

Exposición de Motivos Propuesta PE, MP, PJ

Desde hace más de un siglo se instalaron prácticas corruptas en el ámbito privado que van desde la solicitud de una ventaja económica que hace un gerente comercial para favorecer a una empresa determinada que será beneficiado en la contratación de un servicio, o, el caso de un tercero, ajeno a la empresa, que entrega una ventaja económica a un socio de la empresa para que éste tome una decisión que perjudique a la empresa.

En algunos países esto se sanciona sencillamente bajo la figura del ‘fraude de las personas jurídicas’, encuadre que, al parecer, es más apropiado desde el momento que tales conductas se realizan en el interior de las personas jurídicas y están dirigidas para favorecer o perjudicar –por la tipología de operaciones en la actualidad- el tráfico jurídico-económico en contra o a favor de las personas jurídicas. Pero, apenas nos apercebimos de las figuras legisladas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en realidad, lo que se protege es la afectación del patrimonio de la persona jurídica y no el emprendimiento del mercado que funcione correctamente, sin interferencias o artificios de los interventores. De ahí que la figura que prevemos no se conecta con la protección del patrimonio de las personas jurídicas, sino del patrimonio en general, en la transparencia e integridad de las prácticas de la libre competencia, sin ninguna interferencia dolosa de los que pudieran hacerlo por su nivel de participación o incidencia.

Lo que se pretende ‘tutelar’ es la transparencia de la actividad contractual comercial, principalmente, de las empresas, labor que debe ceñirse rigurosamente a la imparcialidad y honestidad de la gestión inter empresarial, así como se exige al sector público.

Se tipifica la conducta del agente de una persona jurídica –aunque la expresión ‘El que...’, no es excluyente de los particulares que podrían obrar de manera oblicua con la persona jurídica-, podría ser el gerente que se pone de acuerdo (colusión) con un agente privado para favorecerlo en los contratos de adquisiciones o comercialización de bienes o mercancías de una empresa, de cuya interacción, termina afectando las reglas de la libre competencia frente a otros interesados que no tuvieron ese ‘acceso’ especial que torna, en sí, la diferencia en la relación de la empresa con los oferentes y que a los ojos de los ajenos a la operación, no concitaría sospecha alguna. Recuérdese el caso del Manchester United que adquirió estado sólo cuando hubo ‘reconocimiento interno’ de los partícipes para desenmascarar la práctica corrupta.

El otro supuesto tipifica con sanción al agente que sin tener una posición especial en la empresa (socio, gerente, directos, etcétera) promete, ofrece o concede a un representante de la persona jurídica (accionista, gerente, director, etcétera) una ventaja económica para que realice o deje de hacer un acto favorable a éste o un tercero en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías de una empresa, perjudicando la libre competencia frente a otros interesados.

La corrupción en el interior de las personas jurídicas, entonces, es lo que se tipifica en este proyecto como un clásico cohecho o de soborno, obviamente, con exclusión del sector público.

En tal sentido, hay cohecho privado cuando un socio o gerente que para realizar u omitir un acto propio de cargo a fin de perjudicar a la persona jurídica, solicita a un tercero ajeno a la misma –a la persona jurídica-, una contraprestación o beneficio indebido. Y es soborno, en el mismo sentido que señalamos, pero con a diferencia del anterior, se sanciona al agente particular que soborna a un accionista o gerente de una empresa, para que éste realice u omita un acto, propio de su cargo, en perjuicio de la persona jurídica.

Una característica común es la bilateralidad de la configuración delictiva, o sea, la indispensable intervención de dos partes: el representante de la persona jurídica (socio, accionista, director, etcétera) y el agente al cual se favorecerá con la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales.

La otra particularidad que presenta esta configuración es que no se precisa que se cause un perjuicio a la persona jurídica, ya que puede acontecer que los actos de corrupción, en realidad, no afecten a la sociedad –por ejemplo- sino favorecerla. De ahí que la normativa no protege la producción de un perjuicio a la empresa, sino el acto de corrupción que vulnera la libre competencia en el mercado.

No perdamos de vista el principio de ‘última ratio’ del DP, lo que se traduce en que, previamente, el sector empresarial tendrá que instituir unas buenas prácticas (en lenguaje anglosajón ‘compliance’) para estimular transparencia de ‘ex ante’ y ‘ex post’ de su actividad, exigiendo cláusulas exigentes y que establezcan la figura del ‘Oficial de Cumplimiento de Buenas Prácticas’, que tendrá a su cargo la evaluación de la ‘seguridad’ contra el fraude societario, caso contrario, podría responsabilizar directamente a la persona jurídica. De hecho, se abre, también, el camino de penalizar el actuar de las personas jurídicas al momento de analizar el Código Penal.

Conforme al texto de la propuesta, se tiene el siguiente:

Fundamento constitucional.

Conforme al modelo de estado social de derecho –léase el art. 1 de la CN y los principios aceptados universalmente sobre el alcance de la tipología estatal-, es función del mismo –el Estado- ‘proteger prácticas comerciales leales’ ‘asegurando la libre competencia’ de los sectores que intervienen en la economía nacional (**artículos 46 ‘Derecho de igualdad’ y 107 ‘Libertad de Concurrencia’**).

En este caso, el concepto básico del cohecho y del soborno son prácticas reprobables y que afectan las reglas de la libre competencia en el mercado. El ‘núcleo’ de la conducta abarca el o los acuerdos desleales realizados en el comercio privado, que son desvalorados socialmente; pues al ser restrictivos de la competencia, producen una inequidad en la oferta y demanda de productos o servicios, alterando la libre competencia de otros competidores. Ejemplo: si el representante de A le pide dinero al ofertante B para elegir sus productos, esto genera una desventaja competitiva injusta para los demás ofertantes del mercado, ya que el dinero entregado por B no es un costo adherido al valor del producto, sino que es un beneficio indebido que recibe A por aceptar la oferta de B; de este modo, la dádiva recibida se convierte en el elemento central de la negociación y no el precio ni la calidad del producto.

Desde el punto de vista de la moderna técnica penal, el tipo penal de cohecho privado propuesto ofrece como particularidad la adición de un nuevo elemento en el tipo objetivo, que consiste en una condición objetiva de autor. Con esta inserción se pretende limitar quienes podrían ser autores de dicho hecho punible, con este proyecto ya no cualquiera puede ser autor sino sólo aquel que ostente la calidad de encargado o representante de una sociedad, asociación, entidad u organización de cualquier índole. No se concentra en proteger el patrimonio privado ante su lesión concreta, protecciones ya previstas en los artículos 187 y 192 del CP, sino que se ‘focaliza’ en el bien jurídico ‘libre competencia’, incluyendo aquellos actos que alteren indebidamente la competencia, del mismo modo que los tipos penales de corrupción privada previstos en el ordenamiento penal alemán.

Se sigue casi la misma redacción de los artículos 298 y 299 del Código Penal Alemán, pero en la versión se incluyen variantes con el fin de hacerlo asequible, a tal efecto, el texto busca sancionar las conductas de personas que tienen una posición de protección y poder de dirección sobre los intereses de una sociedad, asociación, entidad u organización, como son los representantes o encargados.

Otro elemento descriptivo que se incorpora al tipo es la alteración que ocasiona la conducta del autor desde la perspectiva del bien jurídico protegido, en el caso de cohecho una desventaja respecto de los demás competidores y en cuanto al soborno, una ventaja sobre los demás competidores.

También se ha incluido la posibilidad de aumentar el marco penal del tipo básico sobre la base de casos ejemplificativos que serían motivos para que el Tribunal pueda decidir aumentar el marco de pena aplicable al hecho.

Igualmente, se incorporó la aclaración legal de que la invalidez del instrumento en que se fundó la representación no podrían usarse para negar o rechazar la calidad de autor, de forma similar a la establecida en el tipo de lesión de confianza.

Propuesta normativa:

Artículo 2º.- Incorporase el artículo 191b, dentro del Capítulo IV “Hechos Punibles Contra el Patrimonio”, del Título II “Hechos Punibles Contra los Bienes de las Personas” de la Ley N° 1.160/97 “CÓDIGO PENAL”, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 191b.-

MANIPULACIÓN DE MERCADOS.

- 1º.- El que con la **intención** de manipular o alterar los mercados financieros o de valores:
1. Difundiera **hechos falsos** en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato al contado de materias primas relacionados con él;
 2. **Fijare el precio** de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato sobre materias primas relacionados con ellos **en un nivel artificial**, en comparación a los precios y variables del mercado, o;
 3. **Efectuare una transacción**, diere una orden de negociación o realizare cualquier otra actividad en los mercados financieros que afecte al precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato al contado de materias primas relacionado con ellos, **mediante el empleo de dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio**,
- Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
- 2º.- A los efectos de este artículo se entenderá por instrumento financiero a todo contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa.
- 3º.- Cuando el hecho sea especialmente grave la pena podrá ser aumentada hasta ocho años.
- 4º.- Se considerará que el hecho es **especialmente grave** cuando:
1. El autor utilizara información privilegiada;
 2. El autor utilizara su posición privilegiada como accionista, directivo o funcionario de una persona o estructura jurídica;
 3. El autor fuera funcionario de la institución pública encargada de la supervisión del mercado financiero o de valores;
 4. El autor actuara como miembro de una asociación criminal conforme al artículo 239; o,
 5. Se causara un perjuicio patrimonial relevante.

Artículo 3°.- Créase el Capítulo II (bis) de los “**Hechos Punibles Contra la Competencia**”, dentro del **Título VI** de los “**Hechos Punibles Contra el Orden Económico y Tributario**” de la **Ley N° 1.160/97 “CÓDIGO PENAL”**, e incorporase el **artículo 268b** y el **artículo 268c**, que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 268.b

COHECHO PRIVADO

- 1°.- El que como encargado o representante de una sociedad, asociación, entidad u organización de cualquier índole, solicitara, se dejara prometer o aceptara en el tráfico comercial un beneficio para sí o para un tercero a cambio de aceptar la oferta de productos, mercaderías o servicios de otro, en condiciones desventajosas para otros competidores del mercado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.
- 2°.- En los casos especialmente graves la pena podrá ser aumentada hasta tres años. Será considerado como especialmente grave cuando:
 1. El hecho se refiera a una ventaja de gran cuantía, o
 2. El autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente el hecho.
- 3°.- Se aplicaran los incisos anteriores aun cuando careciera de validez la base jurídica que debía fundamentar la representación de la sociedad, asociación, entidad u organización.

Artículo 268.c

SOBORNO PRIVADO

- 1°.- El que con el fin de obtener una ventaja competitiva frente a otros competidores del mercado, ofreciera, prometiera o garantizara a un encargado o representante de una empresa, asociación u organización, un beneficio a cambio de favorecerle en la adquisición sus productos, mercaderías o servicios, en condiciones desventajosas para otros competidores del mercado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa.
- 2°.- 2° En los casos especialmente graves la pena podrá ser aumentada hasta tres años. Será considerado como especialmente grave cuando:
 1. El hecho se refiera a una ventaja de gran cuantía, o
 2. El autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para cometer continuamente el hecho.