



Argentina

sigue la tendencia internacional y sanciona una norma anti-corrupción



Fernando Peyretti

Líder de la práctica de FID (Fraudes, Investigaciones y Disputas) en BDO Argentina.
Director de la Comisión de Gestión del Fraude Corporativo de la AAEC
Asociación Argentina de Ética y Compliance.

El autor analiza la Ley argentina de responsabilidad penal de las personas jurídicas; los requisitos que han de tener los programas, llamados en Argentina, de integridad para actuar como eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y hace una breve comparativa de la norma argentina con la regulación del Código Penal Español.

La tendencia internacional respecto de normas anti-corrupción nos muestra una dinámica cada vez más compleja para las empresas. Las normas anti-corrupción con mayor impacto en las empresas a nivel global son: la FCPA (Foreign corrupt practice Act) de EEUU, emitida en 1977; y UKBA (United Kingdom Bribery Act), emitida en 2011. Estas normas, alcanzan a las empresas reguladas por la SEC (organismo regulador del mercado financiero de EEUU) y la FSA (organismo regulador del mercado financiero de Reino Unido), y a sus subsidiarias en todo el mundo; es por ello que compañías que operan en Argentina, pero que también cotizan en los mercados de EEUU y de Reino Unido, están obligadas a cumplir con estas normas, las cuales penalizan el soborno a funcionarios públicos en el extranjero (y en el caso de la norma británica, también extendiendo esta penalidad para el soborno entre privados).

Adicionalmente, en Latinoamérica, países como Chile, Perú, Colombia, Brasil y México; y en Europa, países como Alemania, Francia, Italia y España, también cuentan con normas de similares características. Actualmente una empresa que esté alcanzada por alguna de estas leyes puede sufrir multas en los países mencionados, por actos de soborno cometidos por sí mismo o por terceros, en Argentina o cualquier otro país del mundo en el que opere, ya que estas normas penalizan el soborno transnacional.

Esta situación generó durante mucho tiempo un doble estándar en Argentina, ya que las compañías que estaban alcanzadas por la FCPA y UKBA debían cumplir con estándares de transparencia en los negocios de forma obligatoria, y podían sufrir multas en el extranjero, en caso de no hacerlo. Para las compañías no alcanzadas por estas leyes, el soborno a funcionarios públicos, no implicaba la existencia de un delito penal por parte de las empresas, sino por parte de las personas físicas que estaban involucradas. Esto cambió de forma radical en Argentina, con la reciente sanción de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que desde su sanción, las empresas que estén involucradas en hechos de corrupción pública (esta norma no castiga la corrupción entre privados) podrán ser sancionadas por jueces penales con multas que se gradúan entre dos a cinco veces el importe del beneficio que recibió la compañía, pérdida de beneficios otorgados por el estado, suspensión para participar de licitaciones públicas, y hasta la disolución, o suspensión total o parcial de actividades por un período de hasta diez años. En esto implica que incumplir con esta norma, podría implicar la desaparición de una persona jurídica como consecuencia de haber estado involucrada en un hecho de corrupción.

Pero la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, también incluye aspectos que prometen transformar muchas prácticas de negocios establecidas en Argentina, ya que bajo determinados supuestos, las empresas serán eximidas de toda pena, si se dan tres hechos de forma simultánea:

Que espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

Que hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado, con anterioridad al hecho denunciado, y cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y

Que hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Por otro lado, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, también incluye una figura muy interesante, como el acuerdo de colaboración eficaz; esto va a estimular a que las empresas colaboren activamente en las investigaciones, aportando pruebas y datos útiles para la justicia, y restituyendo las cosas o ganancias producto del delito. Como contrapartida pagarán una multa reducida.

Una vez analizado este nuevo escenario, resta preguntarnos con más detalle en que consiste un programa de integridad adecuado para lograr la eximición de una pena.

Actualmente la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas hace mención a que los programas de integridad deberán guardar relación con los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica, su dimensión y capacidad económica. Estos tres aspectos le darán una primera impresión a la justicia, ya que la envergadura de cada empresa, y los riesgos de cada negocio impactarán en los tipos de controles necesarios para minimizar la posibilidad de que empleados de la compañía o terceros, involucren a la empresa en actos de corrupción.

Así mismo la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas remarca que existen tres elementos obligatorios en todo programa de integridad: Código de Ética, procedimientos para prevenir ilícitos en licitaciones públicas, y capacitación sobre el programa de integridad para todos los miembros de la organización. Y una serie de elementos optativos:

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 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.

Comparando la ley argentina con la regulación española existen algunas diferencias que conviene destacar. Para que la empresa quede eximida de responsabilidad penal en Argentina se exige, además de la previa implementación de un sistema de control y supervisión eficaz, otros dos requisitos configurados en el C.P. español (art. 31 quater)

como atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica: 1º.- Que la misma haya denunciado el delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; y 2º.- que se haya devuelto el beneficio indebido obtenido (que en el 31 quater se expresa como reparación del daño causado). Por otra parte el sistema de control previsto por la Ley argentina hace hincapié en determinadas cuestiones no exigidas expresamente por el legislador español: Así ocurre con el "Apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia", o "la exigencia con que el programa cuente con "Una política de protección de denunciadores contra represalias". Igualmente es de destacar la mención expresa en la ley argentina de la posibilidad de conseguir un "acuerdo de colaboración eficaz", con el fin de estimular a que las empresas colaboren activamente en las investigaciones, aportando pruebas y datos útiles para la justicia, y restituyendo las cosas o ganancias producto del delito.

A partir de la experiencia profesional desarrollada en Argentina en el asesoramiento a organizaciones para implementar en las mismas programas de integridad, es fundamental señalar que la totalidad de los elementos mencionados por la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas deben estar integrados de forma armónica para que el programa funcione adecuadamente, y que el apoyo real de las autoridades de la compañía, es el pilar fundamental para que cualquier programa de integridad sea creíble.

Para poder afrontar este desafío es muy importante entender que cuando hablamos de implementar programas de integridad, en realidad no estamos hablando solamente de leyes o de herramientas técnicas puestas a disposición de un Compliance Officer; un programa de integridad debe tener como principal objetivo alinear el comportamiento de las personas, en el que el responsable de Compliance tendrá un rol fundamental en educar a los miembros de la organización y los distintos grupos de interés, respecto de lo que es aceptado por la organización y lo que no es aceptado; aplicando herramientas tecnológicas innovadoras, para lograr un alto impacto por parte del programa, bajo un esquema de costos escalables en función de cada organización. De este manera es necesario no solo desarrollar capacitaciones, tener una línea de denuncias, y políticas y procedimientos escritos, sino que la tecnología le permitirá al Compliance Officer saber si efectivamente las personas están involucradas con los requerimientos existentes, y tomar medidas de forma proactiva para alinear el comportamiento humano de la organización.

Imaginemos que estamos en trabajando en una compañía, y una nueva política anti-corrupción debe ser implementada. El Compliance Officer pondrá a disposición este documento en el portal de Compliance de la organización, y la aplicación mobile de cada empleado lo alertará sobre la obligación de leer y dar su conformidad a esta política; a medida que cada empleado interactúa con esta política, registra su compromiso a aplicarla, y reporta comentarios y dudas sobre documento recibido; el Compliance Officer recibirá notificaciones que le indicarán cuanto tiempo dedicó cada empleado a la lectura, y si existen aspectos no comprendidos por algunas personas; posteriormente el Compliance Officer se comunicará con los empleados que registraron consultas o no dedicar el tiempo mínimo necesario para entender el documento; registrará las acciones realizadas, planificará un seguimiento especial para quienes hayan manifestado indicadores de bajo interés en esta política, para minimizar el riesgo de incumplimiento.

Herramientas que permitan gestionar programas de integridad con el enfoque propuesto, no solo están a disposición para cualquier tipo de organización hoy en día, a costos muy competitivos, y con un altísimo impacto en las empresas que las están utilizando; sino que son la mejor forma de ser proactivos en el desarrollo de programas de integridad, y muy útiles para documentar las acciones desarrolladas ante potenciales investigaciones por parte de la justicia.

Las empresas que más rápido entiendan la necesidad de avanzar rápidamente en la implementación de programas de integridad sólidos, podrán dar un paso adelante en favor de la transparencia, y no solo se estarán resguardando de eventuales multas, sino que estarán haciendo un valioso aporte a la lucha en contra de la corrupción, que debe comprometernos a todos los ciudadanos del mundo.

