

BUENAS PRÁCTICAS DE GOBIERNO EN ARGENTINA

Área Técnica

2. Contabilidad Social Y Ambiental

2.3. Efectos contables de la responsabilidad social y ambiental de las organizaciones, en general y en las actividades con impacto significativo, en especial.

Autor: Paula A. D'Onofrio

Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas. Profesora interina Asociada a cargo de cátedra.
Profesora Adjunta regular. Antigüedad 18 años

Correo Electrónico: Pdonofrio1@gmail.com

RESUMEN

Las situaciones de corrupción se dan en diversos ámbitos y generan grandes perjuicios económicos a las organizaciones, sus empleados y sus accionistas, ya sea de manera directa o mediante la pérdida de reputación.

El presente trabajo analiza las distintas iniciativas legales en nuestro país orientadas a generar mayor transparencia en el gobierno de las organizaciones y en toda su estructura.

De manera sintética se abordan también algunas iniciativas voluntarias que se alinean a esta temática.

PALABRAS CLAVES: Compliance, Buenas Prácticas, Corrupción, Transparencia”

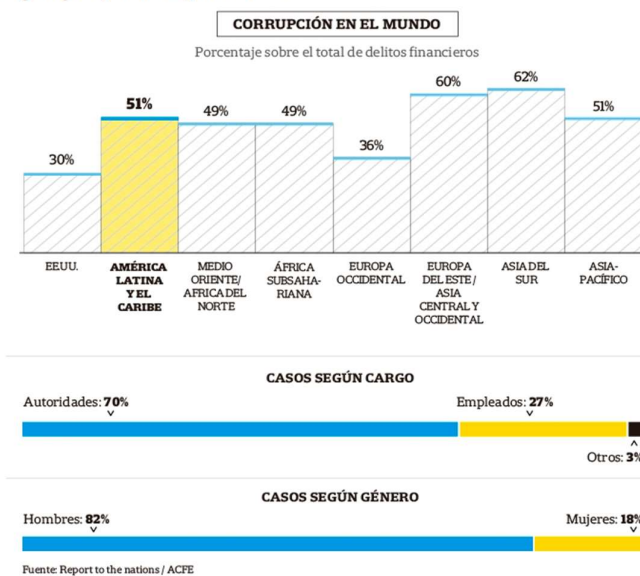
INTRODUCCION

Las situaciones de corrupción se dan en diversos ámbitos y generan grandes perjuicios económicos a las organizaciones, sus empleados y sus accionistas, ya sea de manera directa o mediante la pérdida de reputación. Varias regulaciones de tipo voluntario lo han abordado intentando generar indicadores para favorecer su seguimiento.

Existen leyes, regulaciones voluntarias, recomendaciones y políticas de buenas prácticas pero parecen no ser suficientes para frenar este flagelo, tal vez porque estas, por sí misma, no pueden transformar a nadie en un ser íntegro y transparente.

Según un artículo publicado en el diario de la Nación (Urien, 2018) en América Latina y El Caribe el 51% de los delitos financieros son relacionados con corrupción, siendo la mayoría identificados con los cargos directivos, en un 82% hombres.

Hay leyes, falta aplicarlas



Fuente: <https://www.lanacion.com.ar/2137870-lucha-anticorrupcion-en-la-region-muchas-normas-poca-transparencia>

Podríamos preguntarnos de qué hablamos cuando hablamos de corrupción. En Transparencia Internacional se define a la corrupción como el abuso de poder confiado para beneficio privado, mientras que en el diccionario de la Real Academia Española una de las definiciones se refiere a "En las organizaciones, especialmente en las públicas, es la práctica consistente en la utilización de las funciones y medid de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores."

Las formas en que se asume la corrupción son variadas, incluida la evasión fiscal. Los siguientes ejemplos no pretenden ser una lista taxativa:

- Soborno: dar dinero o regalos a alguien para conseguir algo de forma ilícita.
- Conflicto de intereses: un conflicto de interés ocurre cuando una persona (director, empleado o tercero relacionado) o entidad incumple un deber que le compete con la organización, en beneficio de otro interés.
- Colusión: Pacto ilícito en daño de tercero. Si bien puede tomar varias formas, las más comunes son los acuerdos conspiratorios de precios o los acuerdos licitatorios predefinidos.

- Patrocinio: se refiere a favorecer una opción sobre la base de contactos, independientemente de las calificaciones, mérito, o derecho.
- Acceso a información privilegiada

Sin embargo, el problema ha sido asumido por normativas legales, regulaciones y recomendaciones tanto a nivel local como internacional que parecen no dar los resultados esperados, tal vez la respuesta esté en las palabras de Regner (Durrieu & Sacconi Directores, mayo 2018, pág. 222)

“Crear que la mera existencia de un sistema de leyes y políticas, por avanzadas y completas que sean, podrá por sí mismo generar conductas y culturas es, cuando menos, inocente. El ser humano requiere de pautas para su vida en comunidad, es cierto, pero siempre será un ser social y estará influenciado por su entorno y esquema de formación, cual sea. Ninguna regulación podrá, por sí misma, transformar a nadie en un ser íntegro, honesto, transparente y confiable que sigue “los más altos estándares” como patrón de vida.”

En el presente artículo haremos un breve análisis sobre las buenas prácticas de gobierno en nuestro país y analizaremos la implicancia de la nueva Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas

EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL MERCADO DE CAPITALES EN ARGENTINA

El mercado de capitales en Argentina no se presenta como una opción confiable a la hora de buscar inversiones considerables dadas la alta volatilidad y falta de liquidez. Por otro lado, existe una variedad de fuertes empresas cotizantes que tienen estructuras de tipo familiar en donde predominan un claro grupo de control, lo que las hace poco atractivas a accionistas minoritarios. Debemos destacar también que las colocaciones de títulos resultan esporádicas y presentan una pequeña fracción del capital social de las compañías.

En nuestro país la Ley 19.550 (y sus modificatorias) es quien regula las sociedades comerciales y su organización. Esta abarca casi la totalidad de los aspectos organizacionales, pero no hay referencias a prácticas de gobierno corporativo hasta la sanción en el año 2001 del **Decreto 677/01**. Hay consenso también que el mismo decreto genera un avance en pos de un mercado de capital más seguro. El cambio implicó mejoras en la Comisión Nacional de Valores (en adelante CNV) dándoles independencia y generando mejoras en el rol de organismo de fiscalización y control.

Abrió el camino en la adopción de los principios de Gobierno Corporativo, estableciendo nuevas exigencias para las sociedades cotizadas. El mismo fue sancionado el 2 de mayo del 2001, por un decreto del Poder Ejecutivo nacional por delegación facultada por la Ley de Emergencia Económica 25.414. Si bien este decreto fue objeto de acciones judiciales tendientes a la declaración de su inconstitucionalidad, así como criticado por la delegación de facultades a la Comisión Nacional de Valores (CNV), es de público conocimiento su aporte a la doctrina de Gobierno Corporativo relacionada con los mercados de capitales.

Dentro de los considerandos del decreto se hacía referencia a la figura del “consumidor financiero” derivada del artículo 42 de la Constitución Nacional²³ y su necesaria protección, así

²³ Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los

como la necesidad de desarrollar un mercado de capitales que promueva la transparencia, la liquidez y la solvencia. En lo relativo a Gobierno corporativo, basándose en antecedentes internacionales, hacía referencia a la necesidad de contar con un marco regulatorio que "consagre jurídicamente principios tales como los de "información plena" "transparencia", "eficiencia", "protección del público inversor", "trato igualitario entre inversores" y "protección de la estabilidad de las entidades e intermediarios financieros"" (Decreto 677, 2001).

En su artículo 8 establecía el deber de lealtad y diligencia de directores, administradores y fiscalizadores, comprometiéndose a hacer prevalecer el interés social de la emisora y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés de los controlantes. De igual instaba a organizar e implementar sistemas y mecanismos (Artículo 10) preventivos de protección del interés social, de modo de reducir el riesgo de conflicto de intereses, así como velar por la independencia de los auditores externos (Artículo 13).

En el Capítulo III hacía referencia a los auditores externos y al comité de Auditoría, determinando que los contadores que auditen empresas que hacían oferta pública de sus valores debían presentar previamente una declaración jurada informando las sanciones de las que hubieran sido pasibles, sean de índole penal, administrativa o profesional. Por su parte la asamblea ordinaria de accionistas, en ocasión de la aprobación de los estados contables, designaría para desempeñar las funciones de auditoría externa correspondiente al nuevo ejercicio a contadores públicos matriculados independientes.

Con respecto al Comité de auditoría el mismo estaba constituido con tres o más miembros del directorio, y cuya mayoría deberá necesariamente investir la condición de independiente. En general esta figura ha sido diseñada para funcionar junto con el "Comité de Nombramiento" y el "Comité de Retribución"; sin embargo, la norma que estamos analizando no instituye estos Comités sino solamente el de Auditoría. Por otra parte, conforme ha señalado la doctrina, muchas de las tareas asignadas por el decreto al "Comité de Auditoría" podrían ser perfectamente desempeñadas por la Sindicatura o si se optare por el Consejo de Vigilancia, por lo cual la presencia de este comité rompería el equilibrio dispuesto por la Ley de sociedades.

La crisis del 2001 provocó un impacto económico y social que dio de pleno en la confianza en general, por lo que los mercados no fueron ajenos a esta situación. Otros autores (Salvochea, 2016) mencionan también la derogación del sistema de capitalización jubilatorio por la Ley 26.425, como otro de los factores claves que frenó el crecimiento del mercado.

La **resolución 606/12** de la Comisión Nacional de Valores, modifica la 516/07 y aprueba como contenidos mínimos del Código de Gobierno Societario, y requiere explicar en forma anual el cumplimiento total o parcial, o el incumplimiento de previsiones vinculadas con los temas contemplados en el mismo. Alcanza a las sociedades que se encuentren en el régimen de oferta pública de sus valores negociables, y a aquellas que soliciten autorización para ingresar al régimen de oferta pública a excepción de las que califiquen como Pequeñas y Medianas Empresas de acuerdo a las disposiciones de la CNV. En el anexo IV establece los siguientes principios y recomendaciones, del que luego se presentan las respuestas a cada recomendación:

PRINCIPIO I. TRANSPARENTAR LA RELACIÓN ENTRE LA EMISORA, EL GRUPO ECONÓMICO QUE ENCABEZA Y/O INTEGRA Y SUS PARTES RELACIONADAS

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación I.1: Garantizar la divulgación por parte del Órgano de Administración de políticas aplicables a la relación de la Emisora con el grupo económico que encabeza y/o integra y con sus partes relacionadas.

Recomendación I.2: Asegurar la existencia de mecanismos preventivos de conflictos de interés.

Recomendación I.3: Prevenir el uso indebido de información privilegiada.

marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

PRINCIPIO II. SENTAR LAS BASES PARA UNA SÓLIDA ADMINISTRACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA EMISORA

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación II. 1: Garantizar que el Órgano de Administración asuma la administración y supervisión de la Emisora y su orientación estratégica.

Recomendación II.2: Asegurar un efectivo Control de la Gestión de la Emisora.

Recomendación II.3: Dar a conocer el proceso de evaluación del desempeño del Órgano de Administración y su impacto.

Recomendación II.4: Que el número de miembros externos e independientes constituyan una proporción significativa en el Órgano de Administración de la Emisora.

Recomendación II.5: Comprometer a que existan normas y procedimientos inherentes a la selección y propuesta de miembros del Órgano de Administración y gerentes de primera línea de la Emisora.

Recomendación II.6: Evaluar la conveniencia de que miembros del Órgano de Administración y/o síndicos y/o consejeros de vigilancia desempeñen funciones en diversas Emisoras.

Recomendación II.7: Asegurar la Capacitación y Desarrollo de miembros del Órgano de Administración y gerentes de primera línea de la Emisora.

PRINCIPIO III. AVALAR UNA EFECTIVA POLÍTICA DE IDENTIFICACIÓN, MEDICIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DIVULGACIÓN DEL RIESGO EMPRESARIAL

En el marco para el gobierno societario:

Recomendación III: El Órgano de Administración debe contar con una política de gestión integral del riesgo empresarial y monitorea su adecuada implementación.

PRINCIPIO IV. SALVAGUARDAR LA INTEGRIDAD DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA CON AUDITORÍAS INDEPENDIENTES

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación IV: Garantizar la independencia y transparencia de las funciones que le son encomendadas al Comité de Auditoría y al Auditor Externo.

PRINCIPIO V. RESPETAR LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación V.1: Asegurar que los accionistas tengan acceso a la información de la Emisora.

Recomendación V.2: Promover la participación de todos los accionistas.

Recomendación V.3: Garantizar el principio de igualdad entre acción y voto.

Recomendación V.4: Establecer mecanismos de protección de todos los accionistas frente a las tomas de control.

Recomendación V.5: Alentar la dispersión accionaria de la Emisora.

Recomendación V.6: Asegurar que haya una política de dividendos transparente.

PRINCIPIO VI. MANTENER UN VÍNCULO DIRECTO Y RESPONSABLE CON LA COMUNIDAD

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación VI: Suministrar a la comunidad la revelación de las cuestiones relativas a la Emisora y un canal de comunicación directo con la empresa.

PRINCIPIO VII. REMUNERAR DE FORMA JUSTA Y RESPONSABLE

En el marco para el gobierno societario se debe:

Recomendación VII: Establecer claras políticas de remuneración de los miembros del Órgano de Administración y gerentes de primera línea de la Emisora, con especial atención a la consagración de limitaciones convencionales o estatutarias en función de la existencia o inexistencia de ganancias.

PRINCIPIO VIII. FOMENTAR LA ÉTICA EMPRESARIAL

En el marco para el gobierno societario se debe:

Recomendación VIII: Garantizar comportamientos éticos en la Emisora.

PRINCIPIO IX: PROFUNDIZAR EL ALCANCE DEL CÓDIGO

El marco para el gobierno societario debe:

Recomendación IX: Fomentar la inclusión de las previsiones que hacen a las buenas prácticas de buen gobierno en el Estatuto Social.

Ley 26.831. Ley de Mercado de Capitales, fue sancionada el 29 de noviembre de 2012 y promulgada el 27 de diciembre de 2012 y reglamentada por el decreto 1023/2013, de fecha 1/8/2013 y luego por la Resolución General CNV 622/2013. La nueva normativa deroga las disposiciones de la ley 17811 de oferta pública, las del decreto 677/2001 sobre “transparencia”, como así del decreto 652/1992 sobre calificadoras de riesgo.

Una de las principales modificaciones de la norma y, tal vez más controvertida, es que otorga a la CNV facultades muy amplias para supervisar, regular, inspeccionar, fiscalizar y sancionar tanto a los agentes autorizados como a las empresas cotizantes y la coloca en una posición de marcada dependencia al Poder Ejecutivo Nacional. En particular las mencionadas en el artículo 19 y 20 que podrían vulnerar el derecho de propiedad y la seguridad jurídica. Se elimina la autorregulación presente en las normas anteriores sujetándose el funcionamiento de los mercados a la CNV. La comisión mantiene el carácter de ente autárquico, integrando por 5 miembros designados por el Poder Ejecutivo Nacional.

Dentro del tema que nos preocupa la ley incorpora las particularidades del decreto 677/01 en materia de gobierno societario, pero debemos mencionar algunas particularidades:

- La CNV va a ejercer la policía societaria de todos los entes registrados en la misma, aun cuando no cuenten con autorización de oferta pública (Favier Dubois & Favier Dubois, 2013)
- Declaración de ineficacia administrativa sin sumario previo (artículo 19 inciso i)
- Intervención administrativa en las sociedades comerciales cotizantes (artículo 20): en función de esto la CNV puede solicitar informes y documentos, realizar investigaciones e inspecciones en las personas físicas y jurídicas sometidas a su fiscalización, cuando como resultados de relevamientos fueren vulnerados los intereses de los accionistas minoritarios y/o tenedores de títulos valores sujetos a oferta pública. Según la gravedad del perjuicio podrá designar veedores con facultad de veto de las resoluciones adoptadas por los órganos de administración de la entidad y separar a los órganos de administración de la entidad por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días hasta regularizar las deficiencias encontradas. Esta última medida podrá ser recurrida ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas
- La prescindencia optativa de la comisión fiscalizadora (artículo 79): si bien reitera la necesidad de que todos los miembros de la Comisión Fiscalizadora sean independientes, se podrá prescindir de la misma si tienen constituido un comité de auditoría. En este caso, los integrantes de ese comité tendrán las atribuciones y deberes que otorga el artículo 294 de la ley 19550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones. La decisión de eliminar la Comisión Fiscalizadora corresponde a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas que, en primera o segunda convocatoria, deberá contar con la presencia, como mínimo, de accionistas que representen el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones con derecho a voto.
- Las acciones de responsabilidad societaria: la acción de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 y sus modificaciones podrá ser ejercida por los accionistas en forma individual, para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio.
- Tribunal arbitral. Todos los mercados deberán contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente, al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores(artículo 46)
- Mantener las normas relativas a auditores externos que mencionara el decreto 677/01

En virtud de las atribuciones dadas por la norma mencionada anteriormente la Comisión Nacional de Valores aprueba la redacción dispuesta por la Resolución 622, publicada con

fecha 9 de setiembre de 2013 en el Boletín oficial la cual consta de 17 títulos y 709 páginas. Con respecto al Comité de Auditoría, además de las atribuciones y obligaciones que surgen del artículo 110 de la Ley N° 26.831, el Comité deberá revisar los planes de los auditores externos e internos y evaluar su desempeño, y emitir una opinión al respecto. Sección V artículo 18.

Por su parte el artículo 27 establece que los estudios de contadores públicos que presten servicios de auditoría externa a entidades con autorización para hacer oferta pública de sus valores negociables, deberán establecer y ejecutar un sistema de control de calidad que les permita conocer si sus integrantes y su personal cumplen con las normas profesionales, legales y reglamentarias que rigen esa actividad, y que los informes emitidos en relación con dichos servicios son acordes con el objetivo de la tarea encomendada.

Por su parte el controvertido artículo 28 establece determinados factores que podrían condicionar el cumplimiento del requisito de calidad en la prestación de los servicios de auditoría externa, pero el de rotación ha sufrido una gran crítica por parte de las organizaciones profesionales. El mismo establece que el período máximo en el cual un estudio podrá conducir las tareas de auditoría en una entidad con estas características, no deberá superar los tres años y los profesionales integrantes no podrán ejercer su tarea por un plazo superior a los DOS (2) años.

En el Título IV Régimen Informativo Periódico, Capítulo I Régimen informativo, sección I, establece que las entidades que se encuentren bajo el régimen de oferta pública de sus valores negociables, y las que soliciten autorización para ingresar al régimen de oferta pública, deberán remitir a la Comisión Nacional de Valores, con una periodicidad anual, salvo que se trate de Pequeñas y Medianas empresas (Artículo 1), la Memoria del órgano de administración sobre la gestión del ejercicio y como anexo separado, un informe sobre el grado de cumplimiento del Código de Gobierno Societario individualizado como Anexo IV del mencionado Título. En la misma, deberán informar acerca de su política ambiental o de sustentabilidad, incluyendo los principales indicadores de desempeño de la emisora, y en caso de no contar con tales políticas o indicadores, proporcionar una explicación de por qué los administradores de la emisora consideran que no son pertinentes para su negocio.

Los principios del Código de Gobierno Societarios los resumimos como sigue ya que coinciden con lo enunciado anteriormente:

“Principio I. Transparentar la relación entre la emisora, el grupo Económico que encabeza y/o integra y sus partes relacionadas

Principio II. Sentar las bases para una sólida administración y supervisión de la emisora

Principio III. Avalar una efectiva política de identificación, medición, administración y divulgación del riesgo empresarial.

Principio IV. Salvaguardar la integridad de la información financiera con auditorías independientes

Principio V. Respetar los derechos de los accionistas

Principio VI. Mantener un vínculo directo y responsable con la comunidad

Principio VII. Remunerar de forma justa y responsable

Principio VIII. Fomentar la ética empresarial

Principio IX. Profundizar el alcance del código” (Titulo IV, Anexo IV)

En el principio VI, se recomienda que la emisora informe si desarrolla un Balance social y Ambiental, con qué periodicidad, y si el mismo está auditado de forma independiente.

Ley de financiamiento productivo ley 27440. Titulo III Modificaciones a la ley 26.831 publicada en el Boletín Oficial 11 de mayo de 2018

La norma fundamentalmente da un impulso al financiamiento de las Pymes.

Las principales modificaciones que se relacionan con la ley de Mercado de Capitales 26.831 son:

- deroga el artículo 20 de la ley del mercado de capitales
- imposibilita a la CNV a designar veedores con poder de veto en los directorios de empresas que cotizaran en Bolsa (tan controvertido en la norma anterior)
- se refuerza la facultad del organismo para dictar normas y regulaciones para la transparencia, evitar conflictos de interés y mitigar situaciones de riesgo.

Con respecto a los Auditores y firmas de auditoría externas la CNV tomando como base el Artículo 108 de la Ley de Mercado de Capitales No 26.831, texto conforme artículo 85 de la Ley de Financiamiento Productivo N° 27.440, define que las mismas deben establecer y mantener un sistema de control de calidad propio que les proporcione una seguridad razonable de que la firma de auditoría y su personal cumplen con las normas profesionales, legales y reglamentarias aplicables.

LA LEY PENAL DE RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS

El Poder Ejecutivo en un intento de cumplir con el pedido de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en la lucha contra la corrupción y el soborno transnacional presenta el proyecto de Ley de Responsabilidad de Personas Jurídicas al Congreso de la Nación en octubre de 2016. La iniciativa fue redactada por la Oficina Anticorrupción (a cargo de Laura Alonso) y el Ministerio de Justicia con apoyo del Ministerio de Hacienda y Finanzas

El objetivo era generar incentivos para que las personas jurídicas previnieran la comisión de ciertos delitos mediante la implementación de programas de integridad cooperando con las autoridades. El proyecto se aprobó con modificaciones como Ley 27.401 el 8 de noviembre de 2017 y publicada en el Boletón Oficial el 1 de diciembre de 2017, el decreto reglamentario de la misma es el número 277/2018 del 6 de abril de ese año.

La norma establece un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas que sean de capital nacional o extranjero, pudiendo o no tener participación estatal en su capital que comentan alguno de los siguientes delitos:

- delitos de cohecho y tráfico de influencias (art. 258 y 258 bis del Cód. Penal);
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas (art. 265 del Cód. Penal);
- concusión (art. 268 del Cód. Penal);
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268.1 y 268.2) y
- balances e informes falsos agravados (art. 300 bis del Cód. Penal)

Estos delitos pueden ser cometidos según se menciona en su artículo 2, de forma directa o indirecta: a) con su intervención b) o es su nombre, interés o beneficio (27401, 2017)

Estos delitos de corrupción pueden ser cometidos por sus dependientes y terceros vinculados con la empresa. Esto equivale a decir que sean cometidos por sus administradores o representantes, o por intermediarios (proveedores, distribuidores) o socios de negocios. Lo antedicho no es un dato menor ya que obliga a aumentar los controles sobre los terceros que interactúan con el ente. Según Morales Oliver (Durrieu & Sacconi Directores, mayo 2018) un estudio de la OCDE muestra que en más del 75% de los casos son pagados por intermediarios.

Resulta necesario aclarar que la responsabilidad penal de los directivos surgiría si los mismos actúan de manera delictiva y no por el mero hecho de su condición de administrador, ya que muchas veces como mencionábamos existe la delegación de ciertas funciones.

El artículo 7 (27401, 2017) establece las siguientes penalidades:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Sin embargo, el artículo 8 genera desde nuestra perspectiva un sesgo de discrecionalidad al permitir a los jueves graduaciones de la pena en función de:

- el incumplimiento de reglas y procedimientos internos;
- la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito;
- la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes;
- la extensión del daño causado;
- el monto de dinero involucrado en la comisión del delito;
- el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica;
- la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna;
- el comportamiento posterior;
- la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia. Se entenderá que hay reincidencia cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior.

Del mismo modo establece que cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7.

Veremos que el artículo 9 da a los sistemas de Compliance una gran valoración ya establece que la persona jurídica puede quedar eximida de la pena y de su responsabilidad administrativa cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23²⁴ de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Del mismo modo el artículo 18 vuelve a mencionar la figura del compliance como condición de los acuerdos de colaboración.

En los apartados siguientes analizaremos con detalle las anteriores condiciones.

PROGRAMAS DE INTEGRIDAD Y COMPLIANCE EN LAS ORGANIZACIONES.

²⁴ Se analizan en el apartado siguiente

A fin de eximir o reducir su responsabilidad, resulta esencial que la entidad se organice de manera tal que pueda prevenir o reducir sus riesgos. Programa de integridad de la sociedad (enumerada en los arts. 22 y 23):

- exime de pena y responsabilidad administrativa (art. 9);
- atenúa la graduación de la sanción penal (art. 8);
- es una condición necesaria para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18); y
- es un requisito para ser proveedor del Estado Nacional para ciertas contrataciones (art. 24).

Analizaremos primero cuáles son los requisitos de dichos programas de acuerdo a los artículos 22 y 23 antes mencionados.

La ley determina que el programa “**deberá**” contener, “al menos”, los siguientes elementos:

- Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas para prevenir la comisión de los delitos bajo la ley 27.401.
- Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.
- Capacitaciones periódicas sobre el programa de *compliance* a directores, administradores y empleados.

Adicionalmente, la ley establece que el programa “**podrá**” contener los siguientes elementos:

- Análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad.
- Apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.
- Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos.
- Una política de protección de denunciantes contra represalias.
- Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta.
- Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.
- La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas.
- El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad.
- Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad.
- El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica.

Adicionalmente establece que deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica”.

Nos resulta muy arbitraria la clasificación propuesta por la norma entre el **deberá** y **podrá**. Por ejemplo, un buen programa de integridad requiere de la evaluación y revisión permanente de los riesgos, del mismo modo que la participación y compromiso de la Alta gerencia resulta imprescindible, tanto como el generar canales de denuncia anónima. Pero lo que más llama la atención es considerar que la persona jurídica puede elegir entre cumplir o no con las exigencias reglamentarias dictadas por autoridades de contralor.

La primera pregunta que podríamos hacernos es si estos programas de integridad y los sistemas de compliance son los mismo.

Los sistemas de compliance podríamos ubicarlos dentro de la Teoría de la Agencia y las buenas prácticas de gobierno corporativo, centrándolos en un enfoque mucho más legalista. La idea de los sistemas de integridad es que se relacionen con los distintos stakeholders y se ponderen los valores organizacionales más allá del deber ser del compliance.

Recordemos que las relaciones contractuales definidas en la Teoría de la Agencia y que se desarrollan entre principal y agente (entendiendo por tal al gerente que asume la administración a cambio de una remuneración ligada a los resultados que obtiene), fundamentan su problema en encontrar el contrato óptimo entre ambos, sabiendo que la información de que dispone el agente es mayor a la del principal y que además tiene la posibilidad de manipularla en función de su propio interés en lugar de orientarse al interés colectivo.

Pensamos que esto ha ido perfeccionándose y más allá de la buena administración por parte del ente y la búsqueda de la equidad entre los participantes, un buen sistema de integridad debería partir de la visión y misión de la organización, la cual debería reflejarse en un código de conducta y debería contar con los siguientes pasos (Durrieu & Sacconi Directores, mayo 2018, págs. Regner 212-213):

- *Políticas escritas* que demuestren un claro compromiso con las conductas éticas y transparente, de aquí se desprende el código de conducta.
- *Programas de entrenamiento* de esas políticas, asegurando que el universo de personas alcanzadas las conozcan
- *Mecanismos para evaluar riesgos*
- *Sistemas confidenciales y/o anónimos*
- *Procesos formales de disciplina*, cuando una investigación compruebe que una denuncia es cierta
- *Tone from the Top*: “Tono” que marque la Dirección de una empresa será el factor determinante para la generación de la cultura de una organización

Analizaremos cada uno de estos puntos:

- ***Políticas escritas que demuestren un claro compromiso con las conductas éticas y transparente, de aquí se desprende el código de conducta.***
- ***Programas de entrenamiento de esas políticas, asegurando que el universo de personas alcanzadas las conozcan***

Nosotros entendemos que ambos puntos deben ser llevados de manera conjunta, ya que la efectividad del primero es imposible sin una debida comunicación y concientización.

El objetivo de un código de conducta sería poder transmitir que la ética es una parte integral del negocio, que apunta a superar el mero cumplimiento de la ley, que es producto de un aprendizaje continuo inductivo y participativo de los distintos agentes de la organización. Es un elemento indispensable para quien genere un programa de integridad.

El mismo ha ido creciendo su función dentro de las organizaciones, a punto tal que en algunos casos pueden ser utilizados como justificativos de despidos con causa, las pautas mínimas que deberían tenerse en cuenta son:

- *Ser comprensible, didáctico y claro*
- *Alcance del mismo. ¿Es obligatorio para participantes internos y externos?*

- *Generar respuestas a principales problemáticas*
- *Establecer mecanismos de comunicación para los sujetos alcanzados*
- *Generar reglas que desalientan o prohíban las conductas no éticas*

Es de suma importancia establecer los mecanismos para que dicho código sea conocido por todos los participantes alcanzados en su definición, ya que es una realidad que en muchas organizaciones el mismo es casi un elemento declamativo que no es transmitido a los miembros de la organización. Como varios autores remarcan, es difícil imaginar un entrenamiento en ética, siendo que entrenar es adiestrar a una persona para una determinada práctica. En general el entrenamiento consiste en repetir una acción una y otra vez hasta lograr mecanizarla y perfeccionarla, ¿cómo lograr eso con la ética? Tal vez sea recomendable hablar de programas de educación, donde lo que se pretende es cambiar y consensuar conductas y la manera en que se dirimen dilemas éticos. (Durrieu & Saccani Directores, mayo 2018, págs. Regner 212-213)

- ***Mecanismos para evaluar riesgos***

La gestión de riesgos no es nueva en las organizaciones y mucho menos dentro de la función del contador dentro de la organización. El control interno siempre ha sido, en sus diversos alcances, el único mecanismo eficaz para minimizar los impactos negativos dentro de la misma. Ta vez lo novedoso radica en la visión de los riesgos a tener en consideración. Dentro de las nuevas temáticas en materia de control podemos mencionar:

- Anticorrupción / Anti-soborno
- Antimonopolio.
- Fraude / Delitos financieros.
- Protección al Consumidor y defensa de la competencia.
- Licencias y Permisos.
- Privacidad, protección y confidencialidad de datos.
- Cyber-seguridad.
- Relaciones laborales
- Seguridad de productos.
- Medioambiente.

Resulta interesante el cuestionario relacionado con los riesgos de compliance previsto por Domenech (Durrieu & Saccani Directores, mayo 2018, pág. 267) que nos da una idea de esta visión amplia de las nuevas buenas prácticas dentro de la organización:

- ¿Cuáles son los principales riesgos de ética y cumplimiento?
- ¿Qué cambios regulatorios y factores externos pueden afectar nuestro negocio?
- ¿Entendemos el impacto reputacional, operacional y financiero?
- ¿Estamos alineados con nuestras prioridades estratégicas y de negocios?
- ¿Qué tipo de fallas de cumplimiento crearían un riesgo de marca significativo o daño reputacional? ¿Dónde se originan esos eventos?
- ¿Cómo debe ser el diseño del programa de cumplimiento, la tecnología y los recursos necesarios?
- ¿Qué conocimiento existe de los planes de crecimiento (fusiones, adquisiciones, desarrollo de nuevos productos, nuevas geografías)?
- ¿Cómo se integra a los terceros relacionados en los planes de mitigación?
- ¿Cuál es el costo total de cumplimiento de la organización? ¿Se encuentra alineado con los principales riesgos identificados?
- ¿Cómo está posicionada la función de *compliance*?
- ¿Cuál es la responsabilidad del Directorio y la Alta Gerencia en caso de incumplimiento?
- ¿Cuán vulnerable es la organización hoy en día?

La posibilidad de que los delitos sean realizados por terceros contratados por la organización (artículo 2), también genera un nuevo desafío. Los terceros relacionados, que menciona la norma en su artículo 23 VI²⁵, son todas aquellas personas físicas y jurídicas que se vinculan con la organización, pero que no forman parte de la nómina o estructura de la misma, sus afiliadas ni subsidiarias. Podrían ser los agentes, representantes comerciales, intermediarios, socios de negocios, contratistas, distribuidores, operadores, entre otros que requieren se compruebe su integridad y trayectoria si actúan en nombre de la organización.

Será la misma organización en función del riesgo evaluado quien tiene que establecer el nivel de profundidad con el cual se analizará a cada uno, y en cuales circunstancias. Sin embargo, no siempre es suficiente la mera recolección de información sobre los terceros o el comprometerlos a seguir ciertos principios éticos. Es aconsejable la auditoría de cumplimiento del tercero o socio de negocio para evaluar el efectivo cumplimiento. Cuando se establecen las políticas de negocios entre las partes esta auditoría de cumplimiento, es un proceso que requerirá un acuerdo previo dentro de las condiciones del acuerdo de servicios.

- **Sistemas confidenciales y/o anónimos**
- **Procesos formales de disciplina, cuando una investigación compruebe que una denuncia es cierta**

El reciente informe de 2018 de la Asociación de Examinadores de Fraude Certificados (ACFE), el cual indica que el 49% de los fraudes de la región se detectan a través de información provista empleados o terceros, aumentando significativamente su detección cuando se establecen canales de denuncia.

En Argentina una encuesta realizada por KPMG en el año 2016 menciona que cuatro de cada 10 encuestados (44%) admitieron que en sus compañías hubo un hecho de fraude, y entre los que reconocieron dicha situación, el 70% confirmó haber tenido más de un caso y el rol de la línea de denuncias fue en el 19% de los casos fue el mecanismo de detección.

Comúnmente conocido como *whistleblowing*²⁶, usualmente se define como la exteriorización de prácticas ilegales, inmorales y/o ilegítimas que son cometidas por empleados de una organización hacia otras personas u organizaciones que son denunciadas por miembros de la organización.

Reportar un comportamiento inadecuado no siempre es bien tomado, en la mayoría de los casos lleva años probar estas situaciones. Las denuncias internas pueden dar lugar a corregir situaciones o al menos prevenir sus consecuencias, la exposición pública puede entenderse como una responsabilidad hacia la sociedad en su conjunto, un acto de lealtad hacia la sociedad, pero desde la perspectiva de la organización puede ser tomado como una traición.

²⁵ VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial

²⁶ El término tiene su origen en Inglaterra donde los policías “hacían sonar el silbato” ante situaciones de infracción, actualmente se utiliza para denuncias de actos ilegales en el ámbito de las empresas y el sector público.

Las situaciones de denuncias pueden tomar distintas formas. Una primera clasificación que puede hacerse es el uso formal o informal de mecanismos, otra si se trata de denuncias anónimas o identificadas y por último si las mismas son internas o externas.

Dentro de los mecanismos formales de revelaciones anónimas tenemos por ejemplo las líneas de denuncias, correos y sitios web que forman parte de los programas de compliance y las líneas telefónicas de igual sentido, pero para usuarios externos. Mientras que los mecanismos formales en donde se conoce la identidad pueden variar desde un reporte formal a los superiores hasta instancias judiciales. Las opciones de denuncias informales pueden variar desde notas anónimas, denuncias a terceros como medio de prensa, solicitadas, encuentros con miembros superiores.

Internamente esta lealtad ejercida por los miembros de una organización debe ser entendida como parte del proceso de compromiso con el código de conducta, la misión y los valores, y no un compromiso de lealtad a los superiores o con miembros específicos.

El armado de un programa específico debería contemplar para asegurar su funcionamiento y credibilidad:

- Definir los individuos cubiertos por el programa: miembros de la empresa, miembros de la dirección o incluir miembros externos
- Definir los requisitos para que un acto de whistleblowing sea definido como tal:
 - ✓ Motivación para prevenir daño innecesario
 - ✓ Utilizar los medios internos existentes para corregir el comportamiento problemático antes de la revelación pública
 - ✓ El whistleblowing debe tener pruebas suficientes para convencer a otras personas
 - ✓ Debe percibir que el acto indebido constituye un serio peligro
 - ✓ Debe actuar de acuerdo con sus responsabilidades para evitar y/o exponer violaciones a la moral
 - ✓ Debe tener una posibilidad razonable de ser exitosa
- Definir las vías para el whistleblowing: líneas telefónicas, e mail, correo tradicional y denuncias dejadas en sitios web, personas fuera de la organización, o una empresa especializada, comités de auditoría, etc.
- Asegurar la confidencialidad de las denuncias, si es que no son realizadas de manera anónima.
- Establecer un proceso de transparencia en el seguimiento y la celeridad de las acciones asociadas.
- Comunicar la política de whistleblowing adoptada a la organización, entendiendo que el whistleblowing interno es un mecanismo de control efectivo y constructivo, y un mecanismo de defensa frente a denuncias externas.

Hacemos énfasis en que gran parte de la credibilidad y confianza que una línea ética genere con sus empleados dependerá directamente de la investigación oportuna de las denuncias recibidas y en la celeridad que se de a la misma, además de la protección de los denunciantes.

Las líneas de transparencia han sido ponderadas por diversos marcos legales, por ejemplo:

- US Civil Service Reform 1978, revisada en 1998, ahora es el Whistleblower Protection Act.
- Ley Sarbanes Oxley 2002 en su sección 301 requiere que las empresas que coticen en bolsa deben contar con una Línea Ética.
- Federal Sentencing Guidelines 1991, requiere hotlines de ética
- Dodd-Frank Act 2011, regula la actividad financiera en EEUU. Otorga premios a individuos que revelan actos indebidos a la SEC (10% - 30% de la multa de la empresa tiene que pagar por encima del millón de dólares)

- Ley de Anticorrupción 12.846 de Brasil, del año 2013, que determina la implementación de un canal de comunicación que contribuya a la disminución de potenciales prácticas de corrupción, fraude o cualquier otra conducta irregular dentro de la compañía.
 - La ley 30.424 de Perú y la ley 1778 de Colombia. Ambas datan del año 2016 y proponen como forma de paliar a los actos de corrupción y soborno la elevación de los estándares de prevención y denuncia.
 - Chile con la ley 20.393 del año 2009, que además de establecer la responsabilidad penal para las personas jurídicas por los delitos de lavado de dinero, terrorismo y cohecho, motiva a las empresas a realizar los mayores esfuerzos por prevenir la ocurrencia de dichos ilícitos
- ***Tone from the Top*: “Tono” que marque la Dirección de una empresa será el factor determinante para la generación de la cultura de una organización**

Sostenemos que el “clima ético organizacional” a partir del convencimiento de la alta gerencia es lo único que garantizará el funcionamiento de estos sistemas. Sin un compromiso real los mismos se transformarían en un escudo ante situaciones de corrupción futura, situación que entendemos en promovida por la norma al dar tantos beneficios a la existencia de estos sistemas. Por supuesto que el compromiso de los mandos superiores producirá o debería producir por desborde la llegada a los mandos medios “tone from the Middle”.

Alguno de los elementos que deben estar presentes para garantizar este compromiso, resulta la generación de incentivos internos para su cumplimiento y, ante situaciones de violación de la conducta ética de alguno de los miembros de la organización, se debe dar una respuesta rápida y ejemplificadora. Es necesario también analizar la cadena de valor de la organización.

ACUERDOS DE COLABORACIÓN

Otro de los mecanismos previstos por la Ley de responsabilidad penal de personas jurídicas está dado por los acuerdos de colaboración.

ARTÍCULO 16.- Acuerdo de Colaboración Eficaz. La persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal podrán celebrar un acuerdo de colaboración eficaz, por medio del cual aquella se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, así como al cumplimiento de las condiciones que se establezcan en virtud de lo previsto en el artículo 18 de la presente ley.

El acuerdo de colaboración eficaz podrá celebrarse hasta la citación a juicio.

Hay que destacar algunas cuestiones de la información que se genera en el marco de dichos acuerdos. Una de ellas es la confidencialidad de la información suministrada hasta la aprobación del acuerdo. Si el acuerdo no se consumara, la información suministrada no puede ser utilizada contra la persona jurídica. Por otra parte, la celebración del acuerdo no implique reconocimiento de responsabilidad

ARTÍCULO 18.- Contenido del acuerdo. En el acuerdo se identificará el tipo de información, o datos a brindar o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal, bajo las siguientes condiciones:

a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7° inciso 1) de la presente ley;

- b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y
- c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso:
 - d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado;
 - e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad;
 - f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo;
 - g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

Debe realizarse por escrito contando con las firmas del representante legal de la persona jurídica, la de su defensor y del representante del Ministerio Público Fiscal. Una vez rubricado se presenta al juez para que evalúe su aprobación.

Algunos de los incisos anteriores resultan un tanto vacío de contenido. Mames (Mames, 2018, pág. 53) considera incluso que esto podría ser utilizado con el fin de burlar una condena judicial: “una hábil estrategia a trazar podría incluir el intento de acuerdo de colaboración, incluso autoincriminándose, a sabiendas de que con esas pruebas luego no serán utilizadas en caso de no llegar al acuerdo. Bastará con sabotear el propio acuerdo mediante la omisión de algunos de los vastos requisitos previstos por el artículo 18 de la ley para anular las pruebas que, de uno u otro modo, el propio Ministerio Público Fiscal hubiera conseguido.”

Transcurrido un plazo no mayor a un año si la información es verosímil y útil, la sentencia deberá respetar las condiciones del acuerdo, si se desestimara la información el proceso continuará bajo las reglas generales.

LA FIGURA DEL COMPLIANCE EN LAS ORGANIZACIONES

Esta figura existe en las organizaciones desde mucho antes de la existencia de una norma. Como mencionábamos anteriormente desde su relación con la Teoría de la Agencia y las buenas prácticas de gobierno que de forma voluntaria muchas organizaciones la fueron implementando.

Compliance, cumplimiento es la función que tienen las empresas u organizaciones para establecer los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo. Es una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones.

Hace referencia al riesgo de recibir sanciones por incumplimientos surgidos de obligaciones legales, regulatorias, o bien, voluntarias y, como consecuencia de esto, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas.

La organización es quien mediante la implementación de procedimientos adecuados determina las obligaciones de Compliance cuyo riesgo de incumplimiento prevendrá, detectará y gestionará la función de Compliance. Mediante el establecimiento de distintos programas se facilita la detección y gestión los riesgos de incumplimiento de las mencionadas obligaciones o bien, la mitigación de los riesgos de sanciones y las pérdidas que deriven de tales incumplimientos.

Cuando se identifican los riesgos de Compliance, es necesario realizar su análisis teniendo en cuenta las amenazas a las que se expone la organización, la probabilidad de que las se materialicen y las consecuencias que producirían. Estos riesgos se priorizarán en función de su relevancia y la amenaza que suponen.

Funciones de un departamento de cumplimiento:

- Asignar la prevención, detección y gestión de los riesgos a los que se enfrenta una empresa derivados del incumplimiento a uno o varios programas de Compliance, y asesorar sobre ellas.
- Diseñar e implementar controles para proteger a una empresa de esos riesgos.
- Generar la accesibilidad en la consulta de las normas y documentos que se deriven de las obligaciones de Compliance.
- Monitorear e informar sobre la eficacia de los controles en el manejo de una exposición de las empresas a riesgos.
- Resolver las dificultades de cumplimiento según se vayan dando.
- Asesorar a la empresa sobre las normas y los controles.
- Promover que el personal conozca deberes y expectativas depositas en él respecto de las obligaciones de Compliance que le afecta.

Además de lo enunciado la función de Compliance velará por integrar las obligaciones de Compliance dentro de los procesos de negocio de la organización, de manera que darles cumplimiento sea una parte más de los mismos, evitando que se constituyan solamente en formalidades o requisitos paralelos o adicionales. Del mismo modo fomentará que las políticas, procedimientos y controles ya existentes en la organización incluyan los contenidos apropiados para dar cumplimiento a las obligaciones.

Acompañando el desarrollo de estos departamentos se ha extendido la figura de los directores de cumplimiento²⁷ (Compliance officer, en inglés) que sería la persona responsable de supervisar y gestionar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento y qué según la jurisdicción puede tener una responsabilidad legal o penal y cuyas principales funciones son: la identificación de riesgos, analizar cambios estatuarios y reguladores, determinar medidas preventivas y correctivas, impartir formación a directivos y empleados para que conozcan y apliquen todas las normas y revisar periódicamente el funcionamiento de los procedimientos, así como la actualización de los mismos.

Es importante destacar que esta función debe estar dotada el órgano de administración de la organización de autonomía suficiente para desarrollar sus cometidos esenciales. A tales efectos se le delegarán facultades y competencias suficientes para desarrollar sus cometidos sin precisar autorización, manteniendo la objetividad, imparcialidad e independencia.

El órgano de administración de la organización se ocupará igualmente de dotar a la función de Compliance de la autoridad y legitimidad suficientes para que pueda recabar en cualquier momento la información tanto física como digital, o acceder a los registros y documentación que precise para el desarrollo de sus cometidos esenciales en el seno de la organización. También deberá contar con los recursos humanos y materiales necesarios para llevar adelante su tarea.

Dentro el organigrama de la organización esta función debe ocupar una posición que le otorgue capacidad para dirigirse de forma autónoma a otras áreas o funciones de la organización y garantice un acceso rápido, así como la comunicación fluida con el órgano de administración social y sus comités delegados. Si por alguna razón se requiriera la destitución del representante de la función de Compliance se precisará fundamentar por escrito los motivos correspondientes. Por otra parte, su retribución de las personas que integran la función de Compliance no podrá depender de los objetivos de negocios ni los resultados económicos de la organización, y deberá ser acorde a la relevancia de sus cometidos. (Asociación Argentina de Etica y Compliance, 2017)

²⁷ La función de Compliance puede desempeñarse tanto por un órgano unipersonal como colegiado o en varios responsables o equipo de Compliance. En cualquier caso, es una función interna de la organización.

El resultado de la función de Compliance a través de su máximo representante reportará de forma recurrente al órgano de administración de la organización, su comité delegado correspondiente y a la alta dirección los resultados relevantes derivados de la ejecución del Programa o de los Programas de Compliance que debe operar, de manera que aquel o aquellos se encuentren puntualmente informados de su marcha y puedan adoptar a tiempo las decisiones procedentes para la consecución de los objetivos establecidos. Reportarán sobre incidentes e irregularidades relacionadas con la ejecución del Programa o Programas de Compliance que debe operar, especialmente cuando supongan incumplimientos de las obligaciones.

La función de Compliance también se ocupará de mantener los archivos de documentación y registros electrónicos del Programa y de facilitar el acceso a la misma de las personas que estén legitimadas para ello.

Una investigación del Centro de Gobernabilidad y Transparencia del IAE Business School (Kleinhempel, 2016) indica que el 85% de las empresas multinacionales de Argentina realizan entrenamientos en compliance para sus ejecutivos y empleados, la capacitación en estos programas es mencionado como el elemento (35%) más eficiente, seguido de la implementación de programas formales (24%) de compliance.

Resulta evidente que esta necesidad de abordar los temas de compliance está ligada a la existencia de practicas ilegales, fraudes y otras situaciones de riesgo que deben afrontar las organizaciones. La implementación de procedimientos dentro del llamado control interno de las organizaciones, ha sido una práctica habitual, pero lamentablemente los flujos de información, el volumen de datos que se administran y los impactos que las malas prácticas generan hacen imposible el control efectivo de los los mismos.

Si la organización tiene un modelo basado en los stakeholders, es importante tener presente las implicancias sobre los mismos a la hora de llevar adelante un entrenamiento de compliance, de forma tal de identificar cómo los intereses de estos pueden ser afectados por las decisiones que se tomen en la organización. Por este motivo, la organización involucrará a la función de Compliance y, en particular, a su máximo representante, en el mantenimiento de un diálogo transparente y continuado con los indicados grupos de interés.

También es importante que los miembros de la cadena de valor estén al tanto de las políticas y procedimientos de la empresa, ya que las acciones de alguno de estos agentes externos pueden tener repercusiones directas sobre los programas de entrenamiento, así como las acciones de efectivo cumplimiento. De este modo los códigos de conducta pueden estar disponibles en la página web de la organización, así como determinadas pautas pueden hacerse presente en pliegos de contrataciones.

Existe una norma ISO 19600 del año 2014 que proporciona una orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento efectivo y receptivo dentro de una organización. Las pautas sobre los sistemas de gestión del cumplimiento son aplicables a todo tipo de organizaciones. El alcance de la aplicación de estas pautas depende del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad de la organización. ISO 19600 se basa en los principios de buena gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. En nuestro país se encuentra publicada desde mayo de 2017.

OTRAS HERRAMIENTAS Y REGULACIONES APLICABLES:

Muy brevemente analizaremos algunos otros programas, herramientas y regulaciones que tienen por objeto bajar la corrupción en las organizaciones.

ACCIÓN COLECTIVA

Es una herramienta practica desarrollada por Transparency International y el Banco Mundial (2008 a). La idea de acción colectiva sería que las organizaciones trabajan con sus stakeholders, incluyendo sus competidores, para crear condiciones en un mercado o en una licitación con el fin de que se respeten las reglas para una competencia justa, donde las

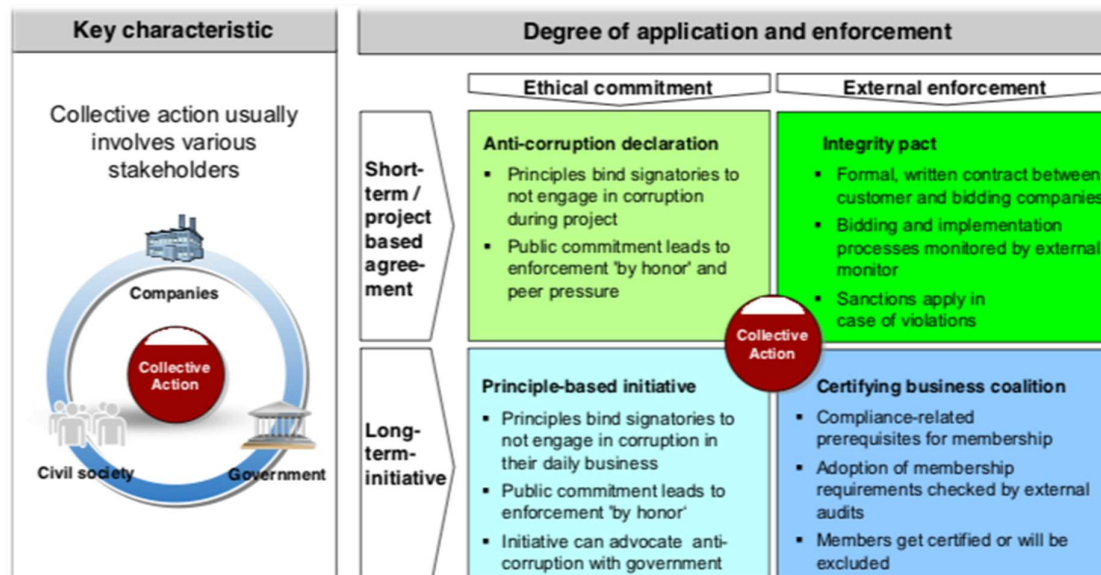
decisiones se tomen en base a razones de negocio y no en situaciones de de coacción (World Bank Institute, Fighting Corruption Throught Collective Action. A Guide for Business, 2008 b). La idea es lograr que los costos implícitos de una actuación individual negativa dentro de una organización sean minimizados o eliminados a través de la cooperación mutua entre pares. Para que esto funcione se requiere de la construcción de confianza mutua, es una estrategia del sector privado por la cual mediante la acción coordinada de empresas para acordar el cumplimiento de ciertos estándares de transparencia en un sector o dentro de un plazo determinado.

Las empresas de menor tamaño tienen un beneficio adicional, ya que estas metodologías permiten nivelar el campo de juego para actores de distinto tamaño y poder. Tres pilares serían necesarios (ver figura) en donde vemos que la acción colectiva involucra diferentes stakeholders:

- Empresas como parte del acuerdo,
- Organizaciones de la sociedad civil como facilitadores
- Sector público como parte del acuerdo o como incentivador del mismo

Mediante la misma impide que ciertas debilidades institucionales faciliten la toma de atajos por parte de las empresas, completan vacíos legales institucionales y políticos, creando un paraguas ético en la práctica de los negocios.

Existen cuatro tipos principales de acciones colectivas, dos son acciones de corto plazo o basados en un proyecto y las otras dos serían iniciativas a largo plazo:



Fuente: (World Bank Institute, Fighting Corruption Throught Collective Action. A Guide for Business, 2008 b) pg. 15

Vemos que de acuerdo al grado de aplicación y cumplimiento podemos diferenciar aquellas acciones colectivas basadas compromisos éticos de aquellas basadas en acciones de cumplimiento externo:

- Compromiso ético en donde no existen controles externos. Pueden tratarse de un acuerdo de corto plazo o en función de un proyecto específico, o bien de iniciativas de largo plazo. En el primer caso nos encontraríamos frente a una *declaración* de anti corrupción basada en principios o bien el cumplimiento por honor o presión de sus pares. Mientras que si se trata de una iniciativa a largo plazo los participantes

ejercerían un control entre pares para construir confianza promoviendo ciertas recomendaciones.

- Las acciones basadas en cumplimientos externos si se tratan de situaciones a corto plazo o relacionadas con un proyecto específico estaríamos frente a un *pacto de integridad*, en donde habría un contrato sujeto a monitoreo externo firmado por los CEO de las entidades participantes. Si se trata de proyecciones de largo plazo, podríamos ver una *coalición de negocios* para buscar fijar ciertos estándares éticos en una actividad o sector específico, también sujeto al monitoreo externo.

Para poder iniciar estos procesos es necesario que los programas de compliance internos se encuentren funcionando de manera correcta, debe existir una correcta evaluación de los riesgos internos, la implementación de políticas anticorrupción, el fortalecimiento de los programas y el desarrollo de procedimientos de aplicación específicas para la administración. Desde el punto de vista externo deben compartirse políticas y mejores practicas con los grupos de interés, pero también es necesario identificar a los competidores que puedan estar interesados en implementar estas acciones colectivas y buscar un facilitador que, normalmente, será alguna organización no gubernamental, institución académica o profesional independiente comprometida con la promoción de buenas prácticas.

EL MECANISMO DE REPORTE DE ALTO NIVEL (MRAN) HIGH LEVEL REPORTING MECHANISM (HLRM)

Fue promovido por la OCDE es de aplicación reciente en Argentina para los proyectos de participación público-privada, puede verse como una evolución de esta iniciativa dirigida a evitar la judicialización de las sospechas y hacer los procesos de compras más eficientes

Es un canal confiable habilitado para oferentes y funcionarios que participan en licitaciones de proyectos de infraestructura puedan reportar irregularidades éticas y hechos de corrupción.

Existen también distintos estándares sectoriales que ayudan a impulsar buenas prácticas.

ISO 19600

Proporciona una orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento efectivo y receptivo dentro de una organización. Las pautas sobre los sistemas de gestión del cumplimiento son aplicables a todo tipo de organizaciones. El alcance de la aplicación de estas pautas depende del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad de la organización. ISO 19600 se basa en los principios de buena gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. En nuestro país se encuentra publicada desde mayo de 2017. La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) tiene vigente la ISO 19601 que certifica el programa de Compliance.

PACTO GLOBAL Y GLOBAL REPORTING

El Pacto Global (Pacto Global, s.f.) en su principio número 10, que se incorpora en el año 2004, aborda esta problemática:

Principio 10: “Las empresas deberán actuar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno”.

El cual fue tomado por varias iniciativas como el Global Reporting (GRI) para el desarrollo de indicadores claves:

- Contenido sobre el Enfoque de Gestión (esta sección hace referencia a *GRI 103* Contenido 205-1 Operaciones evaluadas para riesgos relacionados con la corrupción
- Contenido 205-2 Comunicación y formación sobre políticas y procedimientos anticorrupción

- Contenido 205-3 Casos de corrupción confirmados y medidas tomadas (Global Reporting Initiative, 2016)

PALABRAS DE CIERRE

Las empresas cotizadas en Argentina fueron incorporando normativas ligadas a las buenas prácticas de gobierno con el fin de hacer un mercado de capitales más transparente tanto para inversores locales como para tentar a los inversores extranjeros, alineándose con iniciativas internacionales.

Actualmente la ley de Responsabilidad penal de las personas jurídicas ha dado relevancia a la figura del compliance, en clara línea con lo anterior. Si bien la norma se refiere a los sistemas de control, y entendemos que los mismos pueden ser más abarcativos (en función de los valores de cada organización) que los tradicionales sistemas de cumplimiento, el poder que dota a los mismos como elemento atenuante, y aun de eximición de culpas sobre situaciones de corrupción, resulta llamativo.

En un intento sintético analizamos la evolución de la normativa en nuestro país y de las regulaciones voluntarias existentes que abordan dicha temática.

BIBLIOGRAFÍA

Urien, P. (27 de Mayo de 2018). Lucha anticorrupción en la región: muchas normas, poca transparencia. *La Nación*, págs. <https://www.lanacion.com.ar/2137870-lucha-anticorrupcion-en-la-region-muchas-normas-poca-transparencia>.

Durrieu & Saccani Directores. (mayo 2018). *COMPLIANCE, ANTICORRUPCIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIA*. CABA: La Ley.

Decreto 677. (2 de mayo de 2001). "Régimen de Transparencia de la Oferta Pública". Argentina.

Salvochea, R. (2016). *Mercados y Buen Gobierno Corporativo*. CABA: LA Ley.

Favier Dubois, E. M., & Favier Dubois, E. M. (Octubre de 2013). El nuevo régimen de mercado de capitales y sus impactos societarios, concursales. *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)*, ftp://ftp.errepar.com/Redessociales/DSCE-DUBOIS_10-2013.pdf.

27401, L. (2017). *INFOLEG*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>

Mames, D. (2018). *Responsabilidad penal empresarial: Acuerdos de Colaboración Eficaz, programas de integridad y derecho penal premial*. Suplemento especial. La nueva ley de responsabilidad penal de personas jurídicas y el compliance. Analisis de la Ley 27401. CABA: Errepar.

Asociación Argentina de Etica y Compliance. (2017). *Libro Blanco sobre la función de Compliance*. Buenos Aires.

Kleinhempel, M. (2016). *Entrenamiento en "Compliance"*. Pilar: IAE Business School.

OECD: <http://www.oecd.org/corruption/hlrm.htm>

Basel Institute on Governance: <https://www.collective-action.com/initiatives/hlrm>