

Comentario: La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria

La ley de 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria (RPE) es una norma innovadora en tanto hace a la empresa penalmente responsable de delitos.

Hasta ahora sólo existían normas aduaneras y cambiarias que imponían una responsabilidad pecuniaria por ciertas infracciones, discutiéndose su carácter penal o meramente administrativo.

La ley de RPE claramente tipifica delitos y sanciona a las empresas diversas penas.

Los delitos tipificados son los siguientes:

- cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, lo cual implica el pago de dádivas o ventajas para obtener un beneficio para la empresa
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,
- concusión,
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y/o
- balances e informes falsos agravados.

Son delitos que involucran a funcionarios públicos pero lo que importa a los efectos de esta norma es la faz activa, o sea no el que pide el soborno o negocia sino el que paga o promete.

Las penas aplicables son gravosas:

- multas de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- la suspensión total o parcial de actividades, por un máximo de 10 años;
- la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos;
- la 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;
- la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y
- la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria.

Para la graduación de las penas existen ciertos factores a considerar tales como : (i) el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; (ii) el número y la jerarquía de los individuos involucrados; (iii) la omisión de vigilancia sobre las acciones de los autores y partícipes en el delito; (iv) el daño causado; (v) el monto de dinero involucrado; (vi) el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; (vii) la denuncia espontánea por parte de la persona jurídica como consecuencia de una investigación interna; (viii) el comportamiento posterior; y (ix) la disposición para mitigar el daño causado y la probabilidad de reincidencia.

Es decir que existe una graduación basada en dos categorías de consideraciones:

- La importancia de la empresa y el daño (mas grande, pena mas alta)
- La existencia de procedimientos de control y la cantidad de gente involucrada. Básicamente aquí existe una distinción entre aquellas empresas en donde la organización entera, o buena parte de ella, está involucrada, de aquellas otras en donde el acto corrupto es manejado por un funcionario que aisladamente inicia la gestión delictual (aún cuando lo haga en beneficio de la empresa). Aquí aparece como un elemento importante la existencia de procedimientos de integridad (o compliance) robustos, que se traduzca en una cultura de integridad.

Tan importante es ello que existe inclusive un supuesto en donde la empresa puede solicitar la exención de la pena en los casos en que

(a) haya denunciado espontáneamente un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

(b) haya implementado, antes de que los hechos bajo investigación hayan ocurrido, un sistema de control y supervisión adecuado (por ejemplo, un programa de compliance, llamado por esta ley “programa de integridad”) y la violación de ese sistema haya exigido un esfuerzo por parte de los intervinientes en la comisión del delito; y

(c) haya devuelto el beneficio obtenido por el delito.

Lo anterior pone en el centro de la dinámica de la ley la existencia de sólidos programas de integridad y cumplimiento (“compliance”).

La ley no hace obligatorio el contar con un programa de integridad y cumplimiento, tenerlo es un incentivo importante tanto para lograr una graduación mas favorable de la pena como, en concurrencia con otros factores (descubrimiento interno del hecho, denuncia espontánea y devolución del beneficio indebido obtenido) a la exención de la pena.

De allí la importancia de contar con un programa explícito en ese sentido.

En caso de ser implementado, el programa deberá (a) ser adecuado a los riesgos propios de la actividad, tamaño y capacidad económica de la persona jurídica e (b) incluir un código de ética, políticas internas para prevenir delitos en cualquier interacción con el sector público y capacitaciones.

Adicionalmente, en caso de ser implementado, el programa podrá contener los siguientes elementos: análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa; apoyo visible al programa por parte de la alta dirección; canales internos de denuncia abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; una política de protección de denunciantes contra represalias; un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones a las violaciones del código de ética; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros relevantes; debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones para evaluar potenciales acciones ilegales o vulnerabilidades en las personas jurídicas

involucradas; monitoreo y evaluación continuos de la efectividad del programa; un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa; y el cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades que tengan poder de policía a nivel nacional, provincial, municipal o comunal.

Asimismo, contar con un programa de compliance será un requisito para contratar con el Estado Nacional:

(a) cuando, de acuerdo a las regulaciones aplicables, los contratos deban ser aprobados por un funcionario público con rango no menor a ministro; y

(b) si los contratos se encuentran comprendidos en el artículo cuatro del Decreto N° 1023/01 (por ejemplo, compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias), en las leyes 13.064, 17.520, 27.328, o sean contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Finalmente, la ley introduce aquí la figura del arrepentido, definido como “acuerdo de colaboración eficaz”, como un mecanismo para reducir penas.

Para ello, la persona jurídica deberá revelar información precisa y verificable, que sea útil para el esclarecimiento de los hechos, autores y partícipes del delito, así como para la recuperación de los activos y las ganancias del delito.

El acuerdo deberá identificar las pruebas a aportar por la persona jurídica y no es gratuito:

(a) la persona jurídica deberá pagar el 50 % del mínimo de la multa;

(b) la persona jurídica deberá restituir las cosas o ganancias obtenidas por la comisión del delito; y

(c) la persona jurídica deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena.

Con fecha 4 de octubre de 2018, la Oficina Anticorrupción dictó la Resolución 27/2018 que contiene un anexo con un pormenorizado documento en el cual se detalla el alcance de un plan de integridad y cumplimiento adecuado. El principio base es que el programa que se adopte deberá estar proporcionado a tres factores: el riesgo de la actividad, el tamaño de la empresa y capacidad económica.