

IMPACTO DE LA LEY 27.401 (RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS) EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Gustavo E. SILVA TAMAYO

1. INTRODUCCIÓN.

La Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que algunos denominan “Ley Anticorrupción”, fue sancionada el 1° de diciembre de 2017 y entró en vigencia partir del 1° de marzo del año pasado.

La ley se suma a una tendencia generalizada a nivel mundial de perseguir los delitos de corrupción; una suerte de cambio de paradigma cultural, otrora permisivo o tolerante con este tipo de ilícitos criminales.

El poder que las grandes multinacionales han adquirido en los últimos años (baste recordar el caso de los *Panama Papers*) y el enquistamiento de las organizaciones delictivas en las estructuras del Estado -a través de la utilización de los sistemas de contrataciones públicas y el financiamiento de la política-, revelan que las personas jurídicas se utilizan cada vez más como pantallas puestas al servicio de estas actividades reprochables.

Este soplo de aire fresco nos permite apreciar una acentuada preocupación por marcar los límites morales a los cocontratantes de la Administración cuando se trata de proteger el patrimonio estatal. También observamos que la lupa está puesta en las negociaciones con el Estado, la presentación y adjudicación de las licitaciones, el financiamiento de la política y, en general, las relaciones entre las empresas privadas y los funcionarios públicos.

El desafío es el de lograr un rediseño organizacional y cultural, un *change management* que debería abarcar a toda la sociedad argentina.

La nueva ley, que fue un requisito impuesto a nuestro país para ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), reconoce antecedentes en el derecho comparado, pues varios países cuentan con normativas semejantes.

Citamos, de modo no exhaustivo, a los Estados Unidos y al Reino Unido cuyas leyes anticorrupción alcanzan a las empresas reguladas en sus países de origen, pero también a sus subsidiarias en todo el mundo. En la Europa continental, cabe mencionar a España y a Francia. En América Latina, México, Brasil, Perú, Colombia y Chile han sancionado leyes semejantes.

No debemos tampoco ignorar ese hito que significó la Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada a nuestro derecho mediante la Ley N° 24.759.

Y desde el *soft law*: la “Recomendación de la OCDE”, los “Principios de la OCDE para aumentar la integridad en la contratación pública” y la “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional”.

El escaso tiempo que ha transcurrido desde su entrada en vigencia no nos permite efectuar conclusiones, siquiera provisionales, sobre su eficacia¹ ni,

¹ Sobre la eficacia de las normas como presupuesto de la existencia de un sistema jurídico se ha ocupado HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 1° edición, 2003, ps. 201 y ss. Para BOBBIO, además de la eficacia, deben contemplarse la

pese al título de este trabajo, dimensionar el impacto en los regímenes de contrataciones. Nos conformaremos, en cambio, con efectuar un análisis prospectivo de su virtualidad para revertir conductas éticamente reprochables y dañosas para los intereses públicos.

2. EL DOBLE ENFOQUE (REPRESIVO-PREVENTIVO).

La ley, inspirándose en los antecedentes anglosajones, distingue la faz represiva de la preventiva, esta última desplegada a través de las técnicas de *compliance* y *self-cleaning*. Es que se ha advertido que el ataque frente al flagelo de la corrupción no puede agotarse en los aspectos punitivos, resultando necesario el empleo de herramientas que apunten a la dimensión precautoria o autorregulativa (también llamada de “autorregulación regulada”)².

No es suficiente contar con una Administración altamente tecnificada y compuesta por individuos imbuidos de valores éticos, normativamente obligados a respetarlos³ y empeñados en satisfacer el interés general. Se requiere, además, del compromiso de las empresas y de sus directivos velar por la transparencia y limpieza de las contrataciones, evitando prácticas delictivas, para lo cual les resulta exigible, por un lado, poseer Programas de Integridad o *compliance* desarrollados con carácter previo a la contratación y compromisos de autosaneamiento o *self cleaning* cuando se han detectado prácticas corruptas.

En suma, se ha tomado cabal dimensión del valor que conlleva asegurar una cultura de cumplimiento e integridad para prevenir los delitos que pueden cometer las empresas cuando se relacionan con el Estado⁴.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

La ley se aplica a las personas jurídicas privadas (ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal) por los delitos de cohecho y tráfico de influencias -nacional y transnacional-, negociaciones incompatibles

justicia y validez de las normas. En sus propias palabras: “...el problema de la justicia es el de la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico...el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal” (Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, traducción de Eduardo Roza Acuña, ps 34-35). En nuestra opinión, la Ley N° 27.401 cumple con las tres dimensiones que propone el autor turinés.

² Como dice Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: “La mejor política en la lucha contra la corrupción es su prevención. Si actuamos con eficacia antes de que se produzca interviniendo sobre sus causas y sus motivaciones, esta es más difícil que se produzca. Se trata, pues, de una estrategia *ex ante* y *ex post*. Dada la experiencia de estos últimos años en los que la corrupción ha crecido exponencialmente, es menester trabajar en la prevención a través de programas de cumplimiento antes de la adjudicación y, también, a través del fomento del cumplimiento incluso en los casos en que las empresas hayan incurrido en corrupción y estén dispuestas a tomar medidas creíbles y fiables para que no vuelva a acontecer” (*Compliance* y *self-cleaning* en la contratación pública [Especial referencia al derecho comunitario]) en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 67, N° 268, 2017.

³ En nuestro derecho, en el orden nacional, por el Código de Ética para la Función Pública, Decreto N° 41/99 y por la Ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública, N° 25.188.

⁴ De acuerdo: BACIGALUPO, Silvina, “Cultura de Cumplimiento e Integridad: elemento clave de la prevención de riesgos penales”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, N° 2, Septiembre-Diciembre de 2016.

con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos (tipificados en los artículos 258, 258 bis, 265, 268 y 300 bis del Código Penal).

La norma, al igual que otras que la precedieron, tales como las Leyes Nros. 26.683 (lavado de dinero), 24.735 y 26.769 (penal tributaria) y 26.733 (de orden económico y financiero), e idénticamente a los citados antecedentes de derecho comparado, viene a hacer tabla rasa con el *principio de subjetividad* de la acción delictiva, que considerada al delito como efectiva expresión de la psiquis del sujeto (*societas delinquere non potest*) paradigma sobre el que se asentó nuestro Código Penal y la doctrina clásica.

4. ASPECTOS REPRESIVOS.

El artículo 1° de la Ley N.° 27.401, más arriba transcripto, extiende el régimen de responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas que hubiesen cometido varios de los delitos contenidos en el Título XI (contra la Administración Pública); XII (contra la fe pública) y XIII (contra el orden económico-financiero).

Esta nueva legislación ha importado una modificación tácita, parcial y sobreviniente del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (RCAN), Decreto N° 1023/01, artículo 28, inciso e), al punto que, en la actualidad, forzoso resulta colegir que, cuando esta previsión se refiere a las “personas procesadas” por delitos contra la Administración Pública como inhábiles para contratar con el Estado, está incluyendo tanto a las humanas como las jurídicas.

Otro tanto ocurre respecto a la Ley N° 27.328, de Proyectos de Participación Público-Privada, artículo 23, inc. h) que habla de los “procesados” por auto firme y los condenados por alguno de los delitos previstos en los títulos XI, XII y XIII del Código Penal de la Nación.

Según la ley, la persona jurídica responderá exclusivamente cuando los delitos hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, aun cuando quien hubiere actuado fuere un tercero que careciese de representación, siempre que el ente de existencia ideal hubiese ratificado la gestión, incluso tácitamente.

La persona jurídica quedará, en cambio, liberada de esta responsabilidad cuando quien cometiera el delito hubiere actuado en su propio beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla.

Entre las penas a aplicar se incluyen multas, que podrán alcanzar de dos a cinco veces el monto del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener y que podrán ser establecidas en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Se prevé además la suspensión de actividades del ente o bien su disolución o liquidación, en estos dos últimos casos cuando hubiese sido creado al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyeran su principal actividad. Es de destacar que estas sanciones no podrán ser ordenadas por el juez cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra o servicio en particular.

La ley contempla además la suspensión de la posibilidad de realizar cualquier actividad vinculada con el Estado, entre otras la de participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos (en ambos casos, por un plazo no mayor a diez años) y la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

A los fines de graduación de las penas, la norma les proporciona estas pautas a los jueces:

- 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 del 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.

La persona jurídica puede quedar eximida de la pena y responsabilidad administrativa si se dan, simultáneamente, tres circunstancias:

1. Haya denunciado espontáneamente un delito de los previstos en la ley;
2. Haya implementado un PI (autosaneamiento)
3. Hubiese devuelto el beneficio indebido.

Se trata de una responsabilidad que presenta estos caracteres:

5. ASPECTOS PREVENTIVOS. COMPLIANCE O PROGRAMAS DE INTEGRIDAD.

Se ha dicho que el *compliance* es el alma o principio rector de la Ley N° 27.401.

¿De qué se trata?

El término en inglés *compliance* suele traducirse como “cumplimiento normativo de la empresa”, aunque en realidad es mucho más que eso.

En sentido amplio es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las entidades de existencia ideal para identificar, clasificar, gestionar y corregir sus riesgos, a fin de evitar o reducir los riesgos propios de la actividad empresarial. Su finalidad inicial era reforzar las exigencias de un gobierno responsable más allá de las propias normas del derecho administrativo o en su caso, penal.

Estas recomendaciones, ya existentes en el ámbito empresarial, se basaban sobre el principio de “cumplir o explicar” (*complain or explain*). Es decir, se trataba de normas de cumplimiento voluntario que solo exigían a los sujetos destinatarios de dichos códigos éticos que explicasen las razones de no cumplimiento o el por qué del apartamiento de las recomendaciones.

Dicho conjunto de medidas, cuando como en nuestro caso resultan de exigencia legal va, a menudo, más allá de los requerimientos normativos y es por eso que se habla del fenómeno de la “*autorregulación regulada*”.

De este modo cobra relevancia el programa de integridad de la sociedad (enumerado en los arts. 22 y 23), cuya adecuada implementación resulta de importancia para la ley debido a las siguientes razones: exime de pena y responsabilidad administrativa si se encontrare implementado con anterioridad al hecho del proceso y su violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito (art. 9º); atenúa la graduación de la sanción penal (art. 8º); es una condición necesaria para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); y es un requisito para ser proveedor del Estado Nacional para ciertas contrataciones (art. 24).

Según la ley, las personas podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley.

Esencialmente, dicho programa deberá contar con:

- a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o la función ejercidos;
- b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción con el sector público;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad.

La Ley dispone que un Programa de Integridad adecuado debe, entre otros recaudos: a) guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, su dimensión y su capacidad económica; b) recibir el apoyo de la alta dirección de la empresa; c) establecer y difundir canales internos de denuncia de irregularidades abiertos a terceros; d) instaurar una política de protección para evitar represalias contra los denunciantes; e) el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa.

La existencia de un Programa de Integridad es, como dijimos, condición necesaria para contratar con el Estado nacional en función del monto del contrato que, de acuerdo a la normativa vigente deba ser aprobado por autoridad no inferior a ministro y de que éste se encuentre comprendido en el art. 4º del RCAN y/o regidos por las Leyes Nros. 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Es remarcable que una norma penal impone a la Administración Pública un requisito adicional para contratar con los proveedores, que deberá ser incluido en los Pliegos de Bases y Condiciones. Por ello, de haberse omitido la exigencia expresa del Programa de Integridad, ello debería ser motivo de rechazo de una oferta en una licitación, o bien de impugnación por parte de los otros oferentes que sí lo hubiesen incluido

La norma sólo regula esta obligación a nivel nacional quedando el resto de las jurisdicciones invitadas a adherirse, pues se encuentran en ella incluidos, como vimos, aspectos procesales y de Derecho Administrativo sancionador, de naturaleza local.

6. LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EFICAZ.

La ley permite a la persona jurídica celebrar un acuerdo de colaboración con el Ministerio Público Fiscal por el que se obligue a aportar información o datos útiles precisos y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito.

Este acuerdo puede celebrarse hasta la citación a juicio y es confidencial.

Es obligatorio para que prospere: a) pagar una multa equivalente al mínimo de la mitad establecida; b) restituir las cosas o ganancias que sean el producido del delito; c) abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayese condena; d) realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; e) prestar un determinado servicio a favor de la comunidad; f) aplicar medidas disciplinarias contra quienes hubiesen participado en el delito; y g) implementar un Programa de Integridad o efectuar mejoras a uno existente.

El rechazo del acuerdo por el juez, impedirá utilizar la información suministrada, a no ser que la obtuviese por su cuenta o pudiese obtenerla como resultado de la investigación.

El Ministerio Público Fiscal o el juez cuentan con un año para corroborar la exactitud de la información suministrada y su pertinencia para la investigación.

7. AUTORIDAD DE APLICACIÓN.

El Decreto 277/18 establece que la OA va a fijar los lineamientos y guías necesarios para elaborar los Programas de Integridad. Por su parte, la Decisión Administrativa N° 85/2015 regula el plan de integridad para las personas públicas, a las personas o entes enunciados en la Ley N° 24.156.

Lo que no parece nítidamente precisado es qué organismo controlará no sólo la existencia, sino la idoneidad de los programas así confeccionados. De lo contrario las distintas dependencias estatales verificarán solamente su implementación formal quedando luego librada, si se presentaran supuestos de corrupción, a la apreciación judicial, la eficacia del programa. No nos parece una solución valiosa y estimamos que deberían exigirse controles y análisis de la pertinencia de los Programas, con carácter previo a la contratación, como requisito habilitante para obtener la condición de oferente, por ejemplo, a cargo de las Unidades de Auditoría Interna.

8. CONCLUSIONES.

Leyes como la que nos ocupa son auspiciosas pues dan muestras de una voluntad de cambio no sólo jurídico sino, especialmente, moral y cultural.

Se trata de una valiosa herramienta que el Derecho Penal le proporciona al Derecho Administrativo para lograr contrataciones públicas transparentes y éticas.

Ello representa un doble beneficio: a) por un lado evitar el encarecimiento artificial y corrupto de las contrataciones pues el empresario cargará a su “estructura de costos” el beneficio indebido, de modo de mantener inalterable su rentabilidad; y b) por el otro, sentar reglas de juego claras, transparentes e igualitarias facilita la concurrencia de oferentes; de lo contrario el negocio queda en manos de pocas empresas que se cartelizan, fijan sobrepuestos a su antojo y evitan el ingreso de nuevos actores al circuito y, con

ello, la posibilidad de que la Administración adquiriera bienes y servicios de mayor calidad y a menor costo⁵.

Pero hay más.

Combatir la corrupción es, en definitiva, además de una cuestión delictiva y moral, una lucha contra la pobreza.

En efecto, como ha alertado Transparencia Internacional⁶, la corrupción por parte de los gobiernos, sector privado y ciudadanos afecta las iniciativas de desarrollo desde su origen al desvirtuar los procesos de toma de decisión, presupuestarios y de implementación.

Cuando estos actores abusan de las facultades que se les confiaron para obtener beneficios propios, la corrupción priva a los ciudadanos del acceso a bienes y servicios impostergables, desviando recursos públicos a manos privadas.

Así, los sectores vulnerables son quienes, finalmente, se ven más perjudicados en esta cadena de corrupción, ya que no cuentan con el apoyo del Estado ni reciben los servicios que exigen.

En un entorno corrupto, la riqueza se acapara, la inequidad en cuanto a los ingresos aumenta y la capacidad para gobernar un Estado se reduce, no sólo, en lo que se refiere a satisfacer las necesidades de los sectores de menores recursos sino, más allá aun, en la libertad para la toma de decisiones.

La pobreza es un derivado de la corrupción que se retroalimenta con ella en el tiempo. Por lo tanto, un tratamiento de ambos problemas como elementos separados de una misma estrategia es un enfoque errado que debe superarse a través de un abordaje integral de ambos.

Se ha dicho con suma elocuencia que: *“Somos muchos los que creemos que la corrupción de hoy no es sino una de las manifestaciones de la degradación de los valores morales. Que estamos viviendo unos momentos en que las sociedades occidentales se ven zarandeadas por una interna y externa crisis de valores en que toda una civilización, falta de vigor moral, amenaza con derrumbarse y en que, incluso, los que reclaman la vuelta a raíces éticas, una gran parte, se halla atrapada en las movedizas arenas de una ética subjetivista y relativista”*⁷.

Ante estas graves, certeras y lúcidas reflexiones, resta esperar que la Ley N° 27.401 resulte una herramienta eficazmente valiosa en la lucha contra la corrupción y permita avizorar el inicio de la reversión de este lamentable estado de cosas al que hemos llegado.

⁵ De acuerdo: BONINA, Nicolás-DIANA, Nicolás: “Ética y cumplimiento normativo (*compliance*) en las contrataciones públicas: ¿Cómo transformar la cultura organizativa de un país?”, La Ley, Suplemento Administrativo, marzo 2019.

⁶ Ver: <https://www.transparency.org>

⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, Ética y Moral en las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 1ra edición, 2006, p. 39.