

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA SUCESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ARGENTINO

Juan Pablo MONTIEL* **

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2019

Fecha de aprobación: 15 de octubre de 2019

Resumen

La presente contribución se limitará a esbozar los principales problemas implicados en la cláusula de sucesión de responsabilidad penal de la persona jurídica prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401. Se verá que la sola interpretación del tenor literal de la regulación dispara muy diversos problemas de gran envergadura, a los que se suman los desafíos vinculados al compliance y hasta cuestiones determinantes del mejor modelo de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Por esta razón, de los aspectos de la temática mencionados arriba solamente me ocuparé de lo relativo a la compatibilidad entre las reglas de sucesión y el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, y también de lo que tiene que ver con la incidencia de los programas de cumplimiento en la sucesión de responsabilidad.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas – principio de culpabilidad – sucesión de responsabilidad – programas de compliance

Title: Problematic Issues of the Succession of Criminal Liability of Legal Persons in Argentine Law

Abstract

This contribution will be limited to outlining the main problems involved in the succession clause of criminal liability of the legal person provided for in Article 3 of Law No. 27,401. It will be seen that the mere interpretation of the literal wording of the regulation triggers a wide range of major problems, to which are added the challenges linked to compliance and even to determining the best

* Director de CRIMINT, Centro Virtual de Investigación Aplicada en Derecho penal (Argentina). Contacto: jpmontiel@crimint.com.ar

** Me gustaría expresar mi agradecimiento a Beatriz Goena Vives, Iñigo Ortiz de Urbina y Rodolfa Papa, por el material que me han facilitado para trabajar este artículo y el excelente espacio que me brindaron para discutir las cuestiones más problemáticas.

model for attributing liability to the legal person. For this reason, I will only deal with what concerns the compatibility between the rules of succession and the principle of culpability and personality of penalties, and also what has to do with the impact of compliance programmes on the succession of responsibility.

Keywords: Criminal Liability of Legal Persons – Principle of Culpability – Succession of Liability – Compliance Programmes

Sumario: I. Sucesión de personalidad: modificaciones societarias como problema de integridad; II. Alcance del art. 3, Ley n.º 27.401; III. ¿Modificaciones societarias maliciosas o simplemente negligentes?; IV. Medidas de compliance requeridas; V. El principio de personalidad de las penas: ¿un obstáculo insalvable?; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Sucesión de personalidad: modificaciones societarias como problema de integridad

En el mundo de los negocios es posible detectar que la mayoría de las compañías prefieren crecer hacia fuera, mediante operaciones de fusión o adquisición, en lugar de potenciar un crecimiento hacia dentro. A esta circunstancia cabe agregar que, como indican GERNER y HOMMEL, la experiencia ha mostrado que las transacciones de fusión o adquisición suelen ser creadoras de valor para la parte vendedora, mientras que, al contrario, la parte compradora suele tener que lidiar con un escenario complejo, dificultoso, más allá de que en última instancia resulte favorable.¹ Ambos factores explican, por un lado, la propensión de muchos empresarios a involucrarse en complejas transacciones de fusión o adquisición en la búsqueda de una expansión de sus negociaciones, pese a los costos, las dificultades y los riesgos inherentes a estos procesos y, por el otro lado, la necesidad de que el adquirente o nuevo socio adopte medidas de autoprotección de su negocio. Estas últimas medidas no solamente deben estar orientadas a proteger su patrimonio ante eventuales pasivos financieros ocultos por el vendedor, sino también su propia existencia o reputación frente a “pasivos de corrupción” disimulados.

¹ GERNER/HOMMEL, “Accounting for Real Options in the Due Diligence Process”, en GLEICH *et al.* (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp. 9-29, p. 29.

El art. 3 de la Ley n.º 27.401 establece las condiciones que permiten mantener una responsabilidad penal, pese a las mutaciones que pudiese experimentar la persona jurídica.² En este sentido, surge con claridad la necesidad *político-criminal* de disponer de una cláusula de sucesión de la responsabilidad de personas jurídicas, atento al dinamismo de las empresas y a los numerosos mecanismos legales que pueden facilitar la elusión de esa responsabilidad penal.³ De este modo, el art. 3 de la Ley n.º 27.401 representa lo que la doctrina argentina en otro contexto ha calificado como “cláusula antifraude de ley”.⁴ Con todo, la determinación de una responsabilidad sucesoria toca fibras sensibles de un derecho penal liberal que se sustenta, entre otros principios, en el de culpabilidad y, especialmente, en el de la personalidad de las penas. De ahí que resulte necesario interpretar y aplicar la figura de la responsabilidad sucesoria de tal manera que sea posible todavía garantizar la vigencia de estas garantías. Como veremos, para buena parte de la doctrina esta es una lucha perdida de antemano, sin embargo, adelanto aquí que considero todavía posible hacer válido el principio de personalidad de las penas respecto de la persona jurídica y su responsabilidad sucesoria.

En general, con independencia de las características que exhiba cada regulación legal, existen tres aspectos de la temática de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica que resultan fundamentales para su abordaje integral. En primer lugar, las reglas de imputación que explican y justifican la transferencia de responsabilidad de una persona jurídica a otra o, mejor dicho, que hacen posible seguir hablando de un mismo sujeto de imputación pese a haber mutado su formato societario. En segundo lugar y asociado a esto último, entran en escena la compatibilidad de esas reglas con garantías político-criminales elementales, esto es, las reglas de imputación anteriores deben estar en armonía con principios tales como el de culpabilidad, personalidad de las penas, legalidad, etc. En tercer lugar, la cuestión vinculada a los sistemas de *compliance* y

² Pueden encontrarse regulaciones equivalentes en otros países: art. 2, 2.º párrafo Ley n.º 30.424 (Perú), art. 18 Ley n.º 20.393 (Chile), art. 130 2.ª parte Código penal español, § 30 párr. 2.º OWiG. Especial atención merece el tratamiento de la cuestión en el derecho alemán, pues allí no existe la fuerte tendencia a aceptar como regla la sucesión de la responsabilidad administrativa. De hecho, hasta la reforma de la OWiG del año 2013 la sucesión de la responsabilidad no estaba prevista legalmente y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (BGH) únicamente la había aceptado cuando existía una “cuasi identidad económica”, que únicamente se da ante meros cambios de forma. Al respecto, cfr. entre otros ALTENBURG/PEUKERT, “Neuerungen in § 30 OWiG”, BB 2014, Heft 12, pp. 649-655; WIEDMANN/FUNK, “Umgehung von Kartellgeldbußen durch Umstrukturierung- Konzernhaftung als Lösung?”, BB 2015, Heft 44, pp. 2627-2634. Luego una posterior reforma de 2017 amplió el régimen de la sucesión en el ámbito del derecho de cárteles, cfr. MÄGER/VON SCHREITZER, “Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik”, NZKarr, 2017, pp. 267 ss.

³ En este sentido, Circular 1/2011 de la Fiscalía General de Estado (España) Apartado II. 3).

⁴ RIGGI, *Interpretación y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 137 s., bajo la idea de una *Gleichstellung*.

concretamente a su incidencia en la evitación de la responsabilidad penal. En el terreno de la sucesión de la responsabilidad penal de personas jurídicas es sobradamente conocido en la discusión y la legislación que el *compliance* puede incidir en el castigo de la persona jurídica, ora atenuando la pena, ora excluyéndola. Como se verá *infra*, esta cuestión tiene una enorme importancia para la discusión en la Argentina, por lo que se torna fundamental explicar las características que deben tener los programas de *compliance* para tener esos efectos benéficos para las organizaciones.⁵

La presente contribución se limitará a esbozar los principales problemas implicados en la cláusula de sucesión de responsabilidad penal de la persona jurídica prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401, sin ninguna pretensión de exhaustividad. Como podrá observarse al final de la lectura, la profundidad y diversidad de los problemas hace necesario que un tratamiento exhaustivo del tema tenga lugar en un formato monográfico. Se verá que la sola interpretación del tenor literal de la regulación dispara muy diversos problemas de gran envergadura, a los que se suman los desafíos vinculados al *compliance* y hasta cuestiones determinantes del *mejor* modelo de atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Por esta razón, de los aspectos de la temática mencionados arriba solamente me ocuparé de lo relativo a la compatibilidad entre las reglas de sucesión y el principio de culpabilidad y personalidad de las penas, y también de lo que tiene que ver con la incidencia de los programas de cumplimiento en la sucesión de responsabilidad. El estudio de la primera cuestión de los fundamentos y las concretas reglas de imputación que justifican la sucesión quedará fuera de este análisis por razones de espacio. En el fondo, esta cuestión pende de un tema más general y espinoso que tiene que ver con el modelo general de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas,⁶ cuyo análisis riguroso excedería completamente las pretensiones de esta contribución.⁷ Más bien, he preferido concentrarme en aquellos aspectos más problemáticos que presenta el tema a partir de la deficiente regulación que trae la Ley n.º 27.401.

⁵ De hecho, puede observarse que en ámbitos en que la tematización de la sucesión de responsabilidad penal de empresas está más avanzada, la consideración del *compliance* en este terreno parece insoslayable. Al respecto, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, n.º m. 1983, p. 1650.

⁶ Sobre esta cuestión, en general, cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (‘Compliance programs’)”, en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 95-125, pp. 115 ss.; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 88 ss. Para un análisis de los modelos a la luz de la legislación local, cfr. MONTIEL, “Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el Derecho argentino”, *Revista En Letra Derecho penal*, vol. 6, 2018, pp. 124-150, pp. 129 ss.

⁷ De igual modo, considero que ahondar en otras cuestiones de *compliance* no vinculadas a la sucesión de responsabilidad — como ser, p. ej., los límites a la conformación privada de reglas de comportamiento — sacaría de foco el estudio.

En definitiva, en una primera parte (II. y III.) me concentraré en el alcance de la responsabilidad sucesoria bajo la regulación argentina, lo que me llevará a enfocarme en los supuestos de modificaciones societarias contemplados y en el tipo de maniobra comprendida. En la segunda parte (IV.) me concentraré en la incidencia de las autorregulaciones empresariales en la sucesión de responsabilidad penal, lo cual nos llevará a reflexionar sobre si los programas de *compliance* pueden actuar atenuando o excluyendo la pena y además sobre las medidas concretas de *compliance* que resultan requeridas. Por último, en la parte final (V.) afrontaré los cuestionamientos que debe soportar la figura plasmada en el art. 3 por su problemática relación con los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

Y una última aclaración. Más allá de algunas pocas aportaciones de especialistas locales,⁸ el tema de la responsabilidad sucesoria de la persona jurídica resulta casi desconocido para la doctrina y la jurisprudencia argentina. Incluso las escasas contribuciones se han concentrado principalmente en un análisis del texto de la ley a la luz de puras necesidades prácticas, dejando de lado otras cuestiones conceptuales más profundas que condicionan inevitablemente la aplicabilidad de esta institución. Ello me obliga a adelantar que los análisis y reflexiones que se vuelcan en este escrito toman como punto de partida la ley y el marco regulatorio nacional, pero se desarrollan a partir de considerar la jurisprudencia y literatura extranjera, especialmente española.

II. Alcance del art. 3, Ley n.º 27.401

Nuestro sistema de atribución de responsabilidad penal parte de la necesidad de que la persona que cometió el delito sea la misma que luego resulta pasible de imputación y pena. Lo que implica, en otras palabras, la identidad entre el sujeto al momento de la realización del injusto y la del sujeto en el juicio jurisdiccional. Así lo venimos entendiendo inveteradamente desde el reconocimiento de los principios de personalidad de las penas y de responsabilidad por el hecho propio. Ahora bien, como indica SILVA SÁNCHEZ, la identidad puede estar referida a dos aspectos distintos del sujeto: en primer lugar, a que sea la misma persona, el mismo ser “*de carne y hueso*” (*i.e.*, que sea quien ejecutó la acción delictiva, no su hermano gemelo), y, en segundo lugar, a que las condiciones relevantes

⁸ Cfr. ANLLO, “Art. 3”, en ÍDEM (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pp. 120 ss.; MELHEM, “Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades”, en DURRIEU/SACCANI (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresarial*, Buenos Aires, Thompson Reuters, 2018, pp. 123-132; FERNÁNDEZ, “Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones”, en ídem en esta misma nota, pp. 133-139.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 9 (2019)

para la imputación penal sean las mismas, como ser que el autor del hecho mantenga su capacidad de culpabilidad también al momento del juicio jurisdiccional.⁹ Evidentemente, el requisito de una identidad *corporal* parece poco relevante en el plano de la responsabilidad penal de personas físicas, dado que la discusión únicamente tendría sentido en los extraordinarios casos en los que el autor de un delito cambia su nombre (o incluso su sexo) poco después del hecho y antes de ser sometido a juicio. Sin embargo, la situación se torna más compleja en relación con las personas jurídicas, pues sus modificaciones no son en absoluto un fenómeno extraordinario. Justamente el art. 3 de la Ley n.º 27.401, bajo la consideración de que existen instrumentos legales que permiten y viabilizan las modificaciones societarias, ha previsto la posibilidad de una sucesión de la responsabilidad penal, incluso cuando *en apariencia* se ha roto la identidad de personalidad. En mi opinión, no estamos aquí ante una excepción *prevista legalmente*, sino antes bien frente a una cláusula que permite al juez seguir considerando que la persona jurídica “modificada” es la misma que aquella que ha cometido el delito.

La Ley n.º 27.401 reconoce aquellos tipos de modificaciones societarias previstas en la Ley de Sociedades n.º 19.550, las *transformaciones, fusiones y escisiones*, sin perjuicio de lo cual deja abierta la posibilidad de una sucesión de la responsabilidad ante supuestos de modificaciones similares (“o cualquier otra modificación societaria”). Según el art. 74 de la Ley n.º 19.550, en los supuestos de *transformación* la persona jurídica en cuestión adopta un tipo societario diferente al que hasta entonces mantenía. En este sentido, si bien la persona jurídica conserva su nombre de fantasía, se produce una mutación en la clase de sociedad que constituye.¹⁰ La particularidad de estos casos consiste en que la sociedad no se disuelve ni tampoco se ven alterados sus derechos, y por esta razón parece razonable entender que aquí no habría en sentido estricto una modificación societaria, sino que la misma persona jurídica conserva la misma subjetividad solo que con un nuevo “ropaje” jurídico.¹¹ Así, de la regla prevista en el art. 3 de la Ley n.º 27.401 surge que, en caso de que la persona jurídica involucrada en un hecho de corrupción estuviese constituida bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada e inmediatamente después mudase su forma hacia una sociedad anónima, esta transformación no impide que la persona jurídica resultante responda penalmente por los

⁹ SILVA SÁNCHEZ, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en GARCÍA VALDÉS et. al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661-692.

¹⁰ Según la doctrina especializada, se estaría ante un mero cambio de forma que no conllevaría el cambio del objeto social ni ninguna reforma sustancial del estatuto social, cfr. VERÓN, *Sociedades comerciales. Ley 19550*, 2.ª ed., t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 763, 766 s.; BALBÍN, *Manual de Derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 301. De otra opinión, enfatizando que la transformación puede implicar cambios más profundos en el contrato social, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario*, t. 10, Buenos Aires, Heliasta, 2006, pp. 217 ss.

¹¹ En sentido similar, MELHEM, *supra* nota 8, p. 126.

delitos cometidos bajo el viejo formato societario.¹² Por su parte, la Ley n.º 19.550 prevé dos supuestos de fusión (art. 82): dos o más sociedades se disuelven para conformar conjuntamente una nueva sociedad, o bien una ya existente se incorpora a otra. A diferencia de la transformación, aquí las sociedades fusionadas se disuelven sin liquidarse para incorporarse al *fusionante* o para dar vida a una nueva sociedad.¹³ Finalmente, el fenómeno de la escisión puede asumir tres formas diferentes con efectos jurídicos diferentes (art. 88 Ley n.º 19.550). En la primera y segunda modalidad una sociedad escidente no se disuelve y simplemente destina parte de su patrimonio a: 1) ser integrado a una sociedad ya existente; 2) dar vida, junto a otra persona jurídica, a una nueva sociedad; y 3) crear una o varias sociedades nuevas.¹⁴ Bajo la tercera opción, la escisión presupone forzosamente su disolución, aunque se mantiene sin ser liquidada y se constituyen con todo el patrimonio varias sociedades. A los ojos de la Ley n.º 27.401 la sociedad escindida o fusionada “conservará el ADN” de la persona jurídica involucrada en los hechos de corrupción y que le precede a la *target*.

Pese a su falta de claridad, el segundo párrafo del art. 3 de la Ley n.º 27.401 contempla situaciones diferentes, donde no existe en sentido estricto una cláusula de sucesión, sino más bien una cláusula “de pervivencia”. Mientras que en los casos de transformación, fusión y escisión el precepto en cuestión traslada la responsabilidad penal de una persona jurídica a otra nueva — resultante de la operación de modificación societaria—, en el segundo párrafo del art. 3 el legislador establece la pervivencia de la responsabilidad, pese a no existir más *en apariencia* persona jurídica alguna. Puesto en términos de identidad temporal: mientras que en los supuestos del primer párrafo en el momento del juicio jurisdiccional hay una persona jurídica distinta de la que cometió el delito, en los casos que trae el segundo párrafo directamente no existiría más una persona jurídica al momento de la imposición de la pena. Así, el art. 3 contempla aquí el caso de las personas jurídicas que, buscando eludir toda responsabilidad penal, se disuelven *solo en apariencia*, pero mantienen clandestinamente su “actividad económica y (...) la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

Ahora bien, está claro que en el fondo no es correcto señalar que en los supuestos del segundo párrafo del art. 3 no existe persona jurídica alguna, pues en realidad la disolución ficticia lleva a la

¹² La doctrina alemana entiende de modo absolutamente dominante que estos son los supuestos más sencillos de modificación societaria, dado que aquí el titular de derechos no ha visto modificada su identidad jurídica, cfr. entre otros CORELL/VON SAUCKEN, “Verteidigungsansätze bei der Unternehmensgeldbuße”, *wistra* (8) 2013, p. 298.

¹³ Sobre las características generales del proceso de fusión societaria, cfr. entre otros, BALBÍN, *supra* nota 10, p. 308.; VERÓN, *supra* nota 10, pp. 798 y ss.

¹⁴ Para una caracterización de estas tres modalidades, cfr. VERÓN, *supra* nota 10, pp. 841 ss.; BALBÍN, *supra* nota 10, p. 316.

persona jurídica a transformarse en una sociedad de hecho.¹⁵ En mi opinión, no sería desacertado hablar aquí de una transformación *en sentido impropio*, dado que la persona jurídica simplemente muda de forma societaria pasando de un tipo societario determinado a una sociedad de hecho. Sería en sentido impropio, dado que una transformación en sentido estricto —*i.e.*, según lo estipulado por la Ley n.º 19.550— estaría reservada para los casos en los que se da un cambio entre los tipos societarios reconocidos por esa ley.¹⁶

III. ¿Modificaciones societarias maliciosas o simplemente negligentes?

Una cuestión adicional vinculada al alcance del art. 3 se relaciona con su aplicabilidad a modificaciones societarias normales o únicamente a supuestos en los que las empresas se valen *maliciosa* o *fraudulentamente* de las herramientas que les otorga la ley para diluir la responsabilidad penal. Esta pregunta comienza a tomar notoriedad especialmente en la literatura y la praxis jurisprudencial española. Para parte de la doctrina, una manera de racionalizar la interpretación de la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica consiste en limitarla a supuestos en los que la maniobra de transformación societaria responde a un plan fraudulento, destinado a eludir las consecuencias jurídicas (penales o civiles) de la empresa absorbida.¹⁷

Como se expresó *supra*, claramente la finalidad perseguida por el legislador argentino al introducir la figura de la responsabilidad sucesoria ha sido impedir la “fuga de responsabilidad penal” mediante maniobras de “ingeniería societaria” que permitan esconder a la persona jurídica competente por los hechos delictivos. Y en ese caso se está pensando principalmente en maniobras elusivas *dolosas*, en el sentido clásico del término en derecho penal, esto es, teniendo conocimiento de que se está modificando la sociedad involucrada en el delito con el fin de eludir cualquier tipo de responsabilidad. Sin embargo, existen buenas razones para entender que esta interpretación resulta demasiado estrecha y a la larga conduce a hacer infra-inclusivo el art. 3, pues la experiencia nos muestra que son más bien excepcionales los casos en los que la modificación es realizada deliberadamente para licuar la responsabilidad penal. En este sentido, considero que existen razones de peso para concluir que el art. 3 comprende por igual modificaciones societarias llevadas adelante

¹⁵ También en este sentido, MELHEM, *supra* nota 8, p. 127.

¹⁶ Cfr. VERÓN, *supra* nota 10, p. 767.

¹⁷ DEL ROSAL BLASCO/LIGHTOWLER-STAHLEBERG, “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa”, en *Diario La Ley* n.º 9126, del 25 de enero de 2018. Así también en la jurisprudencia española, Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, pp. 29 s.

deliberadamente para eludir la responsabilidad y modificaciones societarias gestionadas negligentemente y que conllevan la “filtración de responsabilidad” en las personas jurídicas resultantes.

A mi modo de ver, en esta dirección apuntan las reglas de *compliance* exigidas a nivel internacional ante este tipo de situaciones. Justamente, gran parte de los problemas de integridad asociados a los procesos de *M&A* surgen del comportamiento poco diligente de la empresa que impulsa la modificación, debido principalmente a no haber implementado un proceso de *due diligence* lo suficientemente riguroso. También en España la jurisprudencia se pronuncia a favor de esta interpretación.¹⁸ Al mismo tiempo, entiendo que las diferentes *Guidelines* o recomendaciones que existen en el nivel nacional e internacional apuntan en esta dirección, pues recomiendan o exigen la implementación de una serie de medidas —ya la sola expresión *diligencia debida* apoya esta idea— destinadas a que sea posible disponer de la información relevante sobre “pasivos de corrupción” y de este modo evitar una asunción no consentida de responsabilidad por parte de la persona jurídica resultante.¹⁹ Estas exigencias, por tanto, pretenden asegurar que la persona jurídica esté en condiciones de evitar verse involucrada *sin intención* en algún hecho de corrupción.

IV. Medidas de compliance requeridas

1. Regulaciones y recomendaciones de compliance en la Argentina y buenas prácticas internacionales en procesos de modificaciones societarias

Si bien el art. 3 de la Ley n.º 27.401 establece la transmisión de la responsabilidad penal a la persona jurídica resultante de un proceso de modificación societaria, en este precepto se omite cualquier tipo de referencia a las medidas de *compliance* recomendables para estos casos y menos aún se alude a la incidencia que podría tener su implementación en la responsabilidad penal. Como remarcaré con algo más de detalle *infra*, aquí se aprecia una diferencia notable entre el texto convertido en ley por el Senado argentino y el proyecto enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo, en el que efectivamente se contemplaba una cláusula con exigencias de *compliance*. Recién al enumerarse los elementos optativos de un programa de integridad (art. 23, 2.ª parte) aparece en el inciso VII la referencia a “[l]a debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y

¹⁸ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de Madrid, del 20 de marzo de 2019, p. 6.

¹⁹ Al menos los Lineamientos de Integridad de la Oficina Anticorrupción (2019) y el documento *Evaluation of Corporate Compliance Programs* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (2019) no reducen la cuestión a supuestos dolosos.

adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas”.

Complementariamente, los “*Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley n° 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas*”, elaborados por la Oficina Anticorrupción de la Argentina, ofrecen a las empresas y a las autoridades encargadas de la persecución penal criterios para poder interpretar y aplicar correctamente el elemento plasmado en el mencionado art. 23, 2.ª parte, inc. VII. El documento destaca, en primer lugar, que los mecanismos de *due diligence* en el marco de modificaciones societarias no constituyen un componente imprescindible de un sistema de integridad adecuado, dado el carácter extraordinario que suelen tener estos procesos.²⁰ Al mismo tiempo, destaca que, en segundo lugar, cualquier medida de diligencia debida implementada en los mencionados procesos se orienta básicamente a detectar irregularidades cometidas y vulnerabilidades de la persona jurídica *target* que se puedan heredar.²¹ Adquiere importancia la referencia a algunas medidas de *compliance* que sería necesario adoptar en el marco de estos procesos para la existencia de un *due diligence* satisfactorio, entre las cuales se menciona a las siguientes: i. verificación de cumplimiento anticorrupción por parte de la empresa *target*; ii. implementación de políticas anticorrupción por la empresa *target* (o adecuada conciliación de los programas existentes en una y otra); iii. capacitación en tales políticas a directores e integrantes de la empresa *target*; y finalmente iv. auditoría posterior al cierre.²² En mi opinión, sin lugar a dudas aparecen aquí criterios relevantes a tener en cuenta a la hora de guiar la batería de medidas requeridas para un adecuado *due diligence* M&A. Sin embargo, todavía existe una importante orfandad de criterios en relación con, p. ej., la profundidad y alcance de la investigación que debe hacerse de los pasivos de corrupción de la empresa adquirida o fusionada, o cómo corresponde proceder según los diferentes escenarios que pueden darse (v. gr. ausencia total de un programa de integridad en la sociedad resultante o la existencia de una fachada de programa de integridad), especialmente en supuestos de fusiones por adquisición.

Con todo, una mirada a otros instrumentos internacionales muestra que esta exigüidad de las regulaciones y recomendaciones también se replica en otros países. P. ej., el documento del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, “*Evaluation of Corporate Compliance*

²⁰ Oficina Anticorrupción, *Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley n.º 27.401 de responsabilidad penal de personas jurídicas*, 2019, Sección 3.9, pp. 54 s.

²¹ *Ibidem*, p. 54.

²² *Ibidem*, p. 55.

Programs”, referente internacional en la materia, tampoco detalla las medidas de integridad exigibles. Más allá de algunas referencias genéricas al proceso de *due diligence*, al de integración *M&A* o los mecanismos de remediación de contingencias, se destacan las siguientes precisiones:

“La debida diligencia defectuosa o incompleta puede permitir que la conducta indebida continúe en la empresa *target*” y ello conlleva su responsabilidad.²³

“La medida en que una empresa somete a sus objetivos de adquisición a un escrutinio adecuado es indicativo de si su programa de cumplimiento es, como se implementó, capaz de hacer cumplir sus controles internos y remediar la conducta ilegal en todos los niveles de la organización”.²⁴

En mi opinión, el escaso detalle de las regulaciones y recomendaciones en esta materia deberían llevarnos a pensar que los Estados han decidido dejar que las propias empresas adopten las medidas que consideren necesarias para protegerse y evitar la transferencia de responsabilidad, atento a que cada proceso de modificación es único.²⁵ En definitiva, será el juez quien deberá valorar si, de acuerdo con las particularidades del proceso en cuestión, la persona jurídica resultante ha sido suficientemente diligente.

2. Diligencia debida y sistema de *compliance* “integrador”

Para entender adecuadamente la batería de medidas de *compliance* que es necesario implementar en los procesos de modificaciones de personas jurídicas considero necesario distinguir dos momentos: las etapas previas o concomitantes a las negociaciones y la etapa posterior, en la que la modificación societaria se encuentra consumada.²⁶ En general, las llamadas medidas de *due diligence M&A* suelen identificarse con las medidas de integridad que se adoptan en la primera de estas fases, puesto que se refieren al grupo de medidas dirigidas básicamente a identificar riesgos o irregularidades reales y disponer medidas de remediación. Cuando el proceso de modificación ya se encuentra terminado, los desafíos de *compliance* pasan por robustecer el modelo de prevención de la persona jurídica resultante, lo que puede implicar el diseño e implementación de un programa de

²³ Department of Justice, *Evaluation of Corporate Compliance Programs*, 2019, p. 8.

²⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁵ Así lo entiende en relación con la Ley n.º 27.401 MELHEM, *supra* nota 8, p. 129.

²⁶ Distingue también entre estas dos etapas FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, pp. 136 ss., p. 138 s.

integridad “integrador” (fusión) o de un nuevo programa de *compliance* para la nueva persona jurídica (transformación, escisión).

Los desafíos más importantes en materia de *compliance* que se presentan ante el fenómeno de las modificaciones societarias están asociados a los procesos de fusiones y adquisiciones de empresas. En la medida en que las transformaciones constituyen una mera muda de ropaje jurídico que, por lo general, deja intacto el objeto social y lo esencial del contrato societario, parece comprensible que un *due diligence* solamente resulte requerido en contextos excepcionales, en los que se produce un drástico cambio en la composición societaria. Hecha esta aclaración, es importante remarcar que según una mirada tradicional, el equipo encargado de llevar adelante la fusión o adquisición debe enfocar su tarea principalmente en el análisis económico de la empresa fusionada o adquirida, esto es, determinar los activos y pasivos económicos, con ayuda de los cuales podrá definir el valor de la empresa *target*. Sin embargo, los actuales marcos regulatorios incentivan a las empresas adquirentes o fusionantes a contemplar seriamente los posibles “pasivos de corrupción” (ocultos o manifiestos) de la empresa *target*, sobre todo por los efectos de reputación y jurídicos que ellos pueden acarrear. Indudablemente la afectación de la reputación, como así también eventuales sanciones por la comisión de delitos, suelen conllevar una significativa afectación patrimonial de la empresa.

Como plantean COBBLAH, GRAHAM y YAWSON, la diligencia debida debe comenzar en la compañía que realiza la adquisición antes de haberse tomado la decisión de adquirir o fusionar.²⁷ Esta primera aproximación “informal”²⁸ permite a la empresa adquirente o fusionante determinar si el objeto en el que se está enfocando resulta idóneo para la operación correspondiente. Sin embargo, el momento crucial para el análisis de integridad de las empresas *target* tiene lugar con el inicio formal de las negociaciones. En estas, la persona jurídica adquirente necesita investigar exhaustivamente si con anterioridad a la operación la *target* estuvo envuelta en algún delito que pudiese disparar una futura responsabilidad penal, con independencia de si el hecho está siendo investigado o no por el poder judicial. Pero, además, las medidas de comprobación deben identificar los concretos riesgos de corrupción a los que está expuesta la empresa *target* y los mecanismos de *compliance* con los que cuenta para inocuizarlos. Desde luego que toda esta información tiene una notable relevancia para hacer un cálculo más exacto del costo económico de la operación, pues no solo puede resultar necesario afrontar alguna multa, sino también calcular el grado de inversión que

²⁷ COBBLAH/GRAHAM/YAWSON, “Due Diligence on Strategic Fit and Integration Issues: A Focal Point of M&A Success”, en GLEICH/KIERANS/HASSELBACH (eds.), *supra* nota 1, pp. 3-15, p. 5.

²⁸ La referencia al carácter informal también apunta a que su no realización no es determinante de un *due diligence* defectuoso.

debe hacerse en infraestructura de *compliance* una vez adquirida o fusionada la empresa. Esta información se torna fundamental en la toma de decisiones empresariales, ya que incluso la detección de una irregularidad en la persona jurídica absorbida o adquirida podría dar lugar a la discontinuidad del negocio o a una disminución del precio.²⁹

Sin dudas, la pregunta más relevante desde el punto de vista práctico tiene que ver con las medidas concretas que en cada caso una empresa debe adoptar para asegurarse la implementación de un sólido *due diligence*.³⁰ El tema está indisolublemente sujeto a las particularidades de cada caso, por lo que siempre será necesario atender a las particularidades de cada escenario para identificar la estrategia concreta que requiere la específica modificación societaria. Por razones de espacio me será imposible adentrarme en detalle en estas cuestiones, de allí que me limite en lo que sigue a esbozar las líneas rectoras que deben seguirse para encarar cualquier proceso de *due diligence* en el marco de lo dispuesto por el art. 3 Ley n.º 27.401.

Como primera cuestión es importante resaltar que la diligencia debida en procesos de adquisiciones o fusiones necesita ir más allá de las meras cuestiones legales o financieras para ser verdaderamente exitosa. Por esta razón, se necesita incluir aspectos organizacionales, culturales, estratégicos y ligados a los recursos humanos,³¹ siempre con un carácter dinámico.³² Pero más allá de esta referencia genérica es necesario enfocarse en las directrices que toda empresa fusionante o adquirente debe seguir para excluir riesgos penales. Aquí no sería exagerado señalar que los procesos de modificaciones societarias constituyen valiosas ocasiones para testear la fortaleza del programa de integridad de la empresa fusionante o adquirente, pues requiere de un eficiente proceso de detección y reacción.

Las medidas de *compliance* que se ven envueltas en estos escenarios apuntan en dos direcciones: por un lado, a determinar si existe algún hecho de corrupción pasado, capaz de salpicar a la empresa

²⁹ MELHEM, *supra* nota 8, p. 131.

³⁰ Esta afirmación presupone que en cualquier contexto de *M&A* deben implementarse forzosamente medidas de *due diligence*, al no ser suficientes bajo ningún concepto las llamadas “manifestaciones y garantías”. También en este sentido, ANLLO, *supra* nota 8, p. 121.

³¹ A este respecto, CORELL/VON SAUCKEN, *supra* nota 12, p. 298 resaltan la importancia de hacer una adecuada selección del personal que trabajará en el proceso de modificación societaria.

³² COBBLAH/GRAHAM/YAWSON, *supra* nota 27, p. 5.

target; por el otro, a identificar los riesgos de corrupción implicados en la actividad cotidiana de la persona jurídica.

En cuanto a lo primero, el sistema de *compliance* de la adquirente o fusionante necesita poner en funcionamiento todos sus procesos de detección sobre una persona jurídica distinta. Lógicamente el alcance de las específicas medidas necesarias depende del escenario con el que uno se encuentre. Así, p. ej., cuando la *target* cuenta con un programa de integridad sólido (o medianamente sólido) se simplifica la tarea de la contraparte, pues bastaría con prestar atención a las contingencias y alertas informadas por el sistema y al tratamiento que han recibido. En mi opinión, el hecho de que la persona jurídica resultante cuente con un buen modelo de prevención debería llevarle tranquilidad y permitirle a la adquirente o fusionante confiar en los datos del sistema de *compliance* ajeno. Aquí el proceso de *due diligence* deberá enfocarse principalmente a asegurarse de que el sistema de *compliance* de la empresa adquirida o fusionada es eficaz. Indudablemente el escenario se complejiza notablemente cuando la sociedad sometida al proceso de modificación no cuenta con un programa de integridad o dispone de uno manifiestamente defectuoso. En este caso, será necesaria la adopción de medidas investigativas mucho más amplias para que la empresa fusionante o adquirente logre recabar información fiable de cara a conocer realmente el estado de integridad de la contraparte. No debe perderse de vista, como advierte acertadamente FERNÁNDEZ,³³ el factor temporal, pues la indagación debe quedar limitada a los acontecimientos que tuvieron lugar dentro de los seis años inmediatamente anteriores a las negociaciones, atento a que el art. 5 de la Ley n.º 27.401 establece que la acción penal contra las personas jurídicas prescribe a los seis años.

Desde luego que la detección de algún hecho de corrupción pasado tiene un notable impacto en las negociaciones de *M&A*. Puntualmente, este evento puede motivar que las negociaciones queden descontinuadas o bien que continúen pero que el impacto de esa contingencia se traslade al precio o a las condiciones de la operación.³⁴ Está claro que en el escenario de una continuación de las tratativas es recomendable identificar los hechos con la mayor precisión posible y además adoptar medidas de remediación.³⁵

Por su parte, el segundo grupo de medidas de *compliance* que se esperan de la persona jurídica adquirente o fusionante están orientadas a conocer los aspectos de corrupción vinculados a la

³³ FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 138.

³⁴ ANLLO, *supra* nota 8, p. 122.

³⁵ FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 136.

actividad de la *target*. Indudablemente, la identificación de los aspectos externos a la empresa —p. ej., las particularidades del concreto mercado, las exigencias regulatorias, el nivel de corrupción del país en el que se opera, etc.—³⁶ pueden ayudar a hacerse una idea de los riesgos concretos asociados a la actividad empresarial, pero en mi opinión están lejos de ser decisivos para un adecuado *due diligence*.³⁷ Aquí corresponderá analizar el nivel de interacción con el sector público, la integridad de los clientes y socios de negocios, y también la solidez del programa de integridad de la *target*, entre algunas de las principales áreas de importancia.³⁸ Esto debería conllevar la formalización de un mapa de riesgo *M&A*, esto es, una operación de identificación, comprensión y valoración de los riesgos jurídico-penales asociados al proceso de fusión o adquisición.^{39 40}

Por último, conviene detenerse al menos superficialmente en otras medidas de *compliance* importantes que trascienden el proceso de *due diligence*. Tras la consumación de la modificación sería aconsejable que la persona jurídica resultante adoptara un programa de integridad.⁴¹ Las características de esta última fase de *compliance* pueden variar según el tipo de modificación de que se trate, puesto que una fusión puede requerir decisiones diferentes en materia de integridad. Así, la constitución de un *holding* de empresas requerirá el diseño e implementación de un programa de *compliance integrador*, esto es, un modelo de prevención del grupo, que complemente el de cada una de las empresas del grupo. Por su parte, la incorporación de una empresa a un *holding* ya existente demanda una “actualización” del programa *integrador*, pero al mismo tiempo la adaptación del modelo de prevención de la nueva empresa a los criterios del grupo. Por último, y sin pretensiones de exhaustividad, la escisión de una sociedad en otras varias debería conllevar que las resultantes diseñen e implementen un nuevo programa de integridad.

³⁶ Como se aprecia en SACCANI, “Debida diligencia hacia terceros”, en MONTIEL (dir.), *Lineamientos de integridad*, Buenos Aires, 2018, pp. 29-42, pp. 33 s. (disponible en <https://crimint.org/service/lineamientos-de-integridad/>) [Enlace verificado el 23 de febrero de 2020], estos criterios son válidos para toda diligencia debida, esto es, tanto en el marco de modificaciones societarias como también respecto de terceros.

³⁷ Sin embargo, de otra opinión, MELHEM, *supra* nota 8, pp. 130 s.

³⁸ Sobre algunas de las principales medidas que resultan necesarias en esta etapa, cfr. FERNÁNDEZ, *supra* nota 8, p. 135.

³⁹ Esto último muestra la necesidad de distinguir dos grandes tipos de mapas de riesgo. Un primer tipo que denomino *mapa de riesgo elemental* o *básico* que se corresponde con aquel que sirve de punto de partida a un sistema de *compliance* general y un segundo tipo, los *mapas de riesgo específicos*, de menor espectro y concentrados en operaciones o situaciones puntuales, como ser en este caso un proceso de modificación societaria.

⁴⁰ Particularmente en Alemania, la doctrina entiende que la reforma de 2013 de la OWiG ha elevado las exigencias de *due diligence* en este contexto, pues ya no bastaría con documentar las irregularidades cometidas por la empresa originaria en un determinado periodo de tiempo, sino que resultaría necesaria la implementación de rigurosas investigaciones internas, cfr. ALTENBURG/PEUKERT, *supra* nota 2, pp. 653 s.

⁴¹ Alude de manera genérica a este aspecto, ANLLO, *supra* nota 8, p. 122.

3. El doble efecto del *non-compliance* y la exoneración de responsabilidad penal

El *non-compliance* desempeña en la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica un rol de gran importancia, no solo bajo un modelo de autorresponsabilidad, sino incluso, en mi opinión, en ciertas presentaciones del modelo vicarial o de la heterorresponsabilidad.⁴² En el primer caso, precisamente el injusto de la persona jurídica radica en el déficit de organización, el cual deja caracterizarse básicamente como el *non-compliance*, esto es, por la ausencia de un programa de integridad o bien por la existencia de uno defectuoso.⁴³ Pero, además, una de las maneras de evitar caer en una responsabilidad objetiva bajo el modelo vicarial consiste en darles entrada a las medidas de *compliance*, las cuales determinan la transferencia de la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica únicamente cuando existe un déficit de organización en *compliance*. En este escenario el *non-compliance* constituye la pieza central de la explicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica; en otras palabras, expresa el *fundamento* de la pena, sea porque constituye el delito u objeto de imputación (autorresponsabilidad) o bien el factor de atribución o criterio de imputación (heterorresponsabilidad).

Ahora bien, en el marco de la cuestión relativa a la transferencia de la responsabilidad por modificación societaria el *non-compliance* tiene una función adicional. Aquí no funge de fundamento de la responsabilidad penal, sino de *criterio de transferencia*. Con otras palabras: lo que debería trasladar la responsabilidad penal de la persona jurídica antecedente a la resultante es precisamente el defecto de organización, el no haber adoptado las medidas de *compliance* adecuadas para prevenir, identificar y disolver los riesgos penales emergentes de la empresa originaria. Justamente, la deficiente organización en *compliance* explica la posibilidad de trabajar con la ficción de que una persona jurídica continúa a otra involucrada previamente en algún ilícito.⁴⁴

Una consecuencia natural de esta última posición es que la adopción de medidas de *compliance* adecuadas debería impedir la continuación de la responsabilidad en la persona jurídica resultante.

⁴² De otra opinión, negándole importancia en el modelo de la heterorresponsabilidad, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, Lima, Palestra, 2017, p. 113.

⁴³ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1766; GARCÍA CAVERO, *supra* nota 42, pp. 114 ss.; MONTIEL, *supra* nota 6, pp. 129 ss.

⁴⁴ En virtud de estos argumentos me cuesta compartir la opinión de ANLLO, *supra* nota 8, p. 121, para quien la sucesión se mantiene incluso si tras una diligencia debida y razonable no logra reconocerse ningún riesgo de la empresa que se adquiere. Según interpreto, en su comprensión estaríamos aquí ante una responsabilidad de carácter objetivo, inaceptable en el derecho penal.

Precisamente las medidas de *due diligence* eficientes cumplirían la función de interrumpir toda imputación a esta última persona jurídica. Al operar un adecuado *due diligence* en la modificación, no debería haber razones para trasladar la responsabilidad penal.

En efecto, esta última es una cuestión que se ha tornado controvertida en la Argentina con la aprobación de la Ley n.º 27.401. En el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo la diligencia debida en el proceso de modificación societaria permitiría bloquear la transferencia de responsabilidad de la persona jurídica inicial a la resultante.⁴⁵ Sin embargo, esta disposición dejó de aparecer ya en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, manteniéndose esta tendencia en el texto finalmente aprobado por el Senado. Sin lugar a dudas, la gran pregunta que arroja este zigzagueante tránsito legislativo se refiere al rol que cumple entonces la diligencia debida en un proceso de este tipo.⁴⁶ ¿Se puede seguir afirmando que impide la sucesión de la responsabilidad? Para MEHLEM debe verse aquí la decisión del legislador de apartarse de la voluntad originaria, por lo que la Ley n.º 27.401 no excluiría la responsabilidad penal de la persona jurídica absorbente o resultante ante la adopción de medidas eficientes de diligencia debida y en el mejor de los casos cabría conformarse con una atenuación de pena.⁴⁷ De esta interpretación parece inferirse la idea de que un juez que reconozca efectos eximentes a las medidas de *compliance* en un proceso de modificación societaria estaría adoptando una decisión abiertamente *contra legem*.

En mi opinión, la supresión de la “cláusula de exoneración” en la ley vigente constituye una nueva equivocación del legislador argentino, que expone al régimen de responsabilidad sucesoria a una “catarata” de planteos de inconstitucionalidad. Según la regulación actual, la responsabilidad sucesoria es manifiestamente de carácter *objetivo*,⁴⁸ lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante, con independencia de las medidas que se adopten en el proceso de modificación. Si la vigencia del

⁴⁵ Art. 5, 2.º párr.: “La entidad no será responsable cuando se hubiesen adoptado las diligencias adecuadas para conocer la situación económica y legal de la entidad en los términos del art. 31, inc. k) de la presente ley, y se dispusieran medidas correctivas u orientadas a evitar la repetición de hechos semejantes al momento de concluirse la modificación societaria de que se trate”.

⁴⁶ La misma pregunta es válida para aquellos ordenamientos jurídicos en los que solamente se prevé la responsabilidad sucesoria pero, en cambio, no los efectos eximentes de un *due diligence*. Entre esos países cuentan, p. ej., Alemania (§ 30, párr. 2.º, OWiG), Chile (art. 18, Ley n.º 20.393) y Perú (art. 2, 2.ª parte, Ley 30.424).

⁴⁷ MELHEM, *supra* nota 8, p. 131.

⁴⁸ Destaca este inconveniente DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en MATA BARRANCO *et. al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 129-168, p. 162 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1980 ss.

principio de culpabilidad resulta endeble *per se* en la fundamentación de la responsabilidad penal de la empresa, esta regulación directamente rompe con este principio. Aplicar una pena en estas condiciones a la persona jurídica resultante es indudablemente inconstitucional. La ley no brinda ninguna solución saludable a este problema ni en el art. 3 ni en el art. 9 al regular las eximentes de responsabilidad.

La salida de este brete demanda notables esfuerzos argumentativos por parte de los aplicadores del derecho. Aquí es importante considerar que la transferencia de una responsabilidad de una persona jurídica a otra distinta solamente puede encontrar sustento constitucional cuando esta ha incurrido en una práctica desalentada por el derecho. En este caso puntual, la transferencia de responsabilidad solamente puede ser operativa sin poner en riesgo garantías constitucionales cuando existe un factor de atribución que funge como criterio de imputación. En este caso puntual, ese criterio de imputación debería ser la defectuosa organización en el proceso de modificación societaria, que no es otra cosa que la no realización de las medidas de diligencia debida correspondientes al proceso *M&A*.⁴⁹ Este *non-compliance* se correspondería con la omisión de una diligencia debida, la que en definitiva funge como criterio *subjetivo* de imputación, en los términos demandados por la doctrina.

En mi opinión, la supresión de la “cláusula de exoneración” en el texto definitivo no debería ser vista como una decisión deliberada del legislador de desconocerle efectos liberadores de pena a un *due diligence M&A*, sino más bien como un descuido en el que se incurrió sin ser consciente de las problemáticas consecuencias constitucionales derivadas de ello.⁵⁰ Este descuido del legislador se acaba correspondiendo con la existencia de una laguna axiológica,⁵¹ que podría ser integrada mediante el uso de una analogía *in bonam partem*.⁵² Puesto que en el terreno de la favorabilidad está mayoritariamente aceptado el reconocimiento de eximentes supraleales, el reconocimiento

⁴⁹ En la doctrina, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 5, n.º m. 1983. En la jurisprudencia, Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de Madrid, del 20 de marzo de 2019, p. 8.

⁵⁰ Es más, dado lo elementales que resultan algunos defectos de las regulaciones de *compliance* que contiene la ley, dudo de que el legislador haya tenido debido conocimiento de las consecuencias de la normativa que introducía.

⁵¹ Sobre la relevancia de distinguir entre descuidos y decisiones conscientes del legislador y, a partir de ahí, entre lagunas axiológicas e inconsistencias axiológicas, cfr. MONTIEL, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, *Indret* (1) 2017, pp. 33 s.

⁵² Cfr. en detalle y con ulteriores referencias, MONTIEL, “Creación judicial de Derecho penal y analogía *in bonam partem*”, en PASTOR (dir.), *Problemas actuales de la Parte General del Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 167-212, pp-170 ss.

judicial del efecto “bloqueador de transferencia” del proceso de *due diligence M&A* sería aceptable y además lograría armonizar el art. 3 con la Constitución Nacional.

V. El principio de personalidad de las penas: ¿un obstáculo insalvable?

El principio de culpabilidad no solo puede verse comprometido ante una transferencia de responsabilidad que no descansa en un factor subjetivo de atribución, sino también cuando no puede garantizarse la *personalidad de la pena*.⁵³ Esta máxima requiere la identidad entre quien comete el ilícito y quien recibe la pena. Justamente este principio constituye una de las notas distintivas tradicionales de las penas frente a las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil, ya que estas últimas sí son susceptibles de ser tercerizadas. Bajo esta concepción, en la sucesión de responsabilidad plasmada en la ley n.º 27.401 se estaría rompiendo con la mencionada identidad. Lo que pretende enfatizarse con este planteamiento es que *en principio* la persona jurídica resultante estaría respondiendo en estos supuestos por el delito cometido por otra entidad.

La estrategia de solución más sencilla (aunque también más insatisfactoria) es la seguida recientemente en España por la Audiencia Nacional, consistente en considerar que no es posible trasladar a la persona jurídica las mismas garantías reconocidas a la persona natural.⁵⁴ Si bien considera la Audiencia Nacional correcto trasladar las mismas garantías procesales a los entes colectivos, concretamente en relación con la personalidad de las penas estima que sería necesario desactivar esta garantía reservada a las personas físicas.⁵⁵ En su entendido, la personalidad de las penas nunca podría interpretarse en los mismos términos que para la persona física, especialmente si se considera que toda pena (p. ej., una multa o la disolución) nunca sería soportada por el autor del delito (*i.e.*, la persona jurídica), sino por terceros (*i.e.*, accionistas).⁵⁶ De manera textual alude el auto:⁵⁷

“Cuando se habla de imponer penas a las personas jurídicas, se está aludiendo a una acepción amplia, desde un punto de vista material, del principio de personalidad de las penas. Es decir, el mal que conlleva la aflicción punitiva descansará sobre las personas físicas que integran el ente colectivo, ya que éste carece de capacidad para

⁵³ Interpreta al principio de culpabilidad integrado, entre otros, por los subprincipios de responsabilidad subjetiva y de personalidad de las penas, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2008, pp. 123 ss.

⁵⁴ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019.

⁵⁵ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 11.

⁵⁶ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 6.

⁵⁷ Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 4, del 30 de abril de 2019, p. 6.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 9 (2019)

padecerlo. A título de ejemplo, la imposición de una multa de cuantía considerable a una empresa, además de la merma económica para aquella, los que la soportarán, serán igualmente los accionistas o partícipes, aunque hayan sido ajenos a la conducta delictiva, y puede afectar además a los trabajadores, en caso de que aquella sea de cuantía considerable”.

Sin embargo, el argumento utilizado por la Audiencia Nacional para justificar una flexibilización del principio de personalidad de las penas resulta poco convincente. Por empezar, conviene diferenciar el mal que *en sí mismo* conlleva la pena (la pérdida de libertad en el caso de una prisión, la pérdida del patrimonio en el caso de una multa) de las *consecuencias desfavorables* derivadas del mal ínsito a la pena. Puesto con un ejemplo básico: la privación de libertad que sufre un condenado por homicidio (*mal ínsito a la pena*) repercutirá indefectiblemente en la familia del condenado, que se verá privada del ingreso económico derivado del anterior trabajo del condenado (*consecuencia desfavorable de la pena*). El principio de personalidad de las penas se centra en el mal ínsito a la sanción y por esta razón no se vería infringido cuando la familia soporta las *consecuencias desfavorables* (*i.e.*, un efecto colateral) de la prisión del condenado. Deben reconocerse entonces dos sujetos jurídicos distintos sobre los que recaen respectivamente el mal ínsito a la pena y sus consecuencias. Respecto de la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica suele enturbiarse indebidamente esta diferenciación. Al gozar el ente colectivo de una personería autónoma, independiente de la de sus miembros, debe decirse que el mal que *en sí mismo* conlleva la pena *recae directamente sobre la persona jurídica*, no sobre sus miembros. Ante la imposición de una multa, la pérdida de beneficios estatales o la disolución, es *la misma persona jurídica* la que sufre este mal, es el patrimonio o la existencia *de la persona jurídica* la que aparece comprometida. Es indudable que, p. ej., con la disolución o la pérdida de los beneficios estatales las personas físicas propietarias de la empresa sufren un perjuicio, pero no bajo el concepto del mal vinculado a la pena, sino de una consecuencia *colateral*. Dicho esto, resulta innecesario aludir a una flexibilización del principio de personalidad de las penas, puesto que al imponerse una pena *a la persona* bajo el régimen de la Ley n.º 27.401 ya se está castigando al mismo autor del delito y no se produce tercerización alguna de la responsabilidad.

La situación es distinta ante la cuestión que nos incumbe. La regla introducida en el art. 3 claramente surte el efecto de transferir el mal ínsito de la pena a otra persona, una que no tuvo incidencia alguna en la comisión del delito. Aquí sí tiene lugar una “tercerización de responsabilidad”, lo que implica que es una persona jurídica distinta de la que cometió el delito la que acaba asumiendo sus “costos” punitivos. En estos supuestos se rompe claramente la identidad

entre el autor del delito y el sujeto pasivo de la pena que demanda el principio de personalidad. Con ello nos enfrentaríamos nuevamente con la inconstitucionalidad del artículo.

Entiendo que son posibles dos maneras de encarar la solución, que dependen en lo esencial de las características del comportamiento observado por la empresa *target* en el proceso de modificación.⁵⁸ Cuando la modificación tuvo como objetivo principal licuar la responsabilidad penal de la empresa transformada, absorbida o escidente, esto es, cuando se trata de *modificaciones societarias maliciosas*, la no implementación de un *due diligence* adecuado constituye el factor de atribución relevante para hacer responsable a la persona jurídica resultante, según haya habido o no un pacto preexistente, bajo la estructura de un encubrimiento o de una complicidad. Cuando la empresa *target* se somete conscientemente a una operación fraudulenta de modificación está realizando un aporte relevante para encubrir los hechos y sobre esta base no podrá tomar distancia de lo realizado por la persona jurídica antecesora.⁵⁹ Al existir en este caso una estructura de intervención en el hecho ajeno, el deber respectivo sería infringido por la persona jurídica que comete el delito (*i.e.*, la originaria) pero también se reconoce un título de responsabilidad derivado para quien contribuye al ocultamiento de los hechos ilícitos o a dificultar su investigación y persecución penal. En cambio, en los casos que he caracterizado como de *modificaciones societarias negligentes* corresponde entender que la falta de una diligencia debida *M&A* hace posible operar con la *ficción* de que la persona jurídica resultante es la misma que la originaria, por lo que habría genuinamente una continuidad con un mero cambio de ropaje societario.⁶⁰ Tendríamos un mismo sujeto jurídico, aunque con una fisonomía distinta. La falta de realización de un *due diligence* es un factor que impide a la persona jurídica resultante distanciarse de lo realizado por una persona jurídica distinta, y ello justificaría la asunción de los costos punitivos.

VI. Conclusiones

⁵⁸ Por el contrario, no ve otra solución más que una revisión del precepto correspondiente a la regulación española DOPICO GÓMEZ-ALLER, *supra* nota 48, p. 164.

⁵⁹ Un razonamiento similar se aprecia en el ámbito de la participación de personas físicas en fase preparatoria, bajo la idea de una infracción de incumbencias. Al respecto, cfr. JAKOBS, “Mittäterschaft als Beteiligung”, en PAEFFGEN *et. al.* (eds.), *FS Puppe*, Berlín, Ducker & Humblot, 2011, pp. 556 ss. Con todo, ello no quiere decir que esté dispuesto a aceptar que el elemento determinante de la transferencia de responsabilidad sea la *infracción de una incumbencia*.

⁶⁰ En mi opinión, a la conclusión de que la persona jurídica resultante será tratada *como si* fuese la persona jurídica originaria puede llegarse mediante el empleo de reglas adversativas de imputación. Sobre estas reglas, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 60 s.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 9 (2019)

Como ha podido apreciarse, la problemática relativa a la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica hace necesario prestarles atención a dos cuestiones distintas: por un lado, a las medidas de *compliance* que la empresa *target* debe adoptar para asegurarse de que no deberá soportar una “pesada herencia” de corrupción de la compañía que le precede; por otro lado, a las reglas de atribución de responsabilidad que hacen posible la transferencia de una sociedad a otra. Por una cuestión de espacio, aquí simplemente se identificaron las principales dificultades que trae consigo el art. 3 de la Ley n.º 27.401 y además se esbozaron algunas soluciones orientadas a compatibilizar la figura de la responsabilidad sucesoria con el principio de culpabilidad.

En mi opinión, la correcta aplicación de esta figura (necesaria, por cierto, para evitar la elusión de la responsabilidad penal de ciertas empresas) dependerá en definitiva de lo que haga la jurisprudencia. Especialmente en lo que se refiere a la omisión del art. 3 de incluir una cláusula de exoneración, resulta fundamental que al menos jurisprudencialmente se reconozcan efectos bloqueadores de la transferencia de una responsabilidad penal a la realización de un adecuado *due diligence M&A*, tal como sí estaba previsto en el proyecto del Poder Ejecutivo. De lo contrario, el sistema de incentivos resulta absolutamente perverso, pues acaba tratando de la misma manera a corporaciones que han sido diligentes en procesos de modificación societaria y a otras que no adoptaron ninguna medida de *compliance*. Esta cuestión nos pone nuevamente en alerta de cara a la aplicación judicial de la Ley n.º 27.401, en la que la acumulación de defectos regulatorios en materia de *compliance* nos hace dudar de su verdadera capacidad para prevenir la corrupción. En definitiva, hasta tanto no haya una modificación legislativa, habrá que esperar que sean los jueces quienes salven la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin dudas, se trata de una solución que atiende a las necesidades prácticas pero que resulta cuestionable desde el punto de vista republicano.

VII. Bibliografía

ALTENBURG, Johanns/PEUKERT, Matthias, “Neuerungen in § 30 OWiG - Haftungsrisiken und -vermeidung vor dem Hintergrund gesetzgeberischen Überschwangs (§ 30 OWiG)”, LL.M., BB 2014, Heft 12.

ANLLO, Lila, “Art. 3”, en ÍDEM (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ley 27.401 Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

BALBÍN, Sebastián, *Manual de Derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario*, t. 10, Buenos Aires, Heliasta, 2006.

COBBLAH, Michael N. A./GRAHAM Michael A./YAWSON, Alfred, “Due Diligence on Strategic Fit and Integration Issues: A Focal Point of M&A Success”, en GLEICH, Ronald/KIERANS, Gordana/HASSELBACH, Thomas (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp. 3-15.

CORELL Christian/VON SAUCKEN Alexander, “Verteidigungsansätze bei der Unternehmensgeldbuße”, *wistra* (8), 2013.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/LIGHTOWLER-STAHLEBERG, Pablo, “La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada de delito) en los supuestos de sucesión de empresa. Reflexiones generales y análisis de un supuesto particular: la intervención del FROB en BFA y Bankia”, en *Diario La Ley n.º 9126*, del 25 de enero de 2018.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en MATA BARRANCO, Norberto J., *et. al.*, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 129-168.

GERNER, Mathias/ HOMMEL, Ulrich, “Accounting for Real Options in the Due Diligence Process”, en GLEICH, Ronald/KIERANS, Gordana/HASSELBACH, Thomas (eds.), *Value in Due Diligence. Contemporary Strategies for Merger and Acquisition Success*, Farnham, Gower, 2010, pp.9-29.

FERNÁNDEZ, Mariano Joaquín, “Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones”, en DURRIEU Nicolás/SACCANI Raúl R. (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*, Buenos Aires, Thompson Reuters/La Ley, 2018, pp. 133-139.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Criminal Compliance*, Lima, Palestra, 2017.

JAKOBS, Günther, «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN, Hans Ullrich, *et. al.* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Ducker & Humblot, 2011, (pp. 566-581).

MÄGER, Thorsten/VON SCHREITTER, Florian, “Die kartellrechtliche Bußgeldhaftung nach der 9. GWB Novelle – Überblick und Kritik”, *NZKart*, 2017.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año VI, número 9 (2019)

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 27.401)”, en DURRIEU Nicolás/SACCANI Raúl R. (dir.), *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad penal empresaria*, Buenos Aires, Thompson Reuters/La Ley, 2018, pp. 123-132.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2008.

MONTIEL, Juan Pablo, “Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el Derecho argentino”, *Revista En Letra Derecho penal*, vol. 6, 2018, pp. 124-150.

—, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, *Indret* (1) 2017.

—, “Creación judicial de Derecho penal y analogía *in bonam partem*”, en PASTOR, Daniel R., (dir.), *Problemas actuales de la Parte General del Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010, pp. 167-212.

NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÍDEM (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal económico y de la empresa*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 1650 ss.

—, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance programs»), en GOÑI SEIN, José Luis (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 95-125.

RIGGI, Eduardo Javier, *Interpretación y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

SACCANI, Raúl R., “Debida diligencia hacia terceros”, en MONTIEL, Juan Pablo (dir.), *Lineamientos de integridad*, Buenos Aires, 2018, pp. 29-42 (disponible en <https://crimint.org/service/lineamientos-de-integridad>).

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, Atelier, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos, et. al. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 661-692.

VERÓN Alberto Víctor, *Sociedades comerciales. Ley 19550*, 2.ª ed., t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007.

WIEDMANN, Daniel/FUNK, Christine, “Umgehung von Kartellgeldbußen durch Umstrukturierung-Konzernhaftung als Lösung?”, *BB*, 2015, Heft 44, pp. 2627-2634.