

## LEY DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR CORRUPCION. Por Agustin Flah<sup>1</sup>

### 1.- ANTECEDENTES INTERNACIONALES

Los antecedentes internacionales principales de esta ley son la ley de Prácticas Corruptas Extranjeras de Estados Unidos, denominada FCPA por sus siglas en inglés ( *Foreign Corrupt Practice Act*), la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), la ley de soborno internacional del Reino Unido, y la ley de soborno internacional de Brasil, sancionada en febrero de 2013

En efecto, la República Argentina si bien a la fecha no es miembro de la OCDE, ha ratificado, la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). También la República Argentina ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por Ley 26.097, promulgada el 6 de junio de 2006.

La OCDE, ***no nos exige, como en su momento el GAFI, un tipo penal de lavado de dinero y otro de financiamiento del terrorismo.*** Nos exige que las Personas Jurídicas sean responsables por hechos de corrupción ***puediendo esta responsabilidad ser de naturaleza administrativa*** como en el caso de Brasil.

Los organismos multilaterales como el Banco Mundial, BID, Banco Africano de Desarrollo y Banco Asiático de Desarrollo, entre otros, tienen un sistema muy similar de sanciones administrativas para penalizar casos de fraude y corrupción denominado, en su conjunto "***cross debarment***". Es un sistema de sanciones administrativas, en donde a la persona jurídica infractora se le aplica una suspensión "***debarment***" para participar en los procesos de licitaciones de estos organismos.

### 2.- TIPOS DE RESPONSABILIDAD.- Objetiva/Subjetiva- Administrativa/Penal

Una de los temas más controvertidos de esta ley, y que derivan de nuestra tradición de derecho penal liberal es que no se puede atribuir responsabilidad penal objetiva, lo que se conoce en Derecho

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA 1996) y Master en Derecho graduado con honores, London School of Economics (Londres, 2003). Director Académico del Programa sobre Prevención de Lavado y Compliance de la Universidad Torcuato di Tella. Previamente se ha desempeñado, entre otras funciones en la Vice- Presidencia Legal del Grupo Banco Mundial en Washington DC, para temas de sanciones, settlements, anti- lavado y anti-corrupción Asimismo, fue Coordinador-Representante Nacional Adjunto Argentino ante el Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Lavado De Dinero y Financiamiento del Terrorismo ( GAFI, Paris-Francia), Prosecretario Letrado ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Asesor de Gabinete del Secretario de Justicia de Argentina, Abogado de la Oficina Anti Corrupción, Asesor Legal del Congreso y Abogado de Marval, O' Farrell & Mairal. Ha obtenido numerosos premios en su carrera profesional entre los que se destacan: British Chevening Scholarship por su liderazgo y excelencia académica otorgada por el British Foreign and Commonwealth Office para realizar estudios de postgrado en el Reino Unido ( Seleccionado entre 400 participantes, 2003), Fulbright Humphrey Fellowship (Primer Premio sobre un Proyecto Presentado sobre Anti Lavado y Recupero de Activos en Países en vías de Desarrollo) otorgada por el Departamento de Estado de los Estados Unidos ( Seleccionado entre 200 participantes, 2009), Seminario sobre Futuro Líder otorgado por la Edmund Walsh School of Foreign Service de Georgetown University. Es autor de numerosos artículos sobre temas de prevención de lavado de dinero y anti corrupción y co-autor del libro "*Left Out the Bargain- Settlements in Foreign Bribery Cases and its implications for Asset Recovery*", editado por el Grupo Banco Mundial (2013)

Anglosajón como *strict liability* a las personas jurídicas. Por ejemplo, entre otros, los artículos 3 y 4 del Proyecto con media sanción cuando se refieren a las sociedades controlantes y controladas, lindan con una responsabilidad objetiva más que subjetiva, lo que hace difícil enmarcar esta ley en un código penal como el nuestro, aún como ley especial.

En el seno de la Comisión de Justicia del Senado, en el marco de las opiniones vertidas por expertos en esta ley, existieron también muchos cuestionamientos en relación al tipo de responsabilidad que le endilgamos a la persona jurídica. Principalmente que tipo de responsabilidad contempla el proyecto de ley para una empresa, si es de tipo vicarial o por defecto de organización. Siendo esta última la más aceptada en la relación con un tipo subjetivo de responsabilidad y que estaba más claramente definida en el proyecto original enviado por el PEN, pero que ha quedado desvirtuada luego de las sucesivas modificaciones tanto en el dictamen de mayoría como en la media sanción de la Cámara de Diputados. Como expresé anteriormente, la OCDE, no nos exige, como en su momento el GAFI, un tipo penal. Nos exige que las Personas Jurídicas sean responsables por hechos de corrupción pudiendo aplicarse responsabilidad administrativa como en el caso de Brasil.

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual de sus directivos o administradores o de cualquier persona física, autora, coautora o partícipe del acto ilícito. La persona jurídica será responsable independientemente de la responsabilidad individual de las personas físicas por los delitos que cometan. En su caso, los directivos o administradores solamente serán responsables por esos actos ilícitos en la medida de su culpabilidad. Asimismo, subsiste la responsabilidad de la persona jurídica en la hipótesis de alteración contractual, transformación, incorporación, fusión o cesión societaria. En las hipótesis de fusión e incorporación, la responsabilidad de la sucesora será restringida a la obligación de pago de la multa y reparación integral del daño causado, hasta el límite del patrimonio transferido, no siendo aplicables otro tipo de sanciones a las personas jurídicas. Las sociedades controlantes, controladas, subsidiarias serán solidariamente responsables por la comisión de las conductas prohibidas, que describo en el punto 4 restringiéndose tal responsabilidad a la obligación de pago de la multa y la reparación integral del daño causado.<sup>2</sup>

La Responsabilidad Administrativa, tiene entonces además la ventaja ayudarnos a determinar el monto de la sanción. Como establece el Artículo 2° de la Ley Anticorrupción de Brasil, las personas jurídicas serán responsabilizadas objetivamente, en los ámbitos Administrativo y civil, por los actos lesivos practicados en *su interés o beneficio*, exclusivo o no.

El porcentaje contemplado en los sucesivos proyectos que imponen una multa calculada sobre los ingresos brutos resulta excesivo para el sector privado en un contexto donde debemos cuidar del empleo, por lo que la **base** de cálculo para la multa debería ser en nuestro sistema el **beneficio ilícitamente obtenido** por la empresa, esto es la multa más el impacto causado por el daño ocasionado por el hecho ilícito.

---

<sup>2</sup> Ley Anticorrupción de Brasil N° 12.846 sancionada el 2 de agosto de 2013. Artículo

#### **4.- LEY DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE BRASIL Y PROCEDIMIENTOS DE SANCIONES DE ORGANISMOS MULTILATERALES.**

Por estas razones, sugiero seguir el esquema de la ley brasilera y de los procedimientos sancionatorios de los organismos multilaterales que establecen un *numerus clausus* de conductas prohibidas. Esta fórmula nos da la ventaja de que no tenemos que crear un tipo penal nuevo, evitar las sucesivas modificaciones que se le han realizado al artículo 258bis del Código Penal y restringir el ámbito de la ley a conductas relacionadas estrechamente con actos de corrupción.

##### ***LEY ANTICORRUPCION DE BRASIL 12.846/2013. CAPÍTULO II***

##### ***DE LOS ACTOS LESIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL O EXTRANJERA.***

*Art. 5º A los fines de esta Ley, constituyen actos lesivos a la Administración pública, nacional o extranjera, todos aquéllos practicados por las personas jurídicas mencionadas en el párrafo único del art. 1º que atenten contra el patrimonio público nacional o extranjero, contra principios de la administración pública o contra los compromisos internacionales asumidos por la Nación, así definidos:*

*I – Prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventaja indebida a un agente público, o a tercera persona relacionada con el mismo.*

*II – Comprobadamente, financiar, costear, patrocinar y de cualquier forma subvencionar la práctica de actos ilícitos previstos en esta Ley.*

*III – Comprobadamente, utilizar a interpósita persona física o jurídica para ocultar o disimular sus reales intereses o la identidad de los beneficiarios de los actos realizados.*

*IV – En lo relacionado a licitaciones y contratos:*

*a) Frustrar o alterar fraudulentamente, mediante ajuste, combinación o de cualquier otra forma el carácter competitivo del procedimiento licitatorio público.*

*b) Impedir, perturbar o alterar fraudulentamente la realización de cualquier acto del procedimiento licitatorio público.*

*c) Apartar o procurar apartar a un oferente, por medio de fraude u ofrecimiento de ventaja de cualquier tipo.*

*d) Alterar fraudulentamente una licitación pública o contrato de la competencia.*

*e) Crear una persona jurídica, de modo fraudulento o irregular, para participar de una licitación pública o celebrar un contrato administrativo.*

f) *Obtener ventaja o beneficio indebido, de modo fraudulento, por medio de modificaciones o prórrogas de contratos celebrados con la administración pública, sin autorización legal, en algún acto relacionado con la convocatoria a una licitación pública o en los respectivos instrumentos contractuales,*

g) *O manipular a alterar fraudulentamente el equilibrio económico-financiero de los contratos celebrados con la administración pública.*

*V – Dificultar la actividad de investigación o fiscalización de órganos, entidades o agentes públicos, o interferir en su realización, inclusive en el ámbito de las agencias reguladoras y los órganos de fiscalización del sistema financiero nacional.*

## **PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO**

### ***Definiciones de Prácticas Fraudulentas o Corruptas***

*- Práctica Corrupta: Es el ofrecimiento, entrega, recepción o solicitud, en forma directa o indirecta, de cualquier objeto de valor con el fin de influir indebidamente en las acciones de otra persona.*

*- Práctica fraudulenta: es cualquier acto u omisión, incluida una tergiversación, que consciente o responsablemente engañe o intente engañar a una parte para obtener un beneficio financiero, o de otro tipo, o eludir una obligación.*

*- Práctica coercitiva: es la que perjudica, daña, amenaza, en forma directa o indirecta, a cualquier parte.*

*- Práctica de colusión: es el acuerdo entre dos o más personas con el fin de alcanzar una finalidad indebida. Es bastante parecido al artículo 5°, inciso 4), de la ley brasilera, que habla de licitaciones y contratos, pero hace al tema de la colusión.*

## **4.- ACUERDOS EXTRAJUDICIALES O SETTLEMENTS.<sup>3</sup>**

Todos los países que han incorporado un sistema para la responsabilidad de las personas jurídicas por soborno transnacional contemplan la posibilidad de un acuerdo extrajudicial para evitar el riesgo reputacional que significa para una empresa enfrentar un juicio.

El acuerdo es un punto central en este tipo de leyes. No existen leyes en el caso de responsabilidad de las personas jurídicas sin acuerdos. En el caso de la FCPA, los acuerdos se dan bajo la forma de “*Deferred Prosecution Agreements*” (DPAs) o los denominados “*Non Prosecution Agreements*” NPA. Estos pueden consultarse públicamente en la [página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos](#).

---

<sup>3</sup> Ver Flah, Agustin y otros “**Acuerdos en casos de Soborno Transnacional y Recuperación de Activos**”. Grupo Banco Mundial (2013) - [https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/leftoutofbargain\\_spanish.pdf](https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/leftoutofbargain_spanish.pdf)

AGUSTIN FLAH  
Universidad Torcuato di Tella.  
[aflah@utdt.edu](mailto:aflah@utdt.edu)  
11 5349 5972

También, en el caso de los organismos multilaterales, la lista de las empresas sancionadas por sus tribunales administrativos, pueden ser consultadas públicamente, por ejemplo en la página de [Empresas Sancionadas del BID](#) o del [Banco Mundial](#), organismos de los cuales la Argentina es miembro.

En la actual redacción del Proyecto de ley, luego de la media sanción, se crea un registro nacional de empresas públicas donde se publica la información de las empresas que fueron sancionadas. Esto va en sintonía con el requisito de publicidad de las sanciones que se contempla en la Ley Brasileira que crea un registro de empresas públicas sancionadas y con los procedimientos de los organismos multilaterales que describí en el párrafo anterior.

#### **5.- PROGRAMA DE INTEGRIDAD Y CREACION DE UN ORGANISMO REGULADOR.**

Una ley de este tipo, es una ley de prevención para que el sector privado coopere, no una ley para el castigo de las empresas que termine perjudicando fuentes de trabajo.

Sin embargo, en la redacción actual no están claros los incentivos para que una empresa adopte un programa interno de compliance que es costoso y complejo. La actual redacción contempla una sanción a una persona jurídica tanto por brindar información como por no cooperar en debido tiempo y forma. En definitiva, la adopción o no de un programa de cumplimiento para una empresa en caso de que no existan los incentivos adecuados termina siendo un tema de costos, por lo que una persona jurídica va a hacer un análisis de qué le conviene más, si implementar un programa de integridad, o pagar una multa cuyo monto se licúa a largo plazo por inflación.

Ahora bien, haciendo un paralelismo con la primera redacción de la ley Nro. 25.246 sobre prevención de lavado de activos, que contempla en su segunda parte un régimen penal administrativo y establece el incentivo que tiene una empresa para colaborar con la Unidad de Información Financiera (UIF). El incentivo en este caso está dado en que al establecerse un régimen de reporte de operaciones sospechosas ante un organismo administrativo como la UIF, si una empresa no reporta estaría incumpliendo con la obligación de deber de informar y por ello es pasible de una multa. Por esta razón, hoy todos los sujetos obligados por la ley tienen un programa de compliance y un compliance officer que reporta al directorio de la empresa.

En este sentido, me parece que deben darle funciones regulatorias a un organismo administrativo como puede ser la Procuración General del Tesoro, la Sindicatura General de la Nación, o en este caso la Inspección General de Justicia. Esto obligaría a las empresas a tener un incentivo fuerte para colaborar.

Por último, la inclusión luego de la media sanción, de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, no tiene ningún sentido en nuestro sistema jurídico, no se pueden poner estos delitos en la misma categoría que un delito de lesa humanidad, ni tampoco ofrecería incentivos para colaborar por lo que este artículo debe dejarse sin efecto.