



Universidad de  
**San Andrés**

**Universidad de San Andrés  
Departamento de Derecho**

**Trabajo de Graduación de la carrera de Abogacía**

**Normativa Anticorrupción Internacional  
¿Por qué es tan fácil y a la vez difícil cumplir?**

**Autor: Mario Alberto Posse  
Legajo: 20.173  
Mentor: Guillermo Burman**

**Victoria, 18 de julio de 2014**

*A mi padre, por hacerme ser lo que soy.*

*A mi madre, por nunca dejar de acompañarme.*

*A mi esposa, por comprenderme y querer seguir soñando.*

*A mi hija Sofía, el regalo más hermoso que la vida pudo darme.*



Universidad de  
**SanAndrés**

# Normativa Anticorrupción Internacional

## ¿Por qué es tan fácil y a la vez difícil cumplir?

### ÍNDICE

Introducción.....	4
SECCIÓN UNO .....	8
Foreign Corruption Practices Act (1977) .....	8
Normas Anti-Soborno .....	8
Normas <i>Books and Records – Internal Controls</i> .....	17
UK Bribery Act .....	17
Ley Anticorrupción de Brasil.....	21
SECCIÓN DOS .....	22
Normativa Anticorrupción en Argentina .....	22
Código Penal .....	22
Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica – Anteproyecto de Reforma al Código Penal .....	23
SECCIÓN TRES .....	28
Hechos ocurridos en Argentina, casos resueltos en el exterior. ....	28
Stryker Corporation (2013) .....	28
Ralph Lauren (2013) .....	28
Biomet (2012) .....	29
Ball Corporation (2011).....	29
Helmerich & Payne (2009) .....	29
Siemens (2008).....	30
BJ Services (2004).....	30
IBM (2000).....	31
SECCIÓN CUATRO .....	32
Cumplir es tan fácil como difícil.....	32
Programas de <i>Compliance</i> .....	32
Un caso modelo .....	34
La solución propuesta .....	37
Conclusión.....	40
Bibliografía.....	42
Notas.....	44

## Introducción

La corrupción es un fenómeno global. La hay entre privados y también involucrando funcionarios públicos. Se pueden encontrar casos a lo largo de todos los continentes, en países desarrollados o en vías de desarrollo. Individuos, pequeñas y grandes empresas son protagonistas de hechos de corrupción, con objetos que van desde evitar sanciones, obtener el favor en general del funcionario hasta conseguir contratos en licitaciones multimillonarias.

La última década ha sido escenario de grandes avances en la lucha anti-corrupción a nivel global<sup>1</sup>. El primer paso ha sido el reconocimiento de que la corrupción no es un fenómeno exclusivamente local. Por el contrario, en el contexto de la globalización de los mercados, los actos de corrupción tienen, usualmente, puntos de conexión con más de un país<sup>2</sup>. La economía globalizada ha impuesto desafíos que trascienden las fronteras de un país. La corrupción es un fenómeno que, si bien no es exclusivo de los últimos años, se ha visto potenciada en la misma medida en que los negocios internacionales se han incrementado. La solución local, por lo tanto, es insuficiente. Iniciativas de distintos países a nivel individual, tales como la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“FCPA”) de Estados Unidos y más recientemente la Bribery Act del Reino Unido de Gran Bretaña (“UK Bribery Act”) y la ley 12.846 de Brasil, se suman a las iniciativas multilaterales tales como la Convención de la OECD y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que receptaron la característica global de la corrupción y la enfrentaron con mecanismos extraterritoriales de jurisdicción, sustrayendo la investigación de los actos de corrupción a la tradicionalmente exclusiva jurisdicción soberana del lugar donde ocurrían para investigarlos, juzgarlos y eventualmente sancionar a los actores implicados<sup>3</sup>.

Se ha reportado que los actos de corrupción ocurren en países en vías de desarrollo con bajos niveles de institucionalidad que, por un lado, exacerbaban la arbitrariedad de la burocracia en la toma de decisiones, al mismo tiempo que minimizan la probabilidad de enjuiciamiento de quienes toman parte en el acto corrupto<sup>4</sup>.

Frente a este panorama de falta de aplicación de la normativa anticorrupción local (en aquellos lugares en los que existía), y ante estudios que demostraron los efectos perjudiciales de la corrupción tanto en términos de eficiencia económica para los países centrales como para el desarrollo de las economías e instituciones locales, Estados Unidos aprobó en 1977 la primera norma que prohibió el soborno a funcionarios públicos extranjeros, conocida como la Foreign Corruption Practices Act (“FCPA”). Mediante esta norma, Estados Unidos se encontró habilitado para investigar y perseguir los casos de corrupción en los que se involucraban sus empresas y ciudadanos en el extranjero. Años más tarde, en 1998, los países miembros de la OECD sancionaron la Convención contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros, por la cual los países firmantes se comprometieron a sancionar leyes que penaran el soborno de funcionarios públicos extranjeros, lo que aumentó progresivamente la cantidad de países dispuestos y habilitados a perseguir la corrupción internacional.

Resulta posible identificar una diferenciación entre las normas destinadas a sancionar el ofrecimiento de sobornos frente a las normas sancionadoras de los receptores en el acto corrupto. Éstos últimos no han formado parte de la internacionalización de la persecución de la corrupción, dejándose en las manos de las normativas locales la investigación y eventual sanción a los funcionarios receptores de beneficios de la corrupción. Las normas de alcance internacional se han dirigido hacia el lado de la oferta, compuesta muchas veces por empresas que desarrollan sus negocios en una pluralidad de países.

Sin embargo, la solución propuesta ha generado un gran caos producto de múltiples normativas que pueden ser (y no pocas veces lo son) aplicadas al mismo hecho. Un acto de corrupción ocurrido en un país de América Latina puede encontrarse al mismo tiempo, a modo de ejemplo y en determinados casos que se explicarán más adelante, bajo la jurisdicción de la FCPA, la UK Bribery Act, la ley 12.846 de Brasil y la propia normativa local. Teniendo en cuenta que el hecho prohibido, los mecanismos de atribución de la responsabilidad y las sanciones no son idénticas en cada una de dichas normas, sino que cada una de ellas cuenta con sus características particulares, no resulta fácil para un actor relevante al caso, como una empresa multinacional, establecer el curso de acción a seguir.

En medio del caos de la normativa internacional contra la corrupción, la situación de Argentina es particular. Si bien cuenta con una normativa local anti-corrupción correcta y que en términos generales no tiene grandes deficiencias<sup>5</sup>, se enfrenta a dos grandes problemas: la falta de un sistema penal preparado para las singulares características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la pobre aplicación o *enforcement* de las normas, con un promedio de duración de los procesos de corrupción de 11 años<sup>6</sup> y una tasa de condena que según las propias autoridades argentinas no alcanza el diez por ciento<sup>7</sup>.

Distintos estudios han comprobado el efecto pernicioso que los actos de corrupción tienen sobre la economía en general<sup>8</sup>, generando – entre otras consecuencias – ineficiencias en el intercambio económico y un retraso en la consolidación institucional de los países emergentes<sup>9</sup>.

Por otro lado, distintos autores han argumentado que ciertos tipos de pagos no son en absoluto perniciosos, sino que por el contrario tienen un efecto positivo<sup>10</sup> en la economía al contrarrestar las ineficiencias de las burocracias gubernamentales<sup>11</sup>.

Como se analizará a lo largo del presente trabajo, la **pluralidad de normas de distintas jurisdicciones potencialmente aplicables a un mismo hecho dificultan la creación de políticas internas de empresa a nivel global referidas al cumplimiento de la normativa anticorrupción.**

En la primera sección se describirá las normativas anti-corrupción por actos ocurridos en el extranjero de Estados Unidos, el Reino Unido y Brasil. Se analizarán y compararán los distintos nexos de jurisdicción que justifican la extraterritorialidad de la norma, los factores de atribución de la responsabilidad, la responsabilidad de la persona jurídica, las sanciones, las reducciones de las sanciones basadas en el efectivo cumplimiento de políticas anti-corrupción, el hecho prohibido. Al mismo tiempo, se analizará el desempeño que la aplicación de dichas normas ha tenido en Argentina a lo largo del tiempo (especialmente el desempeño de la FCPA de Estados Unidos, ya que la UK Bribery Act entró en vigencia a partir de 2011 y la ley de Brasil, a principios de 2014).

En la segunda sección se abordarán las características de la normativa anticorrupción en Argentina, incluyendo el Código Penal (comentando asimismo

las modificaciones propuestas por Anteproyecto de Reforma al Código Penal de la Comisión 678/12).

En la tercera sección se presentarán los casos por hechos ocurridos en Argentina de los que se tiene constancia que se haya llevado adelante algún proceso en el marco de la violación de una norma anticorrupción de aplicación extraterritorial.

La cuarta sección se ocupará de desarrollar el argumento central del presente artículo, según el cual la multiplicidad de jurisdicciones potencialmente aplicables a un mismo hecho, impiden de hecho a las empresas generar una política interna a nivel internacional uniforme. A continuación, se intentará establecer una guía práctica en cuanto a las conductas que deben asumir las empresas que pretendan minimizar los riesgos de verse involucradas en casos anti-corrupción. Para ello, se desarrollará un lineamiento de las políticas anti-corrupción a adoptar con miras a evitar, investigar, sancionar internamente y poder aplicar a una reducción de la pena (que en ciertos casos ha llegado a la totalidad de la misma<sup>12</sup>) por parte de las autoridades encargadas de la aplicación de las normas anticorrupción.



## SECCIÓN UNO

### Foreign Corruption Practices Act (1977)

La FCPA, sancionada en 1977, contiene dos grandes normas. Por un lado, prohíbe el soborno a funcionarios públicos extranjeros realizado por determinados sujetos que la ley especifica y bajo las condiciones que en ella se establecen y que serán analizadas más adelante. Por otro lado, establece que las empresas que se encuentren listadas en mercados de valores de Estados Unidos deben mantener registros contables y controles internos que aseguren la correcta registración de todas las transacciones que la empresa realiza, llamadas normas “*books and records*”. Las agencias encargadas de la aplicación de dichas normas son el Departamento de Justicia (“DOJ”) y la Securities Exchange Commission (“SEC”).

Las normas anti-soborno de la FCPA prohíben a empresas constituidas en Estados Unidos, a ciudadanos estadounidenses, a empresas extranjeras que coticen algún tipo de valor en un mercado de valores de Estados Unidos o que en virtud de alguna norma deban presentar reportes ante la SEC o a cualquier persona que estando en Estados Unidos, con intención corrupta ofrezca, prometa, otorgue o autorice que se otorgue dinero o cualquier cosa de valor a un funcionario público extranjero con el objetivo de obtener o retener negocios.

Los puntos fundamentales de la norma anti-soborno son por lo tanto (i) quienes se encuentran sujetos a la norma, (ii) el ofrecimiento o entrega de dinero a cualquier cosa de valor con intención de corromper, (iii) con un funcionario público extranjero como destinatario y (iv) con el objetivo de obtener o retener negocios.

### Normas Anti-Soborno

#### Sujetos a quienes aplica.

Las normas antisoborno de la FCPA son aplicables a empresas constituidas en Estados Unidos, a ciudadanos estadounidenses, a empresas extranjeras que coticen títulos en mercados de valores de Estados Unidos o bien a empresas que



deban reportar a la SEC (“issuers”) y a toda persona que cometa los actos estando en territorio de Estados Unidos.

Sin embargo, el alcance de la norma se ha visto ampliado en la práctica merced a la aplicación de teorías de responsabilidad de la casa central por hechos cometidos por sociedades controladas por sujetos mencionados específicamente en la norma. De este modo, la extra-territorialidad de la norma aumenta en la medida en que la práctica (en los casos resueltos en su mayoría mediante acuerdos entre las agencias de aplicación y los acusados, con poco control judicial (KOEHLER)) impone la teoría según la cual la controlante puede ser considerada responsable por los actos de su controlada si se establece que tenía conocimiento de su accionar, si participo de algún modo en el acto o bien si los mecanismos de control no eran razonablemente adecuados para obtener dicho conocimiento.

El caso Ralph Lauren (2013), por hechos de corrupción cometidos por una subsidiaria con sede en Argentina, puede ser tomado como ejemplo del efecto extensivo que la práctica ejercer a partir de la norma. En el caso en cuestión, la subsidiaria realizó pagos a agentes de aduana argentinos durante años para obtener aprobación para la importación de mercadería. La acusación realizada por el DOJ y la SEC no estableció en ningún punto que la casa central participó de la comisión del hecho, tuvo conocimiento o siquiera argumentó el fallo de un control interno. La responsabilidad de la casa central, establecieron, estaba dada por el hecho de que ésta había nombrado al gerente general de la subsidiaria que realizó los pagos ilegales.

Por otro lado, el último supuesto de aplicación de la norma según el cual ésta es aplicable a toda persona que cometa el acto estando en territorio de Estados Unidos también ha visto ampliado su alcance en la práctica. Interpretaciones realizadas por las agencias de aplicación y que han sido sostenidas en las cortes han establecido que el uso de “medios de comercio interestatal” (concepto difuso del derecho estadounidense que refiere a medios de comunicación tales como el correo, la telefonía y según se ha argumentado, también a “Internet”) implica que “están” en los Estados Unidos y por lo tanto la norma es de aplicación.

En el caso Straub (aún sin sentencia definitiva ni acuerdo con las agencias de aplicación), vinculado a los pagos realizados por Magyar Telekom a funcionarios

públicos de Macedonia para evitar cambios legislativos que liberaran el mercado de las telecomunicaciones del país, la SEC argumentó que la normativa era aplicable a las personas físicas, directivos de nacionalidad húngara de Magyar Telekom, ya que habían intercambiado emails referidos al plan para otorgar sobornos que si bien habían sido enviados desde fuera de Estados Unidos, el recorrido de las redes pasaba por dicho país y se encontraban almacenados en servidores ubicados dentro del territorio. Ante esas afirmaciones, los acusados solicitaron que se desestimara la acusación en base a que el nexo de jurisdicción no podía aplicárseles, argumentando que no podían saber que los emails dirigidos pasarían o serían alojados en servidores ubicados en Estados Unidos, y que la norma requería del conocimiento e intención corrupta (*corrupt intent* en el original) de realizar el acto jurisdiccional en territorio estadounidense. El juez que entiende en la causa rechazó el planteo de la defensa, afirmando que la norma requiere el conocimiento y la intención corrupta en el ofrecimiento u otorgamiento del pago, pero que éste no es necesario a la hora de establecer el nexo de jurisdicción tal como el uso de medios de comercio interestatal en la forma de envío de e-mails dirigidos o alojados en servidores dentro del territorio de Estados Unidos.

#### Cualquier cosa de valor con intención de corromper

La norma anti-soborno de la FCPA prohíbe el ofrecimiento, promesa, otorgamiento o la autorización para que se otorgue dinero o cualquier cosa de valor con intención de corromper a un funcionario público extranjero.

Como puede observarse, el criterio de lo que constituye el objeto de un acto prohibido por la norma es amplio desde la norma misma, desde que sólo se requiere que tenga la forma de cualquier cosa de valor destinada a corromper la voluntad del funcionario.

La interpretación por parte de las agencias de aplicación y las cortes ha interpretado “cualquier cosa de valor” como un término que engloba desde pagos en efectivo, viajes a destinos turísticos, regalos en la forma de autos, entradas a eventos deportivos, relojes, joyas hasta contratos de distribución a personas

allegadas a los funcionarios e incluso contribuciones de caridad a obras de beneficencia dirigidas por el funcionario o personas allegadas a él.

En los casos Siemens (2008), Stryker (2013), Helmerich & Payne (2009) (todos ellos por hechos de corrupción ocurridos en Argentina) y otros se utilizaron facturas apócrifas, sociedades sin objeto ni negocio real más que el pago de sobornos (sociedades “cáscara” o *shell companies*) y facturas por honorarios de consultoría cuyos servicios en realidad nunca existieron para esconder el pago de dinero en efectivo a funcionarios públicos.

En el caso Weatherford (2013), la empresa pagó a funcionarios de una empresa estatal de Algeria con quienes buscaba obtener o mantener contratos viajes al campeonato mundial de fútbol con todos los gastos pagos e incluso los gastos de la luna de miel de la hija de uno de los funcionarios, entre otros pagos tales como dinero en efectivo para gastos en viajes a la fábrica de Weatherford.

Nuevamente en Stryker (2013), pero en este caso por hechos ocurridos en Grecia, la compañía realizó donaciones a una universidad pública destinadas a financiar un laboratorio de la universidad en el área a cargo de un funcionario público, con el objetivo de obtener contratos con el sector público del que el funcionario público también era parte. En Schering-Plough (2004), la empresa realizó pagos para la restauración de un sitio histórico a una fundación que era dirigida por un funcionario público que podía prorrogar los contratos que la empresa tenía con el Estado de Polonia.

Los casos mencionados demuestran que la norma anti-soborno de la FCPA tiene un alcance mayor que el mero soborno en efectivo pagado a un funcionario público. La interpretación de la frase “cualquier cosa de valor” ha dado lugar a acciones en las que lo entregado podía incluso no tener un valor pecuniario determinado o incluso determinable, tal como los casos en los que se trataba de donaciones que en sí mismas no constituían un pago impropio o ilegal, sino que bajo la FCPA lo eran desde el momento en que tenían el propósito de cambiar la voluntad de un funcionario ligado a dicha obra caritativa. De este modo, puede notarse como entra en juego el segundo aspecto a tener en cuenta a la hora de determinar si el pago o la entrega o el ofrecimiento se encuentra prohibido por la FCPA: la intención de corromper o *corrupt intention*. Las agencias de aplicación

han dejado en claro que uno de los puntos para tener en cuenta si un obsequio se encuentra prohibido bajo la FCPA es evaluar si puede razonablemente entenderse que está destinado a corromper la voluntad del funcionario público. Según las mismas agencias han afirmado, el requisito de la *corrupt intention* deja afuera de la prohibición gastos legítimos que las empresas pueden en efecto realizar, tales como acciones de marketing en las que se entregan pequeñas muestras de los productos ofrecidos por la empresa, invitaciones razonables a las plantas de fabricación, capacitación de los funcionarios en las plantas o fábricas donde se elaboran los productos, invitaciones a almuerzo o cenas cuyo costo sea razonable. El concepto de lo que es razonable o no queda librado a la interpretación en el caso por caso, debiendo tenerse en cuenta que la razonabilidad estará dada por la potencialidad de lo ofrecido de corromper la voluntad del funcionario público.

#### Funcionario público extranjero en la FCPA

Son funcionarios públicos bajo la FCPA los funcionarios o empleados de un departamento, agencia o instrumento (*instrumentality*) de un gobierno extranjero, o personas actuando en representación oficial de dichos departamentos, agencias o *instrumentalities*. En los casos en los que se trata de individuos con cargos públicos de fácil interpretación, tales como empleados o funcionarios de ministerios o secretarías de Estado, la norma no ofrece dificultades. Los dependientes de ministerios y secretarías se encuentran claramente incluidos dentro del alcance de la norma, y por lo tanto un pago con la intención de corromper su voluntad dirigido a cualquiera de estas personas se encuentra prohibido.

El problema con el término funcionario público extranjero ha aparecido con la interpretación que las agencias de aplicación han hecho de él. El último punto de la definición es el que mayor debate ha suscitado, ya que la interpretación del DOJ y la SEC han establecido que las empresas de propiedad estatal e incluso los hospitales públicos se encuentran incluidos bajo él, postura que ha sido sostenida incluso en casos que han llegado a la etapa judicial<sup>13</sup>. En el fallo Carson (2011), el juzgado estableció que para identificar si una entidad es un instrumento o

*instrumentality* en los términos de la FCPA deben tenerse en cuenta los siguientes puntos:

- (i) el tratamiento que el Estado en cuestión otorga a la entidad y sus empleados,
- (ii) el grado de control que el Estado ejerce sobre la entidad en cuestión;
- (iii) el propósito y las actividades que desarrolla la entidad;
- (iv) las obligaciones y privilegios que la legislación local otorga a la entidad;
- (v) las circunstancias que rodearon la creación de la entidad; y
- (vi) el grado de propiedad que el Estado tiene sobre la entidad, incluyendo la dependencia de ésta última del financiamiento estatal.

En los casos Stryker (2013) y Biomet (2012), la SEC acusó a las empresas de violar la FCPA al haber pagado comisiones a médicos de hospitales públicos de Argentina que recetaban o prescribían productos de la empresa, utilizando la interpretación que los hospitales públicos son *instrumentalities* en tanto son controlados por el Estado y dependen de su financiación.

Por otro lado, en el caso *Haiti Telecom*, dos de los acusados de realizar pagos ilegales bajo a la FCPA a funcionarios de la empresa *Haiti Telecom* decidieron enfrentar al DOJ en juicio, argumentando que la empresa no podía ser considerada un *instrumentality* bajo la FCPA. Si bien en la primera instancia el jurado decidió que *Haiti Telecom* era un *instrumentality* y por lo tanto condenó a los acusados Joel Esquenazi y Carlos Rodríguez, la defensa presentó una apelación ante la Cámara de Apelaciones del Onceavo Circuito de Estados Unidos, en el primer caso en el que la interpretación de funcionario público extranjero en la FCPA llega a una decisión de cámara. La discusión en el caso pasó por determinar si la empresa *Haiti Telecom*, cuyo 97% del capital accionario se encontraba en poder del Estado de Haití, era en efecto un *instrumentality* o no. El argumento de la defensa se centró en el hecho de que la empresa, si bien podía considerarse como propiedad del Estado de Haití, no llevaba adelante funciones ni actividades relativas al accionar estatal, por lo que sus empleados no podían asimilarse a

funcionarios públicos extranjeros. Asimismo, argumentaron que el Estado de Haití emitió una declaración formal en la que afirmaba que la empresa no era una parte del gobierno de Haití.

La Cámara estableció, en su opinión del 16 de mayo de 2014, que para determinar si una entidad es un *instrumentality* en los términos de la FCPA, el criterio debe establecerse en base al nivel de control que el gobierno tiene sobre la entidad. Para determinar si el gobierno ejerce el control sobre la entidad, debe evaluarse como designa el gobierno a la entidad, si tiene una posición mayoritaria en ella, la capacidad del gobierno en nombrar y remover a sus directivos, el destino de las ganancias de la entidad y el grado de dependencia de la entidad del financiamiento estatal<sup>14</sup>.

En el caso en cuestión, la Cámara halló que el grado de control ejercido por el gobierno de Haití sobre Haiti Telecom era el suficiente como para establecer que se correspondía con un *instrumentality* en los términos de la FCPA.

#### Obtener o retener negocios

De acuerdo a lo establecido por la norma, el pago realizado a un funcionario público extranjero debe cumplir con el requisito de buscar “obtener o retener negocios”. Es decir, además del requisito objetivo del pago para modificar una conducta por parte del funcionario, esta conducta buscada o esperada debe estar dirigida a “obtener o retener negocios”. El problema surge, y de hecho ha surgido, en qué interpretación ha de darse a dicha frase, ya que de acuerdo al criterio interpretativo utilizado podría argumentarse que si solo se encuentran prohibidos los pagos tendientes a obtener o retener negocios, entonces los pagos prohibidos son aquellos que permiten la obtención/retención de un contrato o negocio específico, por lo tanto restringiendo el alcance de la norma solo a casos con las características mencionadas. Por otro lado, si se utilizara un criterio más amplio, podría argumentarse que el concepto de obtener y retener negocios también incluye todo beneficio que permitiera obtener una ventaja comparativa en los negocios desarrollados en el país en cuestión, y no necesariamente en la obtención de un nuevo negocio o el mantenimiento de un contrato que se encuentra vigente.

La Cámara de Apelaciones del 5to. Circuito de Estados Unidos trató el tema en el fallo *US v. Kay* de 2004. Los hechos del caso incluían a Kay y Murphy, miembros de American Rice, una compañía de la industria del arroz constituida en Texas, quienes a través de una subsidiaria (Rice Corporation of Haiti) exportaban arroz a Haití. De acuerdo a lo manifestado por la acusación, Kay y Murphy habían orquestado un esquema de sobornos a funcionarios públicos de Haití para lograr una rebaja en el monto de los impuestos a pagar, que se lograba como consecuencia de declarar un número menor de mercadería a la que era realmente ingresada a Haití. Frente a la acusación, Kay y Murphy argumentaron que los pagos realizados para obtener una rebaja en los impuestos no configuraban un delito bajo la FCPA, ya que no cumplían con el requisito de realizar un pago para obtener o retener negocios que pudieran ser identificados. Ante la falta del requisito de la obtención-retención de un negocio, los acusados argumentaron que no se configuraba la prohibición.

Con el objetivo de definir el criterio interpretativo que debía aplicarse al concepto de “obtener o retener negocios”, en primer lugar la Cámara realizó un análisis de la norma, afirmando que en efecto el concepto, según la norma literal, resultaba ambiguo y no alcanzaba a sentar una posición u otra. Luego de establecer que únicamente con la norma no se lograba una comprensión cabal de la intención del legislador al sancionarla, la Cámara analizó la historia legislativa de la norma, tanto la de su sanción en 1977 como la de sus posteriores reformas en 1988 y 1998, y estableció que el criterio interpretativo a utilizar es más amplio que el argumentado por Kay y Murphy, aunque aun así se requiere un análisis del caso en particular para determinar si se cumple el criterio de obtener o retener negocios. En otros términos, el fallo *Kay* estableció en particular que (i) la referencia a “obtener o retener negocios” de la FCPA es ambigua, (ii) que como consecuencia de su ambigüedad, no puede establecerse *prima facie* que el criterio interpretativo correcto sea el criterio estrecho de considerarlo como solo tendiente a prohibir la obtención de nuevos negocios o la retención/mantención de los negocios existentes, (iii) que no era la intención del legislador establecer una prohibición estrecha, sino que abarca más allá de pagos realizados para obtener o retener literalmente negocios, y (iv) que deben analizarse las particularidades de la

situación para determinar, caso por caso, si el pago realizado tuvo como objetivo asistir a obtener o retener negocios en los términos de la FCPA.

#### Pagos a través de terceros o de intermediarios

La normativa FCPA establece que también se encuentra penado que cualquiera de los sujetos a los que puede aplicársele realice pagos a cualquier otro, con el conocimiento de que esa otra persona utilizará lo entregado o parte de lo entregado para otorgárselo a un funcionario público extranjero.

De este modo, el uso de terceros o de intermediarios para otorgar sobornos también se encuentra incluido en la FCPA, en tanto todo aquel que entregue una cosa a otro sabiendo que éste otro la utilizará para pagar sobornos será responsable por el hecho.

Ahora bien, resulta necesario realizar una interpretación del concepto “conocimiento”, requisito de la norma para responsabilizar al principal por hechos cometidos por terceros, lo que la propia norma se encarga de realizar al definir que una persona tendrá conocimiento de ello cuando (i) sepa que el tercero se encuentra realizando dicha conducta, que la circunstancia existe o que existe una sustancial certeza de que ocurrirá, (ii) que tenga la firme creencia de que la circunstancia existe o que existe una sustancial certeza de que ocurrirá o (iii) cuando la persona sea consciente de la alta probabilidad de que dicha circunstancia ocurra.

Así, se establece que en tanto la persona sepa, tenga el convencimiento o sea consciente de la alta probabilidad de que el tercero al que se le realizó un pago lo utilizará para otorgar un soborno a un funcionario público extranjero, será responsable del mismo modo en que si lo hubiera realizado ella misma.

#### La Excepción: Pagos de Facilitación

La normativa de la FCPA establece que no se encuentran penados aquellos pagos realizados con el objetivo de asegurarse una acción de rutina por parte del



gobierno que de todos modos debería haber sido realizada. Esta excepción ha sido llamada “pagos de facilitación” o *facilitating payments*. La normativa FCPA es una de las pocas legislaciones anticorrupción que permiten estos pagos excepcionales. El argumento por el cual se permiten este tipo de pagos sigue la idea de que no hay una intención de influir sobre la voluntad del funcionario público, puesto que el pago no se realiza para obtener una acción que no debería haberse obtenido, sino que se realiza para obtener una acción que de todos modos habría sido realizada por el funcionario. Tal es así que, si bien no en la norma, también se denomina a estos pagos “*grease payments*”, ya que funcionan bajo el entendimiento de que agilizan los procesos de decisión del gobierno sin influir en el proceso decisorio.

#### *Normas Books and Records – Internal Controls*

Además de la normativa anti-soborno, la FCPA contiene normas que requieren la correcta registración de todas las operaciones de las compañías, además de un sistema de control interno eficaz que permita ejercer el poder de policía de los órganos de administración de la empresa sobre la contabilidad de la misma.

Aplicable sólo a las empresas que cotizan algún tipo de valor en mercados de valores de Estados Unidos, estas normas pretenden cercar aún más las posibilidades de cometer un acto de corrupción, ya que la compañía debe registrar contablemente la salida del soborno de algún modo. Al requerir que los registros contables “reflejen con razonable detalle las transacciones y actos de disposición” de la compañía, todo pago que se pretenda ocultar o cuyas características quieran ocultarse en los registros contables automáticamente pasa a infringir la norma de *books and records*.

#### *UK Bribery Act*

La UK Bribery Act, sancionada en 2010 y cuya entrada en vigor se produjo en 2011, establece la prohibición de ofrecer, prometer u otorgar una ventaja

financiera o de otro tipo a un funcionario público extranjero con la intención de influenciar la decisión del funcionario en el desempeño de sus funciones.

Sumado a ello, establece la prohibición del soborno entre privados, en tanto prohíbe ofrecer, prometer u otorgar una ventaja financiera o de otro tipo a otra cuando (i) se pretende provocar el desempeño impropio de esa persona en una función relevante, o (ii) se tiene el conocimiento o el convencimiento de que la aceptación de la ventaja ofrecida en sí misma constituye un desempeño impropio de esa persona en una función relevante.

Asimismo, la UK Bribery Act también sanciona el fracaso de una entidad comercial (*comercial organisation* en el idioma original) en controlar a sus agentes en el caso en que éstos agentes sobornen a otra persona.

A continuación se desarrollarán las características de las tres prohibiciones.

#### Soborno de Funcionario Público Extranjero en la UK Bribery Act

Como se ha indicado anteriormente, la UK Bribery Act establece la prohibición de ofrecer, prometer u otorgar una ventaja financiera o de otro tipo a un funcionario público extranjero con la intención de influenciar la decisión del funcionario en el desempeño de sus funciones.

De acuerdo al artículo 12 de la UK Bribery Act, la norma adquiere jurisdicción extraterritorial cuando el hecho es cometido por una persona con “conexiones cercanas al Reino Unido”. Estas conexiones son taxativamente enumeradas en la norma, estableciendo que tienen conexiones cercanas al Reino Unido:

- a) Los ciudadanos británicos
- b) Los ciudadanos de territorios británicos
- c) Los nacionales británicos
- d) Los ciudadanos de colonias británicas
- e) Los súbditos británicos en los términos de la British Nationality Act de 1981

- f) Las personas británicas protegidas en los términos de dicha ley
- g) Los residentes en el Reino Unido
- h) Las entidades constituidas bajo las leyes de cualquier jurisdicción del Reino Unido
- i) Las sociedades escocesas

Por lo tanto, cualquiera de las personas enumeradas que soborne a un funcionario público extranjera podrá encontrarse realizando un acto prohibido por el artículo 6 de la UK Bribery Act.

Sin embargo, además de la promesa, ofrecimiento u otorgamiento de una ventaja, se requieren de dos requisitos adicionales para que se configure el delito. En primer lugar, y del mismo modo que en la FCPA analizada anteriormente, se requiere que el ofrecimiento, promesa u otorgamiento haya sido realizado (i) con el objetivo de obtener o retener negocios, o (ii) con el objetivo de obtener una ventaja en los negocios. En segundo lugar, la legislación local aplicable del lugar donde se cometió el hecho de corrupción no debe permitir ni requerir que el funcionario público extranjero reciba el ofrecimiento.

### Corrupción entre privados

Resulta novedoso que la UK Bribery Act establezca la prohibición del soborno entre privados, tanto en territorio del Reino Unido como en el extranjero, en tanto prohíbe ofrecer, prometer u otorgar una ventaja financiera o de otro tipo a otra cuando (i) se pretende provocar el desempeño impropio de esa persona en una función relevante, o (ii) se tiene el conocimiento o el convencimiento de que la aceptación de la ventaja ofrecida en sí misma constituye un desempeño impropio de esa persona en una función relevante.

A los efectos de establecer que constituye una función relevante, la norma indica que se considerará función relevante a:

- a) Toda función pública

- b) Toda actividad relacionada con negocios
- c) Toda actividad en el desempeño del empleo
- d) Toda actividad desempeñada por o en representación de un grupo de personas,

en tanto cumpla con alguna de las siguientes tres condiciones:

- a) Que se espere de la persona que desempeña la función su desempeño de buena fe.
- b) Que se espere de la persona que desempeña la función su desempeño imparcial.
- c) Que la persona que desempeña la función se encuentre en una posición de confianza como consecuencia de dicho desempeño.

De acuerdo al texto de la norma, resultan alcanzados por ella las mismas personas listadas en el artículo 12 y que ya fueron mencionadas en el párrafo anterior.

#### Fracaso de una entidad comercial en prevenir sobornos

El artículo 7 de la UK Bribery Act establece que una entidad comercial será responsable penalmente si una persona asociada de algún modo a dicha entidad soborna a otra persona con la intención de (i) obtener o retener negocios para la entidad comercial o (ii) obtener o retener una ventaja comercial en los negocios de la entidad comercial. Sin embargo, establece asimismo que la entidad comercial podrá liberarse de la responsabilidad si logra probar que tenía en vigor procedimientos adecuados de control para prevenir que las personas asociadas a ella llevaran adelante acciones de soborno.

De acuerdo a la norma, son entidades comerciales aquellas que (i) se encuentran constituidas en el Reino Unido y llevan adelante negocios, o (ii) que sin perjuicio de donde se encuentren constituidas, desarrollan sus negocios o una parte de ellos en el Reino Unido.

De este modo, el alcance de la norma se ve ampliado a niveles que no se pueden cuantificar ni siquiera de modo aproximado. Sin perjuicio de que la falta de aplicación de la norma hasta el día de hoy aún no haya otorgado una interpretación a cada uno de sus conceptos, delimitándolos e interpretándolos en la práctica, en principio cualquier compañía con una parte sustancial de sus negocios en el Reino Unido se encuentra alcanzada por la norma, que no solo se refiere a los casos de corrupción de funcionarios extranjeros sino que también refiere a la corrupción entre privados.

### *Ley Anticorrupción de Brasil*

La Ley 12.846 de Brasil, sancionada en 2013 y en vigencia a partir de enero de 2014, establece la prohibición de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, una ventaja indebida a un funcionario de la administración pública de Brasil o extranjera, o a una tercera persona relacionada a éste<sup>15</sup>.

De acuerdo a lo establecido por la norma, se encuentran alcanzadas por esta prohibición las sociedades constituidas en Brasil o las sociedades extranjeras que tengan una subsidiaria, sucursal o representación en el territorio brasileño.

Asimismo, la Ley Anticorrupción de Brasil no requiere de intención alguna por parte de quien realiza el ofrecimiento, sino que la responsabilidad es objetiva: la mera comprobación del ofrecimiento constituye elemento suficiente para la configuración del hecho prohibido.

De este modo, la Ley Anticorrupción de Brasil pasa a ser la más estricta de las analizadas hasta el momento: toda compañía que posea algún tipo de establecimiento en Brasil (sea una subsidiaria, una sucursal o una mera representación) se encuentra incluida dentro de su alcance, y por lo tanto puede ser sancionada si toma parte en el otorgamiento de una ventaja indebida a un funcionario público en cualquier lugar del mundo, por el solo hecho de otorgarla.

## SECCIÓN DOS

### *Normativa Anticorrupción en Argentina*<sup>16</sup>

La legislación federal argentina en materia de anticorrupción incluye normas que se encuentran en el Código Penal, en la Ley de Ética Pública y en el Código de Ética de la Función Pública.

#### **Código Penal**

La normativa anti-corrupción se encuentra en el Título XI del Libro Segundo del Código Penal.

A los efectos del análisis pertinente para este trabajo, es posible observar que las normas penales que establecen prohibiciones para quienes otorgan o prometan algo a un funcionario público son dos: el cohecho activo del art. 258 y el ofrecimiento de dádivas del art. 259.

El cohecho activo requiere para su configuración que la persona diere u ofreciere dádivas a un funcionario público con el objetivo de modificar la conducta de este último y lograr que haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. No hay en este caso un requisito secundario tal como el concepto de “obtener o retener negocios” presente en la FCPA y en la UK Bribery Act, sino que el hecho se configura cuando se ofrece algo con el objetivo de que el funcionario haga algo que de otro modo (es decir, sin el ofrecimiento/otorgamiento de la dádiva) no haría, sin necesidad de especificar cuál es la acción que se pretendía obtener de dicho funcionario.

Por otro lado, el otorgamiento de dádivas del art. 259 únicamente requiere la entrega de una dádiva, que puede ser definida como cualquier cosa susceptible de valor, a un funcionario público en consideración a su función. No requiere, por lo tanto, que se pretenda obtener algún tipo de contraprestación de parte del funcionario a cambio de la cosa que se está otorgando, sino que la mera entrega de la cosa constituye elemento suficiente para la configuración del delito.

Aunque no existen muchos precedentes sobre la relevancia del monto de lo entregado, en cierta jurisprudencia se decidió que ofrecer una canasta de Navidad

a un secretario de juzgado se encontraba prohibido<sup>17</sup>, mientras que ciertos autores han indicado que las dádivas otorgadas a funcionarios públicos se encuentran siempre prohibidas, sin importar el valor o las prácticas de cortesía<sup>18</sup>.

Adicionalmente, otros autores y ciertos precedentes adhieren al “principio de insignificancia”. Bajo este principio, ciertas conductas, debido a la falta de entidad o importancia, no constituyen delito en tanto no implican un riesgo, ni afectan el interés protegido o los objetivos propuestos por la norma penal. Un autor, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha mencionado como un ejemplo de este principio “el otorgamiento de un regalo acostumbrado”, lo que no sería un delito<sup>19</sup>.

Por otro lado, la legislación argentina no incluye ninguna norma en la que expresamente se establezca una excepción que autorice los pagos de facilitación. De este modo, dichos pagos se encuentran sujetos a las normas explicadas en los párrafos anteriores.

### **Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica - Anteproyecto de Reforma al Código Penal**

Con la excepción de la normativa antiterrorismo y anti-lavado y ciertas normas en materia cambiaria, la normativa argentina no establece la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, la regla general es que una sociedad no puede ser responsabilizada penalmente por los actos u omisiones de sus agentes.

El principio de la culpabilidad, base para la atribución de la responsabilidad penal, establece que una persona solo puede ser considerada responsable por un acto punible únicamente si éste acto puede ser atribuido tanto objetiva como subjetivamente a ella. Es necesario demostrar que, además del hecho ocurrido la persona actuó con dolo o culpa.

De allí el principal escollo para la atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, toda vez que no puede aplicársele el mismo principio de culpabilidad que a las personas físicas, según el cual se requiere dolo o culpa. No se ha establecido, en los casos en los que el ordenamiento penal impone sanciones

a personas jurídicas, cuál es el principio que debe aplicárseles, ya que las referidas normas únicamente se ocupan de establecer sanciones penales a las entidades. Ello ha generado un debate en la doctrina nacional respecto de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas, más allá del establecimiento de las sanciones.

En ese sentido, resulta notable destacar que el Anteproyecto de Reforma al Código Penal, elaborado por la Comisión establecida por el decreto 678/12, establece sanciones a las personas jurídicas para ciertos delitos (entre los que se incluyen los delitos por actos de corrupción), superando el problema del principio de culpabilidad con la creación de un standard distinto al utilizado para las personas físicas, con sus propias reglas y características.

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación establece en el Título IX del Libro I las sanciones a la persona jurídica para los casos en los que la ley específicamente lo prevea. De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión Redactora, se ha omitido sentar posición sobre el carácter de la sanción (penal o civil), estableciéndose simplemente el carácter sancionatorio para determinados casos.

El art. 59 establece el régimen general de la responsabilidad penal, que se regirá por las siguientes condiciones:

- a) La persona jurídica solamente podrá ser responsable penalmente en los casos en que la ley expresamente lo indique.
- b) Será responsable por delitos cometidos por sus órganos o representantes en beneficio o interés de ella, aun cuando quien obró en nombre de ella no hubiere tenido atribuciones para ejercer la representación de la persona jurídica en tanto ésta última haya ratificado la gestión (incluso de manera tácita<sup>20</sup>). En el caso que la persona jurídica no hubiere resultado beneficiada por la comisión del delito o éste no se hubiere cometido en interés de ella, la persona jurídica no debería ser sancionada.<sup>21</sup>
- c) Aun cuando el delito cometido no redunde en beneficio de la persona jurídica sino exclusivamente en el de las personas físicas que lo



cometieron, la persona jurídica será responsable penalmente si la comisión del delito es producto del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.

- d) La persona jurídica podrá ser sancionada aun cuando las personas físicas intervinientes en la comisión del delito no lo hubieren sido.
- e) Se respetará el derecho a la defensa de la persona jurídica.<sup>22</sup>
- f) La continuadora de la sociedad producto de una transformación, fusión, escisión o absorción será responsable en la parte proporcional que le correspondiere a la que hubiere participado del delito.
- g) La disolución aparente de la persona jurídica no extingue la responsabilidad penal. La acción penal contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años.

El art. 60 regula las sanciones que podrán ser aplicadas a las personas jurídicas, las que podrán ser impuestas alternativa o conjuntamente:

- a) Multa, que se impondrá de acuerdo al sistema de días del art. 34 inc. 1, 2 y 4. El valor de cada día no podrá ser inferior al del salario mínimo, vital y móvil al momento del dictado de la sentencia ni superior al valor de cinco de ellos. El monto total de la multa no podrá exceder la tercera parte del patrimonio neto de la persona jurídica al momento del hecho.
- b) Cancelación de la personería jurídica, que solo tendrá lugar cuando el único objeto de la persona jurídica sea la comisión de delitos.
- c) Suspensión total de actividades o clausura total del establecimiento, que tendrá una duración máxima de 1 (un) año y solo podrá ser impuesta en el caso en que la persona jurídica se empleare habitualmente para la comisión de delitos.
- d) Suspensión parcial de las actividades o Clausura parcial del establecimiento, que tendrá una duración máxima de 6 (seis) meses.

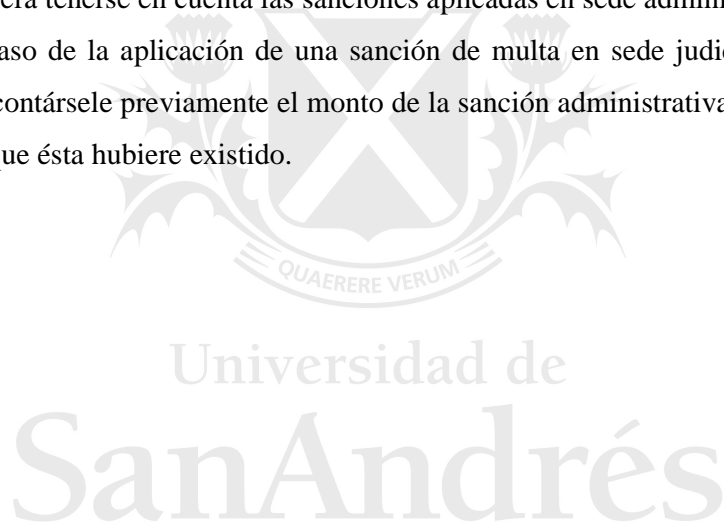
- e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa.
- f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido.
- g) Suspensión del uso de patentes y marcas, por un máximo de tres años.
- h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales, por un máximo de tres años.
- i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales, por un máximo de tres años.
- j) Suspensión en los registros estatales, por un máximo de tres años.
- k) Se aplicará también lo dispuesto en el Título VII (decomiso de lo obtenido por la comisión del delito y los instrumentos del delito) y VIII (reparación de daños, acción civil) del Libro I. Sin embargo, la sumatoria de la reparación de daños y la multa impuesta no podrá superar el límite de la tercera parte del patrimonio neto de la persona jurídica al momento de la comisión del delito.

El art. 61 establece los parámetros a seguir para la determinación de las sanciones a imponer sobre la persona jurídica que ha sido encontrada responsable de la comisión de un delito. Al establecer el monto de la pena, el juez deberá seguir los lineamientos indicados a continuación:

- a) Grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos
- b) Grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de las personas físicas intervinientes
- c) Trascendencia social y gravedad del hecho ilícito
- d) Cooperación de la persona jurídica en el esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño.
- e) Si la sanción pudiese provocar graves consecuencias sociales y económicas, que provocasen daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de

utilidad pública, el juez podrá imponer la sanción que considere adecuada para preservar la continuidad de la empresa, la fuente de trabajo y el interés de los socios ajenos al accionar delictivo.

- f) En el caso de PyMEs y en tanto la persona física interviniente haya sido penado, el juez podrá abstenerse de sancionar a la persona jurídica si el caso revistiera gravedad menor.
- g) Cuando por la cuantía de la multa pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o bien cuando lo aconseje el interés general, el juez podrá disponer el fraccionamiento de la multa en un período de hasta 5 (cinco) años.
- h) Deberá tenerse en cuenta las sanciones aplicadas en sede administrativa. En el caso de la aplicación de una sanción de multa en sede judicial, deberá descontársele previamente el monto de la sanción administrativa, en el caso de que ésta hubiere existido.



## SECCIÓN TRES

### *Hechos ocurridos en Argentina, casos resueltos en el exterior.*

Como se ha explicado en los párrafos anteriores, existen normas anticorrupción de aplicación extraterritorial que pueden tener impacto en hechos ocurridos en Argentina. Sin embargo, la investigación realizada con propósito de este trabajo ha arrojado como resultado que hasta el momento de ser realizada (julio 2014), solo la normativa FCPA ha sido aplicada en relación a hechos ocurridos en Argentina.. A continuación, se presentará un breve resumen de los casos.

#### **Stryker Corporation (2013)**<sup>23</sup>

La SEC estableció que entre 2005 y 2008, la subsidiaria argentina de Stryker Corporation realizó 392 pagos de “honorarios médicos” a médicos de hospitales públicos en concepto de comisiones como porcentajes de las ventas de medicamentos al hospital al médico que había gestionado la compra. De acuerdo a lo indicado por la decisión de la SEC, los porcentajes pagados a los médicos equivalían a entre el 20% y el 25% de la venta total al hospital. La SEC encontró registros de pagos por un total de US\$966.500 en el período indicado, que fueron registrados en los registros contables de la empresa como “honorarios médicos” e impuso una multa de US\$ 3,5 millones y la devolución de US\$ 9,7 millones en concepto de ganancias obtenidas ilegalmente.<sup>24</sup>

#### **Ralph Lauren (2013)**<sup>25</sup>

La SEC y el DOJ establecieron, y Ralph Lauren aceptó su responsabilidad, que entre 2006 y 2009 la subsidiaria argentina realizó pagos a funcionarios públicos de la aduana para obtener autorizaciones de importación que en otras circunstancias no habrían sido normalmente aprobadas. Los pagos se realizaban utilizando como intermediario a su despachante de aduana y no solo consistían en efectivo, sino que también se entregaron productos que la compañía comercializaba en el país (llegando incluso a otorgar objetos con un valor de mercado superior a diez mil dólares). En razón de la cooperación de la compañía con las autoridades, Ralph Lauren acordó pagar una multa de US\$ 800.000 y devolver US\$ 735.000 en concepto de ganancias obtenidas ilegalmente.<sup>26</sup>

### **Biomet (2012)**<sup>27</sup>

En el caso Biomet, empresa dedicada a la producción de prótesis ortopédicas, las agencias de aplicación establecieron que entre los años 2000 y 2008 la subsidiaria argentina realizó pagos a médicos cirujanos de hospitales públicos argentinos como un porcentaje de las ventas que la compañía obtenía a consecuencia de la utilización de prótesis de Biomet en las cirugías que dichos médicos realizaban. Los pagos eran registrados como “comisiones” o “regalías”, y se encontraron documentos internos de la empresa que indican que se trataba de un modo habitual de hacer negocios (de hecho, en los hechos del caso presentados por las agencias de aplicación pueden encontrarse referencias a presupuestos realizados por Biomet en los que se incluyen las “regalías” a los médicos cirujandos). Como resultado de la investigación, en la que Biomet colaboró plenamente con las autoridades, se encontraron registros de pagos por un total de US\$ 400.000 a médicos cirujanos de hospitales públicos en el período señalado. La compañía acordó con las agencias de aplicación pagar una multa de US\$ 17 millones y devolver ganancias obtenidas ilegalmente por un total de US\$ 5,5 millones.<sup>28</sup>

### **Ball Corporation (2011)**<sup>29</sup>

Formametal, subsidiaria argentina de Ball Corporation, realizó pagos por un total de US\$ 106.749 a funcionarios públicos de la aduana con el objetivo de lograr la aprobación de importación de maquinaria y repuestos usados, lo que se encontraba prohibido por la normativa local. Los pagos eran realizados a través del despachante de aduana, quien facturaba a Formametal el dinero posteriormente otorgado como soborno en concepto de “gastos varios”, “aranceles de aduana”, “asesoramiento” y “honorarios”. Del mismo modo, los pagos eran registrados en los libros de Formametal como “gastos varios”. La SEC, teniendo en consideración la colaboración de Ball Corporation durante la investigación y que fue la propia empresa la que puso en conocimiento de los hechos de corrupción a la agencia, impuso a Ball Corporation una multa por un total de US\$ 300.000.

### **Helmerich & Payne (2009)**<sup>30</sup>

La SEC y el DOJ establecieron que entre 2003 y 2008, la subsidiaria argentina de Helmerich & Payne realizó pagos a funcionarios públicos de aduana a través de sus despachantes de aduana para obtener la aprobación de la importación de maquinaria que no podría haber ingresado al país si se hubiera seguido lo establecido por la normativa aduanera. Los pagos fueron registrados como “pagos de facilitación”, cuando en realidad eran sobornos pagados para obtener algo que no era una tarea rutinaria. La compañía acordó pagar una multa de US\$ 1 millón y devolver US\$ 375.000 en concepto de ganancias obtenidas ilegalmente por los hechos ocurridos en Argentina y otros hechos ocurridos en Venezuela.

### **Siemens (2008)**<sup>31</sup>

La SEC y el DOJ establecieron que, entre mediados de los años 90 y hasta el año 2007, Siemens, a través de distintas subsidiarias, realizó pagos por cientos de millones de dólares a funcionarios públicos argentinos en primer lugar para obtener un contrato de producción de los documentos nacionales de identidad, más adelante a los candidatos presidenciales de las elecciones del año 1999 para asegurarse el mantenimiento del contrato con el nuevo gobierno que surgiera de las elecciones, para luego seguir sobornando (aún después de haber perdido el contrato) a distintos actores de la política argentina con el objetivo de evitar que el caso saliera a la luz. Para realizar los pagos se recurrió a individuos que actuaron como intermediarios, se establecieron compañías “cáscara” cuyo único objetivo y función era la de recibir los pagos que luego serían trasladados por distintos mecanismos a los funcionarios públicos o a personas cercanas a ellos, se falsificaron facturas para justificar los pagos realizados por servicios de consultoría nunca prestados y se falsificaron los registros contables. Siemens se declaró culpable y acordó pagar US\$ 450 millones en concepto de multa y a devolver US\$ 350 millones en concepto de ganancias obtenidas ilegalmente, lo que totaliza US\$ 800 millones de dólares y convierte al caso Siemens en el de mayor pena impuesta por la FCPA hasta el día de hoy.<sup>32</sup>

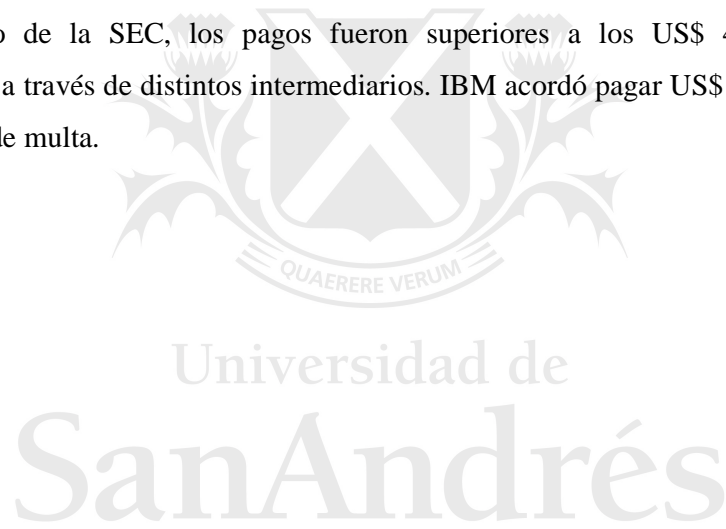
### **BJ Services (2004)**<sup>33</sup>

BJ Services realizó pagos por un total de AR\$ 65.000 a funcionarios públicos de la aduana para obtener las autorizaciones necesarias para importar repuestos. A

diferencia de los casos anteriores, el pago no se realizó utilizando a los despachantes de aduana, sino que de la decisión de la SEC surge que los realizó la misma empresa sin la utilización de intermediarios. Al tomar conocimiento de los hechos, BJ Services informó a la SEC y prestó colaboración en la investigación que la agencia llevó adelante. Como consecuencia de la rápida información a la agencia y de la colaboración prestada durante la investigación, la SEC no impuso una multa.

**IBM (2000)**<sup>34</sup>

La subsidiaria de IBM en Argentina realizó pagos a distintos funcionarios públicos del Banco de la Nación Argentina con el objetivo de obtener el contrato para la instalación de sistemas en todas las sucursales del Banco. De acuerdo al documento de la SEC, los pagos fueron superiores a los US\$ 4 millones, realizados a través de distintos intermediarios. IBM acordó pagar US\$ 300.000 en concepto de multa.



## SECCIÓN CUATRO

### *Cumplir es tan fácil como difícil*

En las secciones anteriores del presente trabajo se han analizado las normas FCPA, UK Bribery Act, la Ley Anticorrupción de Brasil y la normativa anticorrupción Argentina. Como el lector habrá podido apreciar, no cabe duda que las normas difieren en aspectos fundamentales tales como qué es lo que se encuentra prohibido, a quienes aplica la norma, que alcance extraterritorial tiene o las excepciones que pudieren llegar a contener.

### *Programas de Compliance*

La respuesta de las compañías a las normativas con jurisdicción extraterritorial en materia anticorrupción ha sido la puesta en marcha de programas de *compliance*, conjunto de normas internas con sus respectivos mecanismos de aplicación respecto de una determinada materia, ello sin perjuicio de que ninguna de las normas analizadas en el presente trabajo los requieran expresamente<sup>35</sup>.

En relación a los programas de *compliance*, y con el objeto de entender por qué han sido la respuesta de las compañías a la creciente normativa internacional en anticorrupción, resulta importante explicitar los tres mecanismos de atribución de la responsabilidad que distinguen a las distintas normativas y que fueron indicados en el presente trabajo al describir cada norma en particular. La literatura existente en la materia los resume en tres: el primero de ellos, receptado por la normativa FCPA de Estados Unidos, atribuye responsabilidad a la compañía en virtud del principio de responsabilidad del principal por los actos de sus dependientes, requiriendo de quien comete el hecho la intención de corromper al funcionario para obtener o retener negocios, el segundo atribuye responsabilidad a la compañía únicamente por los actos de sus órganos de dirección mientras que el tercero y último atribuye responsabilidad a la compañía en la medida en que ésta evidencia desinterés por haber prevenido el hecho ocurrido<sup>36</sup>. A lo establecido por la literatura existente, debemos agregarle el factor de atribución propuesto por la reciente Ley Anticorrupción de Brasil, que establece un factor de atribución de responsabilidad objetiva, por el cual la mera comisión del acto de soborno por parte de cualquier agente de la compañía es suficiente para responsabilizarla. Los



programas de *compliance* surgen entonces como los mecanismos diseñados para hacer frente a estos factores de atribución de la responsabilidad, en tanto la compañía requiere en el primer caso asegurar el comportamiento de sus empleados/dependientes con el objetivo de que no lleven adelante hechos reprochables desde el punto de vista de una determinada normativa que generen a su vez responsabilidad para la empresa; en el segundo caso, los programas se orientan a regular las decisiones tomadas al nivel de órganos de decisión de la compañía; mientras que en el tercer caso el establecimiento de un programa de *compliance* enérgico es la prueba de la que se valen las empresas para demostrar que la compañía tomó los recaudos necesarios para evitar que los hechos ocurrieran y en el cuarto caso se requiere un nivel de control aún mayor que en los otros dos, en tanto la responsabilidad es objetiva y no se requiere de intención de corromper o la búsqueda de beneficio alguno para la compañía.

Es de suponer que a distintos factores de atribución de la responsabilidad, distintos serán los diseños de los programas de *compliance*. Las medidas necesarias para afrontar un modelo de atribución de responsabilidad en el que el principal es responsable por todos los actos de sus dependientes o responsabilidad objetiva parecen requerir, en principio, un control distinto sobre los actos de los dependientes que en aquellas compañías a las que aplica un estándar de responsabilidad en el que deben comprobar interés y pro actividad en tomar medidas para evitar el hecho.

Sin embargo, la existencia de superposición de normas de aplicación extraterritorial sobre un mismo hecho y una misma compañía implica que los estándares de atribución de responsabilidad aplicables pueden (y de hecho son) más de uno y probablemente distintos. De este modo, la compañía debe poner en práctica un programa de *compliance* que sea compatible con el factor de atribución de responsabilidad del principal por los hechos del dependiente y al mismo tiempo con el factor de atribución de responsabilidad que la atribuye por la manifiesta falta de interés en evitar el hecho violatorio de la norma. De allí que el primer problema a enfrentar en el diseño de un programa de *compliance* sean los distintos mecanismos de atribución de responsabilidad que aplican a la compañía.

Párrafo aparte merecen las distintas regulaciones sobre los aspectos particulares

de cada norma. Como se ha visto en los respectivos apartados, las normas bajo análisis prohíben hechos distintos, tienen distintas excepciones, sanciones y atenuantes. El denominador común podría encontrarse en que todas ellas otorgan beneficios a las empresas que poseen en práctica un programa de *compliance*, sea porque bajo el factor de atribución de la norma éste se transforma en una defensa válida al demostrar la preocupación y pro actividad de la empresa en evitar que sucedan (UK Bribery Act) o porque la existencia del programa implica una reducción en la condena (FCPA), por lo que la existencia de diferencias en los hechos prohibidos ha dado como resultado que en la práctica los programas de *compliance* más eficaces sean aquellos que se basan en la norma más severa<sup>37</sup>.

El problema de la medida de basar el programa de *compliance* en la norma más severa de todas las potencialmente aplicables radica, en primer punto, en que la norma más severa no necesariamente cumplirá con los requisitos de las normas menos severas. El concepto mismo de severidad es discutible, ya que puede relacionarse con la norma que prohíbe la mayor cantidad de hechos, la que contiene menor cantidad de excepciones, la que posee las sanciones más duras o la que tiene más probabilidad de ser efectivamente aplicable. A modo de ejemplo, nótese que de las normas mencionadas, la menos severa en términos de hechos prohibidos y mayor cantidad de excepciones (la norma FCPA) es, por lejos, la de mayor aplicación efectiva<sup>38</sup>.

Por otro lado, los programas de *compliance* deben reflejar las políticas de *self-reporting* que la compañía llevará adelante en los casos en los que descubra internamente que ha ocurrido un hecho prohibido por las normas. Influidas por posiciones teóricas que establecen que la existencia de incentivos al *self-reporting* de los violadores de las normas genera un mayor beneficio que la inexistencia de los mismos<sup>39</sup>. Sin embargo, el problema aquí radica en que mientras que ciertas de la normas bajo análisis en el presente trabajo premian el *self-reporting* de la empresa<sup>40</sup>, para otras “son una confesión lisa y llana que no reporta ningún beneficio procesal”<sup>41</sup>.

## Un caso modelo

A los efectos de ilustrar los puntos enunciados en el apartado anterior,

supongamos una compañía constituida en el Reino Unido, cuyos títulos cotizan en el mercado de valores de Nueva York. Si bien se encuentra constituida en el Reino Unido, sus oficinas centrales se encuentran en Estados Unidos. Esta compañía, con subsidiarias y sucursales en varios países del mundo, incluidos Argentina y Brasil, se dedica a la producción y comercialización de productos para uso médico (medicamentos, prótesis, etc.). La subsidiaria argentina importa los productos para su posterior comercialización.

¿Qué normas le resultan aplicables en Argentina?

Todas las analizadas a lo largo del presente trabajo, a la vez.

Es decir, le resulta aplicable la FCPA por tratarse de un *issuer* que cotiza títulos en un mercado de valores estadounidense.

Le resulta aplicable la UK Bribery Act por tratarse de una sociedad constituida en el Reino Unido.

En virtud de poseer una sucursal en Brasil, se le aplica la Ley Anticorrupción de Brasil.

Por último, por encontrarse en Argentina, todos los hechos ocurridos dentro del territorio nacional se encontrarán bajo jurisdicción local.

La subsidiaria argentina, por lo pronto, debería elaborar una política de *compliance* que receptara los cuatro ordenamientos.

Si acaso desde la casa matriz se decidiera elaborar una política de *compliance* global basada en el cumplimiento de la FCPA, la norma con mayor aplicación de las cuatro analizadas, se encontraría con los siguientes problemas.

En primer lugar, su política de *compliance* contemplaría una excepción que solo aplica a la FCPA: los pagos de facilitación. La realización de este tipo de pagos, por ejemplo para acelerar el proceso de autorización de importaciones de productos a Argentina, estaría en cumplimiento con las políticas de la empresa, pero (i) en constante infracción de la normativa local argentina, que prohíbe mediante el art. 259 del Código Penal el ofrecimiento de dádivas al funcionario público en consideración a su posición, (ii) en violación a la Ley Anticorrupción

de Brasil, que prohíbe el otorgamiento de toda ventaja que no sea debida a un funcionario público, y (iii) en incumplimiento de la UK Bribery Act, para la cual no existe la excepción de los pagos de facilitación. Si por el contrario, y en virtud de que ninguna de estas tres normativas consideran la excepción, un incorrecto registro en los libros contables de los pagos para facilitar una tarea rutinaria de gobierno dispararía la aplicación de las normas *books and records* de la FCPA.

En segundo lugar, el programa basado en la FCPA permitiría cierto tipo de gastos relacionados con acciones de marketing en tanto no se trataría de una cosa de valor otorgada con la intención de corromper la voluntad del funcionario público. En principio la UK Bribery Act también permitiría este tipo de gastos, pero no la Ley Anticorrupción de Brasil ni la normativa anticorrupción local argentina.

Sumado a ello, tanto la FCPA como la UK Bribery Act requieren que el pago sea hecho con el objetivo de obtener o retener negocios o una ventaja comercial, por lo que el programa estaría permitiendo nuevamente un tipo de gastos que no encuentran cabida bajo las normas argentinas ni bajo la Ley Anticorrupción de Brasil.

Si se tiene en cuenta que la UK Bribery Act sanciona la corrupción entre privados, entonces la subsidiaria argentina, que tiene conocimiento de que bajo la FCPA no puede pagarle comisiones a los médicos de hospitales públicos que utilizan sus productos, pero que no tiene problema en pagar esas mismas comisiones a médicos del sistema privado de salud también estaría infringiendo la normativa cada vez que paga una de esas comisiones, ya que el médico parecería ubicarse en una posición de confianza en la función que realiza, del mismo modo en que se espera que tome sus decisiones en base a criterios médicos imparciales y no en base a criterios comerciales.

En los casos en los que el pago se realizó sin dolo, es decir sin la intención de corromper al funcionario público, ni la FCPA ni la UK Bribery Act ni la normativa local argentina sancionarían la acción, mientras que bajo la Ley Anticorrupción de Brasil sí son sancionados, en base al criterio de la responsabilidad objetiva.

La lista de contradicciones entre las distintas normas potencialmente aplicables

podría seguir una y otra vez. La consecuencia de la existencia de normas con alcance extraterritorial ha producido una superposición normativa que no puede resolverse con regla alguna de conflicto de normas. Las compañías, frente a esta superposición, no pueden elaborar una estrategia de *compliance* coherente que abarque todas las situaciones fácticas que pueden darse, y menos aún pueden hacerlo en virtud de las disposiciones de cuatro normas que en ciertos casos son diametralmente opuestas<sup>42</sup>.

En ese contexto, poco puede pedírsele a las compañías en términos de cumplimiento, sumergidas como están en un océano de normas cuya existencia quizás incluso desconocen.

Si el problema surge de las distintas interpretaciones de lo que se puede o no se puede hacer de acuerdo a cada normativa en particular y ante las diferentes normas que se contradicen entre sí y que son potencialmente aplicables a las acciones de una misma compañía, la solución parece pasar por llevar adelante un modelo de negocio (y no únicamente un programa de *compliance*) que contenga como una de sus premisas fundamentales la tolerancia cero a los actos de corrupción.

### La solución propuesta

Un programa de *compliance* que pretenda hacerle frente al caos normativo en el que se encuentran inmersas las compañías multinacionales debe tener como premisa fundamental la tolerancia cero a los actos de corrupción. Existen demasiadas normativas, con demasiados aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar qué es lo que la compañía puede hacer y qué es lo que no puede hacer. Llevar adelante una política de negocios ética, y hacer de la honestidad una de las banderas de la compañía es quizás una de las herramientas con mayor efectividad a la hora de diseñar y poner en práctica un programa de *compliance*.

Tal como se ha visto a lo largo de este trabajo, la política de tolerancia cero debe incluir tanto la corrupción a funcionarios públicos como la corrupción entre privados, ya que de otro modo quedaría fuera del *scope* del programa una parte relevante de la UK Bribery Act.

En términos simples, el programa no debe permitir ningún tipo de pago a funcionarios públicos ni a socios comerciales, clientes, intermediarios con conflictos de interés, agentes, empleados o directivos de empresas que tienen o potencialmente podrían tener una relación comercial con la compañía.

Por supuesto, existen ciertos gastos que no deben incluirse dentro de la prohibición tajante que se ha mencionado anteriormente. Una razonable hospitalidad hacia funcionarios públicos, que si no fuera otorgada pudiera ser considerada como una descortesía manifiesta (tal como un refrigerio en el caso de visitas oficiales a las instalaciones de la compañía), no debe ubicarse dentro las prohibiciones.

Sin embargo, este tipo de decisiones no debe dejarse al libre criterio de cualquier empleado de la compañía. Es necesario que la compañía cuente con un sector específico de *compliance* que se ocupe de validar este tipo de decisiones a propuesta de los sectores pertinentes de la compañía, que deberá ser presentada con la debida antelación y con todos los antecedentes del caso que permitan una evaluación seria y exhaustiva.

Resulta necesario hacer una evaluación de cada uno de los sectores de la compañía, con el objetivo de identificar las áreas con mayor nivel de riesgo, puesto que no todas las áreas requieren de la misma intensidad de atención (lo que podría tener el efecto no deseado de perjudicar el negocio y paralizar a la empresa) ni tampoco puede nivelarse hacia abajo y asumir el riesgo de no establecer un control efectivo sobre las áreas más proclives a generar situaciones potenciales de soborno.

Asimismo, no basta sólo con que la política de tolerancia cero se establezca. Todos los empleados de la compañía deben saber que existe, deben conocer su alcance y sus mecanismos. La comunicación del programa de *compliance* debe ser efectiva en todos los niveles de la compañía, de modo tal que no haya margen para argumentar desconocimiento de las políticas que la compañía decidió llevar adelante.

El mismo criterio con el que la compañía decide hacer negocios, es el que debe aplicar ante la selección de socios comerciales con los que desarrollará sus

actividades, sean éstos proveedores o clientes. La compañía debe asegurarse de que éstos estén comprometidos con los mismos estándares de ética, estableciendo mecanismos tales como revisión de las políticas internas de control del tercero, entrenamientos de las distintas normativas aplicables y casos prácticos a los que estos terceros pueden enfrentarse al desarrollar su actividad comercial en relación con la compañía.

El entrenamiento también debe proveerse regularmente a los miembros de la compañía, diferenciado por sectores de similares características y nivel de riesgo. Un entrenamiento efectivo debe contemplar no solo la normativa potencialmente aplicable, sino también las políticas internas de la compañía y los casos usuales que cada sector puede encontrarse en el desarrollo de sus tareas, con los procedimientos a seguir debidamente establecidos en cada caso particular.

La compañía debe contar con, y poner en conocimiento de sus empleados, mecanismos de denuncia de hechos o sospecha de hechos de corrupción que aseguren la protección frente a represalias de los denunciados. El sector de *compliance* debe tener asimismo protocolos predeterminados estableciendo cómo se debe actuar ante cada denuncia, llevando a cabo la investigación interna de modo tal que se logre descubrir la realidad de los hechos y finalmente contemplar en qué casos y de qué modo se realizará el *self-reporting* ante las autoridades.

Universidad de  
San Andrés

## Conclusión

A lo largo del presente trabajo, se ha demostrado que las compañías con puntos de contacto en varios países se encuentran expuestas a la aplicación de muchas normas anticorrupción, que éstas no necesariamente prohíben las mismas conductas ni contienen las mismas excepciones.

Tal como surge de todo lo expuesto a lo largo del trabajo, la superposición de normas enfrenta a las empresas al riesgo de verse discutiendo en más de un frente las consecuencias de un mismo hecho.

Asimismo, se ha establecido que ante la gran cantidad de normas potencialmente aplicables a un mismo hecho, las compañías no pueden construir ni poner en práctica un programa de *compliance* con pretensiones de abarcar todas las normativas potencialmente aplicables.

Una de las políticas más eficaces que una compañía puede llevar adelante con el objetivo de minimizar los riesgos de verse involucrada en una investigación por hechos que son penados por una normativa pero permitidos bajo otra es o bien aplicar la norma más severa o bien llevar adelante una política de tolerancia cero a sobornos, regalos, gastos de entretenimiento y demás beneficios que pueden ser otorgados a funcionarios públicos. Aun así, una política de tolerancia cero debe acompañarse de un programa de *compliance* que establezca esta política como un aspecto fundamental de la manera de hacer negocios de la compañía, y la plasme en acciones concretas para pasar a la práctica los lineamientos generales de la decisión de llevar adelante un negocio ético desde la perspectiva de la anticorrupción.

Más allá de las dificultades que presenta el escenario de múltiples normas aplicables, una compañía debe tener en claro que el programa de *compliance* que ponga en práctica debe estar basado en las características particulares de la empresa, sus negocios, su área de acción y las normas que potencialmente le aplican. La puesta en marcha de programas *estándares* que no tengan en cuenta esas características particulares si bien a corto plazo insumen menos costos para su creación pueden generar serios problemas a las compañías que los implementen. El programa debe ser desarrollado a la medida de la empresa y en



base a sus necesidades específicas. Aún, seguirán existiendo casos en los que la contradicción de las normas aplicables implicará tomar decisiones en las que el cumplimiento con una implique el incumplimiento de otra, tal como en el caso del *self-reporting*.



Universidad de  
**San Andrés**

## Bibliografía

### Artículos

Gerloch, H. “Self-reporting, Investigation and Evidentiary Standards”, en *Journal of Law and Economics*, Vol. 56, N° 4 (Noviembre 2013), pp. 1601-1090.

Henning, P. “Be careful what you wish for: Thoughts on a compliance defense under the Foreign Corrupt Practices Act”, *Legal Studies Research Paper Series*, Wayne State University Law School, N° 2013-3.

Hughes, A. *Drawing sensible borders for the definition of “Foreign Official” under the FCPA*, American Journal of Criminal Law, Vol. 40, N°. 3, 2013.

Jorge, G. “Políticas de Control del Lavado de Dinero” en Tokatlian, J. (ed) *Drogas y Prohibición: una vieja guerra, un nuevo debate*, El Zorzal, 2010, Buenos Aires.

Jorge, G. *Diagnostico sobre los programas de cumplimiento anticorrupción*, Documento de Trabajo, ACIJ-CIPPEC-UDESA

Kaufmann, D and Gray, C. *Corruption and Development*, Finance & Development, 1998.

Kaufmann, D. et al *Does grease money speed up the wheels of commerce?*, NBER Working Paper No. 7093, 1999.

Leff, N. *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, American Behavioral Scientist Vol. 8 N°. 3, 1964.

Lui, F. *An equilibrium queuing model of bribery*, Journal of Political Economy, University of Chicago Press, Vol. 93, 1985.

Rimondi.J. L., *Calificación Legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 144.

Rose-Ackerman, S. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, Annual Review of Law and Social Science, Research Paper No. 408, 2010.

Sphan, E., *Implementing Global Anti-bribery Norms from the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-bribery Convention to the U.N. Convention Against Corruption*, Boston Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 13-16. Boston : 2013

Stucke, M. “In search of Effective Ethics & Compliance Programs”, Legal Studies Research Series Paper N° 229, Enero 2014, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2366209>

Von Rosenvinge, A. *Global anti-corruption regimes: why Law Schools may want to take a Multi-Jurisdiction Approach*, German Law Journal, Vol. 10, N°. 7, 2009

Zaffaroni, E., *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p.472.

### **Jurisprudencia Internacional**

Ball Corporation, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: SEC File No. 3-14305 <http://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-64123.pdf>

Biomet, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: SEC Civil Action No. 1: 12-CV-00454 <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22306.pdf>  
DOJ 12-CR-080-RBW <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/biomet/2012-03-26-biomet-dpa.pdf>

Bj Services, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: SEC File No. 3-11427 <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-49390.htm>

Esquenazi, Court of Appeals of the 11<sup>th</sup> Circuit No. 1:09-cr-21010-JEM-1 , US v. Esquenazi.

Helmerich & Payne, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: DOJ Non Prosecution Agreement  
<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/helmerich-payne/06-29-09helmerich-agree.pdf>  
SEC File No. 3-13565 <http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60400.pdf>

IBM, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: SEC File No. 3-10397 <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-43761.htm>

Ralph Lauren, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en SEC <http://www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-npa.pdf> DOJ  
<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/ralph-lauren/Ralph-Lauren.-NPA-Executed.pdf>

Siemens, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en: SEC Civil Action No. 08 CV 02167 <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20829.pdf>  
DOJ 08-CR-367-RJL <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-15-08siemensakt-plea.pdf> 08-CR-368-RJL  
<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-15-08siemensargen-plea.pdf>

Stryker Corporation, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en <http://www.sec.gov/litigation/admin/2013/34-70751.pdf>

### **Notas Periódicas**

“El poder económico quiere disciplinar al magistrado que lo enfrente”, *Página12*, 23/12/2012, consultado por última vez el 16/07/2014 y disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-210462-2012-12-23.html>

## Notas

<sup>1</sup> Convención de la OECD contra el soborno transnacional 1998, Reforma FCPA 1998 con el correspondiente impulso a su aplicación, UK Bribery Act 2010, Ley Anticorrupción de Brasil.

<sup>2</sup> Jorge, G. “Políticas de Control del Lavado de Dinero” en Tokatlian, J. (ed) *Drogas y Prohibición: una vieja guerra, un nuevo debate*, El Zorzal, 2010, Buenos Aires.

<sup>3</sup> Sphan, E., *Implementing Global Anti-bribery Norms from the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-bribery Convention to the U.N. Convention Against Corruption*, Boston Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 13-16. Boston : 2013.

<sup>4</sup> Rose-Ackerman, S. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, Annual Review of Law and Social Science, Research Paper No. 408, 2010.

<sup>5</sup> Ejemplo de ello es, quizás, la falta de modificaciones sustanciales a los delitos de corrupción en el Anteproyecto de Reforma al Código Penal redactado por la Comisión Dec. 678/12 y presentado al Poder Ejecutivo argentino a comienzos de 2014.

<sup>6</sup> Cfr. *Los Procesos Judiciales en Materia de Corrupción*, OCDAP-ACIJ-CIPCE, 2012.

<sup>7</sup> <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-210462-2012-12-23.html>

<sup>8</sup> Kaufmann, D. et al *Does grease money speed up the wheels of commerce?*, NBER Working Paper No. 7093, 1999.

<sup>9</sup> Kaufmann, D and Gray, C. *Corruption and Development*, Finance & Development, 1998.

<sup>10</sup> Lui, F. *An equilibrium queuing model of bribery*, Journal of Political Economy, University of Chicago Press, Vol. 93, 1985.

<sup>11</sup> Leff, N. *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*, American Behavioral Scientist Vol. 8 N° 3, 1964.

<sup>12</sup> BJ Services, SEC.

<sup>13</sup> Hughes, A. *Drawing sensible borders for the definition of “Foreign Official” under the FCPA*, American Journal of Criminal Law, Vol. 40, N° 3, 2013.

<sup>14</sup> Court of Appeals of the 11<sup>th</sup> Circuit No. 1:09-cr-21010-JEM-1 , US v. Esquenazi 16 de mayo de 2014 “*To decide if the government “controls” an entity, courts and juries should look to the foreign government’s formal designation of that entity; whether the government has a majority interest in the entity; the government’s ability to hire and fire the entity’s principals; the extent to which the entity’s profits, if any, go directly into the governmental fisc, and, by the same token, the extent to which the government funds the entity if it fails to break even; and the length of time these indicia have existed*”

<sup>15</sup> “*I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada*”

<sup>16</sup> A los efectos de simplificar el análisis, se decidió hacer referencia únicamente a la normativa federal. Si bien las normas anti-corrupción se encuentran en el Código Penal (de aplicación federal), las distintas jurisdicciones provinciales, municipales e incluso los poderes Legislativos y Judiciales pueden tener normas internas aplicables a sus funcionarios. Dichas normas no establecen penas ni prohibiciones para quienes potencialmente podrían otorgar un soborno, sino que establecen para los funcionarios la prohibición de recibirlos o en su caso las excepciones en las que sí se encuentra permitido recibir un obsequio. Sin embargo, el análisis de ese tipo de normas resulta relevante, puesto que sienta los criterios en base a los cuales pueden encontrarse excepciones y criterios interpretativos de la normativa penal.

Asimismo, y siguiendo el criterio con el que se ha desarrollado el trabajo hasta esta etapa, se analizará únicamente el cohecho activo, es decir los actos de corrupción desde el punto de vista de lado de la oferta.

<sup>17</sup> CNCrim. y Correc., VII, “*C.P.D. P/ Infracción al art. 259 C.P.*”, 1985.

<sup>18</sup> Rimondi.J. L., *Calificación Legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 144.

<sup>19</sup> Zaffaroni, E., *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p.472.

<sup>20</sup> Exposición de Motivos Anteproyecto de Reforma del Código Penal Comisión Dec. 678/12, pag. 159 “*Se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, siempre que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado, para lo cual debería requerirse el conocimiento de esto por parte de los órganos competentes, obviamente si no fuera de público y notorio.*”

<sup>21</sup> Exposición de Motivos Anteproyecto de Reforma del Código Penal Comisión Dec. 678/12, pag. 159 “*Los dos supuestos en que la persona jurídica no puede sufrir estas sanciones serían: que el órgano o representante actúe en su propio interés y que no le depare con ello ningún beneficio.*”

<sup>22</sup> De acuerdo a lo indicado por la Comisión Redactora, será necesario adecuar los Códigos de Procedimiento de las distintas jurisdicciones para que recepten a las personas jurídicas en sus ordenamientos. “*Conforme al inciso 5º, queda reservada a las leyes procesales la forma de intervención de la persona jurídica en el proceso penal, pero de cualquier manera, éstas deberán siempre garantizarle el derecho de defensa. Pese a que esta previsión es innecesaria, en función de elementales normas constitucionales, se ha considerado prudente insistir para evitar toda duda al respecto.*” Exposición de Motivos Anteproyecto de Reforma del Código Penal Comisión Dec. 678/12, pag. 159.

<sup>23</sup> SEC File No. 3-15587 <http://www.sec.gov/litigation/admin/2013/34-70751.pdf>

<sup>24</sup> Resulta necesario destacar que la decisión de la SEC no involucra únicamente los casos ocurridos en Argentina, sino que se da en el marco de pagos similares en Mexico, Polonia, Grecia y Rumania, por lo que la multa impuesta no se relaciona exclusivamente con lo ocurrido en Argentina.

<sup>25</sup> SEC <http://www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-mpa.pdf> DOJ <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/ralph-lauren/Ralph-Lauren.-NPA-Executed.pdf>

<sup>26</sup> Poco tiempo después de descubrir los hechos, Ralph Lauren decidió poner punto final a sus operaciones en Argentina y retirarse del país.

<sup>27</sup> SEC Civil Action No. 1: 12-CV-00454 <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp22306.pdf> DOJ 12-CR-080-RBW <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/biomet/2012-03-26-biomet-dpa.pdf>

<sup>28</sup> Del mismo modo que en el caso Stryker, la acusación de las agencias de aplicación incluyó hechos ocurridos en otros países, por lo que la multa impuesta no se relaciona exclusivamente con los hechos ocurridos en Argentina.

<sup>29</sup> SEC File No. 3-14305 <http://www.sec.gov/litigation/admin/2011/34-64123.pdf>

<sup>30</sup> DOJ Non Prosecution Agreement dated June 29, 2009 <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/helmerich-payne/06-29-09helmerich-agree.pdf>

SEC File No. 3-13565 <http://www.sec.gov/litigation/admin/2009/34-60400.pdf>

<sup>31</sup> SEC Civil Action No. 08 CV 02167 <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20829.pdf> DOJ 08-CR-367-RJL <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-15-08siemensakt-plea.pdf> 08-CR-368-RJL <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-15-08siemensargen-plea.pdf>

<sup>32</sup> Como se ha indicado en casos anteriores, las agencias de aplicación también acusaron a la empresa por hechos ocurridos fuera de Argentina. Sin embargo, en este caso la mayor cantidad de sobornos, tanto en cantidad de dinero como en acciones, ocurrió en Argentina, por lo que sí puede afirmarse que gran parte de la pena impuesta se relaciona con lo ocurrido en Argentina.

<sup>33</sup> SEC File No. 3-11427 <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-49390.htm>

<sup>34</sup> SEC File No. 3-10397 <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-43761.htm>

<sup>35</sup> Stucke, M. “In search of Effective Ethics & Compliance Programs”, Legal Studies Research Series Paper N° 229, Enero 2014, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2366209>

<sup>36</sup> Jorge, G. *Diagnóstico sobre los programas de cumplimiento anticorrupción*, Documento de Trabajo, ACIJ-CIPPEC-UDESA

<sup>37</sup> Jorge, G. *Diagnóstico sobre los programas de cumplimiento anticorrupción*, Documento de Trabajo, ACIJ-CIPPEC-UDESA

<sup>38</sup> Al respecto, véase *FCPA Digest: Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act*, Shearman & Sterling, (2014).

<sup>39</sup> Gerloch, H. “Self-reporting, Investigation and Evidentiary Standards”, en *Journal of Law and Economics*, Vol. 56, N° 4 (Noviembre 2013), pp. 1601-1090.

<sup>40</sup> Henning, P. “Be careful what you wish for: Thoughts on a compliance defense under the Foreign Corrupt Practices Act”, *Legal Studies Research Paper Series*, Wayne State University Law School, N° 2013-3.

<sup>41</sup> Jorge, G. *Diagnostico sobre los programas de cumplimiento anticorrupción*, Documento de Trabajo, ACIJ-CIPPEC-UDESA

<sup>42</sup> Von Roseninge, A. *Global anti-corruption regimes: why Law Schools may want to take a Multi-Jurisdiction Approach*, German Law Journal, Vol. 10, N° 7, 2009.