

**IMPLICANCIAS DE LA LEY 27.401.  
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL APLICABLE  
A LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN LOS  
PROCESOS *DUE DILIGENCE*, EN MATERIA DE  
TRANSFORMACIONES Y ADQUISICIONES SOCIETARIAS**

*Luisina Bertino*

**SUMARIO:**

Implicancias de la ley 27.401 en los procesos de debida diligencia, verificación o *due diligence*, tendientes a prevenir la transmisión de responsabilidad sucesiva o hereditaria en operaciones de fusión, absorción, escisión, adquisición y transformación de sociedades.

Ventajas acerca de la implementación de programas de integridad, posibilidad de prevenir los delitos tipificados en la ley 27.401. Posibilidad de lograr eximición de sanciones penales y administrativas mediante su utilización.

*Due diligence* enfocado en cumplimiento como atenuante de eventuales sanciones penales y administrativas derivadas de la aplicación de la ley.



El concepto *Due Diligence* o debida diligencia, de origen anglosajón, surge con la entrada en vigencia de la Ley de Valores (*Securities Act*) en el año 1933 en Estados Unidos. Esta ley fue sancionada con el objetivo de recuperar la confianza de los inversores luego de la crisis de 1929, establecía la obligación de registrar todos los valores negociables y brindar información precisa acerca de empresas, negocios y otras cuestiones que pudieran afectar directa o indirectamente la inversión de accionistas compradores, en el marco de operaciones de compraventa de valores negociables.

Actualmente entre algunos de sus usos, el concepto es empleado para referirse a aquellos procesos flexibles y dinámicos de auditoría contable, financiera, laboral, impositiva, comercial, medioambiental sobre una empresa en el marco

de una operación que tendrá por finalidad la fusión, absorción, escisión, y adquisición de la misma.

Esta actividad de investigación, llevada a cabo por abogados y contadores de manera conjunta, se caracteriza por carecer de regulación legal a nivel nacional e internacional. En nuestro ordenamiento sólo se encuentra regulado el deber de información concerniente a la emisión de valores negociables en el Dec. 677/01 sobre el Régimen de Transparencia de la Oferta Pública emitido por la Comisión Nacional de Valores <sup>1</sup>, donde se prevé un régimen de publicidad de datos sobre el funcionamiento del negocio para accionistas, acreedores y terceros; por otro lado, la novedosa regulación de la carta de intención (*engagement letter*) en el Código Civil y Comercial en el art. 993 <sup>2</sup>, utilizada en la práctica internacional en compromisos previos de transformación o adquisición societaria. Así mismo, este proceso se encuentra enunciado en algunas resoluciones de la UIF <sup>3</sup>, Unidad de Información Financiera dentro del Ministerio de Finanzas, sobre prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y en la ley N° 25.246 que regula su creación.

El proceso de verificación o *due diligence* consta de pasos que deben realizarse en orden y con la cooperación mutua de las partes interesadas, en un contexto donde impere la buena fe y el deber de lealtad del buen hombre de negocios. Previo al inicio, en un compromiso materializado mediante una carta de intención deben pautarse una serie de condiciones relativas a la operación a concretar, que hacen a la confidencialidad de los datos que serán analizados, el plazo aproximado en el que se evaluará la situación de la empresa, y la obligación del vendedor de no concluir un contrato de compraventa de la empresa con un tercero mientras dure la investigación.

Cada proceso será diferente analizando a cada empresa en particular, dependiendo del tamaño, industria, y el área de influencia. La finalidad del proceso de debida diligencia es que el inversor obtenga información certera sobre el estado de la empresa a adquirir en todos los aspectos relevantes, es decir, que pueda determinar la viabilidad del negocio. Para lograrlo deberá realizarse un análisis patrimonial exhaustivo de cada uno de sus aspectos para localizar posibles irregularidades que podrían ocasionar inconvenientes a futuro.

---

<sup>1</sup> Decreto 677/01 Comisión Nacional de Valores.

<sup>2</sup> Código Civil y Comercial art. 993: “*Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos*”.

<sup>3</sup> UIF (Unidad de Información Financiera): Resolución 30-E/2017, Resolución 67-E/2017, Resolución 28/2018, Ley N° 25.246.

Detectar los riesgos legales y comerciales que puede asumir una empresa al absorber a otra no es una tarea sencilla. Se sustentará en el estudio realizado mediante auditorías para determinar entre otras cuestiones, pasivos no declarados por el vendedor; estado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales; deudas fiscales; análisis de reputación de socios, proveedores, distribuidores, intermediarios; estado de inmuebles, licencias, marcas, patentes; cumplimiento de exigencias en materia medioambiental; alianzas, contratos, joint venture con otras empresas.

El advenimiento de la ley 27.401 sobre el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas en nuestro país, junto a las numerosas normas vigentes a nivel internacional <sup>4</sup>, han venido a transformar la visión tradicional en los procesos de debida diligencia. A la hora de realizar la labor investigativa, se suma un nuevo foco de atención en el análisis de todo el entramado de la actividad empresarial, esto es: evaluar el riesgo de que haya existido o exista un delito de corrupción en el seno de la empresa. Un análisis deficiente en este aspecto puede traer graves consecuencias de carácter tanto penal como económico. Entre las sanciones que la ley 27.401 prevé en el art. 7: multa de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido, suspensión total o parcial de actividades por un plazo máximo de diez años, suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier actividad vinculada con el Estado por un plazo máximo de diez años, disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creado al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan su principal actividad, pérdida o suspensión de beneficios estatales que tuviera, publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Dichas consecuencias pueden ser irreparables para una sociedad, derivando en grandes pérdidas de ganancias, y en última instancia, la disolución de la sociedad por imposibilidad de cumplimiento del objeto social.

La ley 27.401 constituye un enorme avance en materia de anticorrupción, las discusiones sobre la posibilidad de asignarle o no responsabilidad penal a un

---

<sup>4</sup> La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos (“Foreign Corrupt Practices Act, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act” emitidas por la División Penal del Departamento de Justicia y la División de Aplicación de la Comisión Nacional de Valores de los EE.UU. (U.S. Securities and Exchange Commission),1977; Convención Internacional sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), adhesión de Argentina en 1977; Convención contra Soborno Transnacional (OCDE),2014,2017; Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y *Compliance* (OCDE),2010.

ente ideal no deben desplazar el objetivo de la sanción de la ley, que es precisamente erradicar los actos de corrupción imponiendo un deber de prevención en el seno de la empresa, consistente en conocer no solo el estado patrimonial de la sociedad a adquirir sino el grado de cumplimiento de las normas anticorrupción. No es objeto de este trabajo desarrollar un análisis completo de la norma, sino interpretar aquellos artículos que refieren a los procesos de debida diligencia.

En primer lugar, la ley en el artículo 3 se encarga de regular la responsabilidad sucesiva, estableciendo que *“en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante 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”*.

El legislador ha interpretado que en aquellos casos en que una sociedad se transforma, fusiona, absorbe, escinde o es adquirida con la mera finalidad de ocultar su identidad para continuar actuando por medio de otra en la misma actividad que desempeñaba, la responsabilidad debe extenderse a la adquirente, nueva o absorbente. En otras palabras, se entiende que continúa existiendo un control de hecho por la adquirida bajo el nombre de la adquirente.

Para realizar una correcta interpretación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, debemos remitirnos a los artículos de la Ley General de Sociedades 19.550, arts. 74 y siguientes en materia de transformación, arts. 82 y siguientes en materia de fusión, arts. 88 y siguientes en materia de escisión.

Según el art. 2<sup>5</sup> de la ley 27.401 la responsabilidad penal de la persona jurídica privada por los delitos cometidos puede ser directa o indirecta. Es decir, será responsable por aquellos actos realizados con su intervención o sin ella, si hubieren sido cometidos en su nombre, interés o beneficio. Incluye aquellos casos en los que un tercero ajeno a la organización interviene, cuando esta in-

---

<sup>5</sup> Ley 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”.

tervención es luego ratificada por la persona jurídica, aún de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si el autor cometió el hecho por su exclusivo beneficio y sin generarle ningún provecho.

En caso de detectarse la comisión de alguno de los delitos de los tipificados en el art. 1<sup>6</sup>, la persona jurídica quedará exenta de pena según establece el art. 9: “*Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurran **simultáneamente** las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido*”.

Deben configurarse las tres situaciones para lograr la eximición de la pena y responsabilidad administrativa. La innovación se encuentra en el inc. b al exigir la existencia de un programa de integridad con carácter previo a la comisión del hecho. Esto implica que al momento de cometerse el delito, la empresa contaba con un programa acorde a los arts. 22 y 23 de la ley, y que pese a esta previsión el delito igualmente se cometió, es decir, que el autor requirió de un esfuerzo superior para cometerlo. La ley define, con carácter meramente enunciativo, cuál es el contenido básico de un programa de integridad en su art. 23<sup>7</sup>. Enumera como

---

<sup>6</sup> Ley 27.401 art. 1: “Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal”.

<sup>7</sup> Ley 27.401 art. 23: “Contenido del Programa de Integridad. El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Asimismo también podrá contener los siguientes elementos: I.

elementos indispensables: contar con un código de conducta o de ética, reglas y procedimientos para prevenir ilícitos, capacitaciones periódicas a empleados. De la interpretación del artículo, surge que los demás elementos enumerados no revisten carácter indispensable, y que por ende son optativos, entre ellos cabe detenerse en el análisis del inc. vii: *“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”*.

Este inciso indica que a los análisis tradicionales de *due diligence* se deben anexar una serie de medidas tendientes a localizar cualquier posible situación de corrupción dentro de la sociedad que derive en graves riesgos, con el objetivo de subsanar esos hechos o interrumpir su curso de ejecución. El artículo no define el concepto ni desarrolla con precisión cuáles son los puntos a tener en cuenta en un proceso de debida diligencia, sino que deja a total discreción de la persona jurídica privada la manera en que se verificarán y comprobarán los riesgos e irregularidades. Esto es congruente teniendo en cuenta que cada proceso será diferente y único para cada empresa dependiendo de sus factores particulares, pero hay un déficit en la norma ya que no se han fijado lineamientos ni siquiera de carácter general para elaborar el procedimiento, contribuyendo a aumentar el vacío legal que existe.

Comparto la opinión de Fernández cuando dice que *“el conocimiento anticipado de la compañía target (analizada) tiene dos principales objetivos: por una parte, evitar heredar responsabilidades penales de la que se adquiere, pero también detectar si la rentabilidad de la empresa target está asociado a sobor-*

---

El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las 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, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica”.

*nos o prácticas corruptas. Aquí ya puede vislumbrarse que el impacto no sería solo reputacional sino también económico financiero”*<sup>8</sup>. Para detectar estos hechos, en el proceso de auditoría deberán analizarse, entre otras cuestiones, a modo ejemplificativo: los gastos extraordinarios realizados a funcionarios públicos, montos elevados y desproporcionados a lo habitual; regalos, donaciones, viajes; vínculos entre miembros de la empresa, en particular, miembros del órgano de administración y representación, con funcionarios públicos o partidos políticos; no contar con un programa de prevención o *compliance*; ausencia de colaboración de la sociedad target en el proceso *due diligence*; entre otros.

Y ante la pregunta, ¿hasta qué momento debe extenderse la investigación de la empresa *target* a transformar o adquirir? El art. 5 prevé que “*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*”. Por lo tanto, se deberán analizar aquellos datos que puedan servir para detectar vulnerabilidades dentro de los últimos seis años de antigüedad.

Una vez realizado el proceso de debida diligencia para verificar irregularidades y ante la sospecha de la comisión de alguno de estos ilícitos, las posibilidades del adquirente serán:

“(a) *Discontinuar las negociaciones, dando por terminadas las negociaciones; (b) Avanzar con la operación -asumiendo el riesgo reputacional y la responsabilidad penal contingente pero acotando el daño patrimonial- (i) solicitando indemnidades en el contrato de adquisición y/o corregir el precio en esa operación, y modificar el valor de canje en la fusión, (ii) requiriendo declaraciones y garantías específicas del vendedor vinculadas a normativa anticorrupción, y (iii) previendo un depósito (escrow) o retención del pago del precio en garantía de las obligaciones e indemnidades asumidas contractualmente; y (c) No comprometer la facultad de autodenunciar la conducta a las autoridades para lograr lenidad, tomando en cuenta que la ley 27.401 prevé como factor atenuante de las personas previstas en el art.7, la denuncia espontánea a las autoridades”*<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Fernández, Joaquín Martín. “Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones” en *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

<sup>9</sup> Melhem, María Inés. “Los procesos de verificación (due diligence) y la transmisión de la responsabilidad en los procesos de fusión y adquisición de sociedades (arts. 3o y 23, inc. VII de la ley 27.401)” en *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

Siguiendo esta línea de pensamiento, antes de realizar alguna de las operaciones concernientes a la adquisición de una empresa, es importante implementar preventivamente un programa de *compliance* que cuente con procesos de debida diligencia focalizados en detectar situaciones irregulares para eliminarlas o impedir que continúen perpetrándose, con el objetivo de evitar responsabilidad sucesiva en la sociedad adquirente. Además, existe la posibilidad optativa de cada empresa de desarrollar en su beneficio un programa de integridad, contar con un área destinada exclusivamente a su implementación y control, o lo que se conoce como agente de cumplimiento, *compliance officer*, un profesional capacitado en la materia dedicado exclusivamente a detectar y prevenir la comisión de estos delitos. De esta manera, evitará la comisión de delitos vinculados a la corrupción y el lavado de activos, se presentará al mercado con un plus reputacional, y estará amparada frente a futuras imputaciones sobre responsabilidad penal derivada de los ilícitos tipificados en la ley.

Como obligación, la ley impone la necesidad de contar con un programa de cumplimiento para todas aquellas sociedades que deseen contratar con el Estado Nacional en determinados contratos. Tal como prevé en su art. 24: *“Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 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 artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos”*. En este caso la imposición de la norma es más rigurosa, cabe destacar entonces que parte de esta estricta regulación se debe a los casos de público conocimiento sobre corrupción y soborno transnacional relacionados con la obra pública en los últimos años, y las exigencias de organismos a nivel internacional sobre la necesidad de adecuación normativa. La oportunidad de implementar programas de *compliance* ha aparecido como una herramienta fuerte para prevenir este tipo de ilícitos y presentarse al mundo como un país comprometido con la lucha contra la corrupción y el lavado de activos.

## **Conclusión**

Lo que será determinante en materia de procesos de verificación o *due diligence*, con la vigencia de la ley 27.401, será tomar conocimiento previo a la adquisición de una empresa, de que ésta cumpla con la normativa anticorrupción, posea un sistema de control y prevención de riesgos, y en su defecto, realizar un análisis minucioso para descartar irregularidades o vulnerabilidades, ya que de

detectarse alguno de los delitos tipificados en la ley derivará en responsabilidad penal y administrativa sucesiva o hereditaria en la empresa adquirente.

Aquí radica la importancia de contar con un programa de integridad. No solo como eximente de responsabilidad en los casos tipificados por la ley, sino también como un complemento para forjar la reputación frente a los *stakeholders*. A nivel internacional existe una enorme preocupación en torno a los hechos de corrupción y soborno transnacional, en numerosos países anglosajones la implementación de *compliance* no solo es una obligación para que la empresa nacional pueda operar en su territorio, sino también es una condición impuesta a empresas extranjeras que quieran relacionarse comercialmente con empresas nacionales y también quieran operar en el país.

La enumeración taxativa en el art. 9 de los tres supuestos eximentes de responsabilidad nos lleva a interpretar que los procesos *due diligence* en materia de cumplimiento individualmente no servirán para eximir de sanción penal o administrativa a la persona jurídica, sino más bien, para atenuar la responsabilidad. Cabe recordar que el proyecto de ley del Poder Ejecutivo preveía la exclusión de responsabilidad por parte de la adquirente si demostraba que había llevado a cabo las diligencias necesarias para conocer la situación legal de la empresa a adquirir, pero al llegar al Congreso esto fue reformado y se eliminó tal posibilidad, relevando a los procesos de verificación en materia de cumplimiento como un factor de atenuación.

Ahora, es importante remarcar que si se incluye un proceso *due diligence* como parte de un programa de integridad estaremos frente a la posibilidad de lograr una eximición de pena, anexo al cumplimiento de los otros dos requisitos que impone el art. 9 de la ley. En caso contrario, si no se cuenta con un programa de integridad y solo se realiza un proceso de debida diligencia en materia de cumplimiento, los representantes de la sociedad deberán conformarse con intentar acreditar que realizaron los mejores esfuerzos para prevenir el traspaso de responsabilidad siendo esto insuficiente para detectar o impedir irregularidades legales, y que al extenderse la responsabilidad por encuadrar el hecho en un delito de corrupción, tendrán la posibilidad de solicitar una atenuación de la pena.

Tales procesos de verificación que posibiliten detectar, prevenir e impedir la comisión de hechos de corrupción en el seno de una empresa, deben ser analizados por la autoridad de manera positiva, implicando un beneficio para aquella sociedad que hizo la diferencia e implementó un proceso de debida diligencia especializado en materia de cumplimiento.

**Bibliografía:**

Carlos M. González Guerra; dirigido por Raúl Ricardo Sacconi; Nicolás Durrieu, *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*. 1a. ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018.