

Reflexiones sobre el sistema de multas de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria, a la luz de la experiencia internacional

Por Roberto Guido Sorzana

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo se propone reflexionar sobre las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de la Ley N° 27.401[i] de Responsabilidad Penal Empresaria (la “LRPE”) en cuanto a la potencial fijación de “mega multas” contra las empresas que resulten sancionadas en virtud de sus previsiones.

El art. 7 inc. 1) de la LRPE fija un sistema para graduar las multas que resulta novedoso para nuestra legislación anticorrupción. Permite calcular la sanción en base a un rango mínimo y máximo que será determinado por el beneficio ilícito obtenido, o que se hubiese podido obtener, con determinada conducta.

Este sistema tiene similitudes con los de otras normas del derecho comparado que brindan la posibilidad de anticipar, a la luz de la experiencia internacional, las consecuencias que pueden derivarse para las compañías locales que se encuentran sujetas a la jurisdicción de la LRPE.

La finalidad del presente es contribuir con una mirada práctica desde el ámbito de incumbencia del derecho empresarial y de compliance. Se busca advertir cómo el sistema de multas del inciso 1 del art. 7 de la LRPE puede derivar en la imposición de “mega multas” contra las empresas, extrapolando la experiencia en el plano internacional de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (“FCPA”), normativa que tiene muchos puntos de contacto con la LRPE.

La propuesta consiste en repasar algunos aspectos de la FCPA y exponer cómo un sistema de multas que -a priori- resultaba previsible, derivó en uno muy complejo, exponiendo a las personas jurídicas juzgadas en Estados Unidos a sanciones sin precedentes en la historia mundial. Luego, se buscará identificar aspectos similares del sistema foráneo con el previsto por el inciso 1 del art. 7 de la LRPE.

La sanción de la LRPE[ii] implicó una novedad muy positiva para el ordenamiento local, pero es importante detenerse a reflexionar si la fórmula elegida por el Legislador en el art. 7 inc. 1 es la que mejor cumplirá los fines perseguidos por la norma, o si, por el contrario, este punto debe revisarse.

Previo a todo, considero indispensable hacer una breve referencia a otras normas adoptadas en los últimos años que complementaron el marco normativo anticorrupción local. Ello colaborará a poner en debido contexto la LRPE aquí en comentario.

2. El marco jurídico anticorrupción local: Del art. 36 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, a la sanción de la LRPE [\[arriba\]](#)

A lo largo de los últimos veinticinco años, Argentina ha venido implementando reformas concretas a su ordenamiento jurídico anticorrupción. Así, han proliferado una serie de normas anticorrupción tanto a nivel nacional, como provincial de

distinto alcance e importancia, cuyo objetivo ha sido mejorar la lucha contra la corrupción en la administración pública.

La norma paradigmática a la hora de graficar la importancia que nuestro sistema jurídico le asigna al combate contra la corrupción surge de la última parte del art. 36 de la Constitución Nacional (Capítulo Segundo, “Nuevos Derechos y Garantías”) incorporado por la reforma constitucional del año 1994.

Este art. se refiere a dos cuestiones bien diferenciadas, pero que están íntimamente relacionadas:

(i) la defensa del orden democrático, y

(ii) la denominada “cláusula ética”.

En su parte pertinente dice:

“(…) Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Esta incorporación fue intensamente debatida por los convencionales en ocasión de la reforma del año 1994. Algunas opiniones que constan en la versión taquigráfica de la 3ª Sesión Ordinaria de la 12ª Reunión de la Convención Nacional Constituyente que tuvo lugar el 19 y 20 de julio de 1994 ilustran la importancia asignada al combate de la corrupción por parte de los convencionales constituyentes.

Fueron elocuentes las palabras del convencional por la Provincia de Buenos Aires Antonio CAFIERO quien consideró que:

“la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes del 94 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo. Por eso decidimos incluir este art.; (...) estamos convencidos de que va a quedar como una conquista de esta Convención cada vez que se diga que la corrupción tiene un sentido atentatorio contra el sistema democrático, al igual que la sedición. Estos son dos delitos de los que todos nos queremos defender, porque atacan contra el sistema democrático. De ahí la inclusión de la cláusula que estamos considerando”.

En igual sentido opinó el convencional por la Provincia de Santa Fe Horacio ROSATTI quien manifestó que “(...) al sistema democrático se lo agravia tanto cuando se procura asumir los cargos públicos por mecanismos diferentes, como cuando desde el mismo sistema se incurre en actos de corrupción que violan la forma republicana de gobierno”.

El convencional por la Capital Federal Norberto LA PORTA sintetizó que:

“La corrupción es uno de los grandes males que se ha instalado en la sociedad argentina, hasta el punto de generar una cultura de la corrupción. Me permito decir que no existen fronteras ideológicas para enfrentar la corrupción. Como argentinos herederos de una estirpe de hombres que alguna vez tuvieron razón para instaurar el art. 29 de la Constitución de 1853[iii], debemos enfrentar ese verdadero cáncer de la sociedad”.

La última parte del art. 36 de la Constitución también impuso una manda concreta: el dictado de una ley de ética en la función pública. El Congreso Nacional sancionó, el 29 de septiembre de 1999, la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública[iv]. Esta ley estableció, por primera vez, deberes, prohibiciones, e incompatibilidades concretas aplicables a todos quienes desempeñan la función pública.

Pero también han sido determinantes una serie de compromisos internacionales asumidos por la República Argentina. Estos tratados, que han impulsado la adopción de medidas para mejorar el combate contra la corrupción son:

- i. la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 24.759[v],
- ii. la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por Ley N° 25.319[vi], y
- iii. la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 26.097[vii].

De ellos surgen una serie de compromisos concretos asumidos por la República Argentina que pueden sintetizarse en:

- (a) promover y fortalecer la prevención y el combate a la corrupción;
- (b) promover la cooperación internacional;
- (c) promover la asistencia técnica para la recuperación de activos;
- (d) mejorar las normas contables y de auditoría;
- (e) prever sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas para castigar los delitos asociados a la corrupción; y
- (f) denegar la deducción tributaria de sobornos, entre otros.

Y, más recientemente, el interés de Argentina de ser admitida a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) motorizó la adopción de normas relevantes. Algunos ejemplos:

- i. la Ley N° 27.304[viii] que reguló la figura del “Imputado Arrepentido”;

- ii. el Decreto 1179/2016[ix] que reglamentó la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública;
- iii. el Decreto 202/2017[x] sobre Conflictos de Interés en Procesos de Contratación o Licitación Pública;
- iv. la Disposición RNR 11/2018[xi] que creó el Registro de Antecedentes Penales de Personas Jurídicas;
- v. la Resolución UIF 134/2018[xii] que modificó la definición de “Persona Expuesta Políticamente”;
- vi. la LRPE, aquí en comentario.

Esta introducción al marco anticorrupción local resulta necesaria para analizar la LRPE en su debido contexto. No como una norma única y aislada, sino como parte de un sofisticado y dinámico plexo normativo, que intenta combatir un fenómeno también complejo.

3. Consideraciones sobre la sanción de la FCPA, norma pionera en tipificar el soborno transnacional [\[arriba\]](#)

Como se anticipó en los párrafos precedentes, la FCPA de los Estados Unidos de Norteamérica es una norma paradigmática a la hora de analizar qué puede ocurrir en el futuro en nuestro país con las empresas que sean sometidas a los tribunales argentinos por la comisión de alguno de los delitos referidos en la LRPE.

La FCPA comparte algunos aspectos centrales con la LRPE. Por ejemplo, ambas normas brindan una herramienta a los sistemas jurídicos para que los entes de existencia ideal respondan penalmente por sus conductas corruptas. Y, en lo que importa a este trabajo, ambas disposiciones coinciden en el establecimiento de regímenes de multas aplicables a las personas jurídicas por la comisión de delitos vinculados a la corrupción.

Sin perjuicio de ello, el contexto en el que se sancionaron ambas leyes es muy diferente.

En el caso argentino, la LRPE se sancionó hace relativamente poco tiempo, y entró en vigencia en 2018. En cambio, la FCPA fue sancionada en 1977. Por aquellos años, la mayoría de los países occidentales prohibían de una u otra forma el soborno de funcionarios públicos dentro de sus territorios, pero no existían hasta ese momento reglas internacionales claras que regularan cómo las empresas debían comportarse en el marco de las transacciones comerciales internacionales.

Cabe recordar que los principales tratados internacionales anticorrupción son muy posteriores. Recién a finales de los años noventa fue sancionado el primer instrumento a nivel continental. Este tratado -la Convención Interamericana contra la Corrupción- de 1996, fue pionero en materia de prohibición del cohecho transnacional.

Fue seguido por la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, suscripta en París en

diciembre de 1997. Y ya entrados los años 2000, fue sancionada la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscripta en Nueva York en octubre de 2003.

La FCPA se adelantó a todos estos instrumentos, llevando a los Estados Unidos a ser pionero en la prohibición del soborno transnacional más de dos décadas antes de la sanción del primer tratado internacional.

4. Las investigaciones de la SEC como antesala de la sanción de la FCPA [\[arriba\]](#)

El marco que propició la sanción de la FCPA fue por demás particular. Unos años antes, la Securities and Exchange Commission (“SEC”) -organismo que tiene a su cargo la regulación, supervisión y desarrollo de los mercados de capitales en los Estados Unidos- había dispuesto la apertura de una investigación contra más de 350 compañías con operaciones en el mercado norteamericano por corrupción transnacional.

En el curso de dicha investigación, la SEC logró comprobar que muchas de estas empresas investigadas habían estado abonando durante años toda clase de pagos ilícitos en el extranjero, financiando campañas políticas de forma cuestionable, y ofreciendo sobornos a funcionarios públicos extranjeros para acceder a todo tipo de contratos para obras de infraestructura en distintos países, entre otras conductas reprochables.

Adicionalmente, la SEC logró comprobar en muchos de esos casos que las empresas -además de realizar estas prácticas corruptas- habían estado falseando los registros de sus operaciones y transacciones en un intento de esconder las evidencias de los pagos corruptos dentro de su contabilidad.

Cabe recordar que el escenario político era por demás complejo: el presidente estadounidense Richard Nixon había presentado su renuncia tan sólo 3 años antes, en el marco del mayor escándalo de espionaje político de todos los tiempos, el caso Watergate, y la imagen de los Estados Unidos en el mundo era un tema de preocupación y debate en las esferas de poder de ese país.

Una opinión pública convulsionada presionaba al sector político por la adopción de mejores estándares de transparencia y lucha contra la corrupción. En un intento por dar respuesta inmediata a estas incesantes demandas, el Congreso de los Estados Unidos comenzó a dar tratamiento a una serie de iniciativas vinculadas a reformas políticas y de transparencia, entre las cuales se encontraba la FCPA. Fue el presidente Jimmy Carter quien la promulgó el 19 de diciembre de 1977.

En su momento la ley fue presentada como una útil herramienta para que las compañías norteamericanas pudieran resistir la exigencia de pagos corruptos por parte de funcionarios públicos extranjeros. Se sostenía que las empresas podrían excusarse más fácilmente de realizar estos pagos siendo que la FCPA expresamente les prohibía realizar este tipo de erogaciones para obtener o retener un negocio.

5. Las previsiones de la FCPA en materia de antisoborno y de registración contable [\[arriba\]](#)

Como he adelantado, la FCPA prohíbe los sobornos, dádivas, u otras ventajas ilícitas destinadas a funcionarios públicos extranjeros, con el fin de obtener o

retener un negocio, o asegurar una ventaja ilícita. Y hace extensible la prohibición también a los partidos políticos extranjeros y sus candidatos.

La FCPA también establece una serie de obligaciones en materia de registración contable, que si bien son de aplicación para aquellas compañías que se encuentran sometidas al contralor de la SEC (emisoras), también alcanzan a personas que, sin estar directamente bajo su supervisión, causen que una persona supervisada por la SEC incumpla sus obligaciones de información y transparencia frente al mercado[xiii].

En concreto, la FCPA prohíbe ofrecer, entregar, prometer o autorizar la entrega de dinero o algo de valor a un funcionario público extranjero:

(i) para influenciar cualquier acto o decisión de dicho funcionario extranjero en su capacidad de tal; o

(ii) para asegurar una ventaja indebida, para obtener o retener un negocio. Como adelanté, este tipo de ofertas, promesas, o pagos, también se encuentran prohibidos por la FCPA cuando se encuentran dirigidos a partidos políticos extranjeros o sus candidatos.

6. La extraterritorialidad de la FCPA. Las personas alcanzadas de forma directa e indirecta [\[arriba\]](#)

En primer lugar, cabe aclarar que la FCPA es una norma extraterritorial. Se trata de una Ley específicamente destinada a prohibir actos y conductas que ocurren fuera del territorio de los Estados Unidos. Y, como veremos, las personas obligadas a su cumplimiento no son únicamente sus nacionales o residentes.

Para resumir el universo de personas o entidades que potencialmente pueden ser alcanzadas por el largo brazo de la Justicia norteamericana, podemos agruparlos en las siguientes categorías: “Emisoras”, “Personas de Estados Unidos”, y “Otras Personas”.

a. Las personas directamente alcanzadas por la FCPA

Hay dos conjuntos de personas que se encuentran sometidas a la FCPA de una manera directa, independientemente de dónde se haya cometido el ilícito.

El primero es el de las “Emisoras” de los Estados Unidos. Se encuentran comprendidas allí todas aquellas personas -humanas y jurídicas- registradas ante los mercados de valores de los Estados Unidos (y, por ende, sometidas al contralor de la SEC).

En la segunda categoría “Personas de Estados Unidos” se abarcan todos aquellos individuos, ciudadanos, nacionales, residentes -temporales o permanentes- de los Estados Unidos, independientemente de su nacionalidad, y cualquier persona jurídica que esté organizada bajo las leyes de los Estados Unidos sin importar su estatus registral, así como toda aquella persona jurídica que tenga actividades o negocios en Estados Unidos. Esta categoría también la integran aquellas personas que ostenten el carácter de directores, gerentes, empleados, agentes o accionistas de las anteriores, independientemente de su nacionalidad.

b. La jurisdicción indirecta de la FCPA

Luego queda el tercer grupo, “Otras Personas”. La justificación en este caso para que sean alcanzadas estará dada por haber hecho uso de lo que la FCPA denomina un “medio interestatal de comercio de los Estados Unidos” en el marco de un negocio corrupto.

Para comprender el alcance de esta “tercera vía” para aplicar la FCPA, resulta de utilidad entender a qué se refiere la Ley con “medio interestatal de comercio”. Esto ha sido definido por el Legislador norteamericano en el texto mismo de la FCPA, con un sentido más que amplio.

La norma, en su versión en idioma español -según se encuentra publicada en la página oficial del Departamento de Justicia de los Estados Unidos[xiv]- define medio “de comercio interestatal” como:

“comercio exterior o interior, transporte o comunicaciones entre varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o navío fuera de ese Estado, y el término comprende el uso intraestatal de: A) un teléfono u otro medio de comunicación interestatal, o B) cualquier otro instrumento interestatal”.

La jurisdicción de la Justicia norteamericana será procedente en aquellos casos en que cualquier persona humana o jurídica haga uso de estos medios de comercio interestatal de los Estados Unidos independientemente de donde ocurra la conducta, o donde tenga efectos.

La jurisprudencia ha ido definiendo los alcances de este concepto. Hoy en día, puede afirmarse que cualquier instrumento que sirva para conectar a dos partes que se encuentran en distintos Estados, o que sirva para concertar un negocio internacional, y que tenga su origen o un punto de contacto con los Estados Unidos se encuentra comprendido dentro de la definición de medio interestatal de comercio estadounidense.

Así, por ejemplo, la utilización del sistema bancario de los Estados Unidos para fondear una determinada transacción, o para canalizar pagos internacionales; el uso del sistema postal para el envío de mercaderías o documentación; o la utilización del sistema de telecomunicaciones de los Estados Unidos expone a las personas jurídicas y humanas a la responsabilidad penal derivada del incumplimiento de las previsiones (antisoborno o contables) de la FCPA.

El uso del sistema de telecomunicaciones estadounidense como causal suficiente de jurisdicción fue especialmente considerado. Así, por ejemplo, en el caso *SEC vs. Straub*[xv], en el que se investigaba la entrega de pagos corruptos a funcionarios públicos de Macedonia, el Juez entendió que el uso de correos electrónicos incluso cuando se hubieran originado fuera de los Estados Unidos, y cuyos destinatarios también hubieran estado en el extranjero, constituían un uso del sistema de telecomunicaciones de los Estados Unidos -medio de comercio interestatal por excelencia- y por ende otorgaban la posibilidad de la jurisdicción sobre personas extranjeras.

El Juez tuvo especial consideración por el hecho de que, si bien los correos electrónicos no habían sido enviados hacia los Estados Unidos, habían atravesado la

jurisdicción norteamericana y/o habían sido almacenados en servidores localizados en los Estados Unidos. Ese simple hecho fue decisivo a la hora de adoptar el pronunciamiento en favor de la jurisdicción.

La importancia de comprender los alcances de la FCPA y las potenciales consecuencias derivadas de su incumplimiento radica justamente en esta jurisdicción amplia que establece la Ley, y la actitud por demás proactiva de la SEC y del Departamento de Justicia de Estados Unidos a la hora de iniciar investigaciones.

7. El régimen de sanciones para las personas jurídicas por violaciones a la FCPA [\[arriba\]](#)

En primer lugar, debe aclararse que la FCPA establece sanciones tanto para las personas humanas como para los entes de existencia ideal. Las penas para las personas humanas exceden el objeto de este trabajo, por lo que voy a limitarme únicamente a decir que son muy importantes, e incluyen multas y penas de prisión por cada hecho efectivamente comprobado.

Para las personas jurídicas, las sanciones pueden resumirse en:

- (i) multas (civiles y penales);
- (ii) inhabilitaciones para contratar con el Gobierno Federal de los Estados Unidos;
- (iii) inhabilitaciones para recibir financiamiento de organismos multilaterales de crédito (como, por ejemplo, el Banco Mundial); y
- (iv) la restitución forzosa de ganancias obtenidas ilícitamente a través del procedimiento de disgorgement of profits.

Es muy frecuente que las compañías terminen sufriendo una combinación de estas sanciones donde, a las multas civiles y penales arriba descritas, se les adicionan otros conceptos que terminan multiplicando exponencialmente el monto final de la sanción.

a. Las multas en la FCPA

En primer lugar, es importante destacar que el Legislador, al momento de redactar la FCPA eligió un sistema determinable en función de la gravedad de la conducta, con máximos preestablecidos en el texto mismo de la Ley. Puede decirse que optó por un sistema bastante predecible al momento de establecer la multa que podría caberle a quien viole sus previsiones.

Por ejemplo, la FCPA establece que las compañías que violen las previsiones contables pueden recibir una multa penal de hasta US\$ 25.000.000 por hecho individual. Y, pueden recibir una multa penal de hasta US\$ 2.000.000 por cada hecho individual de soborno que sea efectivamente comprobado.

En cuanto a las multas civiles, las compañías pueden quedar sujetas a sanciones de hasta US\$ 21.410 por cada violación efectivamente comprobada de las previsiones antisoborno de la FCPA[xvi]. Por aquellos incumplimientos a las disposiciones sobre libros y registros contables, pueden ser penadas con multas calculadas en base a la

ganancia bruta obtenida como resultado de la violación, o un monto que no exceda los US\$ 963.837, de ambos, lo que resulte mayor.

Hasta aquí, el sistema de multas de la FCPA no parece complejo. No excede lo que es razonablemente esperable para castigar delitos tan graves como lo son el soborno transnacional, o las falsedades en la contabilidad corporativa: multas severas (civiles y penales) que pueden acumularse con cada hecho comprobado, y que pueden terminar dando origen a sanciones por demás relevantes.

b. Las previsiones de la Ley de Multas Alternativas de los Estados Unidos

El asunto adquiere complejidad con la entrada en escena de otra norma que utilizan los Jueces en los Estados Unidos para aplicar multas sustancialmente mayores a las previstas por la FCPA. Me refiero a la Ley de Multas Alternativas (“LMA”)[xvii] que permite utilizar un criterio muy distinto a la hora de la graduación de la sanción.

La LMA en su apartado pertinente establece que las multas pueden regularse basándose en criterios de “ganancia o pérdida”. Así, si una persona obtiene una ganancia pecuniaria de la comisión de un delito, o si de éste se deriva una pérdida económica para otra persona distinta del imputado, entonces puede caberle una multa de hasta el doble de la ganancia o pérdida bruta obtenida u ocasionada - según sea el caso- lo que resulte mayor[xviii].

Entonces, la LMA permite a los Jueces norteamericanos fijar las multas no sólo en función de la comprobación de la conducta ilícita, su gravedad, reiteración, condiciones del ente imputado, conducta posterior y demás criterios, sino que introduce la posibilidad de poder graduarla en base a la ganancia obtenida o, en su caso, pérdida ocasionada a un tercero.

Además, la LMA específicamente aclara que sus disposiciones no serán aplicables en aquellos casos en que la imposición de una sanción utilizando sus criterios pudiera complicar indebidamente el proceso de sentencia, o prolongarlo en el tiempo.

c. El Manual de Lineamientos para Sentencias de la Comisión sobre Sentencias de los Estados Unidos

El otro elemento a considerar a la hora de entender cómo los tribunales norteamericanos calculan las multas por violaciones a la FCPA son las US Sentencing Guidelines (“Manual de Lineamientos para Sentencias”).

El Manual de Lineamientos para Sentencias reúne los criterios que deben utilizar los tribunales para dictar sentencia. Fue elaborado por la Comisión Sobre Sentencias de los Estados Unidos, y tiene varios apartados referidos específicamente a cómo deben graduarse las multas contra las compañías por la comisión de ciertos delitos, incluyendo los vinculados a infracciones a la FCPA. Si bien sus lineamientos no son de cumplimiento obligatorio, los tribunales generalmente los utilizan al momento de dictar sentencia.

El Capítulo 8 del Manual de Lineamientos para Sentencias (edición del año 2018) describe los criterios a utilizar para sentenciar personas jurídicas.

En cuanto a las multas, establece expresamente que:

“el rango de la multa para una organización debería basarse en la seriedad de la ofensa y la culpabilidad de la organización. La seriedad de la ofensa generalmente va a ser reflejada por la ganancia pecuniaria, la pérdida pecuniaria, o el monto que surja de la tabla de multas por nivel de ofensa, lo que resulte mayor. La culpabilidad generalmente va a ser determinada por seis factores que incrementan el castigo último que recibirá la organización son (i) el involucramiento en o la tolerancia de actividad criminal; (ii) la historia de la organización anterior a los hechos; (iii) la violación de una orden; y (iv) la obstrucción de justicia. Los dos factores que mitigan el castigo a una organización son: (i) la existencia de un programa de ética y cumplimiento efectivo; y (ii) la denuncia espontánea, cooperación, o aceptación de responsabilidad”[xix].

Asimismo, fija un complejo sistema mediante el cual deben calcularse las multas.

Únicamente a los fines de ilustrar lo sofisticado del sistema, intentaré, en apretada síntesis, explicar cómo funciona y cuál es el procedimiento para la determinación de las multas.

El Manual establece que el primer paso para calcular la multa será que el tribunal sentenciante determine cuál es el Nivel de Ofensa base (“Nivel de Ofensa”). Para el tipo de delitos relacionados con la FCPA, y dependiendo las circunstancias particulares del caso, el Nivel de Ofensa arranca en 6 o 7 puntos.

Luego, el Nivel de Ofensa se incrementará tomando en cuenta la pérdida que la conducta ilícita ha ocasionado. Esto no se encuentra exento de controversia, ya que el cálculo de la pérdida ocasionada de por sí puede resultar complejo y discutible.

Una vez determinado el importe correspondiente a la pérdida ocasionada, debe consultarse una tabla que se encuentra en el Capítulo 8 del Manual de Lineamientos para Sentencias de la que surgen los valores que deben adicionarse dependiendo de cuál ha sido la referida pérdida.

Así, cuando ésta supera los US\$ 6.500, deben adicionarse 2 puntos más al Nivel de Ofensa base, subiendo de 2 en 2 según sea el monto de la pérdida ocasionada. El máximo puntaje corresponderá cuando la pérdida ocasionada haya superado los US\$ 550.000.000, en cuyo caso se sumarán 30 puntos al Nivel de Ofensa base.

Una vez calculado el Nivel de Ofensa, corresponde proceder con el segundo paso del procedimiento: determinar la Multa Base.

La Multa Base puede ser calculada por tres mecanismos diferentes, el Manual de Lineamientos para Sentencias aclara que deberá optarse por el que arroje un monto mayor como resultado.

La primera opción consiste en emplear una tabla que surge del Capítulo 8 del Manual donde se establecen multas predeterminadas para cada Nivel de Ofensa. Por ejemplo, la Multa Base será de US\$ 8500 cuando el Nivel de Ofensa sea de 6 o

menos, y en el otro extremo, encontraremos una Multa Base de US\$ 150.000.000 cuando el Nivel de Ofensa haya sido de 38 puntos o más.

La segunda posibilidad es determinar la Multa Base en función del monto de la ganancia obtenida por la persona jurídica como resultado de la conducta ilícita.

Y la tercera opción, es calcularla en base a la pérdida ocasionada (aclarando que dicha pérdida debe haber sido causada, a sabiendas, o cuanto menos, por imprudencia deliberada). Estas últimas dos opciones presentan un desafío adicional para las compañías juzgadas, determinar cuál ha sido la ganancia obtenida o la pérdida ocasionada puede resultar bastante difícil en la práctica, y no exento de controversia adicional.

El tercer paso, una vez determinada la Multa Base, será calcular el Índice de Culpabilidad. Este índice, que parte de 5 puntos, aumenta o disminuye en virtud de ciertos factores agravantes o atenuantes preestablecidos en el Manual. Será el que servirá para calcular los coeficientes por los cuales deberá multiplicarse la Multa Base y así obtener la multa mínima y máxima que puede aplicarse en el caso en cuestión.

Habiendo determinado el rango de las multas -la multa mínima y la máxima-, el tribunal debe proceder a considerar otros factores relevantes (la conducta de la persona jurídica condenada, la existencia de un Programa de Integridad, etc.) y fijar la que considera pertinente para el caso.

El cuarto paso, habiendo determinado la multa dentro del rango obtenido de los cálculos descriptos, es proceder a adicionar, en concepto de recupero de ganancias ilícitamente obtenidas, el importe estimado para la restitución forzosa de ganancias obtenidas ilícitamente (disgorgement of profits).

Por último, pueden adicionarse los intereses previos a la sentencia.

d. Las “mega multas” por violaciones a la FCPA

La aplicación del sistema descripto más arriba se ha traducido en sanciones por violaciones a la FCPA sin precedentes en la historia. Si bien desde inicios de los años 2000 las multas aplicadas por violaciones a esta Ley comenzaban a ser una preocupación en el ámbito empresarial, desde el año 2008 en que Siemens recibiera la célebre multa de US\$ 800.000.000 -que durante varios años se mantuvo como la más alta- la situación para las personas que violan la FCPA sólo se ha vuelto más compleja.

La tabla a continuación -según publica FCPA Blog, sitio especializado en la temática- muestra las 10 multas más grandes de todos los tiempos, actualizada a abril de 2021:

Como puede apreciarse, las sanciones por violaciones a la FCPA son hoy extremadamente severas, presentando en muchos casos, una clara amenaza a la supervivencia misma de los entes sancionados.

8. El sistema de multas del art. 7 inciso 1 de la LRPE [\[arriba\]](#)

La cuestión que resta considerar es cómo esta experiencia con la FCPA nos sirve para anticipar qué puede ocurrir en la República Argentina luego de la entrada en vigencia de la LRPE.

Y más aún, qué puede proponerse para que el sistema local funcione de una forma más previsible, logrando que se cumpla el objetivo de aplicar sanciones disuasivas para castigar a quienes infrinjan la Ley, pero sin generar factores de incertidumbre legal adicionales que en nada colaboran con un contexto local por demás complejo.

a. Similitudes con la FCPA y sus normas concordantes

Una de las cuestiones que la LRPE comparte con la FCPA y sus normas concordantes es la lógica detrás del sistema de multas propuesto en el art. 7 inciso 1 de la Ley. Ésta consiste en calcular el monto de la multa en función de la ganancia obtenida - o que pudo haberse obtenido- con la comisión del ilícito.

Es importante destacar que el art. 7 prevé -al igual que la FCPA y sus normas relacionadas- sanciones muy relevantes para las personas jurídicas que incurran en alguno de los delitos referidos en la LRPE. Estas exceden la sola imposición de multas, previéndose para ciertos casos la posibilidad de aplicar inhabilitaciones temporales para ejercer la actividad, suspensiones para participar en licitaciones públicas, pérdida de beneficios derivados de regímenes promocionales, entre otras.

El art. 7 establece que:

“Las penas aplicables a las personas jurídicas serán las siguientes: 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 4) 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; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.

Ahora bien, el inciso 1 del art. 7 permite aplicar multas contra las personas jurídicas basándose en un sistema de montos indeterminados, que oscilan en un rango comprendido entre los montos que surjan de multiplicar de “dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener”.

Esta fórmula que parece inspirada en la FCPA y la LMA de los Estados Unidos es la que puede presentar problemas prácticos a la hora de ser utilizada para graduar las multas. Y, si nos basamos en la experiencia internacional, podría dar lugar a la imposición de sanciones económicas sin precedentes en el ámbito local.

b. Algunos interrogantes del sistema previsto por el art. 7 inciso 1 de la LRPE

Como se ha planteado hasta aquí, calcular la multa considerando el beneficio indebido obtenido con determinada transacción resulta un proceso complejo, engorroso y no exento de controversia.

En los Estados Unidos ello ha dado lugar a la adopción de un intrincado mecanismo que es generalmente observado por los tribunales a la hora de la determinación de la multa, con parámetros preestablecidos que no están exentos de controversia. Y, aun así, dicho procedimiento ha derivado en la aplicación de mega sanciones que nadie anticipaba hace tan sólo 15 años.

En el sistema adoptado por la LRPE, el Juez también debe evaluar y determinar el beneficio indebido obtenido para proceder luego a calcular la multa. En algún caso, ello podrá resultar sencillo, por ejemplo, a través de una simple pericia contable o alguna otra medida probatoria que permita cuantificar aproximadamente el beneficio en cuestión.

Pero en transacciones internacionales complejas, con multiplicidad de contratos y actores involucrados, o plazos de duración extensos, puede ser todo un desafío. Y más complejo aún puede resultar calcular el beneficio indebido que se pudo haber obtenido. E incluso cuando ello pueda hacerse -aún a riesgo de incurrir en

arbitrariedades- su mera determinación insumirá tiempo y recursos valiosos que probablemente redundarán en procesos judiciales más lentos y costosos.

En cualquier caso, calcular el beneficio obtenido o que se pudo obtener no resultará tarea sencilla, y sólo la casuística futura confirmará la complejidad del sistema descrito.

El principal interrogante puede resumirse en cómo se efectuará el cálculo de las multas a ser aplicadas a personas jurídicas en virtud de la LRPE, y cuáles serán las reglas que utilizarán los Tribunales para la determinación del beneficio indebido obtenido o que se pudo obtener.

Como se vio al analizar la norma extranjera, en los Estados Unidos tampoco la tarea resultó sencilla. Pero, la Justicia norteamericana se ha valido de un procedimiento reglado, que permite anticipar qué tipo de multa puede caberle a la conducta cometida, qué se entenderá como agravante y cómo repercutirá ello en la pena, cuánto vale la colaboración en el proceso, o qué consecuencias tendrá no prestar colaboración alguna en la investigación.

Y aun así existen muchas controversias al momento de consentir las multas finalmente determinadas.

Pero volviendo a la LRPE, la ley local recepta muchos de los parámetros previstos en la norma foránea. Por ejemplo, el art. 8 dice:

“Para graduar las penas previstas en el art. 7° de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia”.

Como se ve, el art. enumera en forma general y sin entrar en mayor detalle ciertos aspectos que el Juez deberá considerar durante el proceso de graduación de la sanción. Muchas de estas cuestiones también se encuentran previstas en el Capítulo 8 del Manual de Lineamientos para Sentencias que analicé en apartados precedentes.

Tal vez la mayor diferencia entre ambos sistemas -el local y el extranjero- radique justamente en eso, la ausencia a nivel local de un compendio de reglas y criterios escritos que asistan a los Jueces al momento de calcular multas en virtud del art. 7 inciso 1 de la LRPE.

9. Conclusión [\[arriba\]](#)

La entrada en vigencia de la LRPE ha constituido un hito en cuanto al desarrollo del marco normativo anticorrupción de nuestro país. La norma ha dado un impulso decisivo a la actividad de compliance en el plano local, y ha fomentado la

adopción de planes de integridad en muchas organizaciones medianas y grandes que no contaban con este tipo de instrumentos.

Además, la LRPE ha servido para zanjar un debate existente sobre el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos vinculados a la corrupción. Asimismo, ha desempeñado un rol importante en elevar la conciencia empresaria sobre la prevención de un flagelo tan costoso en términos económicos y sociales como es el de la corrupción. También ha propiciado el desarrollo de otros reglamentos útiles para enmarcar los alcances de sus previsiones, contribuyendo a la madurez del ordenamiento normativo anticorrupción argentino.

Pero, la norma introduce algunos interrogantes. El más relevante, son las consecuencias que pueden derivarse del sistema de multas previsto por el inciso 1 del art. 7 de la LRPE. Como se ha expuesto, la lógica de graduar las sanciones en función de los beneficios -obtenidos o que se pudieron obtener- puede complejizar al extremo el procedimiento de cálculo de la multa, y dar lugar a la imposición de sanciones tan relevantes que incluso pongan en peligro la supervivencia de las personas jurídicas sancionadas.

Como quedó de manifiesto en los apartados precedentes, nuestra LRPE comparte muchos puntos de contacto con la FCPA, norma paradigmática a la hora de perseguir y castigar el soborno transnacional. Por ello, su estudio resulta muy relevante para anticipar que puede ocurrir en el futuro próximo con nuestra LRPE.

Ahora bien, no puede desconocerse que las sanciones deben tener un correlato con los beneficios ilícitos que se obtienen con la conducta prohibida. Caso contrario, las sanciones pueden resultar muy inferiores al beneficio ilícitamente obtenido. Ello atenta directamente contra la eficacia misma de la Ley.

Pero, al momento de diseñar el sistema sancionatorio, debe atenderse dicha cuestión sin apelar a fórmulas que vuelvan más complejo el proceso de cálculo de las sanciones, o peor aún, lo tornen discrecional. A tal fin, resulta conveniente evitar previsiones amplias y generales como las que surgen de la LMA de Estados Unidos -o de la LRPE- al momento de regular las sanciones pecuniarias.

Incluso, la experiencia norteamericana nos demuestra que la adopción de normas que reglen el procedimiento para el cálculo de las multas puede terminar por volverlo aún más complejo.

Un repaso de los capítulos relevantes del Manual de Lineamientos para Sentencias no hace más que confirmar esta cuestión. Este compendio de criterios que justamente buscó dotar de previsibilidad el proceso de imposición de multas lo ha terminado por convertir en un intrincado mecanismo no exento de controversia.

La mera observación de los 5 primeros puestos de la tabla de multas por violaciones a la FCPA evidencia la exposición legal que tienen las compañías que incumplen esta norma.

Viendo sus importes, sólo cabe preguntarse hasta qué punto esas sanciones reflejan efectivamente la magnitud del daño que se ha causado con la infracción a la Ley. O si por el contrario se ha arribado a esas cifras como resultado de un confuso sistema de cálculo fundamentado en criterios no del todo objetivos.

Entonces, cuando observamos que la LRPE en su art. 7 inciso 1 plantea que la multa para la persona jurídica podrá oscilar entre “dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener” no puede más que recomendarse cautela frente a la fórmula. La lógica perseguida por el sistema resulta sumamente parecida a la de las normas referidas de los Estados Unidos. Y por ello, puede inferirse que sus consecuencias también lo serán.

¿Cuántas compañías de nuestro país resistirían la imposición de mega sanciones de este calibre y naturaleza? Probablemente puedan contarse con los dedos de una mano.

Sancionar la corrupción empresaria no sólo es un deber ético, es una obligación legal de los Estados que surge de los tratados internacionales que se han suscripto en la materia. Y que las sanciones sean eficaces y disuasivas también.

Pero resulta indispensable para que el sistema funcione adecuadamente que las normas sean claras y despojadas de toda vaguedad posible. Por ello, vale reflexionar si una fórmula superadora puede adoptarse.

Notas [\[arriba\]](#)

[i] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 1 de diciembre de 2017.

[ii] La LRPE creó el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas por los delitos de: (i) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis del Código Penal de la Nación); (ii) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del Código Penal); (iii) concusión (art. 268 Código Penal); (iv) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 (1) y (2) del Código Penal); y (v) balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Código Penal).

[iii] El art. 29 de la Constitución de 1853 hacía referencia a que el Congreso Nacional no podía otorgar al Poder Ejecutivo, ni las Legislaturas a los Gobernadores facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, u otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedasen a merced de gobiernos o persona alguna. El texto rezaba que los actos de esa naturaleza eran de nulidad absoluta, y los que los formularsen, consientan o firmen quedarían sujetos a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

[iv] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 1 de noviembre de 1999.

[v] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 17 de enero de 1997.

[vi] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 18 de octubre de 2000.

[vii] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 9 de junio de 2006.

[viii] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 2 de noviembre de 2016.

[ix] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 21 de noviembre de 2016.

- [x] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 22 de marzo de 2017.
- [xi] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 23 de noviembre de 2018.
- [xii] Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 23 de noviembre de 2018.
- [xiii] Esto puede ocurrir, por ejemplo, en el caso en que una empresa que se encuentra registrada ante la SEC para negociar sus valores tiene un porcentaje de titularidad -no necesariamente la mayoría- sobre otra compañía que no se encuentra sujeta al contralor de la SEC. Un incumplimiento en materia contable en la segunda puede ocasionar que la empresa supervisada tenga una información errónea en su contabilidad originada en dicha deficiencia, generando la posibilidad de una investigación y eventual sanción de la SEC sobre ambos entes.
- [xiv] Ver texto publicado en <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-spanish.pdf>.
- [xv] United States District Court of the Southern District of New York, SEC v. Straub, (2011).
- [xvi] Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, “FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”, Segunda Edición, p. 71.
- [xvii] Código Anotado de Estados Unidos, 18 U.S.C.A. § 3571, texto disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section3571&num=0&edition=prelim>
- [xviii] Conforme Código Anotado de Estados Unidos, 18 U.S.C.A. § 3571 (d): “Alternative fine based on gain or loss. -If any person derives pecuniary gain from the offense, or if the offense results in pecuniary loss to a person other than the defendant, the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss, unless imposition of a fine under this subsection would unduly complicate or prolong the sentencing process”.
- [xix] Conforme United States Sentencing Commission, “Guidelines Manual 2018”, (2018), p. 509: “(...) the fine range for any other organization should be based on the seriousness of the offense and the culpability of the organization. The seriousness of the offense generally will be reflected by the greatest of the pecuniary gain, the pecuniary loss, or the amount in a guideline offense level fine table. Culpability generally will be determined by six factors that the sentencing court must consider. The four factors that increase the ultimate punishment of an organization are: (i) the involvement in or tolerance of criminal activity; (ii) the prior history of the organization; (iii) the violation of an order; and (iv) the obstruction of justice. The two factors that mitigate the ultimate punishment of an organization are: (i) the existence of an effective compliance and ethics program; and (ii) self-reporting, cooperation, or acceptance of responsibility”.