

KLAUS TIEDEMANN

Catedrático de Derecho Penal y de Criminología y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia.

Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales*

(*) Conferencia pronunciada por el profesor Tiedemann en la Universidad de Santiago de Compostela el 13 de octubre de 1982.

INTRODUCCION

1. El objetivo y el punto de partida del debate mundial económico, jurídico y ético en relación con las actividades de las empresas transnacionales (ETNs) y con el control que sobre ellas ejercen las autoridades nacionales no es ciertamente la ley penal. Los medios administrativos y los códigos de conducta impuestos voluntariamente van muy por delante de las estrategias y tendencias internacionales para mejorar el control de las ETNs. En los países en vías de desarrollo los procedimientos penales contra sus representantes son especialmente raros. Por otra parte, el interés en la delincuencia de tipo económico y en el ámbito de los negocios se ha incrementado considerablemente en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional. El caso Watergate en los Estados Unidos de Norteamérica, el comportamiento de las ETNs en la América Latina y el sureste de Asia, así como los escándalos de corrupción de la Lockheed y Exxon en Japón, Italia y los Países Bajos han creado una amplia conciencia pública sobre el aspecto jurídico penal del abuso del poder económico. Por lo tanto, no fue sino consecuencia de ésto el que la Organización de las Naciones Unidas considerara este tema en su programa a largo plazo y lo estimó argumento importante en el Congreso de 1980 sobre la Preven-

ción del Crimen y Tratamiento del Delincuente. Además de ésto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) instituyó un comité que elaboró un proyecto de Acuerdo Internacional sobre Pagos Ilícitos, en el que se obliga a cada Estado contratante a sancionar la aceptación de soborno por parte de un funcionario público en relación con una transacción comercial internacional.

2. Sobre este trasfondo de interés internacional acerca del crimen y de la delincuencia en los negocios internacionales, pretendo esbozar una descripción de los aspectos penales y criminológicos de las actividades de las ETNs, buscando la delincuencia *específica* de esas corporaciones y las medidas penales para combatirla. Este interés actual por el recurso al Derecho penal —junto con la reforma de las normas mercantiles y administrativas, presupuesto de la intervención de aquél— no viene determinado únicamente por las numerosas y graves acusaciones contra las ETNs de haber cometido delitos, especialmente en países en vías de desarrollo, acusaciones que se vieron confirmadas en el Congreso de la ONU celebrado en Caracas en 1980. Se trata también de que el Derecho penal es la expresión más intensa de la soberanía nacional, y el incrementar la intervención penal significa también restaurar la soberanía nacional de aquellos países que son víctimas de las actividades nocivas de las ETNs.

3. En la primera parte de esta conferencia, hablaré de la *corrupción* y otras prácticas dudosas dirigidas también a influir sobre las decisiones gubernamentales de los países penetrados. La segunda parte tratará de las *prácticas restrictivas de la competencia*. En la tercera parte, disertaré sobre la *evasión de impuestos* y

otros fenómenos de fraude a la hacienda pública. Para terminar, les presentaré algunas observaciones sobre las infracciones contra normas de protección del consumidor y del ambiente, y también sobre el punto de si las empresas *grandes* son más criminógenas que las pequeñas y medianas. —No voy a retomar la amplia exposición de *definir* las ETNs. Para evitar la exclusión de importantes aspectos del fenómeno, y como hipótesis preliminar de trabajo, definiré a las ETNs en sentido amplio como aquellas empresas que dependen de inversión directa en cuando menos dos países. La definición de delito y de delincuencia tampoco debería ser demasiado estrecha para nuestros propósitos. Especialmente, no debería estar restringida a los límites formales del Derecho penal vigente. Se deberían incluir violaciones a la ley que se tratan de controlar mediante la acción penal, la civil o la administrativa.

Para ilustrar la importancia del rechazo de una concepción muy formal de “delito” y de “delincuencia” se puede mencionar que sólo el dos por ciento de las sanciones impuestas por los tribunales de los Estados Unidos a las compañías más grandes de ese país por violaciones a la ley son de naturaleza penal. La otra razón para requerir una definición amplia de “delito” es que la ley penal tradicional a menudo puede ser un instrumento demasiado inflexible o demasiado restringido por los precedentes para hacer frente a las realidades económicas y tecnológicas que cambian rápidamente en las organizaciones modernas.

LAS MANIFESTACIONES DE LA DELINCUENCIA Y SU VALORACION

4. Los fenómenos de la delincuencia de las ETNs

adoptan una amplia variedad de formas, y sus diversas valoraciones legales también cubren un vasto espectro. Las acciones de las que se acusa a las ETNs varían desde actos que constituyen delitos graves en la mayoría de los países, hasta actividades que, por ejemplo, en los países occidentales industrializados, se consideran como el resultado natural del sistema económico de competencia libre. Debido a esta diferencia de valoración y al enfoque de Derecho comparado que se aplica en esta conferencia, se debe repetir que el término "delincuencia" que aquí se usa incluye tanto el delito en el sentido propio, como las conductas indeseable y nociva. Sin embargo, ya que la legislación penal está hasta ahora estrictamente ligada a la soberanía nacional, existe el riesgo de que diferentes países traten y consideren las mismas acciones en forma diferente. Al pasar el tiempo, se debería introducir una mejor armonía mediante acuerdos internacionales como arma importante en la lucha contra la delincuencia económica transnacional e internacional.

a) Corrupción y otras prácticas ilegales dirigidas a influir sobre las decisiones gubernamentales de los países penetrados.

5. Algunos de los delitos de las ETNs que se mencionan más a menudo son los pagos ilícitos a funcionarios de los países penetrados y el soborno comercial en negocios extranjeros particulares. En el caso Lockheed mencionado, la Lockheed Aircraft Corporation, de acuerdo con su propia declaración, pagó un total de 22 millones de dólares a funcionarios extranjeros y a otras personas para promover las ventas de sus aviones. La magnitud del problema de corrupción aparentemente se ha vuelto primordial como

resultado del llamado programa “voluntario” de divulgación que instituyó la Comisión de valores e Intercambio de los Estados Unidos (SEC). Según el informe SEC, los pagos confirmados de las corporaciones con base en los Estados Unidos varían de cantidades triviales a pagos por millones de dólares. Generalmente se hicieron los pagos para asegurar una ventaja en la forma en que se aplica la ley en los países en los que se efectuaron los pagos, para garantizar la aprobación de un contrato proyectado, o para asegurarse el desempeño de las funciones que el funcionario está obligado a desarrollar sin pago alguno. Aunque parece que algunas industrias han efectuado más usualmente los pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros (especialmente industrias petroleras, farmacéuticas y de armamento), aparentemente los pagos ilícitos los han efectuado compañías involucradas en una amplia variedad de proyectos.

En relación con el tema anteriormente mencionado, acerca de la delincuencia específica de las ETNs, se debe indicar que la corrupción de un funcionario o empleado privado no es un fenómeno característico de las ETNs, sino que también lo cometen compañías domésticas y empresas extranjeras que tienen simples agencias de ventas en el país penetrado. La propia Lockheed no cae dentro de la definición común de las ETNs. La misma conclusión se aplica a otras prácticas ilegales de las ETNs relacionadas con el ejercicio de influencia sobre las decisiones gubernamentales de los países penetrados.

La actividad de la ITT en Chile es ciertamente una de las intervenciones más espectaculares de una empresa privada en la maquinaria gubernamental. Pero no se puede decir que el cabildeo remunerado y la influencia sobre el gobierno o las administraciones

sean fenómenos específicos de las ETNs. Sin embargo parece evidente que el poder de las grandes empresas multinacionales les da mayor influencia en relación con compañías nacionales más pequeñas, especialmente en los países en vías de desarrollo.

6. Es preciso destacar que la corrupción es ante todo un problema interno de cada país y no un problema internacional. La corrupción prolifera especialmente en medios en que el soborno y la venalidad constituyen ya una parte integrante de la vida social y económica, como ocurre en sistemas altamente burocratizados, entre los que pueden citarse algunos países socialistas de Europa oriental y muchos países en vías de desarrollo. Como es sabido, hay una serie de factores psicosociales que favorecen la corrupción, tales como la planificación y la centralización en la toma de decisiones, la mala situación económica y la pesada carga familiar de los funcionarios y personalidades del gobierno, a lo que se suma la falta de interés de los políticos por la estabilidad política y económica y por reformas profundas. Puesto que en muchos casos son los políticos mismos los que obtienen provecho del soborno, y, además, porque las consecuencias del descubrimiento de un escándalo de este tipo son totalmente incontrolables, hay un total desinterés por parte de los medios oficiales en iniciar indagaciones en este sentido, especialmente, en países con un alto grado de corrupción. De nada sirve en estos casos que se disponga de las herramientas jurídicas necesarias para llevar a cabo la persecución y hacer efectiva la responsabilidad de los culpables.

7. Además de las diferentes normativas nacionales que atañen a las donaciones a partidos políticos, al menos teóricamente, el cohecho de un funcionario se consi-

dera como un delito en la mayor parte de los países. Sin embargo, en la práctica y especialmente en los países en vías de desarrollo, tales conductas a menudo no se persiguen sino que se toleran. Además, muchos países industrializados en donde se aplica la ley con cierto rigor no castigan el soborno de un funcionario extranjero porque se opina que con ello se arriesgaría la competitividad y efectividad de su industria nacional. Sin embargo, el daño social de la corrupción no sólo afecta al estado cuyo funcionario es sobornado, sino también a la nación del sobornador, cuya política exterior y sistema competitivo se ven afectados y que perderá la confianza internacional en su industria. Los problemas políticos y las reacciones contra ciertas firmas estadounidenses en Irán, que anteriormente estaban sobornando funcionarios, ilustran el hecho de que el sistema democrático occidental puede irse a la ruina por prácticas corruptas de sus representantes en los países del Tercer Mundo.

El caso Lockheed también ha servido de incentivo para desarrollar una mejor colaboración jurídica internacional: Así los Estados Unidos han celebrado convenios internacionales con Japón e Italia, tendentes a permitir la presencia de funcionarios nacionales durante las investigaciones realizadas por un tribunal extranjero. Al hacer uso de esta posibilidad se ha tropezado en la práctica con algunas dificultades procesales, sobre todo en Japón, porque según el Derecho de este país resulta dudoso si pueden tener valor de prueba documental las declaraciones verificadas por escrito por empleados de la Lockheed ante tribunales norteamericanos. También en Italia se han suscitado problemas procesales parecidos. Sin embargo, tanto en Italia como en el propio Japón un considerable número de políticos de alto rango ha sido con-

denado en los últimos años por cohecho en relación con el escándalo de la Lockheed.

8. El problema de la corrupción en las relaciones de comercio internacional presenta la particularidad de ser el único caso de delincuencia económica susceptible de regulación exclusiva o primordialmente jurídico-penal, mediante una adecuada reforma. En los demás casos del Derecho económico nacional o internacional le cabe al Derecho penal un papel secundario, en tanto que ordenamiento meramente sancionador del ataque a bienes jurídicos garantizados por otras ramas del ordenamiento jurídico, de manera que las reformas en estas materias son ante todo de la competencia del Derecho económico y de la Política económica. Consecuencia de esta peculiaridad de la lucha contra la corrupción es que el Acuerdo relativo a esta materia, redactado por las Naciones Unidas, recomienda una serie de medidas propias del Derecho penal, tales como la punición por parte de las legislaciones nacionales del soborno mediante pago de gratificaciones en dinero. Este "código" de las Naciones Unidas fue motivado por la promulgación en Estados Unidos de la Foreign Corrupt Practices Act, de 1977, que establece penas para el soborno de funcionarios extranjeros y para las dádivas en dinero a partidos políticos o a candidatos políticos extranjeros. Esta nueva legislación penal reconoce como bien jurídico protegido solamente la economía nacional norteamericana, en razón de que el soborno en las relaciones económicas internacionales, si bien puede producir beneficios inmediatos, lleva a la larga a una alteración de la libre competencia y a poner en peligro la capacidad competitiva de las empresas norteamericanas en el mercado mundial. Con razón crítica Pedrazzi que la nueva legislación norteamericana

considere como objeto digno de protección jurídico-penal exclusivamente intereses norteamericanos, como son el prestigio y el buen éxito de la actividad comercial norteamericana, en tanto que a los intereses de terceros países se le otorga sólo una protección de hecho o muy indirecta. Coincidimos con Pedrazzi en poner en duda que lleguen algún día a ser realidad las aspiraciones de las Naciones Unidas en el sentido de que se incluya en los ordenamientos penales nacionales la protección contra la corrupción internacional en materia económica.

b) Prácticas restrictivas de la competencia.

9. Desde el punto de vista penal, son principalmente el reparto de mercados, las cuotas de producción y los convenios de precios lo que se ha de mencionar entre las prácticas restrictivas de las ETNs. Los medios que se usan para llevar a cabo estas prácticas clásicas concertadas incluyen decisiones acerca de las inversiones y el comercio internacional de mercancías, restricciones en las licencias de patentes y marcas registradas, aumentos comunes de precios, acuerdos en el incremento de los bajos precios de mercancías importadas a un precio doméstico superior, y obligaciones contractuales de no vender a menor precio que los principales productores en los mercados individuales. Por ejemplo, dentro del famoso monopolio de la quinina, 15 compañías impusieron aumentos del precio común en los mercados extranjeros e internos durante años mediante acuerdos en el precio, distribución del mercado y acuerdo en las cuotas, restricción en la producción de compañías individuales, compras conjuntas de materias primas y proscripción de cooperación a los no miembros en la producción o venta de productos deriva-

dos de la quinina. Ahora bien, en cuanto al tema de la delincuencia específica de las empresas transnacionales, se debe indicar una vez más que estas actividades monopolistas ilegales, aplicadas en forma colectiva, no son una característica específica de las ETNs. El informe EOOD de 1977 del Comité Expertos en Prácticas Restrictivas de la competencia enfatiza que, a excepción de los monopolios exportadores, en los que las ETNs juegan un papel importante pero que no es ilegal en el sentido estricto, la participación de las empresas transnacionales en actividades monopolistas ilegales parecen ser considerablemente menos frecuentes que los monopolios ilegales locales. Este resultado está en completa armonía con el número relativamente pequeño de ETNs que se encuentran involucradas en procedimientos penales o administrativos en Europa Occidental y especialmente en los países europeos, así como con los de la Comisión Resolutiva chilena, que establece que sólo del 15 al 20% de todos los procedimientos penales ocasionados por prácticas monopolistas ilegales son instituidos contra las ETNs (como Seagram, el productor de Whisky, ocasionado por acuerdos en la distribución del mercado tomados con los productores y distribuidores chilenos de Pisco).

10. No se puede encontrar un resultado idénticamente positivo o neutral para un segundo grupo de prácticas mercantiles restrictivas: el abuso del poder económico en su sentido estricto; especialmente la fijación de precios con tendencias destructivas mediante la inundación del mercado con productos a bajo precio, cláusulas de "compra atada", negativas de venta y otras formas de tratamiento discriminatorio, boicots, aumento del poder del monopolio mediante fusiones anticompetitivas, adquisiciones y apoderamien-

tos de competidores nacionales, así como negligencias en la transferencia de tecnología a los países en desarrollo y el hecho de no considerar otros intereses vitales de los países penetrados. Es verdad que éstos fenómenos de prácticas mercantiles restrictivas también son utilizados por las compañías nacionales, pero los diversos casos que describen los estudios de la UNCTAD y los grupos de trabajo de la ECOSOC, confirman el supuesto de que, al menos en los países menos desarrollados, la mayor fuerza económica que tienen las ETNs en comparación con muchas empresas nacionales, también conduce a un abuso más frecuente de este poder, y a un impacto más poderoso de las actividades mencionadas anteriormente. Además de los casos de descuentos discriminatorios de la Esso y la Renault, en la práctica penal de la Comisión Resolutiva Chilena, existen varios procedimientos impactantes del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) del Brasil contra las ETNs en las industrias hulleras y automovilísticas (también por prácticas discriminatorias contra competidores locales). Aunque las sentencias de la CADE todavía no son definitivas, esta experiencia demuestra que las actividades discriminatorias son típicas y específicas de las ETNs desde un punto de vista penal. Algunos procedimientos penales en contra de la United Brands Company, Commercial Solvent Corporation y General Motors Continental N.V. en la Comunidad Europea subrayan esta hipótesis que, sin embargo, suscita dificultades considerables ya que las prácticas discriminatorias se juzgan en forma bastante diferente en las distintas jurisdicciones. Por lo tanto, una ley común para la obtención de un veredicto es especialmente difícil en esta área.

La United Brands Company, poseedora de una cuo-

ta del 45% en el mercado bananero de la Comunidad Europea, había facturado a sus compradores de plátanos precios diferenciados. Puntos de referencia respecto de las diferencias de precios en los mercados parciales nacionales sólo se encontraron en la competencia existente. Aparte de ello, la United Brands prohibió a sus revendedores contractuales la venta del plátano todavía verde suministrado por ella, y como el maduro casi no era transportable, esta veda limitaba la actividad de los mayoristas abastecidos por la United Brands a una mera función de distribución, excluyendo así el comercio con otros mayoristas o con empresas maduradoras. Cuando un mayorista danés tomó parte en una campaña de propaganda en favor de una marca distinta de banano, la United Brands dispuso un embargo contra él. El mayorista danés sufrió por este embargo un perjuicio considerable, ya que por la "cláusula verde" de la United Brands Company le era prácticamente imposible conseguir una provisión substitutiva de plátanos. El Tribunal de la Comunidad Europea confirmó en lo esencial la resolución dictada en este caso por la Comisión de la CE, pero reduciendo el monto de la multa impuesta a 3.060.000 DM.

La Commercial Solvents Corporation (C.S.C.), con sede en Nueva York, tiene el monopolio mundial de la fabricación y venta de Aminobutanol, materia básica para la producción del remedio antituberculoso Etambutol. La C.S.C. introducía el Aminobutanol en el Mercado Común Europeo por intermedio de su filial italiana Instituto Chemoterápico Italiano (I.C.I.). En el Mercado Común producen Etambutol, aparte de la I.C.I., otras dos empresas: la Cyanamid Italia, una compañía subsidiaria de la American Cyanamid Company, y el Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A. (Zoja). Esta última

empresa era, desde el año 1966, cliente principal de I.C.I. para la compra de aminobutanol. —Habiendo C.S.C. tratado infructuosamente de incorporarse a Zoja mediante compra, suspendió I.C.I., por orden de C.S.C., el suministro de Aminobutanol a Zoja. A otras empresas a las que C.S.C. seguía suministrando sus productos, les prohibió venderlos para fines farmacéuticos. La Comisión de la CE entendió que esta negativa de venta por el grupo empresarial C.S.C./I.C.I. frente a Zoja, constituía una infracción del art. 86 del Convenio de Roma e impuso a dicho grupo, considerado como unidad económica, una multa de 720.000 DM. El Tribunal Europeo redujo posteriormente, por sentencia del 6 de marzo de 1974, el monto de la multa a 360.000 DM. Aparte de ello, la Comisión obligó al grupo C.S.C./I.C.I. a seguir suministrando sus productos a Zoja.

11. Se presentan problemas aún más específicos de las ETNs cuando las prácticas mercantiles restrictivas mencionadas anteriormente no se aplican entre distintos competidores o clientes, sino entre compañías matrices y afiliadas que pertenecen a la misma empresa transnacional. Entre las ETNs se produce a menudo la asignación del mercado y distribución del producto individuales, especialmente restricciones de exportación impuestas por la empresa matriz a filiales extranjeras, restricción a la producción y obligación de adquirir materias primas específicas. Frecuentemente, las compañías matrices usan los acuerdos para autorizar el uso de patentes como medio para regular las actividades de sus filiales. Una forma especial de prácticas restrictivas de negocios, que se basa en la relación de dependencia entre la matriz y sus filiales, y que sólo pueden aplicar las ETNs, es la manipulación de precios de transferencia en el co-

mercio intracorporativo de las ETNs. El suministro de bienes y servicios a un país en especial a precios menores al costo durante un cierto período, es el medio más común de reducir precios con fines nocivos para forzar a los competidores nacionales a que dejen el negocio. Sin embargo, se aplica más a menudo la manipulación de precios de transferencia, en el sentido contrario imponiendo precios más elevados que los precios de la competencia para justificar los precios más elevados de las filiales y para transferir las ganancias respectivas a la matriz. Como es de conocimiento público, durante 1968 y 1970 se ordenó en Colombia una investigación relativa a las licencias de importación de 17 empresas multinacionales. Los resultados de esta investigación pusieron de manifiesto que los precios cobrados por las empresas colombianas afiliadas a estos consorcios internacionales, excedían hasta en un 600% los precios del mercado mundial. Así por ejemplo, la empresa norteamericana Merck, Sharp & Dohme vendía a su filial colombiana el preparado hormonal "Dexamethason" a razón de 31.900 dólares por kilo, mientras que la misma empresa vendía este medicamento en Europa a 7.500 dólares por kilo. Algo similar ocurría con el sedante "Diazepán", del laboratorio Hoffmann-La Roche, que en Europa se vendía a 45 dólares por kilo, y en Colombia, en cambio, a 2.500 dólares. Esto explica que las marcas registradas "Librium" y "Valium", en cuya composición entra el diazepán, resultaban 65 veces más caras que en el mercado europeo. Cabe hacer notar, sin embargo, que ambos productos, o mejor dicho, la materia prima para su fabricación, fueron vendidos a la filial alemana de Hoffmann-La Roche a un precio 47 y 90 veces superior respectivamente al vigente en el mercado italiano, sin que la Comisión antimonopolios de Alemania Federal (Bundes-

kartellamt) haya podido comprobar una fijación abusiva de precios.

12. Para una evaluación jurídica de tales conductas resulta problemático precisar si las empresas multinacionales pueden ser obligadas a respetar los precios obtenidos con base en la libre competencia, en los negocios que realizan con empresas afiliadas a ellas (intra-corporate-trade), puesto que por tratarse de empresas asociadas no puede hablarse de competencia propiamente tal. A falta de una competencia externa, es decir, con empresas ajenas al consorcio, habría que recurrir al concepto de "competencia hipotética", de muy difícil aplicación en la práctica. En el ejemplo colombiano que hemos mencionado, hay que agregar que muchas industrias locales cobraban precios igualmente elevados. Mayores dificultades ofrece aún el alza abusiva de precios en el caso de transferencias de tecnología desde la empresa principal a las afiliadas o entre dos empresas afiliadas, ya que a menudo se carece de la posibilidad de una estimación comparativa, porque tampoco existen precios de competencia o de mercado.

Las posibilidades de solución jurídica son varias: la primera consiste en poner en relación el concepto de abuso con los costos de la empresa. Hay que tener presente, eso sí, que en un sistema de libre competencia el precio "justo" no siempre es el que cubre los gastos. La Comisión federal antimonopolios de Alemania (*Bundeskartellamt*) ha negado a la industria de subproductos del petróleo el derecho a fijar precios que permitan cubrir los gastos, pues según este organismo, los costos empresariales no proporcionan un criterio de Derecho positivo para verificar el abuso, sino que tienen una importancia puramente auxiliar como medio de prueba para la determinación del

“verdadero” precio de competencia. El *Bundeskartellamt* es de la opinión de que los precios de competencia deben obtenerse en base a una comparación de la formación de precios en mercados similares a nivel internacional y mundial.

Una segunda posibilidad de solución al problema del abuso estriba en imponer a las empresas más poderosas la obligación de probar que en la fijación de precios han tenido suficientemente en cuenta los intereses de la otra parte, conforme a un criterio de equidad. Esta inversión de la carga probatoria es admitida por un vasto sector de la doctrina alemana, a la que también se ha adherido el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*).

13. La dificultad mayor para el Derecho de la competencia surge del hecho de que las relaciones entre las empresas matrices y las filiales permanezcan exentas de la legislación de monopolios.

Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso denominado “Centrafarm” declaró que el Artículo 85 del Tratado de Roma no estaba relacionado con “acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenezcan a la misma firma y que tengan el papel de matriz y subsidiaria, si la tarea que se acomete forma una unidad económica dentro de la cual la filial no tiene auténtica libertad para determinar su curso de acción en el mercado, y si los acuerdos o prácticas están relacionados exclusivamente con la distribución interna del trabajo entre las empresas”. En contraste con esto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Estados Unidos vs. Timken Roller Bearing Co.* aceptó el hecho de que había habido conspiración intra-empresas en el área de comercio extranjero. La proposición de la UNCTAD, sin

embargo, pretende hacer un requisito el que las empresas que son diferentes desde el punto de vista legal, pero que conforman una sólo unidad económica con una organización central, deberían de considerarse como competidoras bajo la legislación contra las prácticas mercantiles restrictivas. Esta última proposición ciertamente va demasiado lejos. Sin embargo, se deberían admitir pasos cuidadosos dirigidos a la admisión de la idea de conspiración intra-corporaciones, cuando menos en aquellos casos en que las filiales si compiten una contra otra de facto o en donde la afiliación se basa en un bajo porcentaje de propiedad e influencia.

14. Las leyes —y especialmente las penales— que regulan la totalidad de estas prácticas mercantiles restrictivas en los países occidentales son muy parecidas, en cuanto a que prohíben las prácticas monopolistas clásicas (acuerdos en relación con precios, mercados, cuotas y ofertas al público) en los principales países industrializados. Sin embargo, existe una diferencia entre los sistemas legales que castigan estas ofensas monopolistas con sanciones penales (como en los Estados Unidos, Canadá, Francia y Japón) y los sistemas legales que castigan dichas prácticas restrictivas sólo como contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*), con multas administrativas (como en el sistema alemán y el de la Comunidad Europea). Se encuentran diferencias adicionales entre medidas nacionales para casos excepcionales aunque la mayor parte de las legislaciones permite monopolios de exportación, de manera que el mercado internacional está plagado de dichos monopolios de exportación que son formalmente legales y en consecuencia no punibles.

También existen diferencias en la valoración legal

existente del abuso del poder económico. En varios países de *Common Law* es punible el “monopolizar o intentar monopolizar”, mientras que los sistemas legales de la Europa Continental colocan un mayor énfasis en el abuso del poder monopolista. Sin embargo, es difícil establecer la noción de abuso especialmente si de hecho falta la competencia. La prueba de culpabilidad delictiva es aún más difícil, por lo que, por ejemplo, la Comisión Antimonopolios alemana durante 25 años de actividad, no pudo finalizar un sólo caso de abuso del poder dominante del mercado. A nivel de comercio internacional, además de las dificultades de Derecho sustantivo para determinar lo que debe entenderse por abuso del poder y por precio justo, están también las de naturaleza procesal, que derivan de la insuficiente colaboración jurídica internacional de carácter oficial. Esta falta de colaboración internacional aparece claramente en el siguiente caso: la Comisión antimonopolios alemana (*Bundeskartellamt*), que había incoado proceso contra empresas afiliadas a consorcios internacionales de subproductos del petróleo por un alza de precios supuestamente abusiva, se vio obligada a sobreeser el proceso debido a que no fue posible obtener de la empresa principal las informaciones necesarias para el cálculo del precio, y las filiales alemanas afirmaban por su parte que no les era posible tener acceso a esas informaciones.

15. En general, el sistema económico occidental se basa en el principio de que los competidores se aventajan unos a otros y sólo se castiga el empleo de métodos dolosos o desleales. Pero la verdad es que tal sistema no conviene a los países en vía de desarrollo. Así, pues, una valoración común sobre el carácter ilícito de la conducta anómala se torna imposible.

Algunos países en vías de desarrollo enfocan re-

cientemente el tema no desde la perspectiva de la competencia sino principalmente desde la perspectiva de costos y beneficios de la inversión extranjera. Este enfoque es ciertamente apropiado para manejar el control de precios y exportación así como el control de importación, especialmente en vistas del problema de los impuestos de las ETNs que trataremos a continuación.

c) Fraude fiscal y otros fenómenos que afectan las finanzas públicas.

16. Entre las actividades de las ETNs, el fraude a las finanzas públicas es un punto de interés importante en los países en vías de desarrollo, especialmente en relación con el fraude fiscal. El principal *modus operandi* para llegar al fraude, así como a la evasión legal de impuestos que practican las ETNs, es el precio de transferencia ya mencionado anteriormente. Este término se refiere a los precios que se usan como base contable para registrar transacciones entre la matriz transnacional y la subsidiaria. Las dificultades para evaluar un precio de transferencia “justo” o “apropiado” de productos físicos, royalties, técnicas, investigación y desarrollo, y la tasa de interés que se paga en préstamos entre la matriz y las subsidiarias son incentivos especiales para que las ETNs transfieran ganancias a países que tienen impuestos bajos cargando precios artificialmente altos o bajos. Además, para lograr estos objetivos fiscales y llevar a cabo las prácticas mercantiles restrictivas descritas anteriormente, las ETNs también manipulan los precios de transferencia para lograr la transferencia ilegal de divisas extranjeras, reduciendo tarifas en los componentes que importan las filiales, y obteniendo ventaja de los movimientos esperados en el tipo de cambio

de los mercados de divisas. Estos son, sin lugar a dudas, fenómenos característicos y específicos de ETNs. Las querellas presentadas por el ministerio fiscal en el año 1981 en Francia por transferencia ilegal de oro y divisas contra empleados del Banco Parisbas ilustran este fenómeno, si bien este ha sido especialmente desencadenado por la política, de nacionalizaciones del gobierno de Mitterand.

Sin embargo, sólo existen unos cuantos estudios empíricos acerca de la amplitud de la manipulación de los precios de transferencia por parte de las ETNs, y la actividad de las simples compañías base ("base companies") se ha visto más y más contrarrestada mediante la legislación y tratados sobre doble imposición entre los países que tienen impuestos elevados.

17. La diferencia teórica entre el fraude fiscal y la evasión legal de impuestos mediante la manipulación de precios de transferencia, así como la dificultad de probar que se imponen precios de transferencia artificialmente altos, originan problemas tan tremendos que hacen imposibles los procedimientos penales.

El sistema más avanzado para manejar estos problemas respectivos es el sistema legal estadounidense. Los Estados Unidos, han promovido reglamentos detallados para determinar cuando se da un "precio algo separado" ficticio, que sería adecuado entre grupos no relacionados, mientras que los sistemas legales de Alemania y Francia aplican cláusulas generales. La mayoría de los países del Tercer y Cuarto Mundos generalmente no reconocen ni permiten la transferencia ilimitada de royalties a las matrices para la reducción de impuestos. Algunos gobiernos, como el del Brasil, han sustituido el sistema de impuestos sobre los ingresos de la corpora-

ción por la imposición de un devengo global para cada concreta ETNs. Debido a esta situación y a los efectos de algunos tratados sobre doble imposición, las ETNs se quejan de que pagan demasiados impuestos en comparación con empresas puramente nacionales. Debido a la falta de un trabajo sistemático y empírico acerca de la manipulación de los precios de transferencia, y a causa de que no existen principios aceptados generalmente en relación con las políticas de impuestos para las ETNs, no se puede decir aquí si las ETNs pagan una tasa de impuestos demasiado elevada o no. Solamente se podría llegar a una solución de esta cuestión y a una mejoría radical de los difíciles problemas fiscales de las ETNs, si se lograra una armonía entre los sistemas de impuestos de sociedades como en los últimos años se ha intentado dentro de los países europeos.

18. De cualquier forma, en los países en vías de desarrollo son casi desconocidos los procedimientos legales en contra de la ETNs o en contra de sus representantes, aunque en casos como los de Parke Davis, Mellor Combustion, Ford Motor y Rheinstahl-Hanomag en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en Argentina se establece bastante claramente el hecho del fraude fiscal. Las autoridades fiscales están demasiado interesadas en la recaudación de dinero como para preocuparse de los procedimientos penales, que en su mayor parte consumen demasiado tiempo y al final arrojan resultados ínfimos o negativos. Sin embargo, esta actitud olvida el efecto evidente de que al no entablar procedimientos penales en claros casos de fraude fiscal, la autoridad de las instituciones nacionales se debilita a la larga paulatinamente.

Un ejemplo de la práctica fiscal europea, lo constituye el siguiente caso de la Shering Corporation norteamericana:

La Shering Corporation, para encauzar en Europa la venta de sus productos, había fundado la sociedad suiza "Essex Chemie". Esta, a su vez, constituyó en Francia dos sociedades filiales, las sociedades anónimas "Laboratoires Cétrane" y "Unilabo", que introducían desde Suiza, de marzo de 1963 a septiembre de 1964, la materia básica Fluphenazin, producida por la Shering Corporation. El precio de compra del Fluphenazin estaba aumentado en forma excesiva, aproximadamente en un doble del precio corriente de mercado (aún teniendo en cuenta que Shering había cedido patentes y licencias a las dos subsidiarias francesas). Las comprobaciones oficiales de los precios se efectuaron, en particular, también sobre la base de que la empresa farmacéutica Olin Mathesen facturaba a su filial francesa Squibb por el Fluphenazin un precio de 6.20 o 7.44 dólares el gramo, mientras que Shering, o bien Essex Chemie, exigía a las empresas subsidiarias francesas el pago de 18 dólares. Los dos directores generales de las sociedades filiales francesas fueron condenados, con fecha 27 de noviembre de 1969, al pago de multas, aparte de sanciones fiscales y del decomiso correspondiente. La Corte de Casación, por sentencia del 10 de noviembre de 1970, desestimó el recurso interpuesto contra la condena. También, el objeto principal de la constitución de la empresa suiza Biobasal por la compañía francesa Promedica había sido el de encarecer artificialmente la materia básica Gammaglobulin, producida por Promedica, a fin de poder vender en Francia, con una ganancia mayor, el producto Histaglobin, fabricado a base de dicha materia. Los responsables

fueron condenados, en el año 1965, por la Cour d' Appel de París, a penas de prisión de corto plazo, con remisión condicional de la pena. Casos similares, que también han ocupado la Corte de Casación francesa, son los de la adquisición de Antazolin por la Société Ciba (Lyon) a la sociedad matriz Ciba (Suiza) contra pago de un precio artificialmente aumentado; el suministro de Acetyl-Digoxin por la sociedad suiza Sandoz a su empresa filial francesa, en París, también a un precio artificialmente recargado, y el de Geigy (París)/Boehringer (Ingelheim), relacionado con el otorgamiento de licencia sobre Persantin, un producto de Boehringer.

19. Los otros fenómenos que dañan las finanzas públicas como los delitos en relación con el reglamento de importación y exportación, especialmente la obligación de pagar aranceles aduaneros, la transferencia ilegal de divisas extranjeras y la obtención fraudulenta de subsidios, especialmente subsidio a la exportación, son, cuando menos en teoría, más fáciles de enjuiciar. Sin embargo, la regulación de las transferencias de divisas extranjeras difiere mucho en los diversos países. Muchos, especialmente aquellos con un desequilibrio en la balanza de pagos, castigan con sanciones penales elevadas las infracciones en materia de control de cambios. Otros sistemas, como el alemán, se basan en la libertad de cambios, e incluyen sólo algunas obligaciones para las empresas de registrar las operaciones. La infracción sólo se castiga como "*Ordnungswidrigkeit*", con multas administrativas. Estas contravenciones las cometen más o menos en igual número las ETNs y las empresas puramente nacionales que tienen conexiones comerciales fuera del país y que, por lo tanto, no se tratan aquí en mayor detalle. No obstante, en octubre de 1981, bancos alemanes hicieron pú-

blicas sus sospechas de que numerosas empresas transnacionales en los últimos tiempos realizan negocios bancarios sin conexión con transacciones reales de mercancías para obtener beneficios con la especulación de divisas.

d) Infracciones contra normas de protección del medio ambiente de los consumidores y de los trabajadores.

20. Una diferencia similar, y aún mayor, entre las legislaciones nacionales, como se mencionó en el caso de la valoración de transferencia ilegal de divisas extranjeras, es la que se constata en varias conductas de las que se acusa a la ETNs. Se acusa a las ETNs de eludir el cumplimiento de las normas que en su país de origen otorgan una elevada protección al medio ambiente, a los consumidores y a los trabajadores, al transferir ciertas técnicas de producción e industrias a países que cuentan con una legislación más indulgente. Por ejemplo, en el famoso caso italiano de "Seveso", existe la sospecha de que la peligrosa técnica de producción que usó la filial italiana de la compañía suiza Hoffmann-La Roche, no se podría haber llevado a cabo en la misma forma, ni con los mismos bajos controles de seguridad, en Suiza. En América Latina, muchas ETNs están también acusadas de importar, producir y vender productos, y especialmente fármacos, que están prohibidos en sus países de origen debido a los posibles daños que podrían causar a la salud ("industrias de desecho").

21. Es cierto que actividades mencionadas sólo las pueden practicar las ETNs, pero mientras que estas compañías acaten las disposiciones de protección del ambiente, de los consumidores y de los trabajadores

de los países penetrados respectivos y mientras no existen prohibiciones nacionales o normas internacionales contra estas actividades, tales acciones no se pueden juzgar como delictivas (con excepción de aquellos casos en los que se pueden probar daños a la salud). Especialmente, las diferencias en las legislaciones nacionales en cuanto a la contaminación establecen en forma clara que el problema de la protección de la seguridad individual es diferente en relación con la densidad de la población y el grado al que ha llegado la contaminación. No es posible la prohibición total de cada acto de contaminación aun en países grandemente contaminados. Por otra parte, los daños de contaminación en su mayor parte visibles, hacen el enjuiciamiento penal de los hechos más graves relativamente fácil. Las cosas se vuelven más difíciles cuando los daños son el resultado de actos acumulativos de muchas empresas.

CONCLUSIONES

22. Como conclusión preliminar de esta conferencia se puede decir que el papel de la ley penal en el proceso de control de las ETNs es relativamente pequeño hasta el momento. Desde muchos aspectos, es más necesaria e importante una reforma en el campo de la ley económica y administrativa que el recurso al Derecho penal. En donde se establezcan infracciones pertinentes en forma clara y con sanciones lo suficientemente graves, se debe poner en práctica el procedimiento penal.

23. Para terminar, algunas observaciones criminológicas sobre la cuestión de si las organizaciones grandes y especialmente las sociedades transnacionales son más

criminógenas que las pequeñas. Según los datos proporcionados por Clinard y Yeager, de 5.000 procesos judiciales y administrativos motivados por sospechas de comisión de un delito económico en los Estados Unidos, el 70% se refería a grandes empresas norteamericanas con un volumen de ventas superior a los mil millones de dólares. Una encuesta semejante no ha sido posible hasta ahora en Europa occidental, o por lo menos en Alemania Federal, a causa de la separación de competencias entre las autoridades administrativas y judiciales a nivel de los estados federados, de la federación y de la comunidad europea, al secreto oficial y a la protección especial del secreto de particulares en lo relativo a gastos y comercio exterior, siendo estos últimos factores los que ofrecen las mayores dificultades.

El panorama general que ofrece la delincuencia en materia económica, especialmente en lo que se refiere a monopolios, evasión tributaria y de contrabando en Alemania Federal y en Francia, muestra que las grandes empresas internacionales sólo rara vez se ven envueltas en procedimientos administrativos o judiciales. La explicación de este hecho paradójico parece radicar en que la obligación de publicidad, la actitud alerta de la prensa económica y de la opinión pública, la revisión obligatoria del balance anual, la inspección en materia impositiva y los demás mecanismos de control institucionalizado resultan eficaces en la lucha contra la delincuencia económica de las grandes empresas. Lo cual no obsta, naturalmente, a que estas empresas traten de eludir la ley valiéndose de medios dudosos que se encuentran en el umbral de la delincuencia.

Este resultado provisional a que hemos llegado no debe interpretarse en el sentido de que el comporta-

miento de las grandes empresas multinacionales de Europa occidental en los países en vías de desarrollo sea siempre correcto. Los estudios realizados por la ECOSOC y la UNCTAD muestran que la actitud de las grandes empresas en estos países se caracteriza principalmente, no tanto por la criminalidad propiamente tal, sino más bien por el aprovechamiento de las diferencias y de los vacíos en el sistema legal y económico del respectivo país, así como de la falta de normas internacionales uniformes, moviéndose de este modo en esa nebulosa zona entre lo jurídicamente ilícito, lo conforme a Derecho y lo inmoral.

BIBLIOGRAFIA

- Aftalión: *Monopolios y Sociedades Multinaciones*, Buenos Aires 1970.
- Aimone Gibson: *Derecho Económico Internacional*, Valparaíso 1980.
- Alconada Aramburú: *El Caso Swift-Deltec*, Buenos Aires 1973.
- Blair: *Das internationale Chininkartell*, in: Barnikel (ed.), *Theorie und Praxis der Kartelle*, Darmstadt 1972, págs. 462 y ss.
- Clinard y Yeager: *Corporate Crime*, Nueva York y London 1980.
- De Brie et al.: *R... comme racket pétrolier*, Paris 1976.
- Delmas-Marty y Tiedemann: *La Criminalité, le Droit Pénal et les Multinationales*, La Semaine Juridique (Juris-Classeur Périodique) 1979, I, 2935.
- Grossfeld: *Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts*, Reinbek/Hamburg 1975.
- Immenga y Mestmäcker (ed.): *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Kommentar), Munich 1981.
- Joliet: *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, La Haye 1970.
- Möschel: *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen 1974.
- Newfarmer: *The International Market Power of Transnational Corporations-A Case Study of the Electrical Industry*, UNCTAD 1978.
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD): *Collusive Tendering*, Paris 1976.

- Ortúzar Latapiat (ed.): *Ley Antimonopolios - Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva 1974-1977*, Santiago de Chile 1978.
- Pearce: *Crimes of the Powerful: Marxism, Crime and Deviance*, London 1976.
- Sampson: *Les Sept Soeurs*, Paris 1976.
- Simonnot: *Le Complot Pétrolier*, Paris 1976.
- Tiedemann: *Antitrust Law and Criminal Law Policy in Western Europe*, in: Leigh (ed.), *Economic Crime in Europe*, London 1980, págs. 39 y ss.
- : *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1976 (traducción española Bogotá 1982).
- (ed.): *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1980.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD): *Restrictive Business Practices in Relation to the Trade and Development of Developing Countries* (Report), 1974.
- : *Dominant Positions of Market Power of Transnational Corporations: Use of the Transfer Pricing Mechanism* (Study by the UNCTAD Secretariat), 1977.
- White: *El Derecho Económico en América Latina*, México 1976.
- : *Recent Developments in the Control of Restrictive Business Practices in Latin America*, UNCTAD 1978.