

La nueva ley anticorrupción brasileña

The new anti-corruption Brazilian law

Modesto Carvalhosa

Abogado-Carvalhosa e Eizirik

Fecha de recepción: 4 de abril de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 5 de mayo de 2014

1. INTRODUCCIÓN

El 1.º de agosto de 2013, la Presidenta de la República del Brasil firmó la Ley n.º 12.846/13, que prevé el tema, hasta entonces inédito en el país, de la responsabilidad **administrativa** y **civil** de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Cabe mencionar que Brasil ya se había comprometido a responsabilizar a personas jurídicas por actos de corrupción al ratificar: (i) la Convención sobre lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE, de 1997 (Decreto n. 3.678, de 2000); (ii) la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 (Decreto n. 4.410, de 2002); y (iii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003 (Decreto n. 5.687, de 2006).

La Ley, denominada por los medios de comunicación Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia, entrará en vigor al final de enero de 2014, y será un importante hito en la lucha contra la corrupción en Brasil, que antes sólo castigaba a los individuos (personas físicas) que pagaban y que recibían sobornos, pero no a las empresas que se involucraban en actos de corrupción.

La iniciativa de la Ley Anticorrupción o de la Empresa Limpia se debió a las manifestaciones callejeras de junio de 2013 que se llevaron a cabo en todas las grandes y medianas ciudades de Brasil. Estas manifestaciones constituyeron una condena por una gran parte de la sociedad civil hacia: (i) las políticas públicas que privilegiaron, con grandes gastos, las construcciones de estadios fabulosos para el mundial de fútbol, en los estándares FIFA; (ii) la gestión pública, que no ofrece, en niveles aceptables, los servicios esenciales de salud pública (falta de hospitales y pésima atención); (iii) el transporte público (pésimos e insuficientes autobuses) en calles congestionadas e insuficiencia y aglomeración de trenes urbanos y del metro; (iv) los pésimos niveles de educación pública, que tiene como consecuencia una falta de mano de obra mínimamente cualificada, inclusive en la construcción civil; (v) la corrupción generalizada en los niveles federales, estatales y municipales, abarcando todos los niveles de los agentes públicos, que se refleja en el descrédito también generalizado en la opinión pública sobre la gestión gubernamental (hay una percepción generalizada entre la sociedad civil de que todo agente público es un corrupto).

En este marco conflictivo, las empresas que tienen relación contractual de cualquier naturaleza con los tres niveles de la Administración (Unión, Estados y Municipios) no son víctimas indefensas de esta situación, sino que tienen un papel interactivo con los agentes públicos corruptos. Estas empresas practican la corrupción activa, ya sean empresas nacionales o multinacionales, ya sean grandes, medianas o incluso pequeñas. De ahí surge la necesidad de arbitrar medidas legales para penalizar a las empresas que tengan relación contractual de cualquier naturaleza con el poder público.

La nueva ley atiende las iniciativas de ámbito global, como se puede ver en los tratados internacionales al respecto y de las leyes específicas de diversos países tratando del tema. Pero a diferencia de lo que ocurre en otros países, la ley brasileña de 2013 –la Ley de la Empresa Limpia– prevé sanciones a nivel administrativo y no penal con respecto a las conductas de corrupción activa por parte de las empresas. Este criterio sancionador-administrativo sigue la tendencia de ampliación y prevalencia de la jurisdicción administrativa sobre la penal, mediante la continua y creciente creación de agencias independientes en la gestión pública, que son, al mismo tiempo, regulatorias y sancionatorias. En el caso concreto de la nueva Ley se busca, con tal desplazamiento sancionatorio al ámbito de la propia administración pública, escapar del rigor de la tipificación del derecho penal con relación a la configuración del delito de corrupción activa, en la medida en que los métodos utilizados por las empresas corruptoras son constantemente alterados y ampliados, principalmente por la utilización de otras empresas, como las empresas de consultoría, para la consumación de las prácticas de corrupción ante los agentes públicos; especialmente en los contratos públicos de obra y concesión, así como en el suministro de servicios y de equipamientos utilizados por la administración.

Hay, por lo tanto, ventajas en la adopción del régimen sancionatorio administrativo, en lugar del régimen penal con relación a la represión de la corrupción activa por parte de las empresas, siempre que se defina bien la reglamentación de la ley brasileña de 2013 con relación a la formación de agencias administrativas sancionadoras independientes. Además de alejar el rigor de la tipificación penal, el ámbito administrativo-sancionador permite una integración entre los diversos órganos del Estado, como es el caso de la agencia de represión al abuso del poder económico (CADE) referente a la formación de cárteles para burlar los concursos públicos. En este sentido, la nueva ley contra la corrupción practicada por las empresas adopta el régimen de los acuerdos de indulgencia (clemencia), al igual que, desde 2011, la agencia brasileña antitrust (CADE), lo que facilita enormemente la profundización de la extensión de los comportamientos ilícitos y del cuadro de los involucrados en la práctica de la corrupción activa empresarial. Por lo demás, la Ley de la Empresa Limpia instituye un incentivo a la adopción por las empresas del régimen de *compliance*, en el ámbito del gobierno corporativo, lo que puede venir a atenuar las sanciones. Estas medidas (acuerdo de clemencia y *compliance*) también justifican la elección del régimen administrativo-sancionador en lugar del penal.

No obstante, existe actualmente una importante iniciativa en el Congreso Nacional para reformar el Código Penal, con el fin de introducir la criminalización de las empresas en relación con los delitos de corrupción activa, además de tipificar, tanto para ellas como para las personas físicas, la moderna práctica delictiva del uso de la información privilegiada proveniente de la administración pública.

Estas consideraciones en torno de la legislación en curso y proyectada en Brasil para la inclusión de las empresas en responsabilidad administrativa y, en el futuro, penal por la práctica de corrupción activa, se inscriben en el siguiente contexto: (i) en el sistema legal brasileño hasta entonces vigente, no había ninguna sanción dirigida específicamente a personas jurídicas involucradas en casos de corrupción, sino sólo sanciones a actos de corrupción practicados por personas físicas, en el ámbito penal, conforme lo previsto en el artículo 333 del Código Penal (corrupción activa); (ii) en el contexto político, se verificó, en los últimos años, una serie de escándalos de corrupción donde aparecieron involucradas empresas nacionales y extranjeras y la administración pública (después del caso «Mensalão», que tuvo amplia difusión, diversos escándalos han sido divulgados en los medios de comunicación; recientemente ha ganado protagonismo el caso del cártel en el metro y trenes urbanos del Estado de São Paulo, con la participación de multinacionales como Siemens y Alston); y (iii) frente a estas circunstancias, se ha convertido en una urgente necesidad adoptar medidas eficaces para combatir los actos de corrupción practicados por las empresas.

La denominada Ley de la Empresa Limpia surgió a iniciativa de la Presidencia de la República y fue aprobada, rápidamente, en cerca de un mes y medio, por las dos cámaras del Congreso Nacional y firmada por la Presidenta de la República. Esta

agilidad, atípica en el proceso legislativo brasileño, para la aprobación de la Ley de la Empresa Limpia, es fruto de la presión de la sociedad por iniciativas destinadas al combate de la corrupción. Como reacción, el Gobierno brasileño anunció varias medidas para intentar satisfacer las demandas populares. Así, además de la promulgación de la Ley de la Empresa Limpia: (i) el Senado Federal votó a favor de calificar la corrupción como crimen atroz, que impide que los acusados sean liberados después del pago de fianzas y aumenta la pena mínima que se impondrá a los responsables por delitos como el de desvío de recursos públicos; y (ii) la Cámara de los Diputados, por su parte, se pronunció a favor de la prohibición del voto secreto en votaciones para revocar el mandato de legisladores acusados de irregularidades y el rechazo de la reforma constitucional que retiraba del Ministerio Público la competencia para instaurar investigaciones penales y administrativas.

2. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA LEY DE LA EMPRESA LIMPIA

La Ley de la Empresa Limpia refleja la tendencia internacional de hacer que las empresas sean responsables por actos de corrupción, independientemente de las personas físicas involucradas. La responsabilidad objetiva, sumada a la responsabilidad conjunta de controladoras y controladas en grupos empresariales, de empresas consorciadas, así como de sucesoras en operaciones de fusiones y adquisiciones, hace que las empresas tiendan ahora a adoptar medidas preventivas frente a los actos de corrupción. Entre los actos de corrupción previstos expresamente por la Ley de la Empresa Limpia figuran (art. 5.º): (i) prometer, ofrecer o dar ventaja indebida a un agente público; (ii) financiar, costear o patrocinar la práctica de actos ilícitos; (iii) utilizar persona interpuesta para ocultar o disimular actos ilícitos; (iv) utilizar expedientes ilícitos ante la administración pública, de modo que frustre procesos de licitación pública y compromisos contractuales; y (v) dificultar la actividad de investigación o fiscalización por órganos o entidades públicas.

En el ámbito administrativo, se podrán aplicar multas que oscilen entre el 0,1% y el 20% de la facturación bruta de la empresa en el ejercicio anterior al de la instauración del proceso administrativo o, ante la imposibilidad de utilización de este criterio, las multas podrán variar de R\$ 6.000 a R\$ 60 millones. El punto que ha generado mayor polémica es el hecho de que la competencia para la aplicación de estas sanciones es difusa. Esto se debe a que el inicio de los procesos administrativos puede ser iniciativa tanto de la administración federal, estatal y municipal, como de los poderes legislativo y judicial (art. 8.º). Hay, por lo tanto, un gran riesgo de que, debido a la competencia concurrente de las autoridades del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las empresas tengan que hacer frente a multas pesadas en diversos ámbitos (federal, estatal y municipal), y, consecuentemente, que puedan ser eventualmente objeto de presiones e intentos

de chantaje para evitar la aplicación de estas sanciones, lo cual puede dar lugar a una nueva modalidad de corrupción.

Estas multas, aplicadas en el ámbito administrativo, no excluyen la responsabilidad judicial, *en el ámbito civil*, de los agentes de tales actos de corrupción, que pueden dar lugar al embargo de bienes, suspensión o interdicción parcial de actividades, disolución compulsoria de la persona jurídica, así como la prohibición de recibir incentivos, subsidios, donaciones o préstamos de órganos o entidades públicas.

3. ATENUANTES PREVISTAS EN LA LEY DE LA EMPRESA LIMPIA

La Ley de la Empresa Limpia, con el objetivo de generar incentivos para las empresas para controlar los actos de corrupción, establece dos atenuantes a la sanción por la práctica de tales actos: (a) la instauración por las empresas de sistemas de *compliance*; y (b) la celebración de pactos de clemencia.

3.1. *Sistemas de compliance*

La Ley de la Empresa Limpia, basada en un concepto desarrollado inicialmente en el derecho estadounidense, prevé en su artículo 7.º, inciso VIII, la creación de sistemas de gobierno empresarial para el control de conductas lesivas que puedan dar lugar a la responsabilidad objetiva:

Art. 7.º - Se tendrán en cuenta en la aplicación de las sanciones: (...) VIII – la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivos a la denuncia de irregularidades y la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica.

Así, la adopción de mecanismos y procedimientos de *compliance* servirá como atenuante a sanciones por la administración pública ante las empresas. Sin embargo, los parámetros para la evaluación de tales mecanismos y procedimientos dependen de una reglamentación que no ha sido aún elaborada por el poder ejecutivo federal (art. 7.º, párrafo único).

Por cierto, es importante mencionar un estudio reciente (*Transparencia en la Información Corporativa: Evaluando Multinacionales en los Mercados Emergentes*) de TRANSPARENCY INTERNATIONAL, asociación internacional dirigida al combate de la corrupción, que analizó 100 de las empresas que crecieron más rápido en los últimos años con sede en 16 países de mercados emergentes, entre las cuales 13 son brasileñas, evaluando el grado de transparencia de tales empresas, así como el desarrollo de medidas y programas anticorrupción, ejecutados por ellas. Dicho estudio concluyó

que, en general, las prácticas de *compliance* adoptadas por las empresas en todo el mundo siguen siendo insuficientes. En Brasil, las empresas lograron una evaluación final con un promedio ligeramente por debajo del desempeño general (3,6 puntos de 10 puntos posibles). Y, con relación a la lucha contra la corrupción, la puntuación promedio fue de 5,4 puntos de 10 puntos posibles. De las empresas brasileñas analizadas, Petrobras fue la que tuvo una mejor puntuación (8,8 puntos), mientras que el Grupo Odebrecht, por otro lado, no ha marcado un solo punto en este sentido.

El resultado de este estudio refleja la falta de reconocimiento por las empresas de la importancia de la transparencia en el desarrollo de un buen gobierno y en la gestión de riesgos de corrupción. De acuerdo con el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación) la corrupción le cuesta a Brasil cerca de R\$ 85.000 millones por año. Según TRANSPARENCY INTERNATIONAL, en un estudio publicado el 2 de diciembre de 2013, Brasil ocupa, entre 174 países, el 72.º lugar en el ranking de mayor percepción de la corrupción, cuando en 2012 ocupaba el 69.º. El país ha retrocedido 3 puntos, esto muestra la gravedad y la persistencia de las prácticas perjudiciales para la administración pública.

En este contexto, una norma –como la reciente Ley de la Empresa Limpia– que imponga severas restricciones a la práctica de actos de corrupción por las empresas brasileñas, y privilegie, por otro lado, la adopción de mecanismos y de procedimientos internos de control de tales prácticas, si es correcta y bien regulada, con la creación de agencias independientes en el seno de la administración, puede contribuir a la lucha contra la corrupción en el país. A pesar de que la adopción de códigos de conducta y la implementación de procedimientos de auditoría no aseguran que una empresa no resulte finalmente involucrada en casos de corrupción, estos mecanismos de control interno permitirán al menos que la dirección de la empresa se entere de casos de corrupción dentro de la empresa.

3.2. Acuerdos de indulgencia (clemencia)

El acuerdo de indulgencia o clemencia ha sido incorporado por la legislación brasileña por medio de la Ley 10.149/00 que, al reformar la antigua Ley Antitrust (Ley n.º 8.884/94), previó, en su artículo 35-B, la posibilidad de celebración de acuerdos entre el Poder Público y una empresa miembro de un cártel o de sus empleados. Esta previsión fue mantenida por la nueva Ley Antitrust (Ley n.º 12.529/11), y, recientemente, con la Ley de la Empresa Limpia (Ley n.º 12.846/13), pasó a ser admitida también con relación a cualesquiera actos de corrupción practicados por la empresa y no sólo los de formación de cárteles.

El acuerdo de indulgencia se inspira en la experiencia estadounidense, que siempre estuvo adelante en la punición de crímenes contra la administración pública. A

pesar de la aversión que estos crímenes pueden causar al ciudadano común, se notó que el acuerdo de indulgencia podría ser un excelente método para cooptar agentes criminales, incentivándolos a denunciarse, peleándose unos con otros, traicionando unos a otros, de tal forma que nunca más quieran ser cómplices en sus acuerdos. En los Estados Unidos, las autoridades promovieron en los últimos años cerca de 300 procesos contra la corrupción bajo la consagrada Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act-FCPA), y ha sido un éxito la celebración de acuerdos de indulgencia alternativos.

El acuerdo de indulgencia o clemencia previsto en la *Ley Antitrust* brasileña de 2011 consiste en un pacto firmado entre el miembro del cártel que lo denuncie y el Estado –por intermedio del Ministerio de Justicia–, por medio del cual se consigna que en caso de que el solicitante proporcione elementos de convicción suficientes para desbaratar el referido cartel, tendrá asegurada inmunidad penal y administrativa (artículo 87, párrafo único). El acuerdo de indulgencia de la *Ley de la Empresa Limpia*, a diferencia de aquel introducido en la Ley Antitrust, no otorga inmunidad penal u otro tipo de protección a sus beneficiarios, en contrapartida al hecho de confesar haber practicado actos ilegales.

La confidencialidad es otro punto muy sensible sobre la celebración de estos acuerdos de indulgencia. Tanto la Ley Antitrust como la Ley de la Empresa Limpia no otorgan total confidencialidad a la existencia de tales acuerdos.

La Ley Antitrust, por un lado, prevé en el §9.º de su artículo 86, que la propuesta de acuerdo de indulgencia será, por regla general, mantenida en confidencialidad; sin embargo, en caso de que sea de interés de las investigaciones y del proceso administrativo sancionador la divulgación de la referida propuesta será hecha pública. Esto es lo que sucedió recientemente, en el caso relacionado con las investigaciones sobre la formación de cártel de trenes y el metro en São Paulo y en el Distrito Federal. El Consejo Administrativo de Defensa Económica-CADE divulgó, el 16 de agosto de 2013, haber firmado acuerdo de indulgencia con la multinacional Siemens por su cooperación con las investigaciones sobre el referido cártel. Las consecuencias de este acuerdo terminaron siendo de dominio público y provocaron antes de su conclusión actos de investigación de la policía federal y del Ministerio Público, en el ámbito penal y administrativo sancionador.

La Ley de la Empresa Limpia es menos clara con respecto a la confidencialidad del acuerdo de indulgencia. El art. 16, §6.º dispone que «La propuesta de acuerdo de indulgencia sólo se hará pública después de la ejecución del respectivo acuerdo, excepto en el interés de las investigaciones y del proceso administrativo». Además de permitir, tal como la Ley Antitrust, la renuncia a la confidencialidad de la autoridad pública involucrada en la investigación, la Ley Anticorrupción también restringe la confidencialidad de la fecha de ejecución del acuerdo. Por estas y otras razones, la autorización legal para la celebración de acuerdos de indulgencia acerca de los

actos de corrupción es inconsistente y debe ser mejorada para que sea atractiva para las empresas corruptas. La ley de la Empresa Limpia no crea incentivos correctos y eficientes que permitan que la empresa beneficiaria se sienta protegida y motivada a denunciar la existencia de actos ilícitos y de las empresas o agentes involucrados en la práctica de referidos actos.

4. CONCLUSIONES

Como se mencionó anteriormente, la Ley de la Empresa Limpia surgió en un contexto de diversos y sucesivos escándalos de corrupción que se volvieron públicos recientemente en el Brasil, involucrando órganos y entidades de la administración pública y empresas nacionales y multinacionales. Es consecuencia, por tanto, de una respuesta política del Gobierno a las presiones populares del mes de junio de 2013, en que multitudes tomaron las calles de las principales capitales nacionales reivindicando cambios, como ya ha sido mencionado. En resumen, la Ley de la Empresa Limpia constituye una iniciativa importante, que sigue una tendencia internacional de combate a la corrupción; sin embargo, esta ley contiene disposiciones genéricas con relación a algunos puntos principales que pueden generar efectos inversos en su aplicación.

Los dos principales puntos de preocupación son: (i) la ausencia de mecanismos de coordinación entre las diversas competencias para instauración y juzgamiento de procesos administrativos; y (ii) la ausencia de confidencialidad e inmunidad, en el ámbito civil y penal, para los favorecidos de los acuerdos de indulgencia con empresas involucradas.

En el primer aspecto, la ley establece, genéricamente, que es competencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en sus diversos ámbitos, la instauración y desarrollo de procesos administrativos para averiguar actos de corrupción; sin embargo, no prevé mecanismos de coordinación de esta actividad que va a ser desarrollada comúnmente por los tres poderes. La ley no determina nada sobre cómo se llevará a cabo la comunicación entre los diversos órganos y entidades del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ni cómo se resolverán situaciones en que más de un órgano o entidad instauren un proceso administrativo ante la misma empresa; la ley no establece si, en estas situaciones, los procesos deberán ser consolidados, si prevalecerá aquel proceso que se instaure primero o si existirá una jerarquía entre tales órganos y entidades. Conforme reiterado, si no hay una regulación adecuada, existe un gran riesgo de que, debido a la competencia descentralizada de las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, las empresas tengan que hacer frente a fuertes multas en diversos ámbitos del poder público, así como estar sujetas a presiones e intentos de chantajes para evitar la aplicación de esas sanciones, lo que será una nueva modalidad de corrupción producida por la propia Ley de la Empresa Limpia.

En el segundo aspecto, la ausencia de confidencialidad e inmunidad, en el ámbito civil y penal, para el denunciante de los actos de corrupción frustra cualquier posibilidad de celebración de acuerdos de indulgencia en el ámbito de la Ley Anticorrupción. No hay incentivos reales, concretos y efectivos para que una parte reconozca la autoría de tales actos de corrupción –conforme exigido por el artículo 16, §1.º, inciso III de la Ley Anticorrupción– a cambio del beneficio de la reducción de las sanciones administrativas allí previstas. A pesar de verse favorecida con la reducción de las sanciones administrativas, la empresa denunciante involucrada podrá ver su identidad revelada al público de forma prematura; razón por la que corre el riesgo de sufrir efectos de presiones y especulaciones extremadamente maléficas, antes incluso de la conclusión de las investigaciones por la autoridad competente, tal como se ha verificado en el caso reciente en el que ha estado involucrada la multinacional Siemens integrante del cártel del metro de São Paulo. Adicionalmente, al asumir oficialmente la práctica de actos de corrupción, proporcionando una serie de documentos e informaciones que comprueben que se han llevado a cabo tales actos, la empresa denunciante proporcionará a las autoridades públicas un dossier completo que, en el futuro, podrá ser utilizado, judicialmente, en los ámbitos civil y penal, ante la propia empresa. Es decir: tal como está previsto en la Ley de la Empresa Limpia, el acuerdo de indulgencia se convertirá en un instrumento de dudosa utilidad práctica, frustrándose el propósito fundamental de ese dispositivo legal de facilitar la identificación y responsabilidad de empresas corruptoras en el país.