

## Debida diligencia en procesos de transformación societaria

El artículo 23.VII de la Ley menciona entre los elementos “La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas”.

Es de por sí frecuente y esperable que, al momento de iniciar la negociación, durante su curso y previo a las decisiones relevantes de transformación societaria (en el sentido amplio utilizado por la Ley), se despliegue un riguroso escrutinio de información financiera, contable, fiscal, legal, reputacional, laboral, ambiental y otra similar con miras a identificar posibles vicios ocultos, pasivos no declarados o riesgos contingentes.

Además, debe considerarse que, de acuerdo al artículo 3 de la Ley “... 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”.

Se interpreta que la intención del legislador ha sido que, como parte de esos controles (o incluso en ausencia de estos), los procesos de transformación societaria involucren un análisis asociado a la integridad de la persona jurídica adquirida (o empresa target según la denominación usual en la literatura sobre fusiones y adquisiciones).

Los supuestos contemplados en la Ley, en consonancia con los previstos en la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (artículo 74 y siguientes) son aquellos de:

- transformación, en los que se producen cambio de tipo societarios (artículos 74 a 81);
- fusión, en los que se produce incorporación a nueva sociedad de patrimonio, derechos y obligaciones de sociedad/es disuelta/s (absorción total) (artículos 82 a 87);
- escisión, en los que se produce la transmisión parcial del patrimonio societario para fusión o creación sociedad nueva (artículo 88).

En atención a la trascendencia y excepcionalidad de una operación de estas características, es esperable un escrutinio amplio y riguroso, con el único limitante de los recursos disponibles en función de la envergadura de la persona jurídica.

La Ley define con claridad los objetivos a los que están asociados estos controles. Se trata tanto de la verificación de irregularidades o hechos ilícitos pasados que la persona jurídica resultante puede “heredar” así como también la verificación de “vulnerabilidades”.

Siendo que no se trata de una actividad cotidiana, la inserción de este elemento en el Programa depende de qué tan factible sea que una operación de estas características ocurra. Allí donde no tengan lugar operaciones de este tipo el elemento no será necesario o bien bastará con su disponibilidad contingente.

### **Controles propios de un M&A due diligence**

Las acciones a desplegar en un proceso de debida diligencia de estas características pueden incluir, entre otras:

- Verificación de cumplimiento anticorrupción por parte de la empresa target.
- Implementación de políticas anticorrupción adquirente por la empresa target (o adecuada conciliación de los Programas existentes en una y otra).
- Capacitación en tales políticas a directores e integrantes de la empresa target.
- Auditoría post cierre.

El reporte a autoridades de cualquier pago inapropiado que se detecte –aun tratándose, por supuesto, de una decisión voluntaria y libre de cada persona jurídica– es especialmente esperable y deseable.

La Ley no prevé un supuesto de exención de pena para los reportes fruto de este proceso. Se postula como conveniente la existencia de criterios judiciales orientados a brindar una amplia consideración mitigante a autoreportes originados en el despliegue de este elemento. Nada impide darles amplia entidad como “denuncia espontánea” o “comportamiento posterior” virtuoso en los términos de la Ley.

### **Debida diligencia en procesos de transformación societaria**

Cuestionario de corroboración:

- i) De producirse una transformación societaria ¿quién dirige el proceso de debida diligencia y revisión de la contraparte?
- ii) ¿El análisis integra controles asociados a la detección de posibles pasivos ocultos vinculados con infracciones a la Ley?
- iii) ¿Cómo se involucra al responsable de cumplimiento en esos procesos? ¿Qué componentes del Programa se asocian a la tarea?
- iv) ¿Existe una política específica de integridad aplicable a esas actividades? ¿Es una política escrita y aprobada por el Directorio? ¿Se aplicó en las oportunidades en las que se han llevado adelante procesos de transformación societaria? ¿Qué reglas prevé en caso de detectarse pasivos ocultos vinculados con infracciones a la Ley?
- v) En los procesos de transformación societaria llevados a cabo ¿qué controles asociados a la integridad se aplicaron en concreto? ¿Se detectaron alertas, vulnerabilidades o pasivos ocultos? ¿Cómo se reaccionó frente a ellos? ¿Qué políticas se aplicaron después de concluido el proceso?