

NUEVA LEGISLACIÓN
Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas
por delitos cometidos contra la Administración Pública y cohecho transnacional

En el día de la fecha, se publicó en el Boletín Oficial, la Ley Nro. 27.401 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por delitos cometidos contra la Administración Pública y cohecho transnacional (la "Ley"), que entra en vigencia el día 1 de Marzo de 2018. A continuación, encontrará un resumen con las principales novedades de la ley y los puntos de interés para las empresas radicadas tanto en la Argentina como en el extranjero.

Resumen

La Ley prevé que las personas jurídicas privadas¹ (con o sin participación estatal, sean de capital nacional o extranjero) serán responsables por los delitos contemplados en la norma -y que se detallan más abajo- cuando hubieren sido cometidos, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, incluso cuando quien lleve adelante la acción hubiese actuado sin atribuciones si la persona jurídica ratifica su actuación (incluso tácitamente). La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

La Ley prevé la responsabilidad sucesoria en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, siendo que la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente.

Las penas previstas en la Ley son severas e incluyen: multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 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; disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Las empresas podrían mitigar y en ciertas condiciones evitar las responsabilidades derivadas de cualquier eventual infracción a la Ley en el futuro, implementando un programa de integridad que incluya políticas y procedimientos adecuados a fin de prevenir, detectar y sancionar actos de corrupción. Las personas jurídicas que carezcan de un programa de integridad no podrán en ningún caso, contratar con el Estado Nacional y no podrán ser eximidas de las penas (pues es condición necesaria -más no única ni suficiente- para acogerse a este beneficio contar con un programa de integridad de forma previa a la comisión del delito). La ausencia de un programa de integridad adecuado, además, podrá ser ponderada como parámetro negativo para la graduación de las penas.

Los programas de integridad deberán contemplar, como mínimo: (i) un código de conducta, políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los empleados, administradores y directores; (ii) reglas y procedimientos específicos para prevenir actos ilícitos en concursos, procesos licitatorios o contratos administrativos; y (iii) realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad.

La Ley prevé la posibilidad de firmar acuerdos de colaboración eficaz con el Ministerio Público, cuando la persona jurídica se obligue a cooperar aportando datos e información precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de los autores, partícipes o el recupero del producto o la ganancia del delito.

¹ Incluye a todas las personas jurídicas privadas conforme las enumera el Art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación (sociedades de todo tipo, fundaciones, asociaciones civiles, simples asociaciones, mutuales, cooperativas) y todas las personas jurídicas privadas que de acuerdo al Art. 141 del mismo cuerpo legal tengan capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Introducción

La República Argentina es signataria de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OECD y tras la sanción de la ley 25.825, el Código Penal Argentino refleja desde 2003 la figura del cohecho transnacional en su Artículo 258 bis.

La OECD, sin embargo, observó en varias oportunidades, que el sistema legal argentino no contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de cohecho. La Ley pretende dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por nuestro país bajo el Art. 2 de la referida Convención estableciendo la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero y dotar a la Argentina de una norma que acerque a nuestro país a los estándares incorporados en materia de lucha contra la corrupción en las legislaciones vigentes en muchos países en el mundo, tales como Brasil, Alemania, Reino Unido y Estados Unidos.

I. Los delitos que la Ley contempla.

La Ley prevé que las personas jurídicas serán responsables por la comisión de los siguientes delitos:

- (a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional o transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- (b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previsto por el artículo 265 del Código Penal;
- (c) Concusión (exacciones ilegales), previsto por el artículo 268 del Código Penal;
- (d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previstos por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- (e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

II. Régimen de Sanciones.

Las sanciones previstas en la norma incluyen:

- (a) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- (b) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- (c) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- (d) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- (e) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- (f) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para determinar las sanciones los jueces tendrán en cuenta (i) el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, (ii) la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito, (iii) la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, (iv) la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica, (v) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna, (vi) el comportamiento posterior así como (vii) la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia.

La persona jurídica quedará eximida de la pena y responsabilidad administrativa cuando simultáneamente (i) hubiera espontáneamente denunciado un delito previsto en la Ley, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna, (ii) hubiera implementado un programa de integridad y (iii) hubiera devuelto el beneficio indebido obtenido.

III. Programa de integridad.

La Ley prevé que las personas jurídicas podrán adoptar un programa de integridad destinado a prevenir, detectar y sancionar irregularidades o delitos que pudieran ocurrir o cometerse en el marco de la gestión de sus negocios. El programa de integridad resulta de importancia crítica para las empresas en tanto (i) es uno de los requisitos indispensables para que, en caso de ocurrir en alguno de los delitos mencionados, la persona jurídica pueda mitigar su responsabilidad y, sumado a otras condiciones previstas en la Ley, eximirse de la pena; (ii) es imprescindible y será condición necesaria, contar con un programa de integridad en los términos que marca la Ley para que la persona jurídica pueda contratar con el Estado Nacional; y (iii) su cumplimiento es tenido en cuenta como uno de los parámetros para la graduación de la pena de modo tal que si la persona jurídica no cuenta con un programa, tal circunstancia puede determinar penas más elevadas.

De acuerdo a las premisas de los Arts. 22 y 23 de la Ley, el programa de integridad deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, con su dimensión y su capacidad económica por lo que es especialmente recomendado diseñar el programa de forma inteligente, evitando la regulación insuficiente o la regulación en exceso.

De acuerdo a los Artículos precitados, el programa deberá contener, al menos, los siguientes elementos:

- (a) Un código de ética o de conducta, o políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta Ley;
- (b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; y
- (c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores, empleados y terceros o socios de negocios.

Adicionalmente, podrán adoptarse las siguientes acciones, todas las cuales serán mitigadoras de responsabilidad:

- (d) El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad;

- (e) El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia;
- (f) Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos;
- (g) Una política de protección de denunciantes contra represalias;
- (h) Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta;
- (i) Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial (conocidos regularmente como procesos de debida diligencia o “*due diligence*”);
- (j) La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas;
- (k) El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad;
- (l) Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad; y
- (m) El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

Las características del programa de prevención descripto en la Ley no se alejan sustancialmente de las tendencias internacionales y reflejan, en general, los criterios que han adoptado en los últimos años las compañías multinacionales sujetas a leyes como la vigente en los Estados Unidos, FCPA (“*Foreign Corrupt Practices Act*”) o en el Reino Unido, *UK Bribery Act*.

IV. Acuerdo de colaboración eficaz.

La Ley prevé la posibilidad de que previo a la citación a juicio, el Ministerio Público Fiscal y la persona jurídica implicada en uno de los ilícitos referidos en la Ley, concluyan un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito. El acuerdo identificará qué tipo de información o pruebas ha de aportar la persona jurídica, e incluirá las siguientes condiciones:

- (a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7º inciso 1º de la Ley (es decir, el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener);
- (b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y
- (c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

Asimismo, la Ley prevé que podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso:

- (d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;
- (e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;

- (f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo;
- (g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

La información aportada a la investigación en el marco de la celebración del acuerdo será confidencial y el juez podrá aceptar o rechazar el acuerdo, estando a cargo de velar por su adecuado cumplimiento en caso de aceptarlo.

V. Soborno transnacional. Jurisdicción ampliada.

Uno de los cambios esenciales de la Ley es la modificación del Art. I del Código Penal Argentino, que incorpora expresamente la capacidad de los jueces argentinos de sancionar la comisión del delito de cohecho transnacional “*cometido en el extranjero por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina...*”. Mediante la inclusión, queda habilitada la persecución del delito aun cuando éste fuera cometido en un país extranjero (regla esencialmente ajena al derecho penal tradicional, pero fundamental para la aplicación efectiva del tipo penal regulado en el Art. 258 bis).

En este sentido, es importante que las empresas mantengan un control sobre la actividad de sus dependientes, intermediarios, agentes o representantes aun cuando cumplen con su prestación de servicio o su mandado fuera de la Argentina y conozcan adecuadamente a los prestadores que cumplen con una tarea de representación o intermediación en su nombre cuando interactúan con funcionarios públicos.

VI. Otras disposiciones de la Ley.

La Ley dispone que el Registro Nacional de Reincidencia registrará las condenas que recayeran sobre las personas jurídicas respecto de los delitos que contempla la norma.

Nuestro Estudio cuenta con amplia experiencia en la implementación de programas de integridad para empresas locales y multinacionales así como en la redacción de políticas corporativas, entrenamiento de personal, actividades de monitoreo y control y cuenta con un equipo de profesionales especialmente dedicados a cuestiones vinculadas con cumplimiento normativo y políticas anti-corrupción. Se dedica a la elaboración de medidas y procedimientos para prevenir, detectar y combatir el fraude, inconducta ética, y otras violaciones de las leyes y reglamentos que rigen la actividad empresarial.

Nuestros profesionales también realizan due diligence relativo al cumplimiento normativo y asisten a clientes en investigaciones corporativas internas y externas en diferentes áreas de negocio. El estudio ha realizado o participado en investigaciones independientes que involucran, entre otros, uso de información privilegiada, fraude corporativo e impositivo, lavado de dinero, defensa de la competencia, corrupción a funcionarios públicos y asuntos relativos a contrataciones del Estado. El estudio también asiste a sus clientes en la evaluación y manejo de auto-denuncias, investigaciones o procedimientos administrativos, civiles y penales ante organismos públicos, así como también en la elaboración y aplicación de políticas contra la corrupción, planes de cumplimiento normativo y programas de capacitación.

Lo invitamos a contactarnos ante cualquier inquietud.

Cristian Mitrani
cristian.mitrani@mcolex.com

Mariela Melhem
mariela.melhem@mcolex.com

María Paula Díaz
maria.paula.diaz@mcolex.com

Los invitamos a visitar nuestra página web
www.mcolex.com

y seguirnos en

