

Responsabilidad de las Personas Jurídicas por Corrupción

Principales Lineamientos*

(BORRADOR; NO CIRCULAR SIN AUTORIZACIÓN)

Contenidos

I. Introducción	2
II. Principales lineamientos para adoptar un sistema de responsabilidad de personas jurídicas por delitos de corrupción	5
1. ¿Por qué responsabilizar a las personas jurídicas por delitos de corrupción?	5
2. Las obligaciones internacionales de la Argentina en la materia	7
3. ¿Responsabilidad de personas jurídicas por qué delitos?	8
4. ¿Responsabilidad penal, civil o administrativa?.....	10
5. Modelos de atribución de la responsabilidad	12
6. Independencia de las acciones (de responsabilidad individual y de la persona jurídica).....	16
7. ¿A qué personas jurídicas debe aplicarse el sistema?	17
8. Responsabilidad por actos de controladas y de socios de negocios.....	17
9. Responsabilidad sucesoria	18
10. Tipos de sanciones aplicables.....	19
11. Reglas de determinación de la sanción.....	20
12. Reglas de administración del producto de las multas.....	21
13. Reglas de procedimiento.....	21
Anexo I.....	22
Anexo II.....	27
Anexo III.....	30

* Este documento fue preparado por los investigadores Fernando Basch y Guillermo Jorge, en el marco del Proyecto “El Rol del Sector Privado frente a la Corrupción en Latinoamérica”, desarrollado con el apoyo financiero del *International Development Research Center*, Ottawa, Canada. Los puntos de vista aquí expresados no representan necesariamente los del *International Development Research Center* o su Junta Directiva.

I. Introducción

Este documento presenta los principales lineamientos que debería contemplar un proyecto de ley para establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción en la República Argentina.

La posibilidad de responsabilizar y sancionar a personas jurídicas por la comisión de delitos no es una novedad en el sistema jurídico argentino, que la incorporó de forma gradual para delitos de “desabastecimiento”¹, aduaneros², cambiarios³, contra el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones⁴, tributarios⁵, contra la libre competencia⁶ y, finalmente, para todos los delitos contra el orden económico y financiero, entre ellos el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros cometidos en los mercados de capitales, como el *insider trading* y la manipulación de mercado⁷.

Estas previsiones, incorporadas en distintas épocas y con diferentes objetivos, distan de configurar un régimen coherente de atribución de responsabilidad penal a personas jurídicas. En general, se limitan a establecer que las personas jurídicas deben ser penadas cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados en su nombre, con su intervención, o en su beneficio⁸, y la jurisprudencia no ha consolidado criterios que determinen, por ejemplo, si es condición para la sanción de la persona jurídica que el individuo que actuó en su nombre o beneficio, o generando su intervención, haya sido condenado, o si es suficiente con que ello sea argumentado y probado en juicio aun sin previa condena individual⁹.

¹ Ley 20.680/74.

² Ley 22.415/81.

³ Ley 19.359/82, texto ordenado por Decreto en 1995.

⁴ Ley 24.241/93.

⁵ Ley 24.769/97.

⁶ Ley 25.156/99.

⁷ Código Penal, Libro Segundo, Título XIII.

⁸ El artículo 304 del CPA, relativo al lavado de activos, establece: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones...”. El artículo 313 del CPA complementa en igual sentido respecto de los restantes delitos contra el orden económico y financiero.

⁹ La jurisprudencia en el ámbito de los delitos aduaneros, que cuenta con la mayor cantidad de sentencias contra personas jurídicas, no ha exigido la condena individual como pre-requisito de la condena empresarial. Sin embargo, la cuestión lejos está de haberse saldado, en particular tomando en cuenta la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Fly Machine”. Allí, luego de que la Cámara de Casación decidiera la imposibilidad de sancionar a personas jurídicas sobre la base de que ello violaría el principio constitucional de culpabilidad, la Corte rechazó el recurso que apelaba tal decisión por cuestiones formales, mientras uno de sus integrantes formulaba, a través de un voto individual,

El sistema de atribución se intuye objetivo, aunque las leyes no lo aclaran. Habilitar sanciones a personas jurídicas sin un sistema de atribución de responsabilidad expreso impide guiar el comportamiento de las personas afectadas. De hecho no es casual que hayan tenido escasa aplicación: más allá de la supuesta aversión que la tradición jurídica europeo-continental ha tenido por la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, la enorme ineffectividad que estas leyes han tenido se debe también a que las autoridades penales argentinas no han recibido un mensaje claro para saber cómo utilizarlos.

El objetivo por excelencia de los sistemas de responsabilidad de personas jurídicas es, precisamente, guiar el comportamiento del sector privado en cierta dirección. Sin una orientación clara –sin objetivos político-criminales definidos–, la eficacia de cualquier sistema de estas características se diluye, como ha ocurrido hasta aquí en la Argentina.

Por ello, la primera condición de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción, es que sus objetivos sean expresamente reflejados en sus previsiones.

En los países que cuentan con sistemas consolidados de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción, estos objetivos buscan estimular al sector privado a:

- (i) implementar políticas y procedimientos internos para prevenir la corrupción y aumentar la vigilancia en el mercado, y
- (ii) cooperar con las autoridades estatales en la detección, investigación y sanción de los actos corruptos de manera de coadyuvar a una mayor eficacia de la ley penal, tanto en su aplicación a personas jurídicas como a individuos.

Para ello, es esencial que el sistema establezca una amenaza de sanción efectiva (a través de la adopción de un modelo de imputación claro) e incentive a quienes conducen a las personas jurídicas a dedicar esfuerzos y recursos para implementar sistemas de prevención orientados a evitar o reducir los riesgos de recibir sanciones, y en su caso mitigar las sanciones a recibir en la mayor medida posible.

En otras palabras, el eje central del sistema consiste en lograr, a través de la conminación penal y esquemas de incentivos claros y ciertos, el fortalecimiento de las capacidades preventivas y de monitoreo del sector privado y aumentar la colaboración entre éste y las autoridades públicas para detectar e investigar la corrupción.

Un ejemplo cercano en este sentido es ofrecido por las acciones judiciales llevadas adelante actualmente en Brasil con relación al esquema de corrupción que involucró a su compañía Petrobras, las grandes contratistas de obra pública y a altos funcionarios de gobierno y de partidos políticos.

Nuestro sistema jurídico puede sin dificultades incorporar un régimen con dichas características. En Argentina, así como no son novedosas las sanciones penales a personas jurídicas, tampoco lo es la idea de que el sector privado deba colaborar en la detección e investigación del delito con las autoridades públicas. El sistema de prevención y detección del lavado de activos de origen ilícito está concebido sobre la base de relaciones de cooperación público-privadas. Los sujetos obligados (públicos y privados) tienen el deber de prevención, de vigilancia y de reportar a la autoridad de aplicación (la Unidad de Información Financiera) las operaciones sospechosas de canalizar fondos de origen ilícito. Las compañías que cotizan en los mercados de valores también están sujetas a un régimen de transparencia que exige cumplir con deberes de información ante la Comisión Nacional de Valores. Sin perjuicio de las diferencias entre las exigencias de cooperación derivadas de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción y los regímenes mencionados, lo relevante aquí es que el concepto de cooperación público-privada sobre el cual descansa el primero no es extraño a nuestro marco jurídico.

Por otro lado, las subsidiarias argentinas de compañías con casa matriz o que cotizan sus acciones en países de la OCDE, ya están familiarizados con las características y el funcionamiento del sistema –exigido por dicha organización internacional a todos sus miembros-, y lo practican –muchas veces en desventaja relativa con sus competidores locales- para cumplir con las legislaciones contra el soborno transnacional de dichos países.

Por su parte, los jueces y fiscales penales argentinos han incorporado a sus prácticas la negociación con imputados en distintas formas (por ej. a través del juicio abreviado, o de la suspensión del juicio a prueba) y el principio que posiblemente mayor obstáculo presentaba a la posibilidad de los fiscales de negociar acuerdos con las personas imputadas (físicas o jurídicas) –el principio de legalidad procesal- se ha diluido definitivamente en nuestro sistema a través de la ley 27.147 de 2015, que modificó el artículo 71 del Código Penal permitiendo la incorporación de reglas de disponibilidad de la acción.

En este contexto, es esperable que la puesta en práctica de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas para delitos de corrupción como el que aquí se propone -que establezca el comportamiento esperado de los sujetos a los cuales obliga a través de un esquema de incentivos y reglas de imputación claras- contribuya también a adecuar las prácticas de jueces y fiscales penales en la aplicación de los restantes marcos normativos que prevén sanciones a personas jurídicas, de forma tal que todos estos regímenes, hoy dispersos, gradualmente converjan en un sistema de responsabilidad de personas jurídicas con criterios comunes de atribución y de determinación de las sanciones.

En conclusión, la adopción de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas para delitos de corrupción como el que aquí se propone no implica ninguna ruptura con nuestro sistema o cultura jurídica, y ha de ser visto como un paso necesario para consolidar –en el mediano plazo- un sistema de responsabilidad de personas jurídicas coherente en la persecución de objetivos político-criminales concretos y valiosos, como el fortalecimiento del rol preventivo y de vigilancia del sector privado y una mayor propensión a la cooperación con las autoridades públicas en la detección e investigación de los delitos –a más de permitir a la Nación el cumplimiento de compromisos internacionales largamente desatendidos -.

II. Principales lineamientos para adoptar un sistema de responsabilidad de personas jurídicas por delitos de corrupción

En los apartados que siguen se desarrollan los principales lineamientos que deben contemplarse al adoptar un sistema de responsabilidad de personas jurídicas por delitos de corrupción, y las principales definiciones que han de tomarse.

1. ¿Por qué responsabilizar a las personas jurídicas por delitos de corrupción?

El establecimiento de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas puede basarse en alguno de los fundamentos clásicos del castigo.

El primero de estos fundamentos expresa el imperativo retributivo de sancionar al ente que produjo un daño. En muchos casos, la responsabilidad individual es insuficiente para cubrir el costo total del daño producido por el delito, por ejemplo cuando el individuo responsable carece de bienes suficientes para afrontar las sanciones proporcionales al daño o cuando tales sanciones sólo son percibidas como proporcionales si se aplican a la persona jurídica que se beneficia del hecho. Los sistemas basados en este fundamento no prestan demasiada atención a los esquemas de incentivos que podrían entrar en juego al coexistir un sistema de responsabilidad individual y uno de responsabilidad de las personas jurídicas, y los resultados que podrían derivarse de dichos esquemas, pues se limitan a una visión deontológica de persecución del castigo.

El segundo fundamento posible para un sistema de responsabilidad de personas jurídicas es de carácter instrumental, y refleja la estrategia político-criminal de utilizar la amenaza de sanción a la entidad como vehículo para aumentar la eficacia en la persecución y el castigo de los individuos. Los modelos basados en esta idea varían.

Una de las variantes de este modelo consiste en un sistema de responsabilidad de personas jurídicas puramente objetivo: la empresa es responsable por todo delito cometido por sus empleados, en el marco de sus actividades, independientemente de que los haya impulsado, tolerado o intentado evitar. Los sistemas de responsabilidad objetiva inducen a la persona jurídica a prevenir la ocurrencia de hechos ilícitos. Las empresas están en una posición única para intervenir *ex ante* y evitar, o reducir, la comisión de hechos ilícitos a través de la implementación de políticas internas que reduzcan los beneficios que los empleados obtendrían en caso de cometer delitos e incrementen los costos directos de cometerlos, así como medidas de vigilancia que aumenten la probabilidad de ser detectado y sancionado.¹⁰ De esta manera se busca prevenir el mayor daño social que genera un hecho ilícito cometido por (o desde) una persona jurídica, cuyo impacto tiende a ser mayor que en los casos en que las personas individuales actúan por su cuenta.¹¹

Pero al imputar idéntico grado de responsabilidad (y aplicar consecuentemente la misma sanción) a la persona jurídica que decidió, promovió, toleró o intentó evitar el delito, genera fuertes desincentivos para que, habiendo detectado el hecho que ocurrió, la compañía adopte una posición colaborativa con las autoridades.

Para favorecer la cooperación en la detección e investigación de los hechos, muchos sistemas complementan la responsabilidad objetiva de la persona jurídica por el hecho ilícito con la posibilidad de negociar atenuaciones, o incluso la eximición de la responsabilidad a cambio de cooperación.

Los sistemas de este tipo son eficientes porque las personas jurídicas están en mejor posición que el Estado para detectar los incumplimientos que se dan en el marco de sus operaciones. Al Estado corresponde incentivar a las personas jurídicas a reportar dichas detecciones, reduciéndose así los costos del monitoreo y del ejercicio de la acción penal pública al permitir a las autoridades estatales aprovechar el esfuerzo hecho por la entidad en la detección e investigación.¹²

La tendencia actual en los países de la OCDE consiste precisamente en incentivar no sólo la implementación de políticas preventivas (programas de cumplimiento) que minimicen el riesgo de ser sometido a una investigación, sino también la cooperación con las autoridades, de manera que las empresas no sólo se preocupen por que ningún individuo en el marco de sus actividades delinca –lo que requiere que ordenen sus procesos corporativos de manera que no produzcan daño-¹³ sino que además tengan

¹⁰ Arlen, J., "Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence", en Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 11-25, mayo 2012, p. 144.

¹¹ Arlen, J., *ibíd.*, p. 163.

¹² Arlen, Jennifer and Reinier Kraakman (1997) "Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes," 72 *New York University Law Review* 687

¹³ Arlen, J. - Kraakman, R., *ibíd.*

incentivos para reportarlos a las autoridades en caso que ello suceda, y para adoptar medidas para remediar el daño y modificar los procesos que permitieron que el hecho ocurriese.

La orientación del régimen de responsabilidad en función de uno u otro de los fundamentos ofrecidos se diseña a través de la adopción del sistema de atribución de responsabilidad, de lo cual nos ocupamos en el apartado No. 5.

2. Las obligaciones internacionales de la Argentina en la materia

Argentina ha contraído una obligación jurídica internacional de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción, y hasta el momento ha incumplido dicho compromiso. En primer lugar, como Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), Argentina está obligada a regular la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados con arreglo a ese tratado.¹⁴

Por otro lado, al haber ratificado la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención de la OCDE), nuestro país se obligó a responsabilizar a las personas jurídicas para casos de soborno transnacional.¹⁵ El Grupo de Trabajo de la OCDE que monitorea el cumplimiento de las disposiciones de dicha Convención ha recomendado a la Argentina en reiteradas oportunidades que adopte las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsabilizadas cuando incurran en el delito de soborno internacional, y que tal responsabilidad acarree como consecuencia sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas.¹⁶

En conjunto, teniendo en cuenta la Convención de la OCDE, los comentarios y recomendaciones generales para la aplicación de la Convención aprobados por la OCDE y las Recomendaciones específicas del Grupo de Trabajo de la OCDE, los requerimientos mínimos que el régimen de responsabilidad de personas jurídicas debe cumplir son los siguientes:

¹⁴ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), artículo 26, disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

¹⁵ Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, artículo 2, disponible en: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

¹⁶ Grupo de Trabajo de la OCDE contra el soborno transnacional, Phase 3 report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Argentina, recomendaciones 5 y 9, págs. 70-71, disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>.

- Fijar sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias¹⁷;
- No condicionar la responsabilidad de la persona jurídica a que haya un proceso o condena individual contra personas físicas vinculadas¹⁸;
- Regular el modelo de atribución de responsabilidad de manera de que se asigne responsabilidad a la persona jurídica por los actos de personas con autoridad directiva y también por los de personas de menor jerarquía, tanto en los casos de orden o autorización directa a éstos para cometer el delito como en los de falta o fallas en la supervisión, prevención o disuasión¹⁹;
- Regular el modelo de atribución de responsabilidad de manera de que la persona jurídica no pueda evitar la responsabilidad por el uso de intermediarios; incluidas las personas morales relacionadas²⁰;
- Incluir dentro de los alcances de aplicación del sistema de responsabilidad a las empresas con participación del Estado²¹;
- Establecer factores de defensa y/o mitigación de las sanciones en función de la implementación de programas internos de cumplimiento²².

3. ¿Responsabilidad de personas jurídicas por qué delitos?

Las convenciones internacionales exigen la creación de un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas con el objetivo de fortalecer el combate de distintos delitos difíciles de detectar, perseguir o sancionar bajo el paradigma de la persecución individual.

La CNUCC hace referencia específicamente a los delitos de lavado de activos, cohecho y tráfico de influencias (público, privado, doméstico y transnacional) y malversación de bienes o peculado (en los sectores público y privado). También se ocupa de los delitos de abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, encubrimiento y obstrucción de la justicia. La Convención de la OCDE, por su parte, obliga a los Estados parte a regular este tipo de responsabilidad específicamente para casos de soborno transnacional.

¹⁷ Convención OCDE, art. 3; Comentarios a la Convención OCDE, sección 20.

¹⁸ Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 26 de noviembre de 2009. Anexo I. Sección B.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Recomendaciones realizadas por el Grupo de Trabajo de la OCDE para Finlandia (Fase 3, p.13 y ss), Alemania (Fase 3, p.26), Luxemburgo (Fase 3, p.14), México (Fase 1, p.24) y Austria (Fase 1 bis, p.35)

²² Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 26 de noviembre de 2009. Anexo I. Sección B; Guía de la OCDE de Buenas Prácticas Sobre Controles, Ética y Cumplimiento.

La CNUCC y la Convención de la OCDE establecen un piso mínimo al cual la Argentina está obligada, pero nada impide superarlo si el consenso legislativo lo considera necesario²³.

En todo caso, es importante desaconsejar que la aplicación del sistema de responsabilidad de personas jurídicas se limite a casos de soborno transnacional, por las siguientes razones:

- i. La adopción de un régimen de responsabilidad de personas jurídicas limitado en su aplicación a casos de soborno transnacional no cumpliría con los objetivos que estos regímenes se proponen, pues no generaría incentivos para que las personas jurídicas que operan en el país adopten programas de cumplimiento que prevengan la comisión de hechos de corrupción a nivel local. Las personas jurídicas nacionales que tienen operaciones en el extranjero son una proporción muy pequeña del sector privado argentino y, en muchos casos, ya han adoptado políticas en esta dirección, por lo cual el impacto de la adopción de un régimen limitado de dicha forma sería casi nulo en nuestro país.
- ii. Incorporar el sistema de responsabilidad de personas jurídicas sólo para casos de soborno transnacional mantendría la brecha actualmente existente entre las prácticas de cumplimiento regulatorio de las compañías que son subsidiarias de multinacionales y las de las empresas locales. Las primeras ya se encuentran sujetas a estándares de cumplimiento anticorrupción por encontrarse sometidas a las legislaciones contra el soborno en el extranjero aplicadas en los países de origen de sus casa matrices, mientras que las segundas carecen de exigencias de esa naturaleza, por lo cual en su enorme mayoría no han implementado programas de cumplimiento. El establecimiento de un régimen de responsabilidad de personas jurídicas para los hechos de corrupción ocurridos en la Argentina contribuiría a equilibrar el terreno entre los grupos locales y las subsidiarias de empresas multinacionales. En la actualidad, aunque muchas subsidiarias de multinacionales con casas matrices en países de la OCDE son responsables en sus países de origen por hechos de corrupción cometidos en Argentina, tienen menos incentivos para llevar adelante las prácticas de cumplimiento porque sus competidores locales no están sujetos a estándares similares.

²³ A modo de ejemplo, el precedente del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, presentado en 2014 por una comisión multipartidaria a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, muestra consenso en incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para una importante cantidad de ilícitos a través de los cuales las personas jurídicas tienen incentivos económicos para causar daño social, incluyendo los delitos contra la Administración Pública (título XV del Código Penal) de Cohecho y tráfico de influencias (capítulo V); Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 270); e incremento patrimonial no justificado (art. 273).

- iii. Ciertamente, los países que son parte de la OCDE y que hace tiempo han regulado la responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción, en la actualidad concentran sus esfuerzos en aplicar tal responsabilidad a los casos de soborno transnacional. Pero ello sucede porque hace ya un tiempo que lo hacen a nivel local. Como los sistemas de responsabilidad de personas jurídicas introducen exigencias de reforma en las políticas internas y en la cultura organizacional de las compañías, es razonable es que éstas se desarrollen primero en relación con las operaciones a nivel local, para luego, sobre la base de dicha experiencia, avanzar en los programas necesarios para vigilar las operaciones y prevenir la corrupción en el exterior. Un régimen sólo aplicable a casos de soborno transnacional invertiría este orden y sería de difícil implementación para personas jurídicas que no tienen ninguna experiencia en la puesta en práctica de programas de cumplimiento.
- iv. Por último, la adopción de un régimen sólo aplicable al soborno transnacional desincentivaría el proceso de expansión de la industria argentina que sería sometida a mayores exigencias (emanadas de regulaciones argentinas) cuando opere en el exterior que cuando opere localmente.

4. ¿Responsabilidad penal, civil o administrativa?

Las convenciones internacionales que obligan a la Argentina han receptado el principio de equivalencia funcional, según el cual cada Estado parte es libre de determinar el modelo de atribución, la jurisdicción (administrativa o judicial y, dentro de esta, civil o penal, o una combinación de estas posibilidades) y las reglas de procedimiento para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas. La única condición, en cualquier caso, es que determinada la responsabilidad, las sanciones sean efectivas, proporcionales y disuasorias.²⁴

²⁴ La CNUCC establece en su artículo 26: *2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa; 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos; 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.*

EL artículo 3 de la Convención OCDE establece: *El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias. La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.*

Los incisos 2, 3 y 4 del mismo artículo aclaran: *2. En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no*

Los sistemas penales de determinación de responsabilidades individuales (de personas físicas), difieren de los civiles o administrativos en la naturaleza de las sanciones aplicables: sólo los primeros pueden imponer sanciones no económicas como la privación de la libertad y de derechos políticos. Estas diferencias, sin embargo, no se observan en los sistemas de responsabilidad de personas jurídicas. Los sistemas penales de responsabilidad de personas jurídicas aplican generalmente los mismos tipos de sanciones que los sistemas civiles o administrativos. En la experiencia comparada, todos los regímenes contemplan sanciones de multa, de suspensión de actividades, de pérdida de la posibilidad de participar en concursos o licitaciones estatales, de recibir subsidios o beneficios, el decomiso del producto del delito y la publicación de la sentencia. No todos los regímenes administrativos o civiles prevén, como si lo suelen hacer los penales, la sanción de cancelación de la personería o el retiro de la autorización para funcionar. Adicionalmente, la entidad de las sanciones económicas penales es generalmente mayor, y puede aplicarse sin perjuicio de sanciones civiles o administrativas complementarias. Por último, la responsabilidad penal suele conllevar una carga simbólica que produce una afectación reputacional mayor que la civil o administrativa, con el consecuente impacto diferencial en el valor de las acciones –en caso de cotizar en bolsa- o en la fidelidad de los clientes.

La principal diferencia entre los sistemas penales y los civiles o administrativos reside en que en el ámbito penal el Estado cuenta con mayores poderes de investigación y, consecuentemente, debe satisfacer un estándar probatorio más alto. Pero esta diferencia puede achicarse a través de un sistema administrativo “con dientes”, de las características de los denominados regímenes administrativos sancionadores.

Un régimen de responsabilidad civil y/o administrativo, por su parte, facilitaría la adopción de un modelo de atribución de responsabilidad objetiva y la disminución del estándar probatorio requerido para la condena y sanción. También facilitaría la atribución de responsabilidad solidaria para personas jurídicas por los actos de sociedades controladas, y el mantenimiento de la responsabilidad del ente frente a transformaciones societarias, fusiones, escisiones y absorciones.

Más allá de las mencionadas diferencias, que deben ser evaluadas en atención a los objetivos que se pretende que el nuevo sistema persiga, la elección de uno u otro régimen de responsabilidad deberá tener en cuenta la estructura institucional existente en el estado nacional para lograr una aplicación eficaz.

penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros; 3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de éste de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso, o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable; 4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero.

En Argentina, un régimen de responsabilidad penal podría resultar más sencillo de implementar en todo el país que uno de naturaleza administrativa o civil, pues su aplicación quedaría dentro de la competencia del Ministerio Público Fiscal, con estructura suficiente en todo el país para investigar a las personas jurídicas.

En qué medida la adopción de uno u otro tipo de responsabilidad de personas jurídicas se adecúa a las exigencias internacionales dependerá, en definitiva, de la efectividad con la que las sanciones sean aplicadas y de su efecto disuasorio. En el caso de Brasil, por ejemplo, se optó por un régimen de responsabilidad civil y administrativa, y éste fue elogiado por el Grupo de Trabajo de la OCDE por prever un sistema de incentivos eficaz para que las compañías desarrollen actividades preventivas (*ex ante*), y para que cooperen *ex post* con las autoridades, a través de la celebración de acuerdos de reducción de las sanciones a cambio de colaboración eficaz en la identificación de otros autores, la recuperación de activos o la obtención de evidencias necesarias para la condena de personas físicas.

Muchas experiencias han consistido en la implementación de regímenes complejos que combinan distintos tipos de responsabilidad: establecen un régimen de responsabilidad penal que, al amenazar seriamente con la aplicación de sanciones fuertes no sólo para la persona jurídica sino también a título individual, incentiva a los directivos a establecer programas de cumplimiento regulatorio eficaces, que ayudan a prevenir, detectar y reportar ilícitos a cambio de la elusión o una fuerte atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero manteniendo a ésta sujeta a un régimen de responsabilidad civil o administrativa, de carácter residual, dirigido a evitar cualquier beneficio derivado del ilícito.²⁵

5. Modelos de atribución de la responsabilidad

Existen dos grandes modelos de imputación: uno que imputa a la empresa los actos individuales de sus empleados o agentes y otro que basa la imputación en el defecto, o la falta de la persona jurídica para organizarse adecuadamente para prevenir el delito.

Dentro del primer modelo se distinguen dos sistemas: el de responsabilidad vicaria y el que responde a la denominada “teoría de la identificación”.

La teoría de la identificación responsabiliza a las personas jurídicas por los actos cometidos por sus principales directivos, considerados como la “mente” de la compañía, que actúan como su alter-ego (la persona jurídica se identifica con ellos). Durante más de un siglo, en el Reino Unido se atribuyó responsabilidad a la persona jurídica al probarse que el acto ilícito había sido conocido –ordenado o tolerado– por los directivos

²⁵ Arlen, J., *ibíd.*, p. 190.

de la entidad. Este modelo fue duramente criticado porque permitía, en la práctica, eludir la responsabilidad tanto de la empresa como de los directivos, organizando la compañía de modo tal que un fiscal sólo pudiera probar el accionar de empleados inferiores. Fue reemplazado para delitos de corrupción por el modelo de defecto organizacional, que será explicado más adelante.

El sistema de responsabilidad vicaria responsabiliza a la persona jurídica por el comportamiento de los individuos que actúan para la empresa y en su beneficio.²⁶ Dentro de los países que adoptaron este modelo, el nexo exigido entre el hecho ilícito y la persona jurídica varía. Para imputarle el delito, un primer grupo de países requiere simplemente que su comisión “tenga relación” con el negocio de la persona jurídica.²⁷ Un segundo grupo requiere que el delito sea cometido en interés o para el beneficio de la persona jurídica.²⁸ Finalmente, algunos países intentan excluir de la responsabilidad de la persona jurídica los delitos cometidos por individuos que la integran pero por mero interés personal, a través de cláusulas que hacen explícita excepción de estos casos.²⁹

Hoy en día, casi todos los países que han establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo hacen imputando a ésta la acción ilícita de cualquier empleado o agente que haya actuado en su nombre.³⁰ En efecto, parece excesivo requerir evidencia de que la compañía se haya realmente beneficiado por el acto ilícito, lo que excluiría, además, la posibilidad de penar “el ofrecimiento” o “la promesa”, acciones que consuman, por ejemplo, el delito de cohecho.

Un segundo modelo de imputación atribuye responsabilidad a la persona jurídica sobre la base de un “defecto organizacional”. Considera que la persona jurídica es responsable por no haberse organizado correctamente para prevenir el hecho ilícito. Es decir, la persona jurídica resulta responsable debido a su actuación deficiente en la implementación de procesos internos y/o en la construcción de una cultura empresarial que permitan prevenir/disuadir hechos ilícitos por parte de sus empleados o agentes.

En la práctica, el modelo de imputación por defecto organizacional no ha sido adoptado en estado puro. Los Estados que lo han regulado³¹ han adoptado un modelo combinado

²⁶ Modelo adoptado por Estados Unidos a través de la *Foreign Corruption Practices Act*.

²⁷ Modelo adoptado en Islandia, Japón, Corea, Reino Unido.

²⁸ Modelo adoptado en Bélgica, Canadá, Finlandia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Hungría, México, Noruega, Portugal, Suiza, Estados Unidos.

²⁹ Modelo adoptado en Dinamarca, Italia, Canadá.

³⁰ Modelo adoptado, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, Corea, México, Holanda, Noruega, Estados Unidos.

³¹ Por ejemplo, este modelo fue regulado en Australia, Reino Unido, Suiza, Japón, Corea y algunos países del sudeste asiático.

que prevé, por un lado, la responsabilidad de la persona jurídica por el comportamiento de los individuos que actúan en el marco de sus funciones en la empresa y en su beneficio y, por otro lado, una defensa (y la consiguiente eximición de responsabilidad) para la persona jurídica que demuestra que su estructura organizacional cuenta con los mecanismos adecuados y suficientes para prevenir hechos ilícitos asociados con los riesgos de su actividad (a pesar del hecho que generó el inicio del proceso).

Hoy en día se observa una convergencia, por la cual una mayoría de los sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción incluyen, como parte central de la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica (sea como factor atenuante o como factor excluyente de responsabilidad) el grado de implementación de procedimientos internos adecuados para prevenir y detectar, y en su caso reportar, las conductas corruptas (programas de cumplimiento y políticas de cooperación en la investigación).

Esto puede regularse de distintas maneras. En Brasil, por ejemplo, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta la existencia de programas de cumplimiento o de integridad a la hora de determinar las sanciones que aplicará a la persona jurídica responsable, independientemente de que la persona jurídica haya colaborado o no con la investigación.³² En Chile se supedita la consideración de la existencia de modelos de prevención de delitos como atenuantes de la sanción a la colaboración sustancial de la persona jurídica en la investigación y a la adopción de medidas eficaces para prevenir la reiteración de una misma clase de delitos.³³

En la experiencia comparada, en los casos en los cuales se evalúa el grado de cooperación con las investigaciones las autoridades suelen considerar si la empresa reveló voluntariamente la información y si tal revelación fue realizada a tiempo, así como la voluntad de la persona jurídica de proporcionar pruebas y de identificar actores relevantes dentro y fuera de la compañía, incluyendo altos ejecutivos, durante la investigación.³⁴ Además, las autoridades pueden considerar las acciones de reparación

³² Brasil, ley N° 12.846, Art. 7 y decreto N° 8.420, art. 5.

³³ Chile, ley N° 20.393.

³⁴ En Brasil, la Ley Anticorrupción (ley N° 12.846) prevé la posibilidad de que la Administración Pública por sí o en conjunto con el Ministerio Público celebre acuerdos de cooperación (*acordos de leniência*) con las personas jurídicas responsables de actos ilícitos en ella previstos, o de aquellos previstos en la Ley N° 8.666 (sobre licitaciones y contratos con la Administración Pública), siempre que estén dispuestas a colaborar efectivamente con las investigaciones y con el proceso administrativo, de forma que esa colaboración resulte en: la identificación de las demás personas involucradas en el delito, cuando sea posible; la obtención de información y documentos que evidencie la infracción que se investiga; la cooperación de la persona jurídica con las investigaciones, considerando su responsabilidad objetiva; el compromiso de la persona jurídica de implementar o mejorar sus mecanismos internos de integridad (programas de compliance). El Decreto N° 8.420 especifica las características del programa de compliance que se tendrán en cuenta a la hora de evaluar su existencia y aplicación, y prevé que en tal evaluación se considerará la efectividad del programa en relación al acto ilícito de que se trate. Son requisitos para la celebración de un acuerdo de cooperación: que la persona jurídica cese por completo

que ha tomado una empresa, incluyendo sus esfuerzos para mejorar un programa de cumplimiento existente o la aplicación de medidas disciplinarias contra quienes han participado en el hecho ilícito.³⁵

Para guiar el comportamiento del sector privado y otorgar previsibilidad al régimen jurídico, es altamente recomendable que la ley defina con cierta precisión (que podrá ser ampliada vía reglamentación) qué se entiende por procedimientos internos adecuados o programa de cumplimiento –cuáles son sus elementos esenciales, qué deben hacer las personas jurídicas para verse beneficiadas con atenuaciones o exenciones de responsabilidad, o a la inversa en qué consiste exactamente el “defecto organizacional” que da lugar a la sanción-. Desde ya, es imposible establecer en abstracto qué debe hacer cada persona jurídica para que se considere que ha cumplido con el estándar requerido, entre otros motivos por la enorme variación en términos de tamaño, distribución territorial o volumen de negocios de las distintas personas jurídicas sometidas al régimen. Tampoco es recomendable, pues reduciría el rol de evaluador del Ministerio Público y el Poder Judicial y, con el tiempo, podría inclusive generar una cultura organizacional orientada a cumplir con reglas más que con comportamientos. Pero dentro de estos parámetros, el marco normativo debería ocuparse de brindar la mayor certidumbre posible, limitando la discrecionalidad la hora de la aplicación de la ley.

su participación en la infracción investigada a partir de la fecha de la propuesta de acuerdo; que coopere con las investigaciones y con el proceso administrativo, compareciendo siempre que le sea solicitado a todos los actos procesales, hasta su cierre; y que se comprometa implementar o a mejorar sus mecanismos internos de integridad, auditoría, incentivo a las denuncias de irregularidades y a aplicar efectivamente su código de ética y de conducta. Finalmente, en el acuerdo de cooperación puede pactarse la exención de la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria, la reducción de la multa prevista como sanción administrativa hasta dos tercios, la exención de la prohibición de recibir incentivos, subsidios, subvenciones, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas, o de instituciones financieras públicas o controladas por el poder público. En caso de que la persona jurídica sea la primera en firmar un acuerdo de indulgencia sobre los actos y hechos investigados, la reducción de las sanciones puede alcanzar su remisión total, no siendo aplicable a la persona jurídica cualquier otra sanción de naturaleza pecuniaria que pudieran resultar de las infracciones especificadas. en el acuerdo. Sin embargo, el acuerdo de cooperación no exime a la persona jurídica de la obligación de reparar íntegramente el daño causado.

³⁵ La ley Nº 20.393 de Chile establece la Suspensión Condicional de Procesos durante las investigaciones. Se constituyen acuerdos entre los fiscales y los acusados. Los tribunales aprueban los acuerdos y determinan las condiciones que deberán cumplirse dentro de un período de tiempo determinado para que el acusado sea absuelto. Las condiciones pueden incluir la adopción de un programa de cumplimiento, obligaciones de hacer pagos de restitución u otros requerimientos (ver artículo 25 de la ley, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>). Por ejemplo, en abril del año 2013, las autoridades chilenas obtuvieron un acuerdo de US\$ 2.5 millones con Industrias Ceresita de Chile por presuntos pagos de sobornos a funcionarios públicos relacionados a permisos de construcción para locales industriales. Ese es el acuerdo más grande desde que la Ley de Responsabilidad Penal Corporativa entró en vigencia. El acuerdo implica numerosas condiciones, tales como hacer mejoras importantes de infraestructura en el municipio afectado e incluso pintar las fachadas de los edificios que se encuentran frente a las principales plazas de la ciudad.

En el Anexo I se incluye una explicación detallada de los elementos que suelen exigirse como parte de los programas de cumplimiento. En el Anexo II se describen los elementos exigidos por las legislaciones de Brasil y Chile en la materia.

6. Independencia de las acciones (de responsabilidad individual y de la persona jurídica)

Las convenciones internacionales requieren que la responsabilidad de las personas jurídicas pueda ser aplicada con independencia de la responsabilidad individual³⁶. Concretamente, la ley debe establecer expresamente la necesidad de imponer sanciones a las personas jurídicas aun cuando no hubiere recaído una condena sobre la persona física interviniente, e incluso si no se estuviere investigando a una persona física en particular.

En particular el Grupo de Trabajo contra el Soborno Transnacional de la OCDE se ha manifestado expresamente en contra de algunas legislaciones que exigen, como requisito para aplicar sanciones a personas jurídicas, una sanción penal anterior y firme a una persona física³⁷.

El objetivo de una cláusula de independencia de las acciones de personas físicas y jurídicas es que ellas puedan enriquecerse mutuamente. Por un lado, puede ocurrir que se tenga conocimiento certero de que una persona jurídica incurrió en un acto ilícito pero no se sepa quiénes fueron los individuos responsables. En este caso, iniciar una investigación de la persona jurídica, con incentivos para que la misma pueda detectar internamente la infracción y cooperar con la investigación, puede dar lugar a la identificación de las personas físicas involucradas en el acto ilícito.

Desde ya, los procesos de responsabilidad individual son necesarios porque el Estado no debe confiar en que la compañía reunirá los elementos necesarios para la sanción efectiva de sus empleados -ya sea porque la compañía no cuenta con los recursos para imponer las sanciones que el Estado considera efectivas (el caso de pequeñas empresas) o por los llamados “costos de agencia”: por ejemplo, cuando los accionistas prefieren no invertir en actividades que no están dirigidas a maximizar sus ganancias. Pero por otro lado, los procesos que se dan en el marco de acciones de persecución individuales pueden funcionar efectivamente a fin de echar luz sobre los patrones delictivos de las personas jurídicas en las cuales los individuos perseguidos trabajan, así como sobre las

³⁶ Ver: CNUCC artículo 26; Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, Anexo I, disponible en: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

³⁷ Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la aplicación de la Convención – Polonia – Fase 2, página 55 y siguientes. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/38030514.pdf>.

responsabilidades individuales de quienes se encuentran en la cúspide de la pirámide jerárquica organizacional.

Así, las acciones contra las personas físicas y contra las personas jurídicas involucradas se refuerzan mutuamente, por lo cual no debe operar ningún principio de preclusión de las acciones que obstaculice el desarrollo simultáneo de ambas.

7. ¿A qué personas jurídicas debe aplicarse el sistema?

La adopción de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas requiere abarcar bajo esta denominación a todas aquellas personas jurídicas que puedan beneficiarse por el acto ilícito cometido, independientemente de la forma de organización o modelo empresarial adoptado.

Establecer que solamente puedan ser pasibles de sanciones las personas jurídicas creadas con fines de lucro resultaría insuficiente. La experiencia argentina muestra que en muchas ocasiones se han utilizado entidades sin fines de lucro para ocultar operaciones ilegales, apoyadas en el argumento de que ellas no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros. Por ello, el régimen debería incluir a las sociedades comerciales, asociaciones civiles, fundaciones, mutuales, cooperativas y toda otra forma de organización societaria (nacional o extranjera, de hecho o de derecho) contemplada en la legislación argentina que pueda encubrir la comisión de actos ilícitos.

Como lo expresamos en el punto 2, un requisito exigido por la Convención de la OECD es que tenga aplicación sobre las empresas del estado, cualquiera sea su participación, entendiendo que ellas son sujetos de comercio que participan en la economía y que compiten con el resto de las personas jurídicas privadas, por lo cual deben ser sometidas a las mismas reglas.

8. Responsabilidad por actos de controladas y de socios de negocios

Una de las maneras en que históricamente las personas jurídicas han eludido la responsabilidad por actos ilícitos ha sido a través de la delegación de dichos actos a otras personas, sean sociedades subsidiarias o relacionadas, intermediarios o agentes o demás terceros (distribuidores locales, proveedores, etc.).

Un efectivo régimen de responsabilidad de personas jurídicas requiere incluir la atribución de responsabilidad a una compañía por actos de sociedades que controlan o de otras personas jurídicas que actúan como sus representantes o intermediarias en operaciones comerciales.

La OCDE ha llamado la atención acerca de este problema y ha instado a los Estados parte a garantizar que una persona jurídica no pueda eludir la responsabilidad mediante el uso de subsidiarias o intermediarios, en cualquier de sus modalidades³⁸.

La legislación argentina establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, asociados, miembros o controlantes de una persona jurídica, cuando hicieren posible que la actuación de la sociedad controlada constituya un recurso para violar la ley o para frustrar derechos de cualquier persona (art. 144 CCC y art. 54 LSC).³⁹

Este criterio debería aplicarse en el régimen de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción, pero haciendo explícito en qué supuestos se considerará que la sociedad controlante hace posible el actuar ilícito de su controlada. Frente a esto, existen dos vías alternativas. La primera consiste en atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por los actos ilícitos de sus controladas siempre que la sociedad controlante hubiera tenido conocimiento de que el ilícito sería cometido. La segunda, responsabilizar solidariamente a las sociedades controlantes por los actos de sus controladas, independientemente del grado de conocimiento que tuvieren sobre dichos actos. Obviamente, la adopción de esta segunda alternativa evita toda elusión de responsabilidad por parte de controlantes y exige mayores esfuerzos de vigilancia sobre las controladas.

En cuanto a la responsabilidad por actos de otros intermediarios o terceros que no detenten el carácter de sociedades controladas, debe seguirse el mismo criterio explicado en el apartado 5: establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el accionar delictivo de cualquier tercero que haya actuado en nombre de la compañía y del que pudiera resultar un beneficio para ella.

9. Responsabilidad sucesoria

³⁸ Recomendaciones del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. En la sección C del Anexo I

³⁹ La legislación argentina considera que una sociedad es controlante de otra cuando de forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, (i) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; (ii) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades (art. 33 Ley 19.550).

En cuanto a la actuación por parte de cualquier persona que actúe en su representación, el artículo 58 de la Ley 19.550 establece que el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.

Otro de los puntos fundamentales del sistema de atribución de responsabilidad de la persona jurídica es la subsistencia de la responsabilidad en caso de transformación societaria, sea por fusión, absorción, escisión o cualquier otra modalidad. De otra forma, la elusión de responsabilidad sería muy sencilla.

La legislación argentina establece que en caso de transformación de la persona jurídica no se alteran sus derechos ni sus obligaciones.⁴⁰ En los casos de fusión, la nueva sociedad o la incorporante adquieren los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas.⁴¹ En cambio, en los casos de escisión, la sociedad no se disuelve por lo que no se transfieren los derechos y obligaciones, excepto que se trate del supuesto de escisión-división el cual tiene los mismos efectos que la fusión, en cuyo caso sí se transfieren los derechos y obligaciones de la sociedad que se disuelve.⁴²

El régimen de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción debe contemplar la aplicación de estas reglas de manera de impedir la dilución de la responsabilidad vía transformación societaria.

10. Tipos de sanciones aplicables

El Código Penal argentino prevé sanciones aplicables a las personas jurídicas para los casos de delitos contra el orden económico y financiero, por lo que se recomienda establecer los mismos tipos de sanciones para los casos de responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción:

- multa;
- suspensión total o parcial de actividades;
- suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado;
- cancelación de la personería cuando la persona hubiese sido creada al solo efecto de la comisión de delitos, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.⁴³

⁴⁰ Ley 19.550, art. 74, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>.

⁴¹ Ley 19.550, art. 82.

⁴² Ley 19.550, art. 88.

⁴³ Código Penal argentino, artículos 304 y 313, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#27>.

Los Estados que han regulado la responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción contemplan, en general, los mismos tipos de sanciones, y aclaran que ellas podrán ser aplicadas individual o complementariamente.

Las legislaciones chilenas y brasileras prevén, además, el comiso del producto del delito, es decir, de los bienes, derechos o valores que representen la ventaja o beneficio directa o indirectamente obtenido por la infracción.⁴⁴ Se recomienda la adopción de este tipo de sanción para los casos de condena de personas jurídicas por corrupción, que complementarían la regla del artículo 23 del Código Penal, que establece el decomiso del producto del delito que benefició a una persona jurídica como consecuencia de la condena individual de sus mandatarios, órganos, miembros o administradores.

En los casos en los que se decide suspender a la persona jurídica para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, la legislación brasilerá prevé, además, que la persona jurídica sea incorporada a un Registro denominado *Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas* (CEIS). Se recomienda la creación de un registro nacional de similares características que permita listar a las personas jurídicas suspendidas, en el marco de los registros comerciales.

11. Reglas de determinación de la sanción

Luego de la previsión de los tipos de sanciones aplicables, el proyecto debe contener una cláusula que prevea que para la determinación de las sanciones se tendrán en cuenta, además de la gravedad del hecho ilícito cometido, principalmente la existencia de programas internos de cumplimiento anticorrupción y la colaboración prestada por la persona jurídica en la investigación.

Un aspecto importante a tener en cuenta en la determinación de las sanciones es el cálculo de las multas. El actual Código Penal argentino prevé que, para los delitos contra el orden económico y financiero, la multa será de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.

Es aconsejable que el proyecto prevea en detalle cómo se calculará la atenuación de la sanción en función de la existencia de un programa de cumplimiento o de la cooperación prestada por la persona jurídica en la investigación. A estos fines puede seguirse el ejemplo de la legislación brasilerá, que especifica como criterio general para la determinación de la pena de multa, que su cálculo debe partir de la suma de los valores correspondientes a determinados porcentajes de la facturación bruta de la persona jurídica –porcentajes fijados en función de distintos criterios relativos a la

⁴⁴ Brasil, ley N° 12.846; Chile, ley N° 20.393.

gravedad y naturaleza del delito, o a las características de la persona jurídica involucrada-, a los cuales corresponderá restar, en su caso, otros porcentajes previstos, relacionados con si el hecho se consumó o no, con la remediación del daño causado, la colaboración prestada en la investigación o la comprobación de la existencia de un programa de integridad efectivo.

En el Anexo III se describen los elementos que la legislación de Brasil tiene en cuenta para la determinación de la sanción.

12. Reglas de administración del producto de las multas

Un elemento a tener en cuenta para darle mayor legitimidad al nuevo sistema es determinar a dónde deberá ser destinado el producto obtenido de las sanciones económicas impuestas a los infractores o de la venta o administración de los bienes decomisados. Las leyes que en los últimos años incorporaron al Código Penal la responsabilidad de personas jurídicas para algunos delitos han previsto un apartado especial al respecto⁴⁵, pero poco se sabe acerca de su implementación.

El régimen de responsabilidad propuesto tendrá mayor aceptación si estableciera que el producto de las multas y otros efectos tengan un destino que produzca beneficios sociales tangibles para la sociedad, incluyendo la reparación del daño causado a las víctimas.

13. Reglas de procedimiento

La incorporación de un régimen de responsabilidad de personas jurídicas por corrupción deberá contemplar reglas procesales específicas para su aplicación. Sobre dichas reglas corresponderá trabajar una vez decididas las opciones de derecho sustantivo que se presentan en este documento.

⁴⁵ La ley 25.246 (encubrimiento y lavado de activos) establece que serán destinados a una cuenta especial del Tesoro Nacional, reservados para (i) financiar el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera, (ii) contribuir a la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y rehabilitación de los afectados por el consumo y (iii) contribuir a otros programas de salud y capacitación laboral. La ley 26.683 (orden económico y financiero) destina los activos que fueren decomisados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Y aclara que sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Anexo I

Elementos básicos de los programas de cumplimiento

En general, las guías de organismos internacionales y los Estados que han regulado la responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción, recomiendan que los programas de cumplimiento anticorrupción tengan los siguientes elementos y características esenciales:

- ✓ Respaldo y compromiso del personal directivo para prevenir la corrupción: un programa anticorrupción efectivo debe estar basado en el respaldo firme, explícito y visible del personal directivo de la empresa. Incluso un programa bien definido no reduce el riesgo de corrupción si los empleados y los socios comerciales perciben que el personal directivo no está comprometido con la prevención de la corrupción. Este compromiso debe comenzar en las esferas más altas de la empresa. El personal directivo debe declarar abiertamente una tolerancia cero a la corrupción, respaldada por políticas y procedimientos que reafirmen ese compromiso. El compromiso tiene un papel crítico en el establecimiento de una cultura que esté basada en valores fundamentales como la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas.
- ✓ Política clara, visible y accesible que prohíba la corrupción: el compromiso del personal jerárquico con la prevención de la corrupción, el desarrollo de un programa anticorrupción y su supervisión tienen que traducirse en una política que prohíba la corrupción. La política clara, visible y accesible que prohíba la corrupción representa la base operacional en que se apoyan todos los demás elementos prácticos del programa anticorrupción. En ella se prescriben principios y reglas a los cuales todos los empleados y socios comerciales relevantes deben adherirse. Una política que prohíba la corrupción formaliza la participación de la empresa en la prevención de la corrupción.
- ✓ Políticas detalladas para áreas de riesgo particulares: es una labor a la vez importante y difícil abordar las diversas manifestaciones de la corrupción a través de políticas y procedimientos. No todas las actividades son tan claras como sobornar a un funcionario público para ganar un contrato. Sin embargo, es especialmente difícil en los casos en los que la frontera entre las prácticas legales y las corruptas está difuminada. Por ejemplo, aunque en algunos medios es una práctica común y permitida el ofrecer regalos para mantener buenas relaciones comerciales, los regalos que influyen en una decisión están estrictamente prohibidos. Por ende, pueden existir muchas áreas grises. Algunos casos pueden de hecho constituir un acto de corrupción pero no ser percibidos como tal. Más aún, la diferencia en costumbres y prácticas comerciales en las distintas ubicaciones geográficas dificulta

la distinción entre prácticas legales e ilegales. Las empresas deben abordar esas áreas grises trazando una frontera clara entre las prácticas comerciales legítimas y las ilegítimas. Al diferenciar entre las prácticas comerciales legítimas y las ilegítimas, las empresas suelen enfrentar los siguientes desafíos:

- prácticas comerciales que son ilícitas pero que son percibidas como normales e incluso requeridas (v. gr., los pagos de facilitación);
 - prácticas comerciales que son legales pero que implican el riesgo de ser utilizadas para encubrir la corrupción (v. gr., mala utilización de las contribuciones políticas, regalos u hospitalidad como sobornos para un funcionario público nacional); y
 - prácticas comerciales basadas en decisiones sesgadas (conflictos de intereses).
- ✓ Aplicación del programa anticorrupción a los socios comerciales: las empresas operan en entornos complejos y se relacionan a diario con diversos socios comerciales, como proveedores, contratistas, agentes, sucursales empresas conjuntas. El nivel de interacción con esos socios varía, y podría incluir relaciones informales, relaciones contractuales individuales o la integración estrecha de actividades comerciales. El nivel de influencia que tienen las empresas sobre sus socios también varía. Aunque algunos socios comerciales se mantienen completamente independientes, otros pueden actuar en representación de la empresa o estar relacionados financieramente a través de inversiones pequeñas o grandes. Aunque la relación con socios comerciales es necesaria para hacer negocios, también puede representar riesgos considerables para las empresas con respecto a la corrupción. Las empresas que se relacionan con socios comerciales que tienen estándares anticorrupción más bajos pueden enfrentar investigaciones de corrupción o, incluso, ser responsabilizadas por el comportamiento inadecuado de sus socios. Las empresas no deben hacer caso omiso de los actos de corrupción de sus socios comerciales. Las leyes nacionales responsabilizan cada vez más a las empresas por las infracciones de sus socios comerciales. Adicionalmente, la reputación de una empresa se puede ver gravemente afectada si se le asocia con un socio corrupto.
- ✓ Controles internos y mantenimiento de registros: la conducta comercial debe basarse en la confianza mutua. La confianza entre la administración de una empresa y sus empleados es esencial para un ambiente de trabajo estimulante. De igual manera, es importante que exista confianza entre una empresa y sus socios comerciales. La administración, los empleados y los socios comerciales deben realizar sus actividades de conformidad con los valores éticos de la empresa, aun en situaciones que no estén claramente definidas en las políticas y los procedimientos. La empresa debe procurar que todas sus actividades comerciales sean ejecutadas adecuadamente, especialmente en los procesos de alto riesgo, como la divulgación de información financiera, la contratación, las ventas y la comercialización. No

obstante, depender totalmente de la confianza en que se ejecuten adecuadamente los procesos y las actividades comerciales puede exponer a la empresa al riesgo de consecuencias negativas considerables, como graves multas legales, debido a la comisión de actos de corrupción por un solo empleado deshonesto. También puede acarrear consecuencias negativas por negligencia, desconocimiento o por simple error humano. Para mitigar esos riesgos, las empresas no solo deben procurar mantener continuamente un ambiente de trabajo acorde con sus valores éticos, sino también establecer un sistema de controles internos. El objetivo principal del sistema de controles internos es ofrecer una garantía razonable de la efectividad y eficiencia de las operaciones de la empresa, la confiabilidad de sus prácticas de divulgación de información y su cumplimiento de las leyes, regulaciones y políticas internas aplicables. Como parte del programa anticorrupción general, el sistema de controles internos ayuda a garantizar que las políticas y los procedimientos anticorrupción se estén aplicando tal y como lo previó la administración de la empresa. Por lo tanto, los controles internos no solo son un medio para reducir el riesgo de corrupción, sino también una manera de reafirmar la responsabilidad del personal directivo de salvaguardar los activos de la empresa y de proteger a sus empleados y socios comerciales de consecuencias negativas.

- ✓ Comunicación y capacitación: las empresas que establecen un programa anticorrupción no sólo deben garantizar que sus empleados y socios comerciales relevantes estén al tanto de sus políticas y procedimientos, sino que además tengan la información y las aptitudes necesarias para identificar y superar los desafíos relacionados con la corrupción. Las actividades de comunicación y capacitación regulares desempeñan una función clave en el proceso de concientización y en el compromiso con el programa anticorrupción. Muchas compañías han implementado programas de formación que combinan actividades en la web con actividades que se llevan a cabo personalmente. Estos programas incluyen entrenamiento sobre las políticas y procedimientos de la empresa, la normativa aplicable, consejos para hacer frente a situaciones de la vida real y casos de estudio. Independientemente del modo en el que la empresa decide llevar a cabo este programa de formación, la información debe ser presentada de una manera apropiada para la audiencia a la que está destinado, lo que incluye proporcionar entrenamiento y materiales en el lenguaje local.
- ✓ Supervisión del programa anticorrupción: el desarrollo y la aplicación del programa anticorrupción exigen la participación activa de todos los empleados y socios comerciales relevantes. Para gestionar la participación de toda la organización en el programa, se debe asignar un conjunto de responsabilidades específicas. Esas responsabilidades deben garantizar que el programa sea aplicado, ejecutado y supervisado de manera continua. La supervisión es importante para garantizar que cada empleado y socio comercial relevante de la organización cumpla el programa y

lo respalde. La supervisión del programa también es importante para garantizar que los distintos elementos del programa anticorrupción sean ejecutados de manera efectiva y eficiente. Las personas encargadas de la supervisión del programa de cumplimiento deben tener autonomía de la administración de la compañía y recursos suficientes para asegurar que el programa sea implementado correctamente.

- ✓ Detección y denuncia de infracciones: las empresas deben establecer modos efectivos y eficientes de detectar las infracciones, equilibrando los riesgos y los controles. Detectar, investigar profesionalmente y sancionar las faltas son elementos centrales de un programa de ética y cumplimiento efectivo. Por ende, la detección de las mismas debe ser vista como una señal positiva, de que el programa está funcionando, y no como una falla de un sistema perfecto. Las empresas también tienen que ofrecer oportunidades para que los empleados y los socios comerciales busquen orientación o denuncien infracciones, ya sean las cometidas por esa persona o por otras. En muchos casos, el proveer orientación y respaldo para las políticas y los procedimientos es una parte importante de las tareas cotidianas y de la carga de trabajo del departamento de cumplimiento.
- ✓ Tratamiento de las infracciones: es crucial que cuando se denuncien o se detecten infracciones a las políticas y los procedimientos anticorrupción de la empresa éstas sean abordadas para demostrar el compromiso de la empresa con la tolerancia cero a la corrupción. La manera en que la empresa aborda las infracciones o prácticas irregulares determina la credibilidad de su programa anticorrupción entre sus empleados y socios comerciales. Los procesos efectivos para el tratamiento de las infracciones también ayudan a las empresas a evitar consecuencias negativas de parte de las autoridades y cualquier daño a la reputación de la empresa. Las empresas deben abordar las faltas como posibles oportunidades de aprendizaje y mejora para su programa anticorrupción. Cuando se descubren faltas, las empresas también tienen que decidir si cooperarán con las autoridades, no solo en el país en el que se descubrió el presunto acto de corrupción, sino también con las autoridades de otras jurisdicciones en las que opere la empresa.
- ✓ Evaluación periódica del programa anticorrupción: la aplicación de un programa anticorrupción debe ser considerada como un proceso de aprendizaje y mejora continuos. Los exámenes y evaluaciones periódicos mantienen actualizadas las políticas y los procedimientos relevantes para los empleados y socios comerciales, y ayudan a identificar debilidades u oportunidades para optimizar y simplificar el programa anticorrupción.

Anexo II

Los programas de cumplimiento en las legislaciones de Brasil y Chile

De acuerdo a la ley N° 20.393 de Chile –que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionario público nacional y extranjero–⁴⁶ los modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos deben contener, como mínimo, los siguientes elementos:

- designación de un encargado de prevención que cuente con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores;
- definición de medios y facultades del encargado de prevención;
- establecimiento de un sistema de prevención de los delitos que deberá contemplar por lo menos lo siguiente:
 - la identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos previstos en la ley;
 - el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos;
 - la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados;
 - la existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos;
- establecimiento de métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

En Brasil, el Decreto N° 8.420 especifica las características de los programas de cumplimiento que se tendrán en cuenta a la hora de evaluar su existencia y aplicación, y

⁴⁶ Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>.

prevé que para la relación de tal evaluación se considerará la efectividad del programa en relación al acto ilícito de que se trate.⁴⁷

El artículo 42 del decreto enumera los parámetros del programa de integridad que deberán ser considerados por las autoridades:

- i. compromiso de los altos directivos de la persona jurídica, incluidos los consejos directivos, evidenciado por el apoyo visible e inequívoco al programa;
- ii. patrones de conducta, código de ética, políticas y procedimientos de integridad, aplicables a todos los empleados y administradores, independientemente del cargo o función ejercidos;
- iii. patrones de conducta, código de ética y políticas de integridad extendidas, cuando sea necesario, a terceros, tales como, proveedores, prestadores de servicios, agentes intermediarios y asociados;
- iv. capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad;
- v. análisis periódico de riesgos para realizar adaptaciones necesarias al programa de integridad;
- vi. registros contables que reflejen de forma completa y precisa las transacciones de la persona jurídica;
- vii. controles internos que aseguren la pronta elaboración y confiabilidad de informes y demostraciones financieras de la persona jurídica;
- viii. procedimientos específicos para prevenir fraudes e ilícitos en el ámbito de procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público, aunque sea intermediada por terceros, tal como el pago de tributos, sujeción a fiscalizaciones, u obtención de autorizaciones, licencias, permisos y certificados;
- ix. independencia, estructura y autoridad de la instancia interna responsable de la aplicación del programa de integridad y fiscalización de su cumplimiento;
- x. canales de denuncia de irregularidades, abiertos y ampliamente divulgados a funcionarios y terceros, y de mecanismos destinados a la protección de denunciantes de buena fe;
- xi. medidas disciplinarias en caso de violación del programa de integridad;
- xii. procedimientos que aseguren la pronta interrupción de irregularidades o infracciones detectadas y la oportuna reparación de los daños generados;
- xiii. diligencias apropiadas para la contratación y, según el caso, supervisión, de terceros, tales como, proveedores, prestadores de servicios, agentes intermediarios y asociados;
- xiv. verificación, durante los procesos de fusiones, adquisiciones y reestructuraciones societarias, de la comisión de irregularidades o ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;

⁴⁷ Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm.

- xv. monitoreo continuo del programa de integridad buscando su perfeccionamiento en la prevención, detección y combate a la ocurrencia de los actos ilícitos; y
- xvi. transparencia de la persona jurídica en cuanto a donaciones para candidatos y partidos políticos.

El mismo artículo prevé que en el caso de pequeñas y medianas empresas no se exigirán los puntos iii, v, iv, x, xiii, xiv y xv.

Además establece las especificidades de la persona jurídica que se tendrán en cuenta a la hora de evaluar los parámetros señalados anteriormente:

- la cantidad de funcionarios, empleados y colaboradores;
- la complejidad de la jerarquía interna y la cantidad de departamentos, direcciones o sectores;
- la utilización de agentes intermediarios como consultores o representantes comerciales;
- el sector del mercado en que actúa;
- los países en que actúa, directa o indirectamente;
- el grado de interacción con el sector público y la importancia de autorizaciones, licencias y permisos gubernamentales en sus operaciones;
- la cantidad y la localización de las personas jurídicas que integran el grupo económico; y
- el hecho de ser calificada como microempresa o empresa de pequeño tamaño.

Anexo III

Criterios contemplados por el Decreto 8.420 de Brasil para la determinación del valor de la multa y para la reducción de la sanción sobre la base de acuerdos de indulgencia y/o la implementación de programas de cumplimiento anticorrupción:

Art. 17: El cálculo de la multa se inicia con la suma de los valores correspondientes a los siguientes porcentajes de la facturación bruta de la persona jurídica del último ejercicio anterior al de la instauración del Procedimiento Administrativo de Responsabilidad (“**PAR**”), excluidos los tributos:

I –uno por ciento a dos y medio por ciento habiendo continuidad de los actos lesivos en el tiempo;

II –uno por ciento a dos y medio por ciento para tolerancia o conciencia de personas del cuerpo directivo o gerencial de la persona jurídica;

III –uno por ciento a cuatro por ciento en el caso de interrupción en la provisión de servicio público o en la ejecución de obra contratada;

IV –uno por ciento para la situación económica del infractor con base en la presentación del índice de Solvencia General - SG y de Liquidez General - LG superiores a uno y de lucro líquido en el último ejercicio anterior al de la ocurrencia del acto lesivo;

V - cinco por ciento en el caso de reincidencia, definida como la ocurrencia de nueva infracción, idéntica o no a la anterior, en menos de cinco años, contados de la publicación de la sentencia de la infracción anterior; y

VI – en el caso de los contratos mantenidos o pretendidos con el órgano o entidad lesionada, serán considerados, en la fecha de la práctica del acto lesivo, los siguientes porcentajes:

a) uno por ciento en contratos superiores a R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales);

b) dos por ciento en contratos superiores a R\$ 10.000.000,00 (diez millones de reales);

c) tres por ciento en contratos superiores a R\$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales);

d) cuatro por ciento en contratos superiores a R\$ 250.000.000,00 (doscientos cincuenta millones de reales); y

e) cinco por ciento en contratos superiores a R\$ 1.000.000.000,00 (un billón de reales).

Art. 18. Del resultado de la suma de los factores del art. 17 serán sustraídos los valores correspondientes a los siguientes porcentajes de la facturación bruta de la persona jurídica del último ejercicio anterior al de la instauración del PAR, excluidos los tributos:

I –uno por ciento en el caso de no consumación de la infracción;

II –uno y medio por ciento en el caso de comprobación de resarcimiento por la persona jurídica de los daños que haya causado;

III –uno por ciento a uno y medio por ciento para el grado de colaboración de la persona jurídica con la investigación o el cómputo del acto lesivo, independientemente del acuerdo de indulgencia;

IV - dos por ciento en el caso de comunicación espontanea de la persona jurídica antes de la instauración del PAR sobre la ocurrencia del acto lesivo; y

V – uno por ciento a cuatro por ciento para la comprobación de que la persona jurídica posee y aplica un programa de integridad, conforme los parámetros establecidos en el Capítulo IV.

Art. 19. En la ausencia de todos los factores previstos en los art. 17 y art. 18, o de que el resultado de las operaciones de suma y sustracción sea igual o menor a cero, el valor de la multa corresponderá, conforme el caso, a:

I –un décimo por ciento de la facturación bruta del último ejercicio anterior al de la instauración del PAR, excluidos los tributos; o

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reales), en la hipótesis del art. 22.

Art. 20. La existencia y cuantificación de los factores previstos en los art. 17 y art. 18, deberá ser computada en el PAR y evidenciada en el informe final de la comisión, el cual también contendrá la estimación, siempre que sea posible, de los valores de la ventaja percibida y de la pretendida.

§ 1º en cualquier hipótesis, el valor final de la multa tendrá como límite:

I - mínimo, el mayor valor entre el de la ventaja percibida y lo previsto en el art. 19; y

II - máximo, el menor valor entre:

a) veinte por ciento de la facturación bruta del último ejercicio anterior al de la instauración del PAR, excluidos los tributos; o

b) tres veces el valor de la ventaja pretendida o percibida.

§ 2º El valor de la ventaja percibida o pretendida equivale a las ganancias obtenidas o pretendidas por la persona jurídica que no ocurrirían sin la práctica del acto lesivo, sumado, cuando sea el caso, al valor correspondiente a cualquier ventaja indebida prometida o dada a un agente público o a terceros relacionados con él.

§ 3º A los fines del cálculo del valor de que trata el § 2º, serán deducidos costos y gastos legítimos comprobadamente ejecutados o que habrían sido debidos o gastados en el caso de que el acto lesivo no hubiese ocurrido.

Art. 21. Un acto del Ministro de Estado Jefe de la Controladoria-Geral de la União fijará la metodología para el cómputo de la facturación bruta y de los tributos a ser excluidos para fines de cálculo de la multa a que se refiere el art. 6º de la Ley nº 12.846, de 2013.

Los valores de que trata la primera oración podrán ser computados, entre otras formas, por medio de:

I - compartir informaciones tributarias, en la forma del inciso II del § 1º del art. 198 de la Ley nº 5.172, del 25 de octubre de 1966; y

II - registros contables producidos o publicados por la persona jurídica acusada, en el país o en el extranjero.

Art. 22. En caso de que no sea posible utilizar el criterio del valor de la facturación bruta de la persona jurídica en el año anterior al de la instauración del PAR, los porcentajes de los factores indicados en los art. 17 y art. 18 incidirán:

I - sobre el valor de la facturación bruta de la persona jurídica, excluidos los tributos, en el año en que ocurrió el acto lesivo, en el caso de que la persona jurídica no haya tenido facturación en el año anterior al de la instauración del PAR;

II - sobre el monto total de recursos recibidos por la persona jurídica sin fines de lucro en el año en que ocurrió el acto lesivo; o

III – en las demás hipótesis, sobre la facturación anual estimable de la persona jurídica, teniendo en cuenta cualquier información sobre su situación económica o el estado de sus negocios, tales como patrimonio, capital social, número de empleados, contratos, entre otras.

En las hipótesis previstas en la primera oración, el valor de la multa será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reales) y R\$ 60.000.000,00 (sesenta millones de reales).

Art. 23. Con la firma del acuerdo de indulgencia, la multa aplicable será reducida según la fracción pactada en él, observado el límite previsto en el §2o del art. 16 de la Ley n° 12.846, de 2013.

§ 1o El valor de la multa previsto en la primera oración podrá ser inferior al límite mínimo previsto en el art. 6° de la Ley n° 12.846, de 2013.

§ 2° En el caso de que la autoridad signataria declare el incumplimiento del acuerdo de indulgencia por falta imputable a la persona jurídica colaboradora, el valor integral encontrado antes de la reducción de que trata la primera oración será cobrado en la forma de la Sección IV, descontándose las fracciones de la multa eventualmente ya pagas.