

RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR PRÁCTICAS CORRUPTAS COMETIDAS POR SUS FILIALES EN EL EXTRANJERO. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LEYES ANTICORRUPCIÓN

Diego Martín Sabat

SUMARIO:

En la actualidad, en la denominada era de la globalización, encontramos numerosas empresas multinacionales que operan simultáneamente en varios países a través de una inmensa pluralidad de sociedades subsidiarias diferentes, las cuales se encuentran controladas bajo la dirección estratégica de una sociedad matriz.

Las prácticas corruptas cometidas por las sociedades subsidiarias o filiales podrían, bajo ciertos supuestos contenidos en diversas leyes anticorrupción, hacer responsable a su sociedad matriz.

Ese fue el criterio definido por la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos de Norteamérica (o “FCPA” por sus siglas en inglés) hace ya muchos años, que fue seguido por otras leyes nacionales para la lucha contra la corrupción, tales como la Ley contra el Soborno del Reino Unido, o en el caso de Francia, la ley comúnmente conocida como Sapin II.

Ello nos lleva a analizar la cuestión, con especial énfasis en la aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción mencionadas, como un hecho jurídico relevante en contraposición a la soberanía de los países donde operan las subsidiarias o filiales que han cometido un acto de corrupción.

El debate de estas cuestiones, con el aporte de este breve apéndice sobre el tema, constituye el objeto de la ponencia que presenta el autor.



I. Introducción. Sociedad holding y sociedad filial. Grupo transnacional

Es coincidente la doctrina en conceptualizar a la sociedad *holding* como aquella que es tenedora de participaciones, generalmente acciones, de otras so-

ciudades, cuya magnitud le permite controlarlas o dominarlas ¹. Consecuentemente con lo expuesto, son sinónimos de sociedad *holding* los de sociedad controlante o sociedad matriz. En tanto, a las sociedades controladas por la sociedad *holding* se las denomina filiales o subsidiarias.

Las relaciones entre la sociedad matriz y sus filiales o subsidiarias se vinculan con diversos temas del derecho societario, entre los cuales se cuentan los grupos de sociedades, entre muchos otros. El grupo societario se configura cuando la sociedad *holding* ejerce la dirección unificada o estratégica y detenta las participaciones de control de varias sociedades, sea en forma directa o indirecta por intermedio de otras sociedades controladas. El control puede, a su vez, ser interno, de derecho o de hecho, o externo ².

Este fenómeno societario adquiere una trascendencia significativa en la denominada era de la globalización ³.

Así, en el contexto de la globalización, conviene referirse al grupo transnacional como la empresa que opera en una pluralidad de mercados nacionales y que también suele ser denominada como empresa multinacional ⁴.

Señala Galgano que jurídicamente la empresa multinacional se configura “...como una empresa de grupo formada por una inmensa pluralidad de socie-

¹ FAVIER DUBOIS (P), Eduardo M. y FAVIER DUBOIS (H), Eduardo M., “La sociedad “*holding*” y la sociedad “*filial*” en el derecho argentino”, Errepar, DSE, Nro. 276, noviembre 2010, T. XXII, p. 1190.

² OTAEGUI, Julio, Concentración Societaria, Ed. Abaco, Bs. As., 1984, p. 189 y ss.

³ Refiriéndose a la globalización, dice Galgano “*la verdadera novedad de nuestro tiempo reside, más bien, en la expansión planetaria de la organización productiva. En la era de la economía industrial, la producción era siempre nacional; eran internacionales los mercados de provisión de las materias primas y de colocación de productos terminados. En la economía que se dice global, no son sólo las mercaderías las que circulan más allá de los confines nacionales; no existe solamente, como a menudo se equivocan, la globalización de los intercambios. Circula aún antes que la mercancía, el know how, las licencias de producción, los contratos de joint venture que perfeccionan la colaboración productiva entre empresas de países lejanos. Es la misma organización productiva y de distribución la que se desplaza y ramifica al ámbito internacional*”, GALGANO, Francesco, Grupo de Sociedades (Dirección y Coordinación de Sociedades), 1ª Ed., Ed. La Ley, Bs. As., 2007, p. 12.

⁴ GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 13 y 47. Señala el autor italiano que “...*la expresión empresa multinacional, de origen periodístico, es sugestiva. Evoca la imagen de la empresa que asume tantas nacionalidades como naciones en las que funciona*”. Así, el referido autor propicia la expresión empresa transnacional “...*porque transmite la idea de una empresa que aún sigue siendo siempre nacional, conservando la nacionalidad de su holding, pero que sin embargo actúa como sociedad controlada fuera de los límites nacionales*”.

dades, presentándose cada una de ellas a los terceros como un sujeto de derecho distinto de las otras"⁵. Estas empresas, concluye el autor italiano, son las protagonistas de la economía actual.

II. Corrupción y soborno. Iniciativas internacionales de lucha contra la corrupción

La corrupción es un problema global que aflige a economías maduras y en desarrollo por igual, debiendo asumir que está presente en todas partes del mundo, en diversos grados⁶.

La corrupción, para algún autor, puede ser vista como un tipo de fraude que se caracteriza porque "*...existe una persona que recibe alguna cosa de valor, no necesariamente un pago en efectivo, a cambio de hacer o dejar de hacer algo, de manera que con ello no estaría cumpliendo con las responsabilidades derivadas de su función, sino perjudicando los intereses que debería defender, y beneficiando indebidamente a un tercero que puede ser quien ofrece la dádiva, u otra persona u organización relacionada con él*"⁷. Así, este tipo de fraude incluye a la corrupción de empleados de empresas del sector privado como la de funcionarios públicos.

En tanto, para otros autores, la corrupción incluye el soborno, la extorsión, la estafa, el engaño, la colusión y el lavado de dinero⁸. En esta línea de pensamiento, hay autores que asimilan la corrupción y el soborno⁹, y finalmente quienes, al referirse a la corrupción, hacen referencia al soborno con especial atención a lo que denominan soborno transnacional, como categoría diferente del soborno doméstico¹⁰.

⁵ GALGANO, Francesco, ob. cit., p. 47.

⁶ SACCANI, Raúl Ricardo, Tratado de auditoría forense: la investigación y prueba de los delitos de cuello blanco. Tomo I, 1ª Ed., La Ley KPMG, Bs. As., 2012, p. 477.

⁷ CANO, Diego, Contra el fraude: prevención e investigación en América Latina, 1ª Ed., Gránica, Bs. As., 2011, p. 187.

⁸ STANSBURY, Catherine y STANSBURY Neill, Manual de capacitación sobre Anti-Corrupción (Sector de Infraestructura, Construcción e Ingeniería), Versión Internacional, Global Infrastructure Anti-Corruption Centre y Transparency International (Capítulo Reino Unido), traducido por la Cámara Chilena de la Construcción, mayo 2008, p. 4, disponible en <http://www.giacentre.org/>.

⁹ SACCANI, Raúl Ricardo, ob. cit., p. 477 y ss.

¹⁰ MANFRONI, Carlos, Soborno transnacional, 1ª Ed., Abeledo-Perrot, 1998, p. 27; MANFRONI, Carlos, "Las corporaciones multinacionales frente a la FCPA y otras legislaciones",

Como respuesta a la generalización del fenómeno de la corrupción cobraron fuerte impulso las acciones internacionales encaminadas a controlar la expansión de dicho fenómeno.

En ese contexto, deben destacarse la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos de Norteamérica del año 1977 y una multiplicidad de convenciones multilaterales resueltas con el objeto de combatir la corrupción ¹¹.

La gran diferencia existente entre aquella ley y las convenciones internacionales previamente referidas, radica, entre otros motivos, en que la ley estadounidense extiende su ámbito de aplicación más allá de las fronteras de su país y cuenta con una agresiva política de sanciones para asegurar su cumplimiento. A diferencia de las convenciones internacionales que solo pueden emitir recomendaciones.

A continuación, se centrará el análisis en las notas que caracterizan a la ley previamente referida.

III. Ley de prácticas corruptas en el extranjero (“Fcpa”). Penalización del soborno transnacional y extraterritorialidad

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“FCPA”, por sus siglas en inglés) fue promulgada en el año 1977 ¹² en respuesta a ciertos escándalos en los cuales se revelaron que más de 400 empresas compañías estadounidenses reconocieron el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros y tenía por objetivo recuperar la confianza pública en la integridad del sistema empresarial de los Estados Unidos de Norteamérica ¹³.

Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Nro. 71, IJ Editores - Información Jurídica, p. 43.

¹¹ Los acuerdos internacionales más relevantes son: *Convención Interamericana contra la Corrupción*, (CICC), 1996; *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, (OCDE), 1997; *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, (OCDE); *Convenio de Sanciones Penales sobre la Corrupción*, (CdE - Consejo de Europa), 1998; *Convenio de Sanciones Civiles sobre la Corrupción*, (CdE), 1999; *Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción*, (UA), 2003; *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, (ONU), 2003.

¹² El texto de la FCPA se encuentra disponible en varios idiomas en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (DOJ, por sus siglas en inglés). Ver <http://www.justice.gov/>.

¹³ Sobre los orígenes e historia de la FCPA, puede consultarse: SACCANI, Raúl Ricardo, ob. cit., p. 503 y ss.; MANFRONI, Carlos, “*Las corporaciones...*”, ob. cit., p. 42.

La FCPA constituye el primer antecedente legislativo de penalización del soborno transnacional, por cuanto, por un lado, prohíbe ofrecer o dar sobornos u otro tipo de compensaciones a funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o mantener negocios comerciales, y, por otro, penaliza la contabilización fraudulenta de tales sobornos en los registros contables de las compañías involucradas.

La nota característica de esta norma es que se aplica aun cuando el soborno sea consumado fuera del territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, consagrando de ese modo su aplicación extraterritorial.

Las razones que fundamentan su aplicación extraterritorial hay que encontrarlas en la implementación de un mecanismo efectivo de lucha contra la corrupción. Si las sanciones se dejaran libradas únicamente a los gobiernos nacionales a los que pertenecen los funcionarios corruptos, podría ocurrir que las propias administraciones nacionales no estén interesadas en investigar y sancionar los actos de corrupción cometidos por sus propios funcionarios.

Como se ha puesto de manifiesto, la precursora de esta temática, tanto en lo relativo a la penalización del soborno transnacional como a su aplicación extraterritorial, ha sido la ley FCPA de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, dicha norma ha sido seguida como un estándar en materia anticorrupción por leyes de otros países que también adoptan el criterio de la extraterritorialidad, como por ejemplo la Ley contra el Soborno del Reino Unido del año 2010¹⁴, o más recientemente en el caso de Francia, la Ley relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y a la modernización de la vida económica del año 2016¹⁵.

Los criterios que habilitan la competencia extraterritorial de la FCPA son amplios. En términos generales, la nacionalidad estadounidense en alguno de los partícipes en el acto ilícito, el uso de empresas constituidas en los Estados Unidos, la utilización del sistema bancario norteamericano o de entidades financieras radicadas en dicho país, resultan una base potencial fuerte de jurisdicción. También la afectación de intereses de los inversores estadounidenses funda la jurisdicción para un proceso en base a la ley FCPA.

¹⁴ La *UK Bribery Act* del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte fue aprobada en abril de 2010 y entró en vigencia desde junio de 2011.

¹⁵ Esta ley francesa es más conocida como Ley Sapin II (*Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*) fue aprobada el 8 de noviembre de 2016 y promulgada el 9 de diciembre del mismo año y sus disposiciones entraron en vigor a partir del 1° de junio de 2017.

Numerosas acciones bajo la ley FCPA se han llevado en los últimos años, algunas de ellas con un marcado impacto mediático por el notorio conocimiento de las compañías involucradas, tanto por parte de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (“SEC” por sus siglas en inglés), que cuenta con jurisdicción principal sobre los emisores y sus funcionarios, directores, empleados y agentes, como por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“DOJ”, por sus siglas en inglés), responsable de la aplicación sobre las otras entidades, extranjeras o estadounidenses.

IV. Responsabilidad de la sociedad matriz por actos corruptos cometidos por sus sociedades subsidiarias y filiales

Como ha sido advertido con anterioridad, bajo la ley FCPA las sociedades matrices pueden ser responsables por los actos corruptos cometidos por sus subsidiarias fuera de los Estados Unidos de Norteamérica.

Dicha responsabilidad se impone ya que se considera a la subsidiaria como un agente de la sociedad matriz, y por tanto, se la responsabiliza por los actos de su subsidiaria. Con el mismo efecto, se puede considerar que la casa matriz es responsable si ésta domina o bien controla los asuntos de la subsidiaria, representado la subsidiaria su “*alter ego*”. Tal responsabilidad puede surgir también cuando la sociedad matriz autorizara, aprobara o “*se hiciera la ciega*” ante los actos de corrupción cometidos por sus subsidiarias¹⁶.

Sobre el tema, acertadamente OCDE ha señalado que en ciertas jurisdicciones “...*el uso de subsidiarias puede crear obstáculos jurídicos que podrían proteger a la casa matriz contra esa responsabilidad...*”¹⁷. Esa aseveración es particularmente aplicable por cuanto la sociedad matriz y la subsidiaria extranjera son personas jurídicas independientes que operan en jurisdicciones diferentes. Por tanto, asumiendo la sociedad matriz el carácter de accionista de la subsidiaria se encontraría protegida por el denominado velo corporativo, lo cual no la haría responsable de los actos de la subsidiaria.

¹⁶ Respecto del tema, SACCANI expresa “...*el tener “conocimiento” incluye la “indiferencia consciente”, la “ignorancia deliberada” y la “ceguera deliberada” de hechos que indican alta probabilidad de que el pago (del soborno, el agregado es nuestro) en cuestión ocurra. Así pues, los pagos de terceros pueden hacer que la compañía y su personal contravengan las disposiciones de la FCPA...*”, SACCANI, Raúl Ricardo, ob. cit., p. 506.

¹⁷ OCDE, “*Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales*”, Informe Final, 4 de noviembre 2009, OCDE, p. 21. Dicho informe se encuentra disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/49085275.pdf>.

Sin embargo, las características apuntadas de la ley FCPA, adoptadas también por otras legislaciones nacionales, conforman una herramienta altamente efectiva para la lucha de la corrupción cuando en los actos de soborno transnacional intervienen subsidiarias o filiales extranjeras, permitiendo la asignación de responsabilidad a la sociedad matriz.

V. A modo de conclusión

Las relaciones entre la sociedad matriz y sus filiales y subsidiarias se vinculan con el tema de los grupos de sociedades y las empresas multinacionales. Así, las empresas multinacionales conforman en la mayoría de los casos grupos de sociedades, en los cuales se presenta una sociedad holding como matriz y sociedades filiales como controladas operativas.

La multiplicidad de mercados en los que se desenvuelven las empresas multinacionales se ve afectado por el problema de la corrupción, que -en diversos grados- involucra a todas las economías, tanto las maduras como a las que se encuentran en etapa de desarrollo.

En ese marco, cobraron especial relevancia las acciones encaminadas a controlar el fenómeno de la corrupción, lo cual llevó gradualmente a la penalización del soborno transnacional.

Así, el primer antecedente de penalización del soborno transnacional fue la ley FCPA de los Estados Unidos de Norteamérica sancionada en el año 1977.

El entorno global de las empresas multinacionales exige prestar especial atención a la ley FCPA, no sólo por el amplio alcance de la norma sino también por su aplicación extraterritorial, que hace responsable a la sociedad matriz por los actos de corrupción cometidos por sus filiales o subsidiarias en el extranjero, cuando exista base suficiente o puntos de conexión que justifiquen la jurisdicción sobre la parte demandada.

Lo trascendente en el actual entorno de negocios global es que no sólo la Ley FCPA se vale de la aplicación extraterritorial, sino que también otras leyes, como la Ley contra el Soborno del Reino Unido, o en el caso de Francia, la Ley Sapin II, siguen la misma senda normativa, por lo que entendemos que estas cuestiones, junto con otras que exceden el marco de este breve apéndice, deberán ser convenientemente advertidas por aquellas empresas con actuación nacional que tengan puntos de contacto que los sujeten a alguna de las leyes anticorrupción mencionadas.