdo. El volumen de dicho depósito será proporcional a la cantidad y calidad de las potenciales contingencias y pasivos que se develen durante el Due diligence, así como los pasivos ocultos, ocultados, o contingencias que pudieran surgir posterior a la fecha de cierre, pero con causa anterior, por lo general.

#### *4.3. Debida Diligencia Anti-Corrupción*

Los procesos de Due diligence son herramientas que normalmente se emplean para detectar incumplimientos normativos o regulatorios, por ejemplo, riesgos vinculados a infracciones o delitos económicos y financieros (actos de corrupción, lavado de activos, violación de la competencia leal, delitos o contravenciones fiscales, entre otros). Este conocimiento previo que se hace de la empresa target, tiene por objeto no solo evitar heredar responsabilidades penales -con un indiscutible costado económico-, sino también identificar si la rentabilidad de la compañía a adquirir se vincula con actividades o prácticas desleales. Así lo afirma Fernández, advirtiendo el impacto a nivel reputacional y económico que intenta evitar un proceso de debida diligencia anti-corrupción.[207]

Este proceso se caracteriza por su doble faz de investigación, es decir, interna y externa, debido a que el proceso de auditoría sobre la compañía target no sólo se acota a la información proporcionada por el enajenante, sino que es necesario verificar de forma independiente los diferentes entramados de relaciones jurídicas que se pudieren haber generado, verificar si existieron pagos indebidos, realizar un sondeo a nivel periodístico, solicitar informes en registros, juzgados, y organismos de diferentes niveles de la administración, que pudieran estar vinculados a la compañía debido a la actividad que desarrolla, etc.

Asimismo, y cómo ya hubiéramos adelantado en la sección 4.2, es importante destacar que el alcance del proceso de debida diligencia, está directamente vinculado con el nivel de exposición a riesgos, por lo que el alcance del Due diligence anti-corrupción, se encuentra estrechamente aparejado al nivel de exposición de la compañía target a riesgos de corrupción. Por lo tanto, como ya dijéramos supra, es esencial crear un perfil de riesgo de la compañía a adquirir u absorber, teniendo en consideración: (i) los índices de corrupción de los países donde está registrada y los países en donde opera; (ii) la estructura societaria que la rodea, si es controlante, controlada o se encuentra vinculada a otras sociedades; (iii) los consorcios que integra o haya integrado; (iv) las actividades que lleva a cabo; (v) el nivel de regulación de las actividades que desarrolla; (vi) la frecuencia en las vinculaciones con organismos públicos y funcionarios públicos; (vii) la implementación de programas de integridad; (viii) la existencia de investigaciones, procedimientos o condenas de carácter penal o contravencional.

Dicho esto, advertimos que no compartimos la opinión de parte de la doctrina que entiende que en caso de que la empresa target haya incorporado un programa de integridad, el proceso de debida diligencia debería limitarse a auditar el grado de cumplimiento y efectividad del mismo[208]. Entendemos que la efectividad del

programa que se hubiera adoptado, justamente se ve reflejado cuando sus mecanismos de prevención se contrastan con una investigación integral, abarcando todos los ámbitos en los que la compañía se hubiera visto expuesta a prácticas corruptas, incluso con anterioridad a la implementación del programa.

#### 4.3.1. Importancia del Due diligence anti-corrupción

Sin lugar al equivoco, el proceso de debida diligencia anti-corrupción, ha tomado cierto protagonismo al momento de realizar un negocio corporativo desde la sanción de la Ley N° 27.401. Esto es así, porque no sólo se toma en consideración su resultado para decidir sobre la conclusión del negocio o para pactar garantías e indemnidades por el mero hecho de ser pasible de potenciales multas, sino que también impacta la posibilidad de que la persona jurídica quede inhabilitada para participar en procesos licitatorios para contrataciones públicas, e inhabilitada incluso para continuar su actividad.

A su vez, el proceso de debida diligencia para la verificación de irregularidades y la comisión de ilícitos en ocasión de un negocio corporativo, es mencionado por la Ley N° 27.401, como un punto que pudiere integrar el programa de integridad de la compañía (que como viéramos en la sección 3.4.1, si bien su adopción no es obligatoria, sirve a los fines de otorgar consistencia al programa), y es condición necesaria para contratar con el Estado Nacional, tal y como lo dispone el art. 24 de dicha ley.

En este sentido, la ejecución del Due diligence anti-corrupción impactará en la concreción del negocio corporativo de diferentes formas.

##### (i) Conclusión del negocio

Es probable que ante la detección o sospecha de la comisión hechos ilícitos o al menos irregularidades, se decida abandonar las negociaciones, conforme se haya estipulado en el instrumento pre-contractual (si hubiere sido suscripto).

Las causales del abandono de las negociaciones podrían estar relacionadas con una posible pena en expectativa, pues si además de la imposición de una multa por la comisión de un delito previsto por el art. 1 de la Ley N° 27.401 (que podría por sí misma ser casual suficiente de abandono), se impone por ejemplo la suspensión para participar en procesos de contratación pública, y la compañía adquirente o absorbente se dedica o pretende dedicarse a la prestación de servicios públicos - por ejemplo-, de ninguna manera continuaría con la operación.

De todas formas, la acumulación de contingencias en materia penal o contravencional (considerando su costado económico y su costado reputacional) al día de la finalización del Due diligence, podrían convertir en inviable la inversión, sin perjuicio de que posteriormente no se impongan mayores penas o su cuantía no fuere exorbitante.

No obstante lo expuesto, existen modos de concertar algunas prácticas que permiten minimizar el riesgo de que el proceso de Due diligence socave la transacción como por ejemplo: (i) que el proceso de debida diligencia anticorrupción sea realizado en conjunto con otras áreas legales (tax, ambiental, empleo, etc.); (ii) que los términos se ajusten, por ejemplo, es preferible referirse a la sección de “cumplimiento” que a la sección “anticorrupción”; (iii) tener en

cuenta las diferencias culturales al momento de entrevistar a miembros de la organización que se audita; etc.[209] (Ver sección 4.3.2).

#### (ii) Contenido del contrato y garantías

De la misma forma en que tratáramos el tema en las secciones 4.1 y 4.2.2, si se decide avanzar con la operación asumiendo los potenciales riesgos relacionados con sanciones de carácter penal, se tratará de disminuir el daño económico que estos riesgos pudieran originar.

En relación al precio -o al valor de canje-, este podría reajustarse o modificarse considerablemente, debido a la cantidad y calidad de contingencias penales o contravencionales que fueran denunciadas, como los pasivos originados por la aplicación de penas.

Todas las contingencias penales y contravencionales, más los pasivos originados por la aplicación de penas y sanciones, e irregularidades vinculadas a normativa anti-corrupción, deben de ser volcados en la cláusula de declaraciones y garantías - y/o en un anexo especial para estas contingencias y pasivos-.

Asimismo, podrían pactarse indemnidades por aquellas contingencias detectadas y explicitadas en las declaraciones y garantías, y en el correspondiente anexo al contrato. Aquí estimamos importante establecer provisiones contractuales sobre el tiempo en el cual deberán materializarse estas contingencias, pues no pareciera razonable sostener una indemnidad indefinidamente. Del mismo modo, las indemnidades suelen tener un threshold, es decir, un límite en cuanto a su monto que las partes pactan contractualmente a partir de estimaciones (esto no sería ajeno a las contingencias penales relacionadas a la persona jurídica).

También es dable que se prevea un depósito en un escrow account, o retención del pago del precio, en garantía de las obligaciones e indemnidades asumidas contractualmente. Sobre este punto, también estimamos necesario establecer provisiones contractuales sobre el tiempo en el cual deben materializarse las contingencias, porque de lo contrario el adquirente o absorbente podría sufrir la retención de parte del precio por un período de tiempo indeterminado.

Para autores como Papa, la distribución de riesgos y la limitación de la indemnidad deberían de excluir a perjuicios originados en irregularidades e ilícitos previstos en la Ley N° 27.401 que sean de causa anterior a la fecha de cierre, y deberían quedar amparados por garantías reales especialmente constituidas[210].

En relación a este punto, podríamos concluir, que, a mayor riesgo relacionado con actividades corruptas, menor será el precio o valor de la relación de canje, mayor será el límite de las indemnidades, cómo también disparara el monto retenido en la escrow account. Asimismo, parte de la doctrina estima conveniente solicitar garantías de naturaleza real para mitigar los perjuicios producidos por la materialización de pasivos contingentes derivados de prácticas corruptas[211].

#### (iii) Contratación pública

Si bien ya lo hemos mencionado, el Due diligence anti-corrupción previo a la concreción de negocios corporativos, está contemplado desde al menos dos puntos de vista en lo relacionado con las contrataciones públicas.

En primer lugar, la debida diligencia permitiría detectar irregularidades o contingencias devenidas de prácticas corruptas, y evitar adquirir responsabilidades de tipo penal, como la dispuesta por el art. 7 inciso tercero de la Ley N° 27.401[212], que imposibilitarían al adquirente participar en concursos o licitaciones en cualquier actividad vinculada al Estado.

Por otro lado, el art. 24 de la mentada ley[213], establece que para contratar con el Estado Nacional, la compañía debe haber incorporado un programa de integridad, el cual debe estar adecuado a lo previsto en los arts. 22 y 23 de la ley.

Es necesario recalcar que el art. 24 sólo habla de contrataciones con el Estado Nacional[214], pero lo cierto es que el art. 28 segundo párrafo del mismo cuerpo normativo, invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adecuar sus legislaciones a los lineamientos de la ley. Por ello, pareciera que su aplicación podría extenderse a las contrataciones públicas de otros niveles estatales, como puede ser a nivel provincial, a discreción de cada poder legislativo.

#### (iv) Programa de Integridad

Resulta importante destacar el rol que tienen los programas de integridad, respecto de la labor de debida diligencia. No sólo puede realizarse una mejor investigación a través de seguir el programa de integridad de la empresa target -si es que lo tenía- (es decir, verificar los monitoreos o controles internos, controles sobre terceras partes, la utilización de la línea de denuncia, si existieron investigaciones internas, etc.) sino que también, una vez concluida la operación, implementar políticas anti-corrupción por el adquirente, o adecuar y conciliar los programas de integridad de cada una de las partes.

Recordamos que el art. 23 inc. 7, prevé la posibilidad de incorporar al programa de integridad un proceso de Due diligence anti-corrupción en ocasión de operaciones corporativas.

#### (v) Medidas post-cierre

Algunas medidas que podrían ser necesarias luego de la concreción del negocio, destinadas a la solución de los asuntos que se hubieran detectado durante el Due diligence[215] y se hubiera decidido asumir podrían ser: (i) despedir a los trabajadores responsables de las conductas detectadas; (ii) revocar poderes con facultades de representación otorgados a responsables de las conductas detectadas; (iii) rescindir contratos con terceros que actuaban en interés o beneficio de la compañía y fueron responsables de conductas detectadas; (iv) implementar mayores controles teniendo en cuenta las áreas más vulnerables de la compañía; (v) capacitar al personal vinculado a áreas propensas a la comisión de ilícitos vinculados a prácticas corruptas.

### 4.3.2. Proceso de Due diligence anti-corrupción

Los usos y costumbres en fusiones y adquisiciones, han incluido a este tipo de debida diligencia anti-corrupción como parte del compliance Due diligence, es decir, el análisis de las obligaciones que una organización empresarial debe cumplir en relación a riesgos penales, vulneración de la privacidad, medioambientales, regulatorios, etc.[216].

En esta última sección nos limitaremos a abordar cuales son los pasos y aspectos más relevantes del proceso de debida diligencia anti-corrupción en ocasión de un negocio corporativo, haciendo hincapié en el impacto de la Ley N° 27.401 sobre dicho proceso.

(i) Antecedentes y reputación: se trata de concertar tareas de investigación sobre la evolución histórica de la compañía target, valiéndose de fuentes brindadas por el vendedor o fusionante, y fuentes externas a las partes, tratando de vislumbrar el nivel de ética y transparencia de la target.

(ii) Organización: involucra conocer el organigrama de la empresa, las diferentes áreas, procesos, recursos, sistemas y estructuras de la empresa target, el grado de sinergia entre estos elementos, y en qué medida se direccionaron a la prevención de prácticas corruptas. Asimismo, corroborar la existencia de un compliance officer[217] o un área de la organización destinada a velar por el cumplimiento normativo y el éxito que esta área ha tenido en disuadir, prevenir, mitigar y develar hechos ilícitos o irregularidades.

(iii) Guías y reglamentos: conlleva relevar la existencia y buena implementación de programas de integridad, códigos de ética o conducta, manuales de procedimiento, protocolo de actuación, guías para el personal, entre otros, y evaluar su capacidad de disuasión de conductas disvaliosas, como así también los mecanismos de denuncia de prácticas corruptas (conocidos en compliance como “canales de denuncia internos”).

(iv) Relación con el Estado: investigar el vínculo de los administradores y personal de la organización con funcionarios públicos, y monitorear las contrataciones de la compañía en las que ha sido parte el Estado, tomando en consideración el órgano estatal que contrata o el órgano donde presta servicio el funcionario público vinculado a la target, y confrontarlo con las regulaciones normativas aplicables (sobre todo la Ley N° 27.401) a los efectos de determinar si se pudiera haber cometido un delito o contravención.

Debe prestarse particular atención a áreas que merecen un escrutinio más preciso como lo es: (i) impuestos (incluyendo derechos aduaneros); (ii) licencias y permisos emanado de autoridades regulatorias; (iii) contrataciones con el Estado; (iv) contribuciones políticas[218].

(v) Relaciones con terceros: control de las funciones delegadas a terceras partes - agentes, intermediarios, gestores, etc.-, financiamiento desde o hacia partidos políticos, análisis de riesgo derivados de las contrataciones con terceros, verificación de sondeo know your client que la compañía target hubiera realizado, etc.

Asimismo, Papa advierte con buen criterio, que la labor de debida diligencia, debería alcanzar no sólo a la situación jurídica interna de la target, sino también

extenderse sobre intermediarios o socios de negocios que hubieran actuado en representación de la target, interactuando con el sector público[219].

A su vez, entendemos que es relevante observar las disposiciones de los arts. 4[220] y 5 de la Ley N° 27.401[221], que establecen la extinción de la acción penal y un plazo de prescripción de seis años desde la comisión del delito, respectivamente, y, por supuesto las disposiciones de la parte general del código penal a las que estos artículos refieren, sobre todo las concernientes a la suspensión e interrupción de la prescripción[222].

Ahora bien, como adelantáramos en las secciones 4.1 y 4.2, la labor de debida diligencia anti-corrupción tiene una doble faz, por un lado, la interna, es decir, a través del estudio de la información y documentación que brinda la empresa target, y por otro lado la externa, es decir, toda investigación que el adquirente o absorbente realice por cuenta propia. A continuación, exponemos una guía general para la ejecución del Due diligence anti-corrupción.

#### (i) Due diligence interno

- Solicitar Programa de Integridad, Código de ética, Políticas de la compañía, Manual de procedimientos, Prácticas Responsables o cualquier guía análoga relativa a reglar: conductas de ética, anti-corrupción y fraude, régimen de regalos, viajes y entretenimiento, conflictos de interés, sistema de reporte y denuncias interno y externo, interacciones con funcionarios públicos, anti-lavado de dinero, sanciones económicas, Due diligence anti-corrupción de terceros contratantes con la sociedad (proveedores y clientes).

- Solicitar informe sobre la forma de implementación de los procedimientos de compliance por parte de la empresa target.

- Evaluar si el programa de cumplimiento y/o los procedimientos de la sociedad target tienen en consideración la regulación anti-corrupción argentina o de otra jurisdicción.

- Analizar si la sociedad tiene o ha tenido actividades -o a concretado operaciones- en otras jurisdicciones además de la Argentina.

- Conocer si existe un área de compliance dentro de la empresa target, y caso afirmativo, obtener un detalle de los responsables del área y el alcance de sus actividades.

- Solicitar informe sobre el método por el cual los dependientes o terceros pueden reportar irregularidades o potenciales comisiones de ilícitos, como así también detallar si hay un receptor de denuncias anónimas.

- Solicitar informe sobre cursos y capacitaciones de dependientes y administradores respecto de cuestiones de compliance, y caso afirmativo, el alcance de dichas capacitaciones.

- Solicitar informe sobre los sistemas contables de control interno o externo, y si estos son capaces de detectar conductas fraudulentas y prácticas corruptas.



- Solicitar detalle de beneficios e incentivos para empleados, incluyendo regalos, cenas, espectáculos, viajes, descuentos, invitaciones a congresos, feria, seminarios, y otros beneficios o atenciones similares. Asimismo, determinar el área o la persona encargada de su autorización y qué límites poseen.
- Solicitar informe sobre los concursos y licitaciones públicas, cómo cualquier otro procedimiento de selección de contratista que hubiere podido participar la sociedad. A su vez, conocer si se han conformado consorcios con terceros para participar en estos procedimientos, y en caso afirmativo, proveer copia de los contratos asociativos suscriptos.
- Solicitar informe sobre contrataciones públicas directas que pudiera haber suscrito la sociedad con el Estado en cualquier de sus niveles, y revisar copia de las contrataciones.
- Solicitar informe sobre los contratos celebrados con terceros (escritos y verbales), y revisar copia de los contratos escritos.
- Solicitar detalle de la utilización de intermediarios que interactúan de algún modo con el Estado en cualquiera de sus niveles, incluyendo, la obtención de permisos, licencias, registraciones, notificaciones, visas, entre otros, así como también actividades de lobby. Asimismo, toda documentación relacionada con autorizaciones, permisos, habilitaciones, registros, certificaciones, licencias otorgados por alguna repartición pública.
- Solicitar detalle de facturación y proceso de cobro en relación a fondos públicos detallando los bienes y servicios facturados.
- Solicitar información sobre la forma de pagos a terceros, haciendo énfasis en pagos o comisiones otorgados por adelantado, y si guardan relación con las condiciones de mercado.
- Solicitar detalle de ex funcionarios públicos que prestan servicios a la empresa o se encuentran en relación de dependencia, y de manera inversa, detalle de ex dependientes o ex administradores de la sociedad que posteriormente pasaron al desempeñarse en el Estado.
- Solicitar informe sobre la entrega de dádivas a funcionarios públicos para la obtención de beneficios o para permitir la concreción de negocios indebidos.
- Solicitar informe sobre historial de incumplimientos, como así también el procedimiento de tratamiento, subsanación o reparación de dichos incumplimientos. A su vez, si los incumplimientos en materia de compliance se han constituido como obstáculos para la concreción de operaciones.
- Solicitar informe sobre el recibo o emisión de pagos en efectivo.
- Solicitar detalle de procedimientos de pago a proveedores, terceros, organismos estatales, o funcionarios públicos.
- Solicitar informe sobre negocios o relaciones con personas domiciliadas o cuya sede social se encuentra registrada en países incluidos en la lista de la OCDE.

- Solicitar listado, descripción y estado de reclamos, procedimientos y/o actuaciones administrativas y/o arbitrales contra la sociedad que se encuentren pendientes o que sea inminente su inicio, incluyendo cualquier denuncia, reclamo, procedimiento o actuación relacionada con la violación de leyes penales, en especial regímenes especiales como la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica, legislación aduanera, ley penal cambiaria, ley penal tributaria. Asimismo, detalle de estimación de responsabilidades o pasivos contingentes como consecuencia de los reclamos mencionados, e informes de auditores de los últimos 6 años.

- Detalle de sentencias, resoluciones, medidas de cualquier índole, o acuerdos de conciliación, relacionados a prácticas desleales, por los cuales la sociedad, sus actividades o sus bienes se vean comprometidos. Asimismo, solicitar el mismo detalle de sociedades controladas, controlantes o vinculadas con la compañía target.

- Solicitar toda documentación o información conexas que no se encuentre comprendida en los requerimientos mencionados expresamente.

#### (ii) Due diligence Externo

- Investigar en los diferentes medios periodísticos y de comunicación sobre acontecimientos relacionados a investigaciones, denuncias, reportes, opiniones relativas a la sociedad target.

- Investigar en los diferentes medios periodísticos y de comunicación, noticias o artículos sobre presuntas infracciones a la normativa local o internacional que le fuera aplicable, incluyendo, pero no limitado a cuestiones impositivas, aduaneras y cambiarias.

- Investigar en los diferentes medios periodísticos y de comunicación, noticias o artículos relacionados a posibles hechos ilícitos que pudieran haber cometido sociedades pertenecientes al mismo grupo económico de la empresa target, como así también sociedades controladas, controlantes o vinculadas con la sociedad target.

- Crear un perfil de riesgo de la sociedad y calcular el grado de vulnerabilidad que esta tiene en relación a prácticas corruptas.

- Solicitar informes en el Registro Nacional de Reincidencias[223] (de personas jurídicas y personas humanas - administradores-).

- Solicitar informes de organismos de contralor y autoridades de aplicación dependiendo de la actividad que desarrolla la sociedad target.

- Solicitar informe en el Registro Público correspondiente, o de la Inspección de Persona Jurídica correspondiente.

- Solicitar informes a organismos recaudadores de los diferentes niveles del Estado a los que la sociedad target estuviera vinculada[224].

- Investigar sobre su presencia en el mercado, identificando clientela y competencia.

- Conducir entrevistas con testigos y otras personas humanas que pudieran haber tenido participación en la comisión de ilícitos.

En suma, la debida diligencia anti-corrupción posee características distintivas, que lo transforman en una arista particular y diferente de las demás áreas dentro del proceso de Due diligence en ocasión de un negocio corporativo. Como diéramos a entender en la sección 2.1., el sistema de atribución de responsabilidad de la Ley N° 27.401 es decididamente mixto, y deja entrever dos formas de atribuir responsabilidad penal (auto-responsabilidad y responsabilidad derivada), esta es una de las principales razones por las que la investigación tiene una faz interna y otra externa. El mismo argumento asiste a la extensión del procedimiento hacia terceros que pudieran haber actuado en interés o beneficio de la compañía - máxime si mediaban interacciones con organismos públicos-.

### **Colofón** [\[arriba\]](#)

Los escándalos de corrupción y el desfavorable impacto que tienen sobre la sociedad civil, la economía y la política de una nación e incluso de una región, han sido el motor que impulsó el desarrollo legislativo y jurisprudencial en materia de responsabilidad penal empresaria. Sudamérica, y en particular Argentina, han sido escenarios de estos escándalos que culminaron con la intervención de los tres poderes del Estado -mayoritariamente el Poder Ejecutivo y Legislativo- y organismos supranacionales, en orden a combatir la corrupción.

Uno de los estandartes de esta lucha, ha sido la sanción de la Ley N° 27.401, por medio de la cual -y dentro de sus márgenes- la responsabilidad penal de la persona jurídica se convirtió un hecho que ha llegado para quedarse. Pese a que el ordenamiento jurídico argentino ya había incorporado algunos institutos en leyes especiales y en disposiciones del código penal que permitían hacer responsable a entes ideales, lo cierto es que la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica N° 27.401, ha establecido un nuevo paradigma.

Cómo expusiéramos en el primer y segundo capítulo, el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ha cambiado drásticamente, pues no sólo ha incorporado el sistema clásico de responsabilidad vicarial, sino que también ha hecho lugar al sistema de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica.

Este es uno de los temas neurálgicos que incorpora la ley en su artículo segundo, pues al adherir a un modelo mixto, que incluye al sistema de auto-responsabilidad de la persona jurídica por defectos en la organización, por un lado se está avasallando el principio *societas delinquere non potest* y décadas jurisprudencia en este sentido, y por otro, se abre la puerta a todo un nuevo sistema de atribución de responsabilidad que está directamente vinculado con la ausencia de debido control y prevención de conductas ilícitas en el seno de las organizaciones empresariales.

Tanto ello es así, que la norma hace énfasis en los mecanismos que tienen las empresas para eximirse de las responsabilidades que pudieren serle atribuidas por los delitos contemplados en el artículo primero, sobre todo en cuanto a la correcta

implementación de un programa de integridad, pues, como se trató en el capítulo segundo, su incorporación debería estar destinada a sanear los defectos organizacionales previniendo y detectando la perpetración de delitos.

No obstante la relevancia de la temática en su conjunto, que es necesario observar debido a que es presupuesto de nuestro aporte, el foco de este trabajo se haya en el análisis de la transmisión de responsabilidad penal en ocasión de negocios corporativos.

A lo largo del tercer capítulo, hemos tratado los supuestos de transmisión de responsabilidad previstos por la nueva ley, y algunos casos que aparentemente fueron dejados de lado.

Concluimos que no todos los supuestos son verdaderos caminos hacia responsabilidad sucesiva propiamente dicha. Algunos de ellos lo son como: la fusión por creación o por absorción, y la escisión por división, claramente son supuestos donde es correcto hablar de responsabilidad sucesiva, pero lo cierto es que en casos como: la transformación y la adquisición de empresas (ya sea a través de la adquisición de participaciones sociales o de sus activos), somos contundentes al sostener que no se trata de responsabilidad sucesiva pues el sujeto de derecho como centro de imputación de la responsabilidad sigue siendo el mismo.

No obstante, se han detectado casos de escisión que no implican la disolución de la persona jurídica escidente, que no dejan tan claro como opera la transmisibilidad -o no- de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al tratar los supuestos de escisión que no implican la disolución de la persona jurídica, nos preguntamos en primer término si existe transmisión de responsabilidad entre escidente y resultante, concluyendo que sólo será así en caso de que se corrobore la continuidad del negocio conforme el segundo párrafo del artículo tercero de la Ley N° 27.401. Por otro lado, si la transmisibilidad fuera posible, nos preguntamos si la resultante hereda la responsabilidad, de manera proporcional o si es solidariamente responsable con la escidente. En el entendimiento de que la norma no establece la solidaridad, y que esta no debe presumirse, nos inclinamos por la proporcionalidad de la responsabilidad que bien podría determinarse en base a un estudio meramente patrimonial, o bien, en una investigación un poco más profunda dirigida a develar el grado de intervención que podría haber tenido la parte escindida en la perpetración del delito.

Sin embargo, advertimos que podría haberse precisado la redacción de la norma, como se ha hecho en el código penal español o en la legislación chilena, ya que las construcciones por vía pretoriana normalmente toman un tiempo considerable, y generan incertidumbre hasta su consolidación y posterior integración al ordenamiento -como fuente directa- por la vía de una reforma legislativa.

Asimismo, clasificamos las distintas teorías que la doctrina ha construido hasta la fecha, en torno a la transmisión de responsabilidad penal en ocasión de adquisición de empresas, para luego exponer una opinión propia sobre la temática. A nuestro criterio en ocasión de una transferencia de participaciones sociales, si bien la responsabilidad no reviste el carácter de sucesiva, esta responsabilidad existe y tanto la sociedad será responsable por el total, así como los adquirentes de las participaciones son responsables hasta el límite de sus aportes (en las sociedades de capital), y por este motivo, más allá de que el supuesto se excluya del alcance del artículo tercero, el proceso de debida diligencia anti-corrupción debe realizarse con el fin de evitar o controlar la adquisición de una empresa que

acumula pasivos o contingencias de carácter delictual. De esta manera se supera así la “zona gris” entre el artículo tercero y el artículo vigésimo tercero inciso séptimo, respecto del término “adquisición”.

En otro orden de cosas, y en base a un estudio jurisprudencial y legislativo del derecho comparado, concluimos que el supuesto de la disolución con fines liquidativos debería haber sido incorporado expresamente, así como lo ha incorporado el ordenamiento chileno o el español. La omisión de incorporar este supuesto, deja abierta la puerta a un mecanismo por el cual se puede eludir la responsabilidad penal de la persona jurídica. En esta misma omisión incurre el anteproyecto del código penal, que ninguna referencia hace a este supuesto, lo cual creemos que sería una oportunidad perdida de no incluirse esta figura en la reforma.

Por último, analizamos en detalle en que consiste un proceso de debida diligencia anti-corrupción, cuál es su importancia y a grandes rasgos como debería ejecutarse.

Previo a cerrar cualquier negocio corporativo, sea cual fuere su naturaleza, es costumbre realizar un proceso de auditoría y control suficiente sobre el estado patrimonial del target, y especialmente detectar pasivos y contingencias -de diferentes naturalezas- que pudieran influir en la decisión de concluir en negocio, en la valuación del target, así como también el contenido obligacional del acuerdo al que eventualmente se arribe para cerrar la operación.

Cómo tratáramos en el capítulo cuarto, a partir de la sanción de la Ley N° 27.401, el proceso de debida diligencia se expande considerablemente en materia anti-corrupción, debido a los delitos atribuibles a las personas jurídicas contemplados en el art. 1, por un lado, pero principalmente por las duras penas que se prevén en el cuerpo normativo.

Si bien la responsabilidad penal en ocasión de un negocio corporativo, no siempre es de carácter sucesivo, esto no es óbice para realizar un proceso de debida diligencia anti-corrupción que permita constatar el nivel de cumplimiento del target, y tomar las medidas necesarias para corregir irregularidades en caso de concluir la transacción.

A fin de lograr este cometido, entendemos que el proceso de debida diligencia debe estar decididamente comprendido por una faz interna y otra externa, a fin de arribar a un resultado satisfactorio.

En esta oportunidad aprovechamos para plantear algunos interrogantes que, a nuestro criterio están directamente vinculados con la temática, pero que exceden el contenido del presente.

¿Será necesaria una reforma legislativa en materia de responsabilidad sucesiva, de manera que los diferentes supuestos estén expresamente previstos y sean claramente identificables? ¿Sería razonable modificar el anteproyecto de reforma al código penal en este sentido? ¿Será mejor que la doctrina y la jurisprudencia confluyan creando criterios aplicables a los diferentes supuestos? Creemos que el planteo es al menos interesante, y a nuestro criterio, la reforma del código penal es una oportunidad única para aclarar estos interrogantes, ya que como

adelantáramos, las discusiones doctrinarias y los pronunciamientos jurisprudenciales tomarían un tiempo considerable para dar una respuesta unívoca.

¿Debería existir alguna norma que permitiera al Ministerio Fiscal oponerse a las reorganizaciones societarias cuando existiere una investigación o imputación respecto de alguna persona jurídica parte? ¿Debería existir alguna provisión que autorice al Ministerio público a solicitar medidas precautorias para evitar o morigerar la operación? Nos limitamos a levantar el punto y dejar el interrogante para un análisis más profundo en el futuro.

¿Será momento de acompañar a esta nueva legislación, con leyes orgánicas que contribuyan a la creación de juzgados especializados en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas? A nuestro criterio no está demás detenerse a meditarlo, pues a medida que se profundiza en los temas que trata la nueva ley, pareciera que la línea divisoria entre el derecho privado (especialmente la rama comercial) y el derecho público, se va desdibujando, y da lugar a una evidente yuxtaposición.

Sin más rodeos, como propusiéramos en la introducción del presente, estas líneas han tratado de arrojar luz sobre la obscura responsabilidad penal sucesiva de las personas jurídicas y el impacto de este instituto -y la ley en su conjunto-, sobre los procesos de debida diligencia en materia anti-corrupción. Nuestra intención no ha pretendido más que recoger las primeras opiniones doctrinarias, y continuar promoviendo el debate para que otros operadores jurídicos hagan contribuciones superadoras, conduciendo así al perfeccionamiento de este fenómeno que, lastimosamente, resulta de vital necesidad en un estado de derecho que nuestra humilde humanidad no cesa en corromper.

Director: Emiliano Roque Silva - Tribunal: Alejandro Ramirez- Gonzalo Ruiz Díaz- Lorena Fabris - Nota: 9 Año: 2019

#### **Bibliografía** [\[arriba\]](#)

- ADAMS, Kenneth A., “The Structure of M&A Contracts”, Ed. Thomson Reuters, 2016.
- AFTALIÓN, Enrique; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de sus directores”; Jurisprudencia Argentina; 1958; IV.
- ALLENS LINKLATERS; “Corporate Criminal Liability. A review of law and practice across the globe”.
- ALTERINI, Ignacio; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, Tomo I”; Ed. La Ley; 2016.
- ANDERSON, James & WAGGONER, Ivan; “The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior”; RAND Corporation; 2014.
- ANLLO, Lina; “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Programas de Integridad (Compliance). Ley N° 27.401 Comentada.”; 1° Ed; Ed. Hammurabi; 2019.

- AROCENA, G.; “Acerca del denominado “Criminal Compliance””; Revista Crítica Penal y Poder, N 13; 2017.
- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ÉTICA Y COMPLIANCE; “Libro blanco sobre la función de Compliance”; 2da Edición; 2017.
- BALBÍN, Sebastián; “Manual de Derecho Societario”; 3ra Edición; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2018.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo y CAMERINI, Marcelo; “La abstrusa responsabilidad penal de las empresas”; Ed. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, N° 14.349, Buenos Aires, 2018.
- BERRUEZO, Rafael; “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el nuevo Código Penal”; Ed. IJ; Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal N.º 13; 2014.
- BLACKSTONE, William; “Commentaries on the laws of England”, vol. 1; Clarendon Press, Oxford; 1765.
- CARASSAI, Hernán y DURINI, Federico; “Un punto acerca de la denominada “Responsabilidad Sucesiva” del Régimen de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas privadas”; Abogados.com.ar; 4 de enero de 2018.
- CARRIO, Alejandro y REUSSI, Maximiliano; “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas”; en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”; La Ley - Suplemento Especial; 2018.
- CASTEX, Francisco; “Responsabilidad Penal de la Personas Jurídica y Compliance”; Ed. Ad-Hoc; 2018.
- COOTER, Robert; “Law and Economics”; Ed. Pearson Addison Wesley; 5th Ed; 2007.
- Criminal Division of the U.S. Department of Justice; “A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”.
- CULLEN, MAAKESTAD & CAVENDER; “The Ford Pinto Case and Beyond”; Perspectives in Criminal Justice 6; Ed. Ellen Hochstedler; Estados Unidos; 1984.
- D’ALESSIO, Andrés José; “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”; Ed. La Ley; 2° Ed 2009.
- DA SILVA AYRES, Carlos H., “Transacciones de Fusiones y Adquisiciones en América Latina: Tips prácticos para multinacionales que aplican la debida diligencia anticorrupción”; publicado en fcpamericas.com; el 2 de octubre de 2013.
- DIAMANTIS, Mihailis; “Successor identity”; Yale Journal on Regulation, Vol. 36, 2019.

- EGUÍA, José L - PAPA, Rodolfo G., “Due diligence para abogados y contadores”, Ed. Errepar, 2011.
- EULOGIO, Juan José; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo”; El Derecho; Diario de Doctrina y Jurisprudencia N° 14.554; 2018.
- FERNANDEZ, Mariano Joaquín; “Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones” en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018.
- FERNANDEZ, Oscar; “El delito de balance falso y el art. 300 bis del Cód. Penal”; en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018.
- FERNANDEZ MADERO, Nicolás; “Depósitos bancarios en garantía (“Escrow Accounts”); Ed. La Ley; 2003.
- FRYSTÁK, CENTÉS & SZCZECOWICZ; “Corporate Criminal Liability (in the Czech Republic, Slovakia and Poland)”; Publications of the Masaryk University, Ed. Scientia, Vol. 566; 2016.
- GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos; “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; BdeF; Montevideo-Buenos Aires; 2010.
- HAIDEMPERGHER, Laura Lavia y ARTAZA, Mercedes; “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Un Cambio de Paradigma.”; La Ley, N° 12; 2018.
- HUNT, Peter; “Structuring Mergers & Acquisitions: A Guide to Creating Shareholder Value”; 4ta. Edición; Ed. Aspen Publishers.
- JALÍNEK, J.; “Criminal Liability of Legal Entities”; Praga: Linde; 2007.
- JIMÉNEZ HERRERA, Federico; “El proceso de transferencia del paquete accionario”; Ed. Abaco; 2007.
- KEULEN B.F. y GRITTER E.; “Corporate Criminal Liability in the Netherlands”, vol. 14.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 2010.
- LINARES, Marcos; “Las cláusulas MAC en Argentina y la decisión de la Corte de Delaware en “Akorn”; 2018.
- LOPEZ RAFFO, Francisco; “El corrimiento del velo societario”; Ed. Ad-Hoc.
- MARTORELL, Ernesto; “La Transformación Societaria ante el Derecho del Trabajo”; 1986.
- MAZZUCCO, Patricia y MARANGHELLO, Alejandra; “Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica. Inglés - Español”; Ed. Del Candil; Buenos Aires; 2009.



- MELHEM, Mariela Inés; “Los procesos de verificación (Due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3 y 23, inc. VII de la Ley N° 27.401)” en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018.

- MILLER & SEGALL; “Mergers and Acquisitions. Second Edition. A step-by-step legal and practical Guide”; Ed. Wiley; 2017.

- MUÑOZ; “Enfoque práctico de la nueva Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; Ed. El Derecho; Diario de Doctrina y Jurisprudencia del 22 de mayo de 2018.

- NAZARENO EULOGIO, Juan José; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Imputación a nivel del tipo objetivo y subjetivo”; El Derecho, N° 14.554; 2018.

- NISSEN, Ricardo; “Ley de sociedades comerciales, Tomo I”; Ed. Astrea; Buenos Aires.

- OLIVERA PINO, Juan Ignacio; “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Antes y después de la sanción de la Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”; Ed. IJ, Revista de Derecho Comercial y de los Negocios; N.º 21; 2018.

\* “La sociedad comercial consumidora”; Ed. Thomson Reuters, SJA; 2019.

- OTAEGUI, Julio; “Fusión y escisión de sociedades comerciales”; Editorial Abaco; Buenos Aires; 1976.

- PAPA, Rodolfo; “La nueva ley de responsabilidad penal empresarial”; La Ley; 2018.

\* “Los pilares y elementos estructurales de la Ley N° 27.401”; en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018.

\* “La debida diligencia anti-corrupción y su impacto en fusiones y adquisiciones.”; Ed. La Ley; N.º 31 del 13 de febrero de 2019; Buenos Aires.

\* “Letter of intent and pre-contractual liability issues under cross border M&A transactions. Current trends and a comparative approach in United States/Argentine Law”; Paper presented to the Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Special Institute on International Mining and Oil & Gas Law, Development, and Investment; Colombia; 2015.

\* “Una aproximación al Concepto de “Due diligence” en Negocios Corporativos”; abogados.com.ar; 2012.

\* “¿Cómo administrar el riesgo de “compliance” en las “fusiones & adquisiciones” locales?; abogados.com.ar; 2019.

- PARISI, Nicolette; “Theories of Corporate Criminal Liability”; Perspectives in Criminal Justice 6; Ed. Ellen Hochstedler; Estados Unidos; 1984.
- PHILLIPS, Taylor; “The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act”; Walliam & Mary Business Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 4.
- \* “Is there successor liability for FCPA violations?”; FCPA Professor website; Octubre 2014.
- RASPALL, Miguel Ángel; “Transferencia de empresas”; Ed. Astrea; 2017.
- ROCA, Claudia; “La Due diligence en las fusiones y adquisiciones: un ejercicio imprescindible”; Gaceta Judicial, Derecho Societario, Año 14, N ° 288; República Dominicana; 2010.
- ROITMAN, Horacio; “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada. Tomo II”; Ed. La Ley; 2006.
- ROXIN, Claus; “Derecho penal. Parte General”; Civitas; 1999.
- SEPIOLO - JANKOWSKA, Iwona; “Corporate Criminal Liability in English Law”; Adam Mickiewicz University Poznan Law Review, Vol. 205; 2016.
- SIEBER, Ulrich; “Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”; Ed. Tirant lo Blanch; 2013.
- SOLER, Sebastián; “Derecho Penal Argentino. Tomo I”; 6ta Ed.; TEA; Buenos Aires; 1973.
- SUN BEALE, Sara; “The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability”; 2013; Paper presented at the German Conference on Comparative Law in Marburg, Germany.
- VAN DAM, Cees; “European Tort Law”; Ed. Oxford; 2013.
- VERON, Alberto; “Los “Programas de Integridad” del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”; LA LEY, N° 199; 2018.
- \* “Ley General de Sociedades N° 19.550. Comentada, anotada, concordada, actualizada y ampliada con el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)”, 3ra Edición, Tomo II; Ed. La Ley; 2015.
- VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; “Responsabilidad de las Personas Jurídicas con prescindencia de que su presidente se encuentre prófugo”; El Derecho, Jurisprudencia; T. 174.
- \* “Responsabilidad de las Personas Jurídicas en materia de contrabando”; La Ley, Jurisprudencia; T. 1988-B.

- VITOLLO, Daniel; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”; La Ley; 2016.
- VON FISCHER, Marcela; “La Ley de Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Los programas de integridad y la contratación pública”; Ed. La Ley N° 243; 2018.
- ZAFFARONI, Raúl; “Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte General”; Ediar; Buenos Aires; 1981.
- \* “Manual de Derecho Penal. Parte General”; Ediar; Buenos Aires; 2005.

#### *Jurisprudencia*

- CSJN, Fallos, 59:22; 14/2/1895.
- CSJN, Fallos, 200:419; 20/12/1944.
- CSJN, Fallos, 298:432, 9/8/1977.
- CSJN, Fallos, 305:246, 1983.
- CSJN, Fallos, 314:775, 6/8/1991.
- CSJN; Fallos 323:574; 21/03/2000.
- CSJN, Fallos, 329:1974, 30/5/2006.
- CFCP, Sala III, causa 2984, 16/11/2001.
- CFCP, Sala I, causa 11.783, 11/7/2011.
- CFCP, Sala I, “G.R.A. s/recurso de casación”, 8/9/2017.
- CNFed. Contén. Admin, Sala IV; “Pasa S.A. c. Dirección General de Aduana”; 13/11/2003.
- CNPE, Sala I, 6/9/1987.
- CNPE, Sala I, 9/8/1982.
- CNPE, “Bengen, Sergio - Larisgoitia, José s/contrabando”, causa 53.811, 19/8/2005.
- CNPE, Sala A, “Belcale S.R.L.”, 27/10/2008, AR/JUR/13543/2008.
- CNPE, Sala B, “Spore e Tradizioni S.R.L. s/infracción Ley N° 22.415”, 22/2/2017.
- “New York Central R. Co. vs. United States”, 212 U.S. 481, 1909.

- SUPREME COURT OF INDIANA: “State of Indiana v. Ford Motor Company”. Filed Sept. 13, 1978.

- SUPREME COURT OF MICHIGAN; “Turner v. Bituminous Casualty Company”; 397 Mich. 406 (1976).

#### *Sitios web*

- ABOGADOS.COM.AR.

\* <https://www.abogados.com.ar/un-punto-acerca-de-la-denominada-responsabilidad-sucesiva-del-regimen-de-responsabilidad-penal-aplicable-a-las-personas-juridicas-privadas/20890>.

\* <http://www.abogados.com.ar/las-clausulas-mac-en-argentina-y-la-decision-de-la-corte-de-delaware-en-akorn/23053>.

\* <https://www.abogados.com.ar/una-aproximacion-al-concepto-de-due-diligence-en-negocios-corporativos/10263>.

\* <https://www.abogados.com.ar/como-administrar-el-riesgo-de-compliance-en-las-fusiones-adquisiciones-locales/23871>.

- ALLENS LINKLATERS.

\* [https://www.allens.com.au/pubs/pdf/ibo/CorporateCriminalLiabilityPublication\\_2016.pdf](https://www.allens.com.au/pubs/pdf/ibo/CorporateCriminalLiabilityPublication_2016.pdf).

- ARGENTINA.GOB.AR.

\* <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anticorrupcion-publico-los-lineamientos-de-integridad-para-empresas-y-otras>.

- ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW.

\* <http://www.ejcl.org/143/art143-9.pdf>.

- FCPA Professor.

\* <http://fcpprofessor.com/is-the-re-successor-liability-for-fcpa-violations/>.

- HEADRICK RIZIK ALVAREZ & FERNANDEZ Abogados.

\* <http://www.headrick.com.do/docs/en/crg-gaceta-2010.pdf>.

- INFOLEG.

\* <http://www.infoleg.gob.ar>.

- JUSTICIA 2020.

\* <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/03/Proyecto-de-Ley-Codigo-Penal.pdf>.

- PPP (Vialidad Nacional).

\* <https://ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2018/01/PB-CG.pdf>.

- PENSAMIENTO PENAL.

\* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38834.pdf>.

- U.S. Securities and Exchange Commission (SEC).

\* <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>.

- U.S. Department of Justice (DOJ).

\* <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>.

\* <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

- World Compliance Association.

\* <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>.

## Notas [\[arriba\]](#)

[1] Hacemos referencia a casos como el “Lava jato” en Brasil, o la causa de “Los Cuadernos”, entre otros. “La “Operación Lava Jato” consiste en un esquema de múltiples casos criminales ocurridos en la República Federativa de Brasil, y que tuvo lugar en diversos países, entre los que se encuentra la Argentina.” Conf. Considerandos de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal Sala II; “De Vido, Julio Miguel y otros s/procesamiento”; 2018. La causa de “Los Cuadernos” hace referencia a la causa penal que tramita ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal caratulada “Fernández, Cristina Elisabet y otros s/ asociación ilícita” y conexas; como también a la reciente investigación conocida como “Cuadernos 2” en la cual participan diferentes instituciones de los Estados Unidos a través del programa “Cleptocracia”, con el objeto de recuperar fondos provenientes de ilícitos en los que se presume que hay empresas vinculadas.

[2] Seguimos el concepto de World Compliance Association. “Corporate Compliance conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.” Disponible en <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php> (Visitado el 11/09/2019).

[3] AROCENA, G.; “Acerca del denominado “Criminal Compliance””; Revista Crítica Penal y Poder, N 13; 2017; Universidad de Barcelona; pág. 129. “El criminal compliance aparece, así, como una herramienta que le permite a las empresas protegerse frente a la eventualidad de que puedan ser objeto de una sanción penal”.

[4] A los efectos de desarrollar los diferentes ejes temáticos, los términos “persona jurídica”, “ente ideal”, “persona moral”, “empresa”, “compañía”, “corporación”, “sociedad” serán utilizados como sinónimos, a menos que se los diferencie expresamente.

[5] Cfr. EGUÍA, José L - PAPA, Rodolfo G., “Due Diligence para abogados y contadores”, Ed. Errepar, 2011, cap. 13, pág.430. “El proceso de due diligence es un conjunto de labores de investigación y detección anticipada de riesgos legales, contables y financieros, tendiente a conocer lo que se adquiere, y cuyas conclusiones son determinantes para la celebración de la transacción, y la determinación del contenido del negocio”; Conf. HUNT, Peter; “Structuring Mergers & Acquisitions: A Guide to Creating Shareholder Value”; 4ta. Edición; Ed. Aspen Publishers; Glossary pág. lxxix: “Due Diligence: La investigación formal estratégica, legal y financiera de una compañía previo a la consumación de una transacción”.

[6] Conf. PARISI, Nicolette; “Theories of Corporate Criminal Liability”; Perspectives in Criminal Justice 6; Ed. Ellen Hochstedler; Estados Unidos; 1984; pág. 41.

[7] JALÍNEK, J.; “Criminal Liability of Legal Entities”; Praga: Linde; 2007; pág. 28.

[8] Locución anglosajona para referir a la responsabilidad penal empresarial.

[9] “New York Central R. Co. vs. United States”, 212 U.S. 481, 1909.

[10] Este tipo de responsabilidad consiste en la imputación del injusto a la empresa y la culpabilidad al dependiente o representante (ver sección 1.4). En el fallo “New York Central...” el tribunal dispuso dos requisitos a estos efectos: (i) el hecho delictivo debía ser cometido por un dependiente de la empresa en ejercicio de funciones; (ii) que ese hecho beneficiara a la empresa.

[11] Cfr. SUN BEALE, Sara; “The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability”; 2013; Paper presented at the German Conference on Comparative Law in Marburg, Germany.

[12] Hacemos referencia al caso “State of Indiana v. Ford Motor Company”, donde el fiscal Cosentino inició una cruzada para responsabilizar penalmente a la compañía Ford por la muerte de adolescentes, causada por un desperfecto en el vehículo “Pinto” fabricado por la compañía. Conf. CULLEN, MAAKESTAD & CAVENDER; “The Ford Pinto Case and Beyond”; Perspectives in Criminal Justice 6; Ed. Ellen Hochstedler; Estados Unidos; 1984; pág.107 y ss.

[13] Lockheed era una empresa aeroespacial de capitales estadounidenses, que habría otorgado sobornos a funcionarios (en su mayoría pertenecientes a la órbita de Ministerios de Defensa) de países como Alemania, Italia, Holanda y Japón entre otros, para la colocación preferencial de sus productos aeroespaciales.

[14] Cfr. Criminal Division of the U.S. Department of Justice; “A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”; pág. 27; Disponible en: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml> (Visitado el 11/09/2019).

[15] Cfr. BLACKSTONE, Willian; “Commentaries on the laws of England”, vol. 1; Clarendon Press, Oxford, pág. 1765 y ss.

[16] Máximo Tribunal británico hasta el 2009 que se modificó por la Suprema Corte de Justicia.

[17] Cfr. SEPIOLO - JANKOWSKA, Iwona; “Corporate Criminal Liability in English Law”; Adam Mickiewicz University Poznan Law Review, Vol. 205; 2016; pág.136 y ss.

[18] Más allá de las disposiciones del código penal, Holanda había introducido

- responsabilidad penal de entes ideales para delitos tributarios y aduaneros en el año 1822. Conf. VITOLLO; “Responsabilidad penal...”; AR/DOC/3678/2016.
- [19] Hacemos referencia a la crisis producida por la caída de la bolsa de Wall Street de 1929.
- [20] Cfr. B.F. KEULEN y E. GRITTER; “Corporate Criminal Liability in the Netherlands”, vol. 14.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 2010, Disponible en: <http://www.ejcl.org/143/art143-9.pdf>. (Visitado el 11/09/2019).
- [21] Cfr. ALLENS LINKLATERS; “Corporate Criminal Liability. A review of law and practice across the globe”; pág. 20. Disponible en: [https://www.allens.com.au/pubs/pdf/ibo/CorporateCriminalLiabilityPublication\\_2016.pdf](https://www.allens.com.au/pubs/pdf/ibo/CorporateCriminalLiabilityPublication_2016.pdf) (Visitado el 11/09/2019).
- [22] Cfr. NAZARENO EULOGIO, Juan José; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Imputación a nivel del tipo objetivo y subjetivo”; El Derecho, N° 14.554; 2018; pág. 1; cit. (4).
- [23] Cfr. HAIDEMPERGHER, Laura Lavia y ARTAZA, Mercedes; “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Un Cambio de Paradigma.”; La Ley, N° 12; 2018; pág. 1.
- [24] Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español; Resol. 154/2016; 2016.
- [25] Cfr. CASTEX, Francisco; “Responsabilidad Penal de la Personas Jurídica y Compliance”; Ed. Ad-Hoc; 2018; pág. 149 y ss.
- [26] Cfr. SIEBER, Ulrich; “Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”; Ed. Tirant lo Blanch; 2013; pág. 14. Disponible en: [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/d\\_octrina38834.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/d_octrina38834.pdf) (Visitado el 11/09/2019).
- [27] Cfr. BERRUEZO, Rafael; “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el nuevo Código Penal”; Ed. IJ; Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal N.º 13; 2014; cita online: IJ-LXXI-528.
- [28] Cfr. ANLLO, Lina; “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Programas de Integridad (Compliance). Ley N° 27.401 Comentada.”; 1° Ed; Ed. Hammurabi; 2019; pág. 47 - 48.
- [29] Cfr. FRYSTÁK, CENTÉS & SZCZECZOWICZ; “Corporate Criminal Liability (in the Czech Republic, Slovakia and Poland)”; Publications of the Masaryk University, Ed. Scientia, Vol. 566; 2016; pág. 10 - 11.
- [30] Aclaramos que, desde la ratificación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las convenciones que son ratificadas por el Congreso y el Poder Ejecutivo de la Nación, son obligatorias y gozan de jerarquía constitucional o al menos supra legal.
- [31] Texto completo de la norma: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41466/norma.htm>.
- [32] Texto completo de la norma: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64615/norma.htm>.
- [33] Texto completo de la norma: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116954/norma.htm>.
- [34] Locución latina que significa “la sociedad no puede delinquir”. Es utilizada en Derecho Penal para referirse a la imposibilidad de la persona jurídica para cometer delitos y, en consecuencia, tampoco puedan sufrir pena alguna.
- [35] Cfr. BARREIRA DELFINO, Eduardo y CAMERINI, Marcelo; “La abstrusa responsabilidad penal de las empresas”; Ed. El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, N° 14.349, Buenos Aires, 2018, pág. 1.
- [36] Cfr. OLIVERA PINO, Juan Ignacio; “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Antes y después de la sanción de la Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”; Ed. IJ, Revista de Derecho Comercial y de los Negocios; N.º 21; 2018.

- [37] Cfr. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo; “Responsabilidad de las Personas Jurídicas con prescindencia de que su presidente se encuentre prófugo”; El Derecho, Jurisprudencia; T. 174; pág. 313 y ss. Conf. VIDAL ALBARRACÍN, Héctor Guillermo y BARREIRA, Carlos Enrique; “Responsabilidad de las Personas Jurídicas en materia de contrabando”; La Ley, Jurisprudencia; T. 1988-B; pág. 116 y ss.
- [38] Cfr. SOLER, Sebastián; “Derecho Penal Argentino. Tomo I”; 6ta Ed.; TEA; Buenos Aires; 1973; pág. 251.
- [39] Cfr. SOLER, Sebastián; “Derecho Penal...”; pág. 250.
- [40] Cfr. CASTEX, Francisco; “Responsabilidad de la persona...”; pág.122.
- [41] Cfr. ZAFFARONI, Raúl; “Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Parte General”; Ediar; Buenos Aires; 1981; pág. 57.
- [42] Nota al art. 43 del Código Civil Argentino derogado por la Ley N° 26.944.
- [43] Cfr. BARRERIA DELFINO, Eduardo y CAMERINI, Marcelo; “La abstrusa responsabilidad penal...”; pág.4.
- [44]Cfr. AFTALIÓN, Enrique; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la de sus directores”; Jurisprudencia Argentina; 1958; IV; pág. 542.
- [45] Un ejemplo claro es el art. 58 de la Ley General de Sociedades, la cual establece que todos los actos de los administradores obligan a la sociedad, siempre que no fueren notoriamente extraños al objeto social.
- [46] Cfr. VITOLLO, Daniel; “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”; La Ley; 2016; AR/DOC/3678/2016.
- [47] Cfr. EULOGIO, Juan José; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Imputación al nivel del tipo objetivo y subjetivo”; El Derecho; Diario de Doctrina y Jurisprudencia N° 14.554; 2018; pág. 1
- [48] CSJN, Fallos, 59:22; 14/2/1895.
- [49] CSJN, Fallos, 200:419; “Diebel y Saporiti y Dirección General de Hospitales de Santiago del Estero c. Aduana”, 20/12/1944.
- [50] CSJN, Fallos, 298:432, 9/8/1977.
- [51] CJN, Fallos, 314:775, 6/8/1991.
- [52] CSJN, Fallos, 329:1974, 30/5/2006.
- [53] Este principio fue expuesto por la CSJN en el fallo “De la Rosa Vallejos”, Fallos, 305:246, 1983.
- [54] Tomamos la enumeración jurisprudencial de CASTEX, Francisco; pág.130.
- [55] CFCP, Sala III, causa 2984, 16/11/2001.
- [56] CFCP, Sala I, causa 11.783, 11/7/2011.
- [57] CFCP, Sala I, “G.R.A. s/recurso de casación”, 8/9/2017.
- [58] CNPE, Sala I, 6/9/1987.
- [59] CNPE, Sala I, 9/8/1982.
- [60] CNPE, “Bengen, Sergio - Larisgoitia, José s/contrabando”, causa 53.811, 19/8/2005.
- [61] CNPE, Sala A, “Belcale S.R.L.”, 27/10/2008, AR/JUR/13543/2008.
- [62] CNPE, Sala B, “Spore e Tradizioni S.R.L. s/infracción Ley N° 22.415”, 22/2/2017, AR/JUR/6670/2017.
- [63] Si bien confiamos en las diligentes tareas legislativas llevadas a cabo por los diferentes comités y bloques de estudio del Congreso, no dejamos de advertir que más de una inclusión referente a la responsabilidad penal de la persona jurídica podría haber sido fruto de una adaptación “a ciegas” de un ordenamiento foráneo al ordenamiento local.
- [64]Mencionamos en detalle el desarrollo jurisprudencial de esta pena accesoria anteriormente. Cfr. OLIVERA PINO, Juan Ignacio; “La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica. Antes y después de la sanción de la Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”; Ed. IJ, Revista de Derecho Comercial y de los Negocios; N.º 21; 2018.
- [65] “Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes



legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e)”. El inciso a) refiere a la pena de multa, y el inciso e) refiere a la suspensión o cancelación de la autorización para operar o intermediar cambios e inhabilitación como importador, exportador o corredor de cambios.”

[66] “Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición”.

[67] “Cuando las infracciones que se penan en esta Ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado...”.

[68] Ley N° 25.156, art. 47: “Las personas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aun cuando el acto que hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz.” art. 48: “Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción. En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior”.

[69] “...Cuando los hechos delictivos previstos en esta ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces de la deuda verificada. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder los cinco (5) años. 4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal...”.

[70] “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. 4. Cancelación de la

personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.<sup>5</sup> Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.<sup>6</sup> Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4”.

[71] El término con el que se conoce al instituto en common law. Conf. VAN DAM, Cees; “European Tort Law”; Ed. Oxford; 2013; pág. 21.

[72] El término refiere a responsabilidad por el riesgo, lo que significa que la responsabilidad es establecida independientemente de la conducta del imputado. Cfr. VAN DAM, Cees; “European Tort...”; pág. 297.

[73] Cfr. VON FISCHER, Marcela; “La Ley de Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. Los programas de integridad y la contratación pública”; Ed. La Ley N° 243; 2018; pág. 4.

[74] Cfr. “Imperial Chemical Industries Ltd v. Shatwell”; 1965; AC 656, 685-86 (House of Lords).

[75] Cfr. ANDERSON, James & WAGGONER, Ivan; “The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior”; RAND Corporation; 2014; pág. 28.

[76] GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos; “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; BdeF; Montevideo-Buenos Aires; 2010; pág.235; citado por ZEC, PALACIOS Y PEKER en “Empresas delictivas, el contenido de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la Argentina y en el mundo” que integra CASTEX; “Responsabilidad penal...” pág. 142.

[77] ROXIN, Claus; “Derecho penal. Parte General”; Civitas; 1999; pág.363. cita en NAZARENO EULÓGIO; “La responsabilidad penal...”; pág.3.

[78] El término “cumplimiento”, “compliance” y “corporate governance”, engloba el conjunto de mecanismos destinados a la prevención de riesgos que derivan en responsabilidad empresarial por incumplimiento de regulaciones legales. En este sentido, la Ley N° 27.401, ha incorporado en sus arts. 22 y 23 los denominados “Programas de Integridad”. Ver Sección 2.4.1.

[79] En la Argentina los arts. 22 y 23 de la Ley N° 27.401 establecen la posibilidad de incorporación de un Programa de Integridad y cuál debe ser su contenido. A su vez la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha emitido la Resol. 27/2018, por el cual se establecen lineamientos y guías necesarios para el mejor cumplimiento de los establecido en los artículos mencionados. Cfr. VERON, Alberto; “Los “Programas de Integridad” del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”; LA LEY, N° 199; 2018; pág. 1 -2.

[80] Es importante aclarar que parte de la doctrina argentina, entiende que podría tildarse de inconstitucional a este tipo de imputación, ya que, vulneraría el principio de legalidad debido a que, si el legislador no ha incorporado al tipo penal la faz omisiva, este vacío no puede ser colmado por vía de la analogía por los magistrados. Cfr. ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR; “Manual de Derecho Penal. Parte General”; Ediar; Buenos Aires; 2005; pág.448.

[81] Cfr. NAZARENO EULOGIO; “La responsabilidad...”; El Derecho; 19 de diciembre de 2018; pág. 2.

[82] Cfr. BARREIRA DELFINO y CAMERINI; pág. 5.

[83] Cfr. D’ALESSIO, Andrés José; “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”; Ed. La Ley; 2° Ed 2009; comentario art. 5.

[84]Cfr. DIAMANTIS, Mihailis; “Successor identity”; Yale Journal on Regulation, Vol.

36, 2019; pág. 17.

[85] Cfr. COOTER, Robert; "Law and Economics"; Ed. Pearson Addison Wesley; 5th Ed; 2007; pág. 510.

[86] Ley N° 27.401. art. 2 "Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella".

[87] Cfr. VON FISCHER, pág. 4.; Cfr. PAPA, Rodolfo; "La nueva ley de responsabilidad penal empresaria"; La Ley; 2018; AR/DOC/210/2018

[88] Ley N° 27.401. art.6 "Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica".

[89] Parte de la doctrina concluye que si bien es posible que tanto la persona humana como la jurídica puedan ser responsables por los delitos previstos por la Ley N° 27.401, no resultará indispensable contar con la condena de la persona humana involucrada para iniciar un proceso o condenar a una persona jurídica por los delitos del artículo primero de la mencionada ley. Cfr. ANLLO, pág. 142.

[90] CARRIO, Alejandro y REUSSI, Maximiliano; "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas"; en "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria"; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 42.

[91] Cfr. CARRIO, Alejandro y REUSSI, Maximiliano; "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas"; en "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria"; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 45.

[92] En sentido contrario. PAPA, Rodolfo; "La nueva ley de responsabilidad penal empresaria"; La Ley; 2018; AR/DOC/210/2018.

[93] La doctrina también observó que debería haberse empleado el término "inmediatamente" incorporado en la ley chilena. Cfr. ANLLO; pág. 36.

[94] Recientemente parte de la doctrina ha hecho referencia a ocho supuestos de responsabilidad emergentes del art. 2 de la Ley N° 27.401: (i) intervención de la persona jurídica, (ii) actuación en su nombre; (iii) actuación en interés por una persona con atribuciones para obrar en representación; (iv) actuación en interés por un tercero sin atribuciones para obrar en representación cuando la persona jurídica hubiera ratificado la gestión; (v) actuación en beneficio de la persona jurídica por parte de una persona humana con atribuciones para obrar en representación, se concrete el beneficio o no; (vi) actuación en beneficio de la persona jurídica por parte de un tercero sin atribuciones para obrar en representación, se concrete el beneficio o no, siempre que la persona jurídica hubiere ratificado su gestión; (vii) actuación de persona humana en su exclusivo beneficio, con atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, siempre que se hubiera concretado el provecho; (viii) actuación de la persona humana en su exclusivo beneficio, sin atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, siempre que se hubiera concretado el provecho y la persona jurídica hubiera ratificado su gestión. Cfr. ANLLO, Lina; "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Programa de Integridad (compliance). Ley N° 27.401

Comentada. 1° Ed.; Ed. Hammurabi; 2019; pág. 207.

[95]Cfr. ANLLO; pág. 212 - 213.

[96]Cfr. ANLLO; pág. 219.

[97]ANLLO; pág.195.

[98] La ley argentina solo conceptualiza a la empresa en el art. 5° de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo como "...la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios" y al empresario –persona humana– en el art. 320 del Cód. Civ. y Com. como "...quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de un establecimiento, industrial, comercial o de servicios". Cfr. OLIVERA PINO, Juan Ignacio; "La sociedad comercial consumidora"; Ed. Thomson Reuters, SJA; 2019; AP/DOC/975/2018.

[99] Cfr. RASPALL, Miguel Ángel; "Transferencia de empresas"; Ed. Astrea; 2017; pág. 2.

[100] Cfr. BARREIRA DELFINO y CAMERINI, pág. 2.

[101] Tomamos la traducción de los términos de MAZZUCCO, Patricia y MARANGHELLO, Alejandra; "Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica. Inglés - Español"; Ed. Del Candil; Buenos Aires; 2009.

[102] Cfr. PAPA, Rodolfo; "Los pilares y elementos estructurales de la Ley N° 27.401"; en "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria"; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág.13.

[103]Cfr. ANLLO; pág. 98.

[104] Código Penal de la Nación Argentina. Título XI. Capítulo VI. art. 258.

[105] Dádiva significa aquel beneficio, que puede darse y recibirse en sentido material, y que puede o no ser susceptible de apreciación pecuniaria. Cfr.

D’ALESSIO, Andrés José; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado"; Ed. La Ley; 2° Ed 2009; comentario art. 256.

[106] Hacemos referencia a los delitos tipificados en el Código Penal de la Nación Argentina, Título XI, Capítulo VI, Arts. 256 y ss. En estos delitos, la acción típica se lleva a cabo en procura de que el funcionario público - incluidos los magistrados del Poder judicial y del Ministerio Público- haga, retarde, o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Cfr. D’ALESSIO, Andrés José; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado"; Ed. La Ley; 2° Ed 2009; comentario art. 258.

[107] D’ALESSIO, Andrés José; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado"; Ed. La Ley; 2° Ed 2009; comentario art. 258.

[108] Cfr. D’ALESSIO, Andrés José; "Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado"; Ed. La Ley; 2° Ed. 2009; comentarios art. 258 bis.

[109]Cfr. ANLLO; pág. 85.

[110] CARRIO, Alejandro y REUSSI, Maximiliano; "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas"; en "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria"; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 47.

[111] Código Penal de la Nación Argentina. Título XI. Capítulo IX. art. 268.

[112] El art. 268 del Código Penal refiere a las exacciones contempladas en los arts. 266 y 267. "Art. 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción."; "Art. 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años".

[113] Cfr. D’ALESSIO; comentario al art. 268.

[114] CARRIO y REUSSI; pág. 48.

[115] Código Penal de la Nación Argentina. Título XI. Capítulo IX bis. art. 268 (1).

[116] Cfr. D’ALESSIO; comentario al art. 268 (1).

[117]Cfr. D’ALESSIO; comentario al art. 268.

[118]Cfr. ANLLO; pág. 89.

[119]Cfr. FERNANDEZ, Oscar; “El delito de balance falso y el art. 300 bis del Cód. Penal”; en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 25.

[120]Referimos al órgano de administración en sentido amplio, dependiendo del tipo de ente ideal y del estado en el cual se encuentre la persona jurídica (liquidación, proceso falencial, etc.).

[121]Cfr. FERNANDEZ, Oscar; pág. 30.

[122]Cfr. MUÑOZ; “Enfoque práctico de la nueva Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”; Ed. El Derecho; Diario de Doctrina y Jurisprudencia del 22 de mayo de 2018; pág. 2.

[123]Cfr. CASTEX; pág. 28.

[124] En los términos de la Ley N° 27.401, un acuerdo de colaboración eficaz consiste en la cooperación voluntaria de la persona jurídica con el Ministerio Público Fiscal, “...mediante la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito”. ANLLO; pág. 187.

[125]Un código de ética o de conducta, es un conjunto de normas destinadas a guiar la conducta de las personas humanas que componen su organización, “...describe el compromiso de la organización por mantener un comportamiento profesional, saludable y humano”. ANLLO; pág. 221.

[126]Los procedimientos preventivos deben orientarse teniendo en cuenta las áreas más sensibles de la empresa, como el área de compras, licitaciones, contratos con el Estado. Cfr. ANLLO; pág. 230.

[127]VERON, Alberto; “Los programas de integridad del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”; Ed. La Ley; N° 199 del 23 de octubre de 2018; Buenos Aires; pág. 9.

[128]Cfr. DIAMANTIS, pág.1.

[129]Ley N° 27.401, art. 3.

[130]Cfr. MELHEM, Mariela Inés; “Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3 y 23, inc. VII de la Ley N° 27.401)” en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 126.

[131]Ley N° 27.401, art. 23, inciso 7.

[132] Advertimos que la relación entre el actual art. 3 (art. 5 del proyecto) y el art. 23 inc. 7 (art. 23 inc. k del proyecto) estaba expresamente prevista en el anteproyecto ingresado a la Cámara de Diputados. Dicho art. 5 preveía que la responsabilidad se transmitía 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 art. 23, inciso k) de la presente ley.” El texto fue modificado tanto en la cámara de Diputados como en la cámara de Senadores.

[133]Cfr. CARASSAI, Hernán y DURINI, Federico; “Un punto acerca de la denominada “Responsabilidad Sucesiva” del Régimen de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas privadas”; 4 de enero de 2018; Disponible en: <https://www.aboga.dos.com.ar/un-punto-acerca-de-la-denominada-responsabilidad-sucesiva-del-regimen-de-responsabilidad-penal-aplicable-a-las-personas-juridicas-privadas/20890> (Visitado el 11/09/2019).

- [134]Cfr. PAPA, Rodolfo; “La debida diligencia anti-corrupción y su impacto en fusiones y adquisiciones.”; Ed. La Ley; N.º 31 del 13 de febrero de 2019; Buenos Aires; pág. 2.
- [135]Cfr. VERON, Alberto; “Ley General de Sociedades N° 19.550. Comentada, anotada, concordada, actualizada y ampliada con el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)”, 3ra Edición, Tomo II; Ed. La Ley; 2015; Buenos Aires; comentario al art. 74.
- [136]Ley N° 19.550, art. 74: “Hay transformación cuando una sociedad adopta otro tipo de los previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones.”.
- [137]BALBÍN, Sebastián; “Manual de Derecho Societario”; 3ra Edición; Ed. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 2018; Ebook punto 71. Transformación. Razones.
- [138]Código Civil y Comercial de la Nación; art. 162: “Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial. En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto”.
- [139]Cfr. ALTERINI, Ignacio; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, Tomo I”; Ed. La Ley; 2016; comentario al art. 162.
- [140]Ley N° 27.349; art. 61: “Las sociedades constituidas conforme a la Ley General de Sociedades, podrán transformarse en SAS, siéndoles aplicables las disposiciones de este título. Los registros públicos deberán dictar las normas reglamentarias aplicables al procedimiento de transformación”.
- [141]Cfr. VERON; “Ley General de Sociedades...”; comentario art. 74.
- [142]Cfr. ALTERINI; “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado, Tomo I”; comentario al art. 162.
- [143] Cfr. ROITMAN, Horacio; “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada. Tomo II”; Ed. La Ley; 2006; pág. 164.
- [144]VERON; “Ley General de Sociedades...”; cita a MARTORELL, Ernesto; “La Transformación Societaria ante el Derecho del Trabajo”; 1986; pág.182.
- [145]OTAEGUI, Julio; “Fusión y escisión de sociedades comerciales”; Editorial Abaco; Buenos Aires; 1976; pág. 39.
- [146]Cfr. HUNT; “Structuring Mergers & Acquisitions...”; pág. 204: “La fusión es la combinación de dos compañías a través de una transacción acción por acción”.
- [147]Ley N° 19.550; art. 82: “Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas”.
- [148]Cfr. RASPALL, Miguel Angel; “Transferencia de Empresas”; Ed. Astrea; 1ra Ed. Buenos Aires; 2017; pág. 408.
- [149]Cfr. VERON; “Ley General de Sociedades...”; comentario al art. 82.
- [150]Ley N° 19.550; art. 82: “Efectos. La nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante”.
- [151]La sociedad disuelta subsiste, no a los fines de su liquidación (como establece el art. 101 de la LGS), sino precisamente a los fines de la fusión. Ver al respecto Cam. Civ. Com. Junín, 19/07/1996, Errepar, t. II,020.003.001, 5.
- [152]RASPALL; “Transferencia de Empresas”; pág. 408.
- [153]Cfr. ALTERINI; “Código Civil y Comercial...”; comentario al art. 162.
- [154]Cfr. VERON; “Ley General de Sociedades”; comentario al art. 82; referencia a OTAEGUI; “Fusión y transferencia patrimonial”.
- [155]CSJN; Fallos 323:574; 21/03/200; cita online AR/JUR/4493/2000.

- [156]Cfr. VERON; “Ley General de Sociedades...”; comentario al art. 82.
- [157]CNFed. Contén. Admin, Sala IV; “Pasa S.A. c. Dirección General de Aduana”; 13/11/2003.
- [158]BALBÍN; “Manual de Derecho Societario”; Capítulo X; apartado 77.
- [159]Cfr. ALTERINI; “Código Civil y Comercial...”; comentario al art. 162; ref. a NISSEN, Ricardo; “Ley de sociedades comerciales, Tomo I”; Ed. Astrea; Buenos Aires; pág. 818.
- [160]Compartimos las razones que expone RASPALL. Cfr. RASPALL; “Transferencia de Empresas”; pág. 412.
- [161]Ley N.º 19.550; art. 88: “Hay escisión cuando: I.- Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; II.- Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; III.- Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades”.
- [162]Hacemos referencia al patrimonio, y no al capital social de acuerdo a lo normado por el art. 88 inc. 3, pues si existen otras cuentas patrimoniales ajenas al capital, son las que en primer lugar deben asignarse a la escisión. Cfr. VERON; “Ley General de Sociedades...”; comentario al art. 88.
- [163]Es de nuestro interés remarcar que este artículo se inspiró en el art. 130 del código penal español. Sin embargo, pese a las latentes similitudes, las redacciones difieren ya que en el caso español se hace referencia a la “disolución”, mientras que la legislación argentina optó por no hacer referencia a los casos en que se produce disolución de la persona jurídica y abarcó todos los supuestos que engloba el art. 3 primera parte de la Ley N.º 27.401.
- [164]Al respecto mencionamos un desarrollo doctrinario categorizado como “Degree of Identity. Degree of liability” (Grado de identidad. Grado de responsabilidad), lo que llevó a desarrollar un “identity test” en la órbita del derecho de daños y que podría ser traspolado al ámbito penal. Cfr. DIAMANTIS, Mihailis; “Successor Identity”; Yale Journal on Regulation, Vol. 36, 2019; pág. 40.
- [165]MELHEM; pág. 126.
- [166]Ordenamiento jurídico chileno; Ley N.º 20.393; art. 18: “Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el art. 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. 1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma...”.
- [167]Código penal español; art. 130.
- [168]Cfr. RASPALL; pág. 163 - 181.
- [169]La Ley N.º 11.867 prevé la posibilidad de que el adquirente sólo obtenga el fondo de comercio mediante un acto jurídico, y no a la empresa como organización. El comprador incorpora a ese fondo de comercio, su propia organización empresarial. Cuando se transfiere el fondo de comercio, es perfectamente factible aislar el pasivo y que el comprador lo adquiera libre de riesgos por los pasivos ocultos, contingentes, eventuales, potenciales, etc. Cfr. RASPALL; pág. 98.
- [170]Cfr. PAPA; “La debida diligencia anticorrupción...”; pág. 3.
- [171]Cfr. CARASSAI y DURINI; “Un punto acerca de la denominada “Responsabilidad

Sucesiva” ...”.

[172]Cfr. CARASSAI y DURINI, pág. 3.

[173]Cfr. MELHEM; pág. 128.

[174]Cfr. PAPA; “La debida diligencia anticorrupción...”; pág. 3.

[175]Hacemos referencia a “A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act” emitido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) y la Comisión de Valores de los Estado Unidos (SEC) en el año 2012. La guía misma, antes del prefacio, aclara que la información contenida en el documento, no constituye regulación alguna, no es obligatoria y por lo tanto no crea ningún derecho ni procedimiento alguno. Disponible en:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> (Visitado el 11/09/2019).

[176]Cfr. PHILLIPS, Taylor; “Is there successor liability for FCPA violations?”; FCPA Professor website; Octubre 2014; Visitar: Disponible en:

<http://fcpprofessor.com/is-there-successor-liability-for-fcpa-violations/> (Visitado el 11/09/2019).

[177]Cfr. PHILLIPS, Taylor; “The Federal Common Law of Successor Liability and the Foreign Corrupt Practices Act”; Walliam & Mary Business Law Review, Volume 6, Issue 1, Article 4; pág.102.

[178]PAPA; “La debida diligencia...”; pág. 3.

[179]Cfr. MELHEM; pág. 128.

[180]Ver referencia a los casos Turner y Dixat en la sección 3.2.5.

[181] Hacemos referencia al termino desarrollado por la jurisprudencia norteamericana “Disrigard of legal entities”. Cfr. LOPEZ RAFFO, Francisco; “El corrimiento del velo societario”; Ed. Ad-Hoc; pág. 63.

[182]Este instituto está previsto en el art. 144 del Código Civil y Comercial de la Nación, y en el art. 54 de la Ley General de Sociedades.

[183]Cfr. LOPEZ RAFFO; pág. 72.

[184]Cfr. MELHEM; pág. 128.

[185]Código Penal del Reino de España; art. 130.

[186]SUPREME COURT OF MICHIGAN; “Turner v. Bituminous Casualty Company”; 397 Mich. 406 (1976); 244 N.W.2d 873.

[187]Cfr. PHILLIPS; “The Federal...” pág. 105; referencia al precedente: 244 N.W.2d 873, 881-82 (Mich. 1976).

[188]Cfr. PHILLIPS; “The Federal...” pág. 104; referencia al precedente: No. 3:02CV-45-H, 2004 U.S. Dist. LEXIS 7201, at \*12 (W.D. Ky. Feb. 11, 2004).

[189]art. 18; Ley N° 20.393 de Chile.

[190]Hacemos referencia al Anteproyecto publicado

en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/03/Proyecto-de-Ley-Codigo-Penal.pdf> (Visitado el 31/05/2019).

[191]art. 38; Anteproyecto Código Penal de la Nación enviado al Senado el día 25/03/2019: “...En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica será transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente. La responsabilidad de la persona jurídica subsistirá si, de manera encubierta o meramente aparente, continuare su actividad económica y se mantuviere la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos...”.

[192]Cfr. RASPALL; pág. 245.

[193]Este tipo de acuerdo tiene un estrecho vínculo con la tarea de la debida diligencia, pues toda la información sobre la empresa target que se ponga a disposición de la parte interesada, habitualmente es sensible y su divulgación, uso o copia está protegida por este tipo de convenio. A su vez, este acuerdo puede constituir un documento autónomo o estar incluido en una carta de intención o MOU.



[194]Es un documento clave que se suscribe en la etapa preliminar a la transacción, y que por lo general no es vinculante para las partes, más allá de la responsabilidad precontractual que pudiera esgrimirse. Cfr. PAPA; “Letter of intent and pre-contractual liability issues under cross border M&A transactions. Current trends and a comparative approach in United States/Argentine Law”; Paper presented to the Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Special Institute on International Mining and Oil & Gas Law, Development, and Investment; Colombia; 2015; pág. 5 - 7.

[195]Es habitual que en caso de que los acuerdos precontractuales sean vinculantes, las partes dejen confeccionado el acuerdo definitivo para evitar discusiones ulteriores sobre su contenido.

[196]Cfr. RASPALL; pág. 247.

[197]Cfr. RASPALL; pág. 298.

[198]Cfr. LINARES, Marcos; “Las cláusulas MAC en Argentina y la decisión de la Corte de Delaware en “Akorn”; 2018; pág.1. Disponibles en: <http://www.abogados.com.ar/las-clausulas-mac-en-argentina-y-la-decision-de-la-corte-de-delaware-en-akorn/23053> (Visitado el 11/09/2019).

[199]Cfr. EGUÍA, José L - PAPA, Rodolfo G., “Due Diligence para abogados y contadores”, Ed. Errepar, 2011, cap. 13, pág.430.

[200]PAPA; “Una aproximación al Concepto de “Due Diligence” en Negocios Corporativos”; 2012. Disponible en: <https://www.abogados.com.ar/una-aproximacion-al-concepto-de-due-diligence-en-negocios-corporativos/10263> (Visitado el 31/05/2019).

[201]ROCA, Claudia; “La due diligence en las fusiones y adquisiciones: un ejercicio imprescindible”; Gaceta Judicial, Derecho Societario, Año 14, N ° 288; República Dominicana; 2010; pág. 105. Disponible en: <http://www.headrick.com.do/docs/en/crg-gaceta-2010.pdf> (Visitado el 11/09/2019).

[202]Tomamos datos de la enumeración realizada por RASPALL; pág. 285 -296.

[203]Cfr. JIMÉNEZ HERRERA, Federico; “El proceso de transferencia del paquete accionario”; Ed. Abaco; pág. 213.

[204]En la temática que nos ocupa, la arista de las declaraciones que cobra relevancia será la de que la target se encuentra en cumplimiento con toda la legislación y regulación aplicable a su actividad - por un lado- y que no existe ninguna investigación, imputación, reclamo, juicio o cualquier procedimiento pendiente (sancionatorio) que conozca - por otro-. Cfr. MILLER & SEGALL; “Mergers and Aquisitions. Second Edition. A step-by-step legal and practical Guide”; Ed. Wiley; pág. 169 - 193.

[205]Cfr. ADAMS, Kenneth A., “The Structure of M&A Contracts”, Ed. Thomson Reuters, 2016, pág. 11.

[206]Escrow account es el término anglosajón para referir a los depósitos bancarios en garantía, también denominados cash collaterals. Las formas más corrientes de constituir estos depósitos en el derecho argentino son: (i) Depósitos bancarios a la vista en garantía, efectuados a nombre del deudor, y prenda sobre depósitos bancarios a la vista, efectuados a nombre del acreedor o de un tercero; (ii) Prenda sobre depósitos bancarios a plazo fijo, efectuados a nombre del deudor; (iii) Depósitos bancarios transferidos en garantía a un fideicomiso; (iv) Depósitos bancarios cedidos en garantías al acreedor o a un tercero. Cfr. FERNANDEZ MADERO, Nicolás; “Depósitos bancarios en garantía (“Escrow Accounts”); Ed. La Ley; 2003; pág. 2; AR/DOC/11246/2003.

[207]Cfr. FERNANDEZ, Mariano Joaquín; “Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones” en “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”; La Ley - Suplemento Especial; 2018; pág. 136.

[208]Cfr. ANLLO; pág. 122.

[209] Cfr. DA SILVA AYRES, Carlos H., “Transacciones de Fusiones y Adquisiciones en América Latina: Tips prácticos para multinacionales que aplican la debida diligencia anticorrupción”; publicado en [http://fcpamericas.com/spanish/transacciones \(...\)](http://fcpamericas.com/spanish/transacciones); el 2 de octubre de 2013.

[210]Cfr. PAPA; “La debida diligencia anti-corrupción...”; pág. 6.

[211]Cfr. PAPA; “La debida diligencia anti-corrupción...”; pág. 6.

[212]Art. 7; Ley N.º 27.401: “Penas. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes: (...) 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años...”

[213]Art. 24; Ley N.º 27.401: “Contrataciones con el Estado Nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los arts. 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el art. 4 del decreto delegado N.º 1023/01 y /o regidos por las Leyes N.º 13.064, N.º 17.520, N.º 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.”

[214] Un reciente ejemplo que exigió el cumplimiento con esta disposición, ha sido la licitación de los “Corredores Viales” bajo la modalidad de Contratación de Participación Público-Privada, llevada a cabo por la Dirección de Vialidad Nacional. Los “Pliegos de Bases y Condiciones Generales para la Red de Autopistas y Rutas Seguras”, han incorporado una disposición que obliga al contratista adjudicado a acreditar la implementación del Programa de Integridad exigido por la Ley N.º 27.401. Disponible en: <https://ppp.vialidad.gob.ar/wp-content/uploads/2018/01/PBCG.pdf> (Visitado el 31/05/2019).

[215]Cfr. ANLLO; pág. 122.

[216]Cfr. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ÉTICA Y COMPLIANCE; “Libro blanco sobre la función de Compliance”; 2da Edición; 2017; pág.11.

[217]Son los responsables del área de compliance, quienes, dotados de un nivel de formación adecuado para conocer, comprender y difundir las obligaciones de compliance relativas al Programa de Integridad, valora la idoneidad de las políticas, procedimientos y controles de la organización para prevenir, detectar y gestionar riesgos de compliance. Cfr. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ÉTICA Y COMPLIANCE; pág. 44.

[218] Cfr. DA SILVA AYRES, Carlos H., “Transacciones de Fusiones y Adquisiciones en América Latina: Tips prácticos para multinacionales que aplican la debida diligencia anticorrupción”; publicado en [http://fcpamericas.com/spanish/transacciones \(...\)](http://fcpamericas.com/spanish/transacciones); el 2 de octubre de 2013.

[219] Cfr. PAPA, “¿Cómo administrar el riesgo de “compliance” en las “fusiones & adquisiciones” locales?; 2019; disponible en: <https://www.abogados.com.ar/como-administrar-el-riesgo-de-compliance-en-las-fusiones-adquisiciones-locales/23871> (Visitado el 11/09/2019).

[220]Ley N.º 27.401; art. 4: “Extinción de la acción. La acción penal contra la persona jurídica sólo se extinguirá por las causales enumeradas en los incisos 2 y 3 del art. 59 del Código Penal”.

[221]Ley N.º 27.401; art. 5: “Prescripción de la acción. La acción penal respecto de las personas jurídicas prescribe a los seis (6) años de la comisión del delito. A tal fin serán aplicables las reglas de suspensión e interrupción de la acción penal que prevé el Código Penal”.

[222]Código Penal de la Nación. art. 67 “La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa

de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional. En los delitos previstos en los arts. 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine–, 130 –párrafos segundo y tercero–, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad. La prescripción se interrumpe solamente por: a) La comisión de otro delito; b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo”.

[223] El art. 25 de la Ley N° 27.401 establece que el Registro Nacional de Reincidencias es el organismo encargado de registrar las condenas que recayeran por los delitos previstos por la norma. En pocas palabras, las funciones del registro son: (i) registrar los actos procesales, sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales penales del país; (ii) emitir informes sobre datos y antecedentes penales. Cfr. ANLLO; pág. 284. Lo cierto es que debido a la “sensibilidad” de la información, el art. 8 de la Ley N° 22.117 autoriza a un número limitado de legitimados para solicitar la información. Entre ellos los particulares pueden solicitar un certificado sobre sus condenas o procesos pendientes, por lo que sería necesario la intervención de los representantes de la compañía target.

[224] Algunos de los puntos que creemos relevantes considerar en este tipo de procedimiento de debida diligencia, están inspirados en documentos de la División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Cfr. U.S. Department of Justice, Criminal Division, Fraud Section; “Evaluation of Corporate Compliance Program”; updated April 2019; Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> (Visitado el 31/05/2019) ; y en los lineamientos de integridad emitidos por la Oficina Anticorrupción argentina. Conf. Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de los establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley N.º 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas”; Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oficina-anticorrupcion-publico-los-lineamientos-de-integridad-para-em-presas-y-otras> (Visitado el 31/05/2019).