

LA RELEVANCIA DE *COMPLIANCE* PARA LIMITAR LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL MUNDO EMPRESARIAL

Por Ricardo Daniel Furfaro¹

Fecha de recepción: 22 de junio de 2020

Fecha de aprobación: 10 de julio de 2020

Resumen

Podría expresarse, sin temor a incurrir en un *dislate* o cometer una equivocación, que la mayoría de la población mundial mayor de edad, incluso aquella que pertenece a los estratos sociales más bajos, o bien ha oído alguna vez sobre la corrupción, o bien posee una idea generalizada, y tal vez, poco precisa de los alcances reales de la misma. La razón es que dicha población se ve, directa o indirectamente afectada lamentablemente, por las prácticas corruptas. Se asocia generalmente a la corrupción con el sector público simplemente porque están en juego los dineros públicos y de esta manera se considera, en términos generales, que un gobierno es o no corrupto. Sin embargo, también afecta e involucra, en muchos casos, al sector privado.

Asimismo, se vincula a la corrupción lisa y llanamente con la degradación de los sistemas democráticos. No puede pasar desapercibido que existe una tendencia cada vez más marcada de considerar a la corrupción como un sub-sistema y por eso se habla más de gobiernos corruptos, con falta de transparencia e integridad, que de la corrupción de tal o cual funcionario en particular.

¹ Doctor en Derecho Privado. Máster in Constitutional Law and Politics, Brock University. Diploma in European Law-European competition Law, The University of Wolverhampton. Certificación en Ética y compliance por la Universidad del Cema. Profesor de posgrado.

¿Cuál es la relevancia y aportes de *Compliance* para prevenir, enfrentar, limitar las prácticas corruptas y hasta realizar tareas de remediación de los programas de integridad ya establecidos en el mundo empresarial? ¿Son estos programas realmente beneficiosos para lograr reducir sanciones y hasta eventualmente eximir a las empresas de las mismas, en el caso de que sean investigadas y cumpliendo con recomendaciones de remediación?

Estos son los interrogantes o preguntas claves que el presente artículo se propone dilucidar y responder. Ciertamente, la temática de *Compliance* podría decirse que es absolutamente contemporánea, aunque una gran parte de la población global desconoce, a ciencia cierta, las verdaderas implicancias que en la teoría y en la práctica subyacen a este concepto. Los pocos que conocen dicha temática la asocian acertadamente a la transparencia, integridad y ética en la conducta o en el accionar del hombre, pero su conocimiento no se extiende más allá de la mera teoría y son generalmente escépticos respecto a los beneficios de la implementación de un programa.

Abstract

Undoubtedly, and without fear to be wrong, a majority of the world adult population including those belonging to lower social classes, have either heard about corruption, or have a vague idea on its real scope. The reason is that such population is, directly or indirectly, negatively impacted by corruption practices. Corruption is generally associated to the public sector, just because public funds are at stake, and therefore, it is considered that a certain government, is or is not corrupt. However, corruption also affects the private sector.

In addition, corruption is commonly linked to the degradation of democratic systems. It cannot be overseen that there is a strong tendency to consider corruption as a sub-system, and therefore, it is generally associated to corrupt governments

lacking transparency and integrity, more than the mere individualization of a single public servant or official in particular.

Which are the relevance and contributions of *Compliance* to prevent, face and limit corruption practices, and even to conduct remediation actions on already established integrity programs in the business world? Are these programs really beneficial for businesses to obtain a reduction in sanctions, and eventually a release in the case they are subject to investigations, and are recommended to conduct remediation actions?

These are the key questions that the present article intends to shed some light on or respond. Certainly, *Compliance* is an absolutely contemporary topic although a great portion of the global population, is not aware about the real implications that, in theory and practice, underlie this concept. Those few who have successfully associated *Compliance* with transparency, integrity and ethics in human beings' conducts or actions, are not in a position to go far beyond the mere theory and are generally skeptical on the benefits of a program implementation.

Resumo

Pode-se expressar, sem medo de cometer um erro ou cometer um erro, que a maioria da população mundial em idade legal, mesmo a que pertence aos estratos sociais mais baixos, já ouviu falar em corrupção ou uma idéia generalizada e, talvez, não muito precisa do escopo real de la. A razão é que a referida população é, direta ou indiretamente, infelizmente afetada por práticas corruptas. A corrupção é geralmente associada ao setor público simplesmente porque o dinheiro público está em jogo e, portanto, um governo é geralmente considerado corrupto ou não. No entanto, também afeta e envolve, em muitos casos, o setor privado.

Da mesma forma, está ligada à corrupção pura e simplesmente com a degradação dos sistemas democráticos. Não pode passar despercebido que há uma

tendência cada vez mais acentuada de considerar a corrupção como um subsistema e é por isso que se fala mais em governos corruptos, com falta de transparência e integridade, do que na corrupção deste ou daquele funcionário em particular .

Qual é a relevância e as contribuições do Compliance para impedir, confrontar, limitar práticas corruptas e até executar tarefas de correção de programas de integridade já estabelecidos no mundo dos negócios? Esses programas são realmente benéficos na redução de sanções e até mesmo na isenção de empresas, caso sejam investigados e cumpram as recomendações de correção?

Estas são as principais perguntas que este artigo se propõe a esclarecer e responder. Certamente, pode-se dizer que o tema do Compliance é absolutamente contemporâneo, embora grande parte da população global desconheça, com certeza, as verdadeiras implicações que na teoria e na prática estão subjacentes a esse conceito. Os poucos que conhecem esse tópico o associam corretamente à transparência, integridade e ética na conduta ou ações do homem, mas seu conhecimento não se estende além da mera teoria e geralmente é cético quanto aos benefícios da implementação. programa.

Palabras claves

Corrupción, *Compliance*, Transparencia, Integridad, Ética.

Keywords

Corruption, Compliance, Transparency, Integrity, Ethics.

Palavras Chave

Corrupção, Conformidade, Transparência, Integridade, Ética.

1. Introducción

Para abordar la temática de *Compliance* se debe como primera medida relevar el concepto de corrupción que necesariamente deviene en prácticas que atentan no solo contra la propia ética sino también contra la legalidad misma. El objetivo esencial es analizar cómo las empresas pueden identificar mediante programas de integridad/*Compliance* las áreas o procesos de trabajo que son de riesgo y así toman las acciones necesarias preventivas para mitigar los hechos de corrupción, utilizando las herramientas diversas que permitan detectar, prevenir y limitar los alcances de eventuales fraudes y malversaciones de diversos tipos.

La hipótesis de investigación que se plantea y que se pretende probar en el presente artículo es que con la implementación de un programa de integridad/*Compliance* las empresas pueden llegar a acuerdos con las distintas autoridades de aplicación para reducir las sanciones o eventualmente quedar exentas de las mismas en casos de corrupción. En este sentido, para llegar a dichos acuerdos, se revisarán las acciones emprendidas por las distintas organizaciones privadas direccionadas a la presentación de evidencias fehacientes de que se han preocupado por crear una cultura organizacional ética, poseer un programa de integridad/*Compliance*, o que de haber implementado uno que probó ser inadecuado, se han obligado a remediarlo.

La metodología a utilizar es cualitativa y el alcance es explicativo.

2. Problema

A título de adelanto de lo que se abordará más adelante, en términos de definiciones, la corrupción como concepto *standard* puede definirse como aquella práctica o prácticas que consisten en hacer abuso de poder, de funciones o de medios para sacar un provecho económico o de otra índole. Se entiende como corrupción

política al mal uso del poder público para obtener una ventaja ilegítima (Porto & Merino, 2011).

Se debe necesariamente partir del supuesto de que la corrupción existe única y exclusivamente porque el individuo ha decidido participar de una operación corrupta. No hay manera de que puedan prevenirse totalmente todas las hipótesis de corrupción. Por ello la legislación anticorrupción debe generar fortísimos incentivos para que tanto los agentes públicos como las empresas privadas no se involucren en actos de corrupción, y en tal sentido, las consecuencias en incurrir en ella deben ser extremadamente gravosas para los imputados, debiendo, por ende, resultar mucho más propicio y conveniente cumplir con la ley (Santana, 2014).

Por lo tanto, y a título general, puede manifestarse que la corrupción será toda acción u omisión de un actor, que confunda lo público con lo privado a los efectos de obtener algún beneficio personal.

Desde los comienzos de su acentuación en la década de los años noventa, la corrupción ha irrumpido como un factor disruptivo en la realidad internacional. Habermas (1998) habla de un marco internacional de tensión, resultante de la interacción de tres fenómenos que han atravesado el pasado siglo haciéndolo especialmente complejo hacia el final del mismo. Estos fenómenos son la explosión demográfica, la aparición de un cuarto sector laboral -el del conocimiento y las diferentes técnicas/tecnologías de comunicaciones- y la creciente aplicación de instrumentos científicos a distintos aspectos de la naturaleza. A estos tres fenómenos hay que agregarle necesariamente un factor de incidencia político-social que consiste en el proceso paulatino y creciente de deformación de la democratización que ha derivado en muchos casos en gobiernos populistas donde han prevalecido y aún prevalecen las prácticas corruptas. Según Suárez & Gorrochategui (1998) cuando se hace referencia a corrupción organizacional se pretende hacer hincapié en aquellos sistemas de corrupción institucionalizados y no precisamente a los actos aislados de corrupción.

Suárez y Cristiensen (2001) afirman que el enfoque aislado “corruptor-corrompido” dificulta el estudio de los sistemas y procesos de la corrupción. Dicha interpretación conduce a resultados engañosos atento a que se sostiene que si se erradica a personas aisladas desaparecería tal vez el problema puntual. Sin embargo, se ignora la relevancia de la estructura institucional paralela que constituye el verdadero ámbito de la corrupción y que, en última instancia, es la que facilita la diseminación de la corrupción a toda la estructura social. Es así que la corrupción se institucionaliza cuando se integra a la cultura organizacional y pasa a constituir parte radical de las creencias y de la propia cultura interna.

El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2019, publicado por la organización no gubernamental conocida como Transparencia Internacional a comienzos de 2020, revela la incapacidad de la mayoría de los países para controlar la corrupción, lo que a su vez contribuye, sin duda, a provocar una suerte de crisis de las democracias en varios países del mundo. ¿A qué responde este fenómeno? Simplemente a que existen demasiadas instituciones democráticas amenazadas en distintas zonas geográficas del mundo, a menudo por líderes con tendencias autoritarias o populistas. Se adjuntan como Anexo I la tabla del *ranking* de países que refleja el referido Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2019 y como Anexo II el mapa geográfico mundial que refleja el resultado de dicho Índice. Se trata de una suerte de deformación de las democracias tradicionales que nacen como tales y devienen en regímenes despóticos con la coartación de todo tipo de libertades políticas, económicas y sociales.

Nadie duda a esta altura que la corrupción amenaza y debilita a la democracia y genera un círculo vicioso que provoca el deterioro de las instituciones democráticas, que progresivamente van perdiendo su capacidad de controlar la corrupción.

En América Latina a pesar de las varias leyes anticorrupción sancionadas durante los últimos años fue la reciente onda de escándalos de corrupción en la región lo que ha acelerado la búsqueda de mecanismos de control por parte de empresas y

gobiernos. A lo largo de la última década, más de una decena de casos con repercusión a nivel global han confirmado que el flagelo de la corrupción en América Latina existe tanto en el sector privado como el público. De hecho, los casos más notorios suelen contar con la participación de ambos. Como consecuencia de ello, sofisticados programas de *Compliance* para reducir o mitigar las prácticas corruptas se tornan, indudablemente, cada vez más frecuentes. Incluso, con un notable avance en los procedimientos y controles para el combate de la corrupción en el mundo, el estudio de Transparencia Internacional de 2019 a que se ha hecho referencia anteriormente no ha mostrado mejoras substanciales en la percepción de la corrupción en América Latina.

Los recursos necesitan, más que nunca, ser administrados de manera diligente por los gobiernos. La administración fraudulenta de fondos públicos y privados es un problema que necesita ser urgentemente atendido, resuelto o al menos mitigado efectivamente para que se pueda avanzar en un sostenido desarrollo de la región latinoamericana. Es cierto que implementar mecanismos de control no resulta sencillo para los gobiernos y que los análisis, controles y seguimiento que precisan los programas de *Compliance* serios constituyen un enorme desafío para las empresas. Sin embargo, nadie está en condiciones de negar a esta altura, como se observará *infra*, que dichos programas contribuyen, de una manera u otra, a controlar y reducir los riesgos de prácticas corruptas.

Pero no son solo las prácticas corruptas en sí las que deben ser unánimemente rechazadas, sino que debe atenderse también a las consecuencias catastróficas que las mismas producen en el tejido social.

En tal sentido, los daños en materia económica, la destrucción del empleo, el daño moral producido en los efectivamente perjudicados debe ser sin duda contemplado. ¿Quién debe reparar? No existe hasta ahora legislación alguna conocida que se ocupe de contemplar en detalle, los efectos dañosos de las prácticas corruptas, definir las pautas para el cálculo de los mismos como así quien o quienes

serán responsables de reparar. ¿Es solo el Estado? ¿Es la empresa o empresas identificadas como partícipes determinantes en prácticas corruptas en colusión con funcionarios públicos? ¿O son ambos? Es bien sabido que las sanciones recaen sobre las organizaciones en la legislación anticorrupción empresaria general y sobre los funcionarios públicos envueltos en los casos de corrupción conforme la ley de fondo en materia penal. Pero a medida que transcurra el tiempo y se vayan ampliando y perfeccionando las legislaciones que incluyen a *Compliance* en base a los casos que eventualmente puedan ocurrir, las reparaciones aludidas deben ser abordadas en detalle, lo que de hecho constituiría sin duda materia de otro profundo análisis.

Ya a fines de la década de los setenta y ante la aparición de hechos aislados de corrupción tales como sobornos a funcionarios públicos por parte de personal de empresas estadounidenses operando fuera de los Estados Unidos de América, este país sanciona la primera norma anti-corrupción. Esta iniciativa, novedosa en la época, fue imitada luego por países como Canadá y el Reino Unido, así como también el resto de los países de la Unión Europea.

En América Latina el proceso fue mucho más lento, si bien fueron creciendo vertiginosamente los hechos de corrupción con manifestaciones evidentes en la esfera pública desde principios de los años ochenta. Y las razones de la lentitud de dicho proceso deben buscarse necesariamente en la fragilidad de las instituciones políticas de los países latinoamericanos, que se mantiene vigente en la mayoría de ellos hasta nuestros días.

Así, se fueron dictando en general nuevas normas de ética pública para reforzar la institucionalidad de los países latinoamericanos en el ámbito público y se introdujeron reformas a los códigos penales de fondo para contemplar nuevas figuras como el lavado de dinero. Paralelamente se fueron sancionando normas penando actos de corrupción que involucran a las organizaciones privadas. Es allí donde aparece con vigor la temática de *Compliance* como una iniciativa destinada a la identificación de riesgos en las organizaciones y al diseño de programas *tailored-made*

para identificar, reducir y mitigar dichos riesgos. ¿Pueden los programas de integridad/*Compliance* contribuir a mitigar finalmente las acciones de corrupción empresaria mediante la debida identificación y control de riesgos? ¿Resulta beneficiosa para las empresas la implementación de programas de integridad/*Compliance* para lograr que las empresas puedan reducir o eventualmente quedar exentas de sanciones en caso de investigaciones por acciones de corrupción o bien comprometerse a remediar los existentes? Estos son los problemas claves que el presente artículo pretende dilucidar en un contexto muy complejo como se describirá seguidamente.

3. Contexto global

En un mundo visiblemente convulsionado y cada vez más complejo desde el punto de vista político, económico y social, caracterizado por el comienzo de una suerte de desglobalización y la profundización de todo tipo de barreras al comercio, junto con un creciente debilitamiento de las instituciones políticas, las empresas se enfrentan hoy a desafíos difíciles de dimensionar, y los riesgos de que se incrementen las prácticas corruptas están latentes.

En tal sentido, la falta de transparencia en las transacciones público-privadas de diferente tipo y ciertas prácticas violatorias de la ética pública por parte de los gobiernos han alcanzado a las empresas. Estas últimas, en la mayoría de las veces presionadas por el cumplimiento de objetivos económico-financieros y metas de crecimiento frecuentemente sub-realistas, se han visto envueltas en escándalos que podrían resultar de niveles insospechados tiempo atrás, que afectan hoy notoriamente su reputación en el corto, mediano y largo plazo. Los riesgos concretos de una economía global inestable están presentes hoy como no se habían visto antes. Uno de ellos y el más reciente es la aparición súbita y sin previo aviso de la pandemia del coronavirus, una forma de gripe surgida en China, pero ya extendida fuera de dicho

territorio, que llevó a la Organización Mundial de la Salud a declarar la emergencia pública internacional considerándolo como una verdadera pandemia.

Otro riesgo concreto es el divorcio del Reino Unido de la Unión Europea. Dejando de lado el periodo de transición que expirará el 31 de diciembre de 2020, el conocido *Brexit* puede, en lo político, incrementar la presión de Escocia por salir del Reino Unido, y afectar las relaciones entre Irlanda, e Irlanda del Norte, haciendo revivir viejos conflictos que se creían ya superados. Para Europa la salida del Reino Unido constituye la pérdida de un miembro que representa el quince por ciento (15%) de su PBI (Buscaglia, 2020, p. 3).

En América Latina los movimientos anti-populistas pueden tender a incrementarse, pese a los graves embates ocurridos en 2019 en Chile, Ecuador y en Colombia y a las situaciones muy conflictivas existentes en Argentina, Venezuela y Nicaragua. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, ello puede generar nuevas inestabilidades económicas para América Latina, que incidirán en el crecimiento económico, que cerró 2019 con una suba de apenas cero puntos uno por ciento (0,1%) en promedio, mientras que las proyecciones para 2020 se mantendrán en apenas uno punto tres por ciento (1,3%), aunque la pandemia hará que muchos países tendrán un crecimiento negativo.

Finalmente, los efectos destructivos de los gases de efecto invernadero han hecho estragos y han generado que los países asumieran estrictos compromisos en plazos crecientes escalonados, de utilizar energías renovables y disminuir con metas concretas las causas generadoras del efecto invernadero. Ello implica para las empresas transformar los procesos de producción, haciéndolos más limpios y sustentables, de manera tal de no poner en riesgo las fuentes de energía y de agua por un uso excesivo e irresponsable comprometiendo la disponibilidad de los mismos para las generaciones futuras.

Indudablemente, ello ha generado un costo sustancial y adicional, sometiendo a las empresas a exigencias económico-financieras aún más severas que incluyen

cambios en la matriz productiva, capacitación y entrenamiento de personal e inversiones en nuevas y costosas tecnologías. Como corolario de lo expuesto y a raíz de inversiones y cambios operativos necesarios, pero muy costosos, las presiones económicas y financieras sobre las organizaciones se incrementarán y es aquí donde se vislumbra que el peso de *Compliance* cobre aún más vigencia para contrarrestar posibles escenarios de corrupción.

4. Justificación

Lo cierto es que para hablar de *Compliance* es necesario referirse, ineludiblemente, a la condición humana. *Compliance* significa cumplimiento, conformidad y observancia de las normas tanto externas como internas. *Compliance* va mucho más allá de su traducción al español como mero cumplimiento. Se trata de cumplir con dos grandes conjuntos de cosas: por un lado, lo obligatorio -los requisitos- y por otro lado lo que se considera correcto, bueno y pertinente y que está constituido por los compromisos adquiridos por las propias empresas (Rozen, 2018, p. 9).

Una empresa responsable debe implementar un programa de *Compliance* que tiene diversos elementos y herramientas que se abordaran en detalle infra en esta investigación. Pero *Compliance* no se limita al cumplimiento, sino que involucra otras cuestiones sumamente relevantes en el mundo empresarial. Se trata de la gestión de riesgos, la exaltación y el pregonar de la ética distinguiendo entre comportamientos, acciones o conductas correctas e incorrectas y la toma de decisiones bien complejas sobre la base de valores y no meramente aquellas que se sustenten en la rentabilidad.

El mercado y el Estado tienen múltiples interconexiones, si bien por necesidades teóricas se los separa hay que reconocer que en la realidad funcionan superpuestos, sin tomar en cuenta que existen numerosos proyectos público-privados. Entonces, no es una decisión apropiada separar la moralidad del sector privado respecto de la que se puede observar en el sector público, ya que las dos explican el

conjunto. Mauro (1998) habla de corrupción pública y privada; a la privada la liga al crimen organizado o a los actos ilegales de los individuos y a la pública la relaciona a aquellas prácticas ilegales que afectan la eficiencia del gobierno (p. 25).

Es bien sabido que países con instituciones democráticas sólidas y con políticas de Estado con solución de continuidad crean escenarios para el desarrollo de economías con crecimiento y con sustentabilidad en el tiempo. Sin embargo, el contexto mundial de la última década ha dejado mucho que desear en lo que se refiere precisamente a la institucionalización. Por un lado, existe la imperiosa necesidad de atraer, acrecentar la inversión extranjera directa y acceder a mejores fuentes de financiamiento externo para permitir el ingreso de divisas con el objetivo de mejorar la competitividad de un país, la infraestructura, los niveles de empleo y continuar con las obligaciones de asistencialismo social adquiridas en el pasado. Esta situación había dado lugar al establecimiento de un marco regulatorio más flexible y no exento de riesgos para las empresas por parte de aquellos gobiernos abiertos al mundo.

Por otro lado, y como contrapartida, la simulación de situaciones de bonanza económica por parte de gobiernos populistas caracterizadas por las gravísimas tergiversaciones de las estadísticas públicas y endeble institucionalización reflejada en el favorecimiento de asociaciones con el empresariado local en evidentes conflictos de interés ha traído como consecuencia un acentuado aislamiento del mundo del país que sufre y ha sufrido el populismo. Dicho aislamiento es provocado por el tipo de gobierno descrito con el objetivo de que no se controlen y auditen las cuentas públicas, ni el manejo discrecional de fondos y activos públicos, rechazándose el monitoreo de organismos de control que son neutrales e independientes. Se trata ni más ni menos de una suerte de criminalización de la esfera pública, no solamente aislándola en forma creciente del mundo sino también de la comunidad local, del bien común que todo gobierno que se precie de democrático, debe sostener.

Estamos indudablemente frente a un mundo visiblemente convulsionado y cada vez más complejo tanto desde el punto de vista político como también social y

económico. La globalización que comenzó a principios de los años noventa ha perdido su impulso a raíz del desaceleramiento a nivel mundial de la actividad económica y ya se habla de una verdadera desglobalización, comenzándose a profundizar las barreras al comercio con la guerra comercial entre los Estados Unidos de América y China. No resulta descabellado pensar que el deterioro económico y el intercambio entre los países repercute negativamente en las instituciones políticas de los mismos.

En este sentido, se habla de una suerte de “fatiga” de la democracia, según las conclusiones de los más de dos especialistas nacionales e internacionales reunidos en el XIV Congreso Nacional de Ciencia Política, uno de los más importantes eventos de las ciencias sociales en América Latina que se llevó a cabo en la Universidad de San Martín de la Provincia de Buenos Aires, entre el 17 y el 20 de julio de 2019 (D’Alessandro, 2019, p. 2).

Pero lo cierto es que esa fatiga mencionada ha abierto y aun puede abrir la vía al triunfo electoral de líderes con discursos y prácticas en mayor o menor medida autoritarias o, en el extremo, al desgaste y la asfixia de la democracia y sus derechos más básicos a partir de procesos originariamente democráticos que luego se transforman como en el caso del chavismo venezolano. Una de las soluciones planteadas es la mejora de la burocracia estatal a través de su profesionalización (Ghirardotti, 2019, p. 13). En muchos casos, la democracia ha dado resultados económicos desastrosos. Esto, en modo alguno, debe justificar la aparición de actos de corrupción en el ámbito público en connivencia con empresas del sector privado.

El endurecimiento a la regulación sobre prácticas corruptas en el extranjero, con legislaciones de este tipo en los Estados Unidos de América y similares en Canadá, el Reino Unido, Australia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de la Unión Europea y en otros países desarrollados, constituyen el marco legal central como se verá *infra* cuando se aborde el marco institucional y regulatorio. Por último, el hecho de que cada vez con mayor vigor la sustentabilidad constituya para las empresas un salto hacia el imperativo de atender cuestiones sociales y

ambientales constituye una razón adicional para que las organizaciones migren hacia una cultura de *Compliance*, lo que se traduce en un mayor apego al cumplimiento y a la observancia de normas, políticas y procedimientos.

Es entonces que, con el recrudecimiento actual de acciones gubernamentales claramente violatorias de la ética pública, las empresas han visto en el rol, acrecentamiento y fortalecimiento de las políticas y cultura de *Compliance* una opción más que válida para identificar y controlar riesgos y en base a ello prevenir, limitar y hasta contrarrestar en algunos casos el contagio que más tarde o más temprano habría de afectarlas en forma profunda y evitar que una suerte de metástasis del mal pudiera corroer las propias bases de las mismas.

5. Marco teórico

La ética constituye un hito, filosófico o no, según quien la aborde, que está en condiciones de rescatar al mundo de la difícil situación actual, tal como se verá seguidamente. En este punto el rol de las empresas es fundamental y decisivo. Entonces aquí el rol de las empresas y su manejo interno es clave. La ética es una reflexión crítico-racional sobre las acciones que se toman con el objetivo de proyectar la identidad como organización. La reflexión y la claridad de la ética que contiene a la organización es lo que le otorga su identidad. Una empresa ética no es la que siempre se conduce bien, pero sí es una empresa que viene desarrollando y trabajando contundente y responsablemente en sus valores, con los cuales va construyendo su carácter y su perfil.

Resultaría erróneo e inconducente centrarse en actos de corrupción individual sin ver más allá de la mera acción de corrupción en sí. Hay que entender que se trata, en la mayoría de los casos, de un sub-sistema de corrupción que se encuentra subyacente y que luce como sistemático y extendido a través de los tiempos y no importa el sistema político-económico de que se trate (Nielsen, 2003, p. 125).

Para entender los orígenes de los sub-sistemas es muy relevante referirse aquí también al concepto de patrimonialismo, concepto desarrollado por Max Weber hacia fines del siglo XIX (Fernandes, 2020). El patrimonialismo es una concepción de poder en la que se confunden las esferas públicas y privadas. A un funcionario público se lo denomina patrimonialista cuando instrumenta o crea mecanismos de control en la estructura estatal para satisfacer necesidades personales y/o privadas. Dentro del patrimonialismo es frecuente ver el nepotismo, que consiste en que familiares de un funcionario público son beneficiados asignándoles cargos públicos, valiéndose de la influencia que poseen y ejercen. El funcionario público en cuestión considera al Estado como una extensión de su ámbito personal o privado. Otra expresión del patrimonialismo es el paternalismo político, donde el funcionario público se presenta como un jefe o guía de masas y un salvador de la patria, lo que evidentemente pone en riesgo la legitimidad política del Estado ya que se vale de su imagen para colocarse por encima de la ley misma.

Existen doce elementos claves en la corrupción como sub-sistema que reflejan cómo opera y que incluyen ejemplos de Asia, Latinoamérica, el Mediterráneo y América del Norte (Nielsen, 2003, p. 125). Una característica común del sub-sistema es que se trata de redes relativamente estables, no actúan por excepcionalidad y no son aisladas. Dichos elementos son:

- La existencia de un contexto destructivo y parasitario con beneficios recíprocos entre los actores partícipes de redes de corrupción exclusiva.
- La extorsión por parte de funcionarios públicos y de miembros del partido político que gobierna, que constituye una conducta de corrupción más grave que los mismos sobornos.
- La combinación de conductas corruptas con otras no corruptas con el objetivo de disfrazar el sub-sistema.

- La existencia de ciertas acciones éticas que se utilizan para cooptar a quienes pretendan modificar el sub-sistema.
- Los funcionarios corruptos se muestran personalmente como gente agradable y generosa, pero al mismo tiempo subyacen sus acciones parasitarias corruptas y destructivas.
- La sanción de normas de corte populista -e insostenible- para generar oportunidades de extorsión y/o soborno.
- La existencia de vínculos de corrupción entre los partidos políticos, por un lado, y la policía, los fiscales y los miembros de los poderes judicial y legislativo por el otro.
- Los vínculos de corrupción entre miembros de partidos políticos, por un lado y organizaciones independientes que monitorean las acciones del gobierno de turno, como aquellas económico-financieras, de auditoría, universidades y de los medios audio visuales en general, por el otro.
- Los candidatos reformistas del sistema y/o familiares de los mismos reciben fondos para sus campañas políticas de funcionarios políticos que operan en el sub-sistema.
- Se ofrece participar de acciones de corrupción a políticos reformistas del sistema y si la cooptación es rechazada, estos últimos son objeto de ataques de desprestigio.
- Existe un relajamiento en la aplicación de controles y la supervisión en la esfera pública.
- Los programas de salvataje nacionales y/o internacionales sostienen al sistema de corrupción mientras que las clases medias y bajas son objeto de aplicación de medidas de austeridad.

El contexto actual muestra que se está configurando un escenario futuro más complejo para aquellos que incurrir en actos de corrupción. Los mecanismos

tradicionales que hoy se utilizan para llevar adelante los delitos de corrupción ya parecen no ser tan viables. El pago y cobro de sobornos tradicionalmente se hacen efectivos mediante transferencias a cuentas del exterior no declaradas, generalmente de terceros testaferros.

Hoy en día el intercambio de datos e información económico-financiera entre los Estados hace sumamente difícil ocultar importantes sumas de dinero en cuentas bancarias sin ser detectado y por ende informado. Adicionalmente, el ocultamiento de importantes sumas de dinero en efectivo, producto de sobornos se hace casi imposible y se dificulta su uso ya que las Unidades Financieras de Inteligencia Financiera de cada país investigan gastos, consumos e inversiones que no se pueden justificar patrimonialmente (Ghirardotti, 2017, p. 9). La sociedad demanda prácticas transparentes tanto en el sector público como en el privado.

En América Latina, desde el regreso de la democracia en diversos países hacia finales de los años ochenta se sucedieron un importante número de escándalos que incluyen prácticas y acciones de corrupción y falta de transparencia (Morris & Blake, 2009). Dichos escándalos tuvieron como protagonistas tanto a presidentes en ejercicio, ex presidentes, ministros, gobernadores y diversos funcionarios públicos de alto rango. El uso de fondos públicos en campañas políticas, desfalcos al Estado, venta ilegal de armas tanto por parte de funcionarios civiles como militares, sobornos en la obra pública y en las concesiones de obras y servicios, presiones indebidas al Poder Judicial para torcer o aplazar decisiones judiciales, constituyen solo algunos ejemplos.

Lo cierto es que la democracia y la corrupción están íntimamente relacionadas en América Latina (Morris & Blake, 2009). Los funcionarios ungidos por el voto popular se convierten en mandatarios absolutistas con poco o nulo respeto por los otros poderes y las instituciones. Se produce entonces lo que se conoce como la misma degradación de la democracia con la eliminación práctica de la independencia de

poderes. Pretende una flagrante denegación de justicia, pilar sobre el que necesariamente se asienta todo régimen democrático republicano (Johnston, 2005)

A partir de los años ochenta los aires de libertad de las economías desarrolladas y de la globalización le dieron nuevo impulso a la competencia económica fomentando el comercio internacional y las inversiones extranjeras. Se identificó a las prácticas corruptas como una ventaja competitiva injusta y así es que desde principios de la década del noventa atrajo la atención de instituciones multilaterales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Así es que estas instituciones redefinieron a la corrupción como una cuestión de gobernanza más que un tema político (Elliott, 1999).

6. Marco Institucional y Regulatorio

El caso Enron, incluida su quiebra en 2001, generó la sanción de nuevas legislaciones y regulaciones apuntadas a lograr la mayor exactitud financiera de las empresas que cotizan en la bolsa de valores de *Wall Street* (Amirante 2017, p. 4). Jeffrey Skilling, el ex *Chief Executive Officer* fue condenado a diez años de prisión de cumplimiento efectivo por haber introducido una metodología contable que apuntaba a la sobrevaloración de las operaciones, lo cual constituía la exegesis de la falta de transparencia e integridad. Se consideraba el valor presente neto de los negocios futuros que no estaban siquiera materializados y tampoco en curso de realizarse. Se contabilizan dichos negocios como ingresos de la empresa efectivamente ocurridos y como tales formaban parte artificialmente de los beneficios de la misma. Resultó ser un claro engaño al público consumidor, a los empleados, a los accionistas y a la comunidad financiera en general, evidenciándose las acciones corruptas en toda su magnitud.

Las lecciones surgidas del caso Enron fueron olvidadas rápidamente puesto que en 2008 ocurrió la quiebra del banco de inversión *Lehman Brothers* y la crisis de

las hipotecas *subprime*. Es por ello que los estados financieros de las empresas deben ser debidamente controlados para que no muten sus objetivos sociales por intereses personales de sus directores. Así surgió el *Sarbanes-Oxley Act*, que marcó un hito e impone sanciones aún más graves por destruir, alterar o realizar registros contables, o por intentar cometer fraude en perjuicio de los accionistas y la comunidad en general. Adicionalmente se estableció que las empresas de auditoría fueran neutrales o independientes de sus clientes, con lo cual una consultora impositiva de un cliente, con mucha razón, no puede prestar también servicios de auditoría a dicho cliente.

Para entender los cambios institucionales profundos que vienen enfrentando las empresas y que conllevan una presión aun mayor para incrementar las ventas y la rentabilidad debido a la necesidad de enfrentar mayores costos debido a un contexto social y económico cada vez más demandante, el Foro Económico Mundial, más conocido como Foro de Davos y que reúne a los más importantes líderes empresariales y políticos del mundo, publicó recientemente el llamado Manifiesto de Davos 2020. Del mismo surgen tres principios que son relevantes para entender la problemática cada vez más compleja que desafía a las empresas y que demandará mayores recursos y rentabilidad para enfrentarlos: 1) El propósito de las empresas es colaborar con todos los grupos de interés o *stakeholders* implicados en su funcionamiento; 2) Una empresa es más que una unidad económica generadora de riqueza. Atiende a las aspiraciones humanas y sociales en el marco del contexto social en su conjunto; y 3) Una empresa es en sí misma un grupo de interés -tal como los gobiernos y la sociedad civil- al servicio del futuro global.

Es bien sabido que las organizaciones poseen varias opciones para generar y establecer culturas éticas, transparentes y sustentables. Así pueden contar con programas de integridad/*Compliance* que cuenten con políticas corporativas, códigos de ética o de conducta claros y protocolos definidos de denuncias. Las capacitaciones en *Compliance* son realmente necesarias para imbuir a las organizaciones de una cultura ética. Más allá de la línea para realizar denuncias, los empleados deben sentir

la seguridad de que se los oye y de que existe un interlocutor válido que le genere confianza y seguridad para poder hablar.

Entiéndase que la cultura corporativa no se evalúa únicamente en base a los aspectos éticos relacionados con casos de fraude, corrupción o conflictos de interés, sino que se le da un enfoque más amplio de integridad que incluyen impactos negativos en el medio ambiente, situaciones de discriminación y acoso, grado de privacidad de datos de usuarios (Cecchini, 2018, p. 8).

Ante este tipo de situaciones, y con la vertiginosidad en el que el riesgo reputacional puede derivar en una crisis y escalar de allí a partir de la presión ejercida por distintos *stakeholders* causando daños financieros y operativos difíciles de imaginar, las organizaciones y sus directorios se ven obligados a tomar decisiones rápidas. Los directorios saben perfectamente que el costo de no desplazar a un *Chief Executive Officer* una vez conocida una acción violatoria de la ética y/o de políticas y/o de la normativa legal, puede resultar mucho más oneroso para la organización que la propia acción violatoria. En junio de 2018, Brian Krzanich, entonces *Chief Executive Officer* de Intel fue removido de su cargo por violar las políticas de *Compliance* de la empresa a pesar de su excelente *performance* y logro de resultados (Cecchini, 2019, p. 8). Es cierto que en muchos casos se ha despedido a algunos ejecutivos antes de que pudieran llevarse a cabo investigaciones internas completas que hubieran podido echar luz a los hechos que hubieran podido justificar el despido. Sin embargo, en estos casos se opta por evitar el riesgo del daño reputacional de la organización.

Muchos expertos en la implementación de programas de *Compliance* consideran fundamental la existencia de un claro y consistente *tone from the top* para garantizar el éxito del programa y poder así limitar el número de maniobras fraudulentas. Si la alta gerencia de una organización adhiere, comprende, comunica y demuestra una conducta conforme a los valores corporativos y el apego a la integridad se produce el efecto derrame y, por ende, contagia al resto de la organización. Es lo que se conoce como el ejemplo que viene de arriba de la

organización y se hará mayor hincapié en el mismo al abordar los aportes de *Compliance* y sus implicancias. Esto es un buen puntapié inicial para la labor del *Compliance Officer*. Su rol principal es cumplir y hacer cumplir normativas locales e internacionales, así como también las políticas corporativas, para luego controlar y monitorear el nivel de cumplimiento. Se dice comúnmente que en algunas organizaciones hay *Compliance* de escritorio (Crotti, 2019, p. 4), cuando el efecto contagio falla en alguna parte del proceso.

Ello puede darse en aquellas empresas donde existen manuales y políticas exageradamente extensas, donde se firman acuses de lectura sin realmente comprender o aun leer las mismas, se asisten a sesiones de capacitación carentes de contenido o se intentan cumplir métricas sub-realistas. En todos estos casos el rol es reactivo y no preventivo como debe realmente ser. Se convoca al *Compliance Officer* cuando el problema ya está instalado para que su accionar resulte más bien limitado. Sin embargo, existen organizaciones donde dicho rol se caracteriza por su autonomía e independencia, se toma el tiempo necesario para conocer todos los procesos de la organización y especialmente aquellos que implican más riesgo para la misma, tanto los claves como aquellos subsidiarios al solo objeto de realizar una exhaustiva y completa evaluación de riesgos. Este enfoque es mucho más preventivo que reactivo. La metodología de *Process Excellence* contribuye a mapear procesos, identificar a los *process owners*. y *process participants*, realizar *fish-bone analysis* -relación causa-efecto- todo ello con el único objetivo de mejorar los procesos de trabajo, identificar y reducir los riesgos.

Se expresa generalmente que no solo hay que ser sino también parecer y en este sentido el rol de *Compliance Officer* constituye un trabajo desafiante desde lo estratégico hasta lo analítico y comunicacional. Cuando se habla de lograr un mensaje contundente desde la cúpula de la organización, este consiste en que la integridad no solo se halle escrita en un código de conducta, sino que surja del propio comportamiento de los ejecutivos y de los empleados jerárquicos. Tanto las normas

internacionales como las locales en Argentina -luego de la sanción de la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria- apuntan directamente contra la persona jurídica en caso de sobornos como se verá *infra*. Un creciente número de países han adoptado acciones contra las empresas que sobornan a funcionarios públicos de otros gobiernos. Los programas de *Compliance* implementados han contribuido en muchos casos a lograr reducciones sustanciales de penas que hubieran desembocado en prisiones efectivas, o bien, una reducción de las sanciones pecuniarias.

Ya a principios de la década del setenta comenzaron a revelarse ciertos pagos realizados por empresas multinacionales de los Estados Unidos operando en el exterior, realizando pagos a funcionarios extranjeros para poder sortear ciertas trabas burocráticas que afectaban la normalidad de sus operaciones. En esa época la *US Securities and Exchange Commission* estableció un programa voluntario de denuncias que permitía a las empresas que hubieran admitido pagos ilícitos de eximirse del procesamiento penal con la condición de que implementaran programas de integridad/*Compliance*. Para tener una mejor idea de lo que están normas representaban, hacia el 2012, más de cuatrocientas empresas, entre las de mayor facturación de los Estados Unidos, habían admitido la realización de pagos ilícitos por un total de más de Trescientos Millones de Dólares Estadounidenses (USD 300M). La norma en cuestión aplicada por la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos y el Departamento de Justicia -en adelante “DOJ” por sus siglas en inglés *Department of Justice*- quienes tienen competencia para investigar, evaluar y eventualmente sancionar determinados actos de corrupción que, aunque fuesen perpetrados materialmente fuera de los Estados Unidos y por Organizaciones extranjeras, entran bajo la órbita de aplicación del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

El *FCPA* de los Estados Unidos de América, contiene dos disposiciones principales: a) Prohibición de soborno: Se prohíbe ofrecer, pagar, prometer pagar o autorizar un pago corrupto u otro artículo de valor de manera directa o indirecta a un funcionario público extranjero o candidato a un cargo político, a fin de influir en una

acción o decisión oficial para ayudar a obtener o mantener negocios hacia una persona. No es necesario entonces que el pago se efectúe, la sola intención o promesa de pago constituye un acto corrupto y castigable por la norma; y b) Disposición de libros y registros contables: se exige que las personas jurídicas norteamericanas con actividades comerciales fuera de Estados Unidos lleven libros y registros precisos y un sistema de control contable interno.

En los Anexos III y IV del presente artículo se indican las sanciones acordadas tanto por el Departamento de Justicia como aquellas de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América, las dos autoridades de aplicación del FCPA. Una de ellas es la sanción anti-soborno por medio de la cual las empresas pueden estar expuestas a multas de hasta Dólares Estadounidenses Dos Millones (USD 2M) por cada hecho de violación. La otra clase de sanción está relacionada con la infracción a los requisitos exigidos para los registros contables que pueden derivar en sanciones por cada infracción de hasta Dólares Estadounidenses Veinticinco Millones (USD 25M) para las empresas y Dólares Estadounidenses Cinco Millones (USD 5M) y veinte (20) años de prisión para las personas humanas. También existen sanciones pecuniarias significativas para cada infracción a los requisitos respecto a la forma en que deben llevarse los libros contables.

Cabe adelantar que todo programa debe tener siempre en mira tres pilares claves que son: prevenir, detectar y en su caso, remediar. Como sucede en otras legislaciones, las sanciones por incumplimiento podrán morigerarse si se han implementado políticas y procedimientos destinados a identificar y reducir riesgos, si se ha logrado establecer una cultura de cumplimiento a lo largo de la organización. Ello incluye *tone from the top* presente, capacitación de todo el personal en *Compliance* evidenciada en certificaciones de la misma, auditorías y controles periódicos y revisión de políticas y procedimientos para actualizarlas y alinearlas a los nuevos escenarios de riesgo, monitoreo de proveedores, clientes y socios del negocio *-due diligence-*.

En julio de 2011, el *UK Bribery Act* que había sido sancionado en 2010 en el Reino Unido, entró en vigencia. La norma prohíbe tanto el pago como la obtención de una ventaja o beneficio otorgado para inducir a una persona a cumplir inapropiadamente una actividad, para el otorgamiento de dicha ventaja o beneficio, sin importar si se trata de una función pública o una actividad privada. La norma sanciona a las organizaciones que fracasaron en prevenir un acto de corrupción, pero contiene una suerte de defensa afirmativa, bajo la cual dichas organizaciones pueden demostrar que han implementado procedimientos adecuados para prevenirlo. Dichos procedimientos están referidos a un programa de integridad/*Compliance* con todos los elementos y herramientas que un programa de ese tipo debe tener conforme al perfil de la organización.

La sanción de los actos corruptos, incluyendo los sobornos en Canadá, están contemplados en dos normas federales básicas. Una de ellas es el *Canadian Corruption of Foreign Public Officials Act* vigente desde 1999. La referida norma canadiense pena (i) el otorgamiento, la oferta y el acuerdo para otorgar y ofrecer cualquier forma de ventaja o beneficio a un funcionario público extranjero para la obtención de una ventaja o beneficio en el curso comercial de la organización, y (ii) la realización de prácticas contables que se utilizan con el objeto de sobornar a un funcionario público extranjero u ocultar un soborno. En lo que hace a las prácticas corruptas con funcionarios locales, los delitos pertinentes están contemplados y sancionados por el Código Penal de Canadá. El hecho de haber implementado un programa de integridad/*Compliance* con herramientas y elementos adecuados para identificar, evaluar y reducir riesgos, y/o de haberse comprometido a remediar un programa existente, contribuye a morigerar las penas. Dichas herramientas y elementos son los siguientes: *tone from the top* para promover una cultura de cumplimiento o de *Compliance* hacia todos los niveles de la organización, diseño y puesta en práctica de un programa adecuado de capacitación del personal, línea de

denuncias activa, implementación procesos de trabajo y procedimientos de control y auditoría. Cada uno de ellos será objeto de una descripción *infra* en este trabajo.

En el caso de la Argentina, el 1 marzo de 2018 entró en vigencia la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria. En términos generales, dicha norma responsabiliza a las personas jurídicas locales, sean o no con fines de lucro, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por ciertos delitos contra la administración pública, tales como cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito de funcionarios, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función, concusión pública, balances e informes falsos.

Los dos objetivos primordiales de la nueva norma son, en primer término, otorgar mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de los programas de integridad/*Compliance* denunciando los ilícitos a las autoridades. En segundo término, y en caso de existir una posible investigación por la posible comisión de una infracción a la normativa, lograr que la organización coopere con las autoridades. Así, pues, prevé que la responsabilidad por la comisión del acto de corrupción recaerá tanto sobre la empresa como sobre el empleado que lo haya perpetrado. Además, en su art. 9 establece la exención de pena cuando "...se hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos del art. 22 y 23...". Estos artículos hacen referencia al llamado programa de Integridad/*Compliance* con ciertos requisitos mínimos en su contenido. El artículo 23 de la ley 27.401 establece que todo programa de integridad/*Compliance*, debe tener al menos tres elementos: un código de ética o de conducta, políticas y procedimientos de integridad y transparencia aplicables a administradores y a todo el personal, y finalmente, reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en la interacción con el sector público (Rozen, 2018, p. 9).

La Oficina Anti-corrupción de la República Argentina emitió ciertas guías orientadoras para que las organizaciones puedan dar mejor respuesta a lo requerido por la normativa en términos de programas de integridad, códigos de conducta,

capacitación y modos de evidenciar los mismos cuando se participe de una licitación pública. El cumplimiento de aquello requerido por la nueva normativa en términos de un programa de integridad/*Compliance* que cumpla con los requisitos establecidos podrá reducir o hasta eximir de sanciones, en algunos casos, a la organización cuyo accionar hubiera sido ilícito.

Hasta el momento de la sanción de la ley 27.401 las organizaciones mencionadas solo se hallaban afectadas por leyes extranjeras de alcance extraterritorial, tales como el *FCPC*, la ley canadiense similar a esta, como así también su similar del Reino Unido y de otros bloques como la Unión Europea como se expresó *supra*. Es entonces que esta norma hace responsable a las personas jurídicas por hechos delictivos de un dependiente al acreditarse que los mismos no se podrían haber cometido sin la tolerancia de sus órganos. De este modo, es la misma norma la que provee a modo de incentivar su cumplimiento, la posibilidad de que dichas personas jurídicas puedan atenuar la pena que les corresponde en caso de incumplimiento, o eventualmente eximirse de sanción cuando estén dadas todas las condiciones para que ello suceda. Justamente una de ellas es la implementación de un plan de integridad/*Compliance* (De Maio, 2018, p. 11).

En Brasil, la ley anticorrupción 12846/13, también denominada ley de Empresa Limpia entró en vigencia en febrero de 2014. Sanciona a las empresas brasileñas tanto en el país como en el exterior que sobornen a funcionarios locales y extranjeros. También castiga a toda organización de cualquier nación que tenga representación en territorio brasileño y que cometa un acto penado por la norma en Brasil o en cualquier otra parte del mundo. Tiene, por ende, alcance extraterritorial. Una particularidad de la normativa es que los ejecutivos de las empresas, en caso de infracción, son alcanzados por el Código Penal de dicho país, mientras las empresas, de ser infractoras tienen responsabilidad civil y administrativa pero no penal.

Los actos sancionados son aquellos realizados contra la administración pública extranjera y de Brasil. El principal atenuante de las sanciones es que la empresa

ingrese en acuerdos extrajudiciales denominados de indulgencia o de clemencia, para colaborar con la investigación que las autoridades llevan a cabo. Esto podría reducir el monto de la sanción pecuniaria, o el periodo de la suspensión para operar con la administración pública. Contar con evidencias de un programa de integridad/*Compliance* correctamente implementado y que cumpliera con los requisitos exigidos, podría eventualmente conducir a una disminución en las sanciones impuestas (Carvalhosa, 2014, p. 37).

7. Herramientas y contribuciones de *Compliance*. Implicancias

Se menciona con frecuencia la relevancia de *Compliance* como generador de aportes fundamentales para poder consumir la responsabilidad ética empresarial. No es suficiente que una empresa pregone la ética o integridad empresarial *per se*, sino que verdaderamente la sostenga proactivamente a través de prácticas y acciones sustentables que resulten perceptibles para la sociedad en general. Es el bien conocido dicho *Walk the Talk*. Valga reiterar aquí que la empresa no es un ente aislado, sino que forma parte de una comunidad organizada y tiene una responsabilidad social hacia sus *stakeholders* que debe necesariamente cumplir. Es razonable pensar que para la empresa todo comience con el fomento de la transparencia de los procesos internos. Este paso es clave para la identificación de riesgos a través de una matriz que se elabore en tal sentido a fin de diseñar un programa de Integridad/*Compliance* que permita identificarlos claramente y enfrentarlos en forma adecuada, como se expresó a lo largo de este trabajo.

Una cultura empresarial fuertemente ética genera indudablemente beneficios medibles tanto hacia adentro como hacia afuera de la organización (Dell’Oro, 2020). El diseño y la implementación de un programa de Integridad/*Compliance* debe ser acorde con la realidad de la organización y el contexto donde opera, los riesgos propios de su actividad, su verdadera dimensión y su capacidad económica. El

programa debe contemplar la existencia de elementos y herramientas para que su funcionamiento resulte adecuado. Todo programa es susceptible de ser mejorado o remediado conforme a las circunstancias. El contexto que se impone hoy es sumamente cambiante y en tal sentido el programa debe estar alineado con el contexto y con las necesidades de la empresa para operar en el mismo para ser proactiva en el enfrentamiento de riesgos de corrupción. Un código de ética o de conducta, reglas, procesos y procedimientos claros y transparentes destinados a prevenir ilícitos en cualquier interacción que la empresa pudiera tener con el sector público, la realización de capacitaciones periódicas a todo el personal, incluyendo a la alta dirección que incluyan casos prácticos y ejemplos concretos de situaciones que la empresa pudiera afrontar son algunos de los elementos y herramientas de un programa.

Es también clave contar con el continuo apoyo de la alta dirección y de la gerencia, habilitando canales de denuncia a fin de que cualquier persona pueda realizar su reclamo en forma anónima. Deberá constituirse un comité de riesgo, encabezado por el *Compliance Officer* que identifique riesgos, releve procesos de trabajo, y realice un monitoreo y evaluación sobre el cumplimiento del programa identificando cualquier tipo de desviación para poder corregirla, como así también las modificaciones que resulten indispensables para adaptarse a una cambiante realidad.

Para reducir sanciones pecuniarias o eventualmente estar exento de ellas, las organizaciones deben básicamente demostrar que implementaron todos los elementos y herramientas exigidos por las normas anticorrupción en el ámbito privado, esto es, establecer una matriz de riesgos, un programa de integridad o *Compliance*, un sistema o mecanismo de denuncias, procesos para resolver conflictos de intereses, contar con un *Compliance Officer*, capacitación al personal y una verdadera cultura enfocada hacia *Compliance*, como se expresará *infra*. Resulta indispensable detenerse a aclarar en qué consisten dichos elementos y herramientas de todo programa:

- Código de Ética o Conducta: Deberá contener los principios y valores de la organización y detallar las conductas esperadas y consideradas fundamentales para cumplir con el objeto social de la misma.
- *Tone from the Top*: Implica que son los directivos de la organización quienes deben ser pioneros de las conductas proclamadas en el código y procedimientos escritos generando una cultura de cumplimiento y alineación con los valores de la organización.
- Rol del *Compliance Officer*: La implementación del programa de Integridad/*Compliance* y la función de velar por su cumplimiento está a cargo de la figura del *Compliance Officer*.
- Políticas y Procedimientos: El código de conducta debe derivar en políticas y procedimientos concretos que sirvan de guía para la toma de decisiones diarias evitando de esta manera incumplimientos a las normas internas y/o externas.
- Evaluación de Riesgos: La evaluación de riesgos es el proceso de identificar, priorizar y asignar niveles de impacto para administrar los posibles riesgos a los que se enfrenta cada organización.
- Capacitación y Comunicación: Es necesario realizar capacitaciones y comunicaciones a todos los miembros de la organización para asegurarse de que estos conozcan todas las normas internas y externas que deben cumplir.
- Diligencia Debida: Todo programa efectivo de Integridad/*Compliance* debe trascender a los miembros de la organización y alcanzar a los terceros que se vinculan con ella. Así pues, se debe comunicar y difundir también a éstos los valores de la empresa a los fines de que estén alineados con los mismos.
- *Whistleblowing*/Línea de Denuncias: Es un mecanismo de denuncia de actos indebidos disponible para los miembros de una organización y en algunos casos también para terceros.

- Incentivos y Medidas Disciplinarias: Un buen programa de Integridad/*Compliance* no solo debe sancionar las infracciones, sino que también tiene que premiar los comportamientos éticos y de esta manera promover los mismos.
- Confidencialidad: Asegura que el contenido de las investigaciones se realice en forma confidencial de manera tal de no afectar las pruebas, y se diseña un plan de respuesta ante las infracciones dando el *feedback* de los resultados a toda la organización.

El Estado *per se* busca prevenir el delito y hay incentivos para aquellas empresas que sean transparentes. En este sentido, muchas empresas parecen haber tomado conciencia de que los daños posibles que se deriven de una práctica corrupta para la propia organización pueden ser mucho mayores que el eventual beneficio que emerja del accionar corrupto. Una de las cuestiones más temidas por las empresas es hoy la sanción social. Ello es así porque cualquier daño reputacional impacta incuestionablemente a la hora de solicitar créditos bancarios, pedir descubiertos bancarios, y establecer relaciones con clientes, proveedores y la contratación de personal. La observan, indudablemente, como una empresa de riesgo a la que inmediatamente se la rechaza. En suma, hay temor al daño reputacional y una de las grandes contribuciones de *Compliance* es prevenirlo, identificando riesgos y mitigándolos.

Es así que resulta por demás valioso identificar algunos aportes reales y relevantes de *Compliance* para una organización, no solo para enfrentar riesgos proactivamente sino también para apuntalar la sustentabilidad de la propia empresa. Dichos aportes son:

- Sistema de Gestión: la obligatoriedad de contar con un programa de Integridad/*Compliance* es, ni más ni menos, que un sistema de gestión propiamente dicho.

Dicho sistema consiste en un conjunto de herramientas y controles en todos los niveles de la organización.

- Fomento de la comunicación interna y externa y del trabajo en equipo: el diseño e implementación de un programa de comunicación interno y externo para transmitirle a colaboradores, clientes, proveedores y todo *stakeholder* o grupo de interés que todo este conjunto de obligaciones de *Compliance* deben ponerse en un plano de igualdad y deben ser cumplidas.
- Manejo de situaciones de conflictos de interés: una contribución adicional de *Compliance* se refiere a las situaciones de conflictos de intereses para evitarlos o reducirlos en un contexto cada vez más competitivo.
- Relación con proveedores e intermediarios, agentes, distribuidores y terceros en general: el *due diligence* requerido por *Compliance* para realizarle a todos los mencionados que tienen vínculos activos y no activos con una organización tiene su origen en que todas las normativas de *Compliance* en vigencia responsabilizan a la misma por las acciones de los nombrados. Resulta imprescindible extremar el conocimiento puntual de todos y cada uno de dichos terceros, sin excepción y capacitarlos e imbuirlos de la cultura de cumplimiento.
- Nuevas oportunidades de empleo: la función de *Compliance* constituye toda una temática nueva en una organización, para lo cual se requerirá la contratación de personal profesional y no profesional. Para ello también se requiere una formación experimentada en procesos de trabajo ya que la organización deberá realizar una evaluación de los mismos para poder identificar riesgos, prevenirlos y, en su caso, remediarlos.
- Foco en la excelencia de procesos: con la mirada puesta en la mejora de los procesos de trabajo para identificar y mitigar riesgos y eventualmente remediarlos, la organización apuntará a lograr la excelencia de procesos de trabajo, midiéndolos y estableciendo objetivos de mejora de medio y largo plazo.

- Promueve la innovación: la revisión de todos los procesos de trabajo exige que la empresa adquiera nuevos conocimientos, nuevas tecnologías y otros de avanzada para poder mejorar sus procesos e identificar riesgos para poder mitigarlos y eventualmente remediarlos.
- Transforma la cultura organizacional: dicha transformación consiste en convertir la cultura vigente en la organización en una de integridad, de cero tolerancias a las prácticas corruptas. La cultura de integridad es considerada como uno de los motores de los negocios sustentables. Se trata de los aspectos ambientales, sociales y de gobierno corporativo a través del cual se definen los indicadores de *performance* que la organización tiene como base de su gestión sustentable. La cultura de integridad de este tipo de organizaciones está entonces dada por cómo las mismas ponen en práctica los valores que surgen de su misión y visión en lo que hace a los compromisos asumidos ante sus *stakeholders* (Cecchini, 2018).
- Fomento del *benchmarking*: Estas acciones son sumamente relevantes para tomar conocimiento de las mejores prácticas o prácticas de excelencia en el mercado, en lo que hace a culturas de integridad y de cero tolerancias a la corrupción.
- Impulsos de acciones colectivas: En muchos países, especialmente en la región latinoamericana y en aquellos de África, la corrupción endémica, como la que vimos en la esfera pública, resulta difícil de combatir. Se observa que no se percibe ni voluntad política ni social para enfrentarla. Para la actividad privada dicha problemática constituye un obstáculo o barrera para el lanzamiento de nuevas inversiones y actividades tanto productivas como aquellas de servicios. La sanción de leyes y regulaciones para enfrentar a la corrupción, tanto en la esfera pública como en la privada, es un paso necesario, pero necesita del apoyo social y comunitario y para ello el cambio cultural hacia *Compliance* resulta fundamental. Una de las herramientas para combatir la

corrupción a la hora de la prevención es la acción colectiva que en forma conjunta puedan emprender las empresas del sector privado -incluyendo competidores- asegurando que la competencia resulte equitativa especialmente en licitaciones públicas y de grandes proyectos. Este tipo de acciones puede desarrollarse a título declarativo, por un lado, con relevantes campañas publicitarias que apuntan a invitar a rechazar sobornos, extorsiones y todo tipo de acciones que conlleven falta de integridad y transparencia, y por el otro, mediante la celebración de pactos de integridad entre oferentes que apuntan al mismo fin en cada licitación pública en la que decidan participar. El objetivo de la acción colectiva que se menciona es presionar a los gobiernos a luchar contra la corrupción y prevenir los pedidos de soborno. Y para ello *Compliance* tiene mucho que aportar, porque se trata nuevamente de un cambio cultural que apunta a identificar riesgos, controlarlos y mejorar procesos de trabajo para evitar las reincidencias.

- Favorece la sustentabilidad: Una empresa éticamente responsable es una empresa sustentable que hace de la responsabilidad social corporativa uno de sus pilares claves de gestión, así como lo es *Compliance*. Promueve la reputación de la empresa en la comunidad, como si se tratara de una licencia social necesaria para operar.
- Promueve la competencia justa: Las empresas al tener programas de Integridad/*Compliance* se ven enfrentadas al cumplimiento de requisitos del mismo tenor, lo que contribuye a promover una competencia más sana y justa, lo que favorece el libre mercado y a los intereses de los consumidores.
- Promociona el buen gobierno corporativo favoreciendo la transparencia, así como también la conducción estratégica del negocio, ratificando los derechos y obligaciones de empleados, reguladores, accionistas y *stakeholders* de la organización en general.

Estos son los aportes básicos de un programa de integridad/*Compliance* si estos programas son los adecuados para el contexto en que opera la organización, como así también para el tipo de la misma y para la clase y nivel de riesgos a enfrentar. Es importante puntualizar que hay programas de Integridad/*Compliance* que están destinados al fracaso en términos de constituir verdaderos programas de integridad. Ellos son aquellos programas que no colocan foco en la cultura ética y los valores de la organización, que no identifican correctamente los riesgos, que no están cumpliendo con el rol previsto, que no están sustentados en una matriz acorde para que los riesgos resulten efectivamente identificados, que no consideran adecuadamente los elementos, herramientas y controles que deban realizar, que no implementan programas bajo el formato de un verdadero sistema de gestión, y que la función de *Compliance*, en lo que hace a su diseño organizacional, carezca de profundidad (Rozen, 2018, p. 11)

8. Casos concretos y comprobación de la hipótesis

A esta altura es razonable expresar que la corrupción en los países de América Latina constituye un mal endémico que indefectiblemente degrada la democracia. La respuesta, valga reiterar, fue que la mayoría de los países latinoamericanos han sancionado normas anticorrupción de aplicación tanto en la esfera pública como en la privada y han modificado sus códigos penales para incluir los nuevos delitos que han surgido como consecuencia de la corrupción. Sin embargo, como parte de la degradación institucional, la misma corrupción ha alcanzado lamentablemente a los distintos niveles del poder judicial que en muchos casos ha perdido su independencia y ha sido cooptado por el gobierno de turno que ocupa el poder ejecutivo circunstancialmente. Es por ello que el *enforcement*, o aplicación de las normas en cuestión, se ha visto sensiblemente limitado y si bien se han incrementado las denuncias de corrupción, la investigación de los casos se ha visto seriamente

dificultada por la falta de avance de las causas por los motivos expuestos. Ello crea un pronunciado escepticismo por parte de la sociedad en el poder judicial.

En Brasil, la operación *Lava Jato* iniciada en 2014 y aún en curso tuvo al mundo en vilo por el alcance de sus redes a nivel internacional. Comenzó con la investigación de fraudes en contratos con Petrobras y reveló esquemas de corrupción involucrando a los principales nombres de la política del país. Después de cuatro años suma ciento ochenta y tres condenas contra ciento diecinueve personas, entre ellas empresarios, ex directores de la empresa estatal y políticos de diversos partidos. Investigadores rastrearon pagos de sobornos por cerca de Reales Seis Mil Cuatrocientos millones (R\$6400M) o su equivalente de esa época de más de Un Mil Setecientos Millones de Dólares Estadounidenses (US\$1700M).

Claro es el ejemplo de la empresa brasileña que gira en plaza bajo la denominación de Odebrecht y cuyo objeto social es amplio, pero que su mayor foco está puesto en la construcción con participación en licitaciones públicas y en consorcios público-privados. En 2006 Odebrecht comenzó a admitir su participación en sobornos tanto en Argentina como en once países adicionales. Así fue condenada a pagar una multa de dos mil ochocientos millones de Dólares Estadounidenses (USD 2.8M) mayormente en Brasil, pero también otro monto en Estados Unidos de América y en Suiza, por donde circuló dinero ilegal a través de su división de Operaciones Estructuradas. En 2016, y tras confesar frente al Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, cerró acuerdos sancionatorios, a modo de resarcimiento, con la mayoría de los países en los que pagó sobornos a funcionarios públicos con la idea de poder seguir operando (Urien, 2019).

En la Argentina un caso de resonancia fue el caso Siemens, donde se observan cómo operan en la práctica tres conceptos: sobornos, colusión y *pantouflage*. La historia del caso Siemens comienza en 1991 durante la presidencia de Carlos Menem, cuando se llega a un preacuerdo, sin licitación previa, con la empresa francesa So.Fre.Mi para imprimir nuevos documentos nacionales de identidad. La contratación

directa fue objetada y el gobierno de ese entonces no pudo sostener el pre-acuerdo. Debido a presiones internacionales el gobierno argentino llamó a una suerte de mega-licitación por un importe total de Un Mil Trescientos Millones de Dólares Estadounidenses (USD 1.300M) por tres temas conjuntos: a) Impresión de los nuevos DNI; b) Informatización de los pasos fronterizos; y c) informatización de los padrones electorales. En el año 1996 se presentan tres grupos a la licitación: el grupo Siemens, el grupo Itron, y el grupo Ivisa. Se suscitan dos casos claros de *pantouflage*, que consiste en que funcionarios públicos comiencen a trabajar en una empresa privada utilizando la influencia de haber sido tales.

Ese fue el caso de los Ministros de Justicia Rodolfo Barra y su sucesor en el cargo Elias Jassan. Ambos fueron contratados por el grupo Siemens para ganar con influencias la licitación. Se inicia así en 1996 una causa judicial en Argentina por la comisión de delitos de acción pública. La Comisión Técnica que evaluó las propuestas de la licitación informo que Siemens no cumplía con siete de los dieciséis requisitos o puntos de análisis requeridos para calificar. El Grupo Itron cumplía todos ellos. Sin embargo, se cambió la composición de la Comisión Técnica sin justificación alguna y se adjudica el contrato a Siemens. Curiosamente Siemens había cotizado cada DNI a imprimir a treinta dólares estadounidenses (USD 30), cuatro veces y media más que los siete dólares estadounidenses (USD 7) que había cotizado originalmente la empresa So.Fre.Mi. Al ganar la licitación Siemens queda al descubierto la segunda trama de corrupción relacionada, esta vez, con la colusión entre dos empresas privadas. La colusión se define como un acuerdo entre proveedores para elevar precios, subcontratarse o intercambiar roles. En el grupo Ivisa, uno de los concursantes participa la empresa Correo Argentino. En el año 1999 Siemens reemplaza a una empresa de su grupo para distribuir los DNI y le otorga dicha distribución a Correo Argentino. El grupo Itron también pertenece al grupo Socma. Es decir que Socma participó en la licitación con dos empresas, una era Ivisa y la otra Itron. ¿Por qué motivo Siemens decide incorporar a una de las empresas que había

perdido en la licitación? Nunca Itron como grupo, impugnó la licitación y en el año 1999, el 60% de Itron se vende a Siemens por dólares estadounidenses cuarenta y seis millones (USD 46M). Se sostuvo que el precio fue excesivamente elevado comparándolo con el precio de mercado y la razón principal que escondía era lisa y llanamente, retribuir la falta de impugnación a la licitación por parte de Itron, pagándose luego el 40% restante por solo dólares estadounidenses seis millones (USD 6M). La colusión entre empresas privadas estaba a la vista.

Fue así que en el año 2000 el gobierno de De la Rúa decide revisar los contratos debido a una de las tantas crisis económicas reinantes en la Argentina. Siemens se niega a entregar información sobre costos para renegociar el contrato ya acordado. Finalmente, el gobierno rescinde el contrato con Siemens y ofrece una indemnización de dólares estadounidenses ochenta (USD 80M) considerada totalmente insuficiente por la empresa, que inició un reclamo contra el país ante el Banco Mundial solicitando una indemnización de dólares estadounidenses seiscientos (USD 600M). En el año 2001 Siemens Internacional comienza a cotizar en la Bolsa de Nueva York y se abren una serie de investigaciones internacionales que buscan echar luz sobre los negocios de Siemens en todo el mundo, incluido en los Estados Unidos bajo el paraguas del *FCPA*. Siemens comienza a realizar una investigación sobre sus propias prácticas y así un informe de una consultora solicitado por la propia empresa encuentra la realización de pagos de sobornos a funcionarios públicos por dólares estadounidenses dos mil millones (USD 2000M) en más de trescientos contratos en países como Venezuela, China, Israel, Bangladesh, Nigeria, Vietnam, Rusia, México y Argentina.

En el caso de Argentina, Siemens reconoció el pago de sobornos por dólares estadounidenses ciento seis millones (USD 106M). La empresa se anticipa a investigaciones de las autoridades de Estados Unidos de América y suscribe un acuerdo con el Departamento de Justicia de dicho país para pagar una multa de dólares estadounidenses ochocientos millones (USD 800M). De no llegar a ese

acuerdo la multa a imponerse a Siemens hubiera sido mucho mayor con la posible imposición de penas privativas de su libertad a varios de sus funcionarios. Paradójicamente, ningún funcionario público resulto procesado en la Argentina.

Por su parte, *Wal-Mart* ha llegado a un acuerdo con la Comisión de la Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América para pagar en concepto de multas la suma de Doscientos Ochenta y Tres Millones de Dólares Estadounidenses (USD 283M) para cerrar una investigación de pago de sobornos a funcionarios extranjeros que involucra a sus empresas afiliadas en Brasil, China, India y México entre los años 2000 y 2011. Sin perjuicio de la identificación de riesgos en ciertas áreas de su actividad comercial que había oportunamente realizado la empresa, no se tomaron las acciones necesarias y suficientes para realizar los controles, monitoreos y auditorias en los sistemas y registros contables pertinentes. Las filiales de *Wal-Mart* en los países involucrados contrataron terceros intermediarios, quienes realizaron los pagos indebidos, sin que *Wal-Mart* se hubiera preocupado porque dichos intermediarios hubiesen transformado su cultura empresaria original en una de integridad mediante la capacitación pertinente que demanda todo programa de *Compliance*, no tomándose acciones suficientes para investigar y mitigar dichos fenómenos. Se sostuvo que *Wal-Mart* fue negligente y no prestó debida atención ante diversas manifestaciones de riesgo, no realizando un *due diligence* y control interno apropiado. A cambio del acuerdo que implica una reducción de la multa impuesta *Wal-Mart* se obligó a realizar una auditoria más profunda e independiente, como así también presentar reportes sobre la remediación de su programa de *Compliance* para ajustarlo a los riesgos identificados y que no fueron tomados con la suficiente consideración.

Otro caso de resonancia fue la realización de pagos indebidos a funcionarios extranjeros por parte de *Ralph Lauren Corporation* para el despacho a plaza de sus productos de importación en la República Argentina, hecho este que se remonta al año 2013 y que finalmente causó que esta empresa se retirara del mercado argentino. *Ralph Lauren* llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia y la Comisión de

Bolsa y Valores de los Estados Unidos para pagar multas y penalidades por un total de Dólares Estadounidenses Un Millón Seiscientos Mil (USD 1.6M).

Al igual que en el caso *Wal-Mart* antes referido, *Ralph Lauren* utilizó intermediarios, en este caso despachantes de aduana, para realizar los pagos indebidos a funcionarios de la Dirección de Aduana de Argentina, a cambio de realizar importaciones de productos sin completar los pasos y documentación que legalmente se requería conforme a las normas argentinas y sin realizar las inspecciones que las autoridades aduaneras generalmente llevaban adelante. La empresa omitió realizar el *due diligence* que normalmente se conduce con proveedores tales como los despachantes de aduana, como así también no realizó controles o auditorías a los pagos que en concepto de supuestos reembolsos se realizaban a dichos despachantes de aduana y cuyos montos involucrados eran utilizados realmente para pagar sobornos. El monto de las sanciones impuestas a *Ralph Lauren* y acordadas con la empresa fueron sustancialmente inferiores a las que se imponían para este tipo de casos. La Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América hizo una valoración positiva de las acciones tomadas por la compañía para difundir, cooperar y remediar las acciones que había erróneamente tomado.

En este sentido, si bien la empresa tenía un programa de integridad o *Compliance*, este no se ajustaba a los riesgos que, en materia de pagos de sobornos a funcionarios de aduana de la República Argentina, se consideran usuales. Tampoco se habían realizado las sesiones de capacitación necesarias y suficientes como para transformar la cultura de la organización en una de cumplimiento, existiendo un muy débil *tone from the top*. Adicionalmente resultaban insuficientes los controles internos que debían ser fortalecidos, así como también el proceso de *due diligence* con los proveedores no era el adecuado teniendo en consideración los serios riesgos que implicaba operar en un contexto de negocios como el de la República Argentina.

El Anexo IV contiene un resumen de casos de corrupción relevantes en los que las empresas involucradas bajo las normas del *FCPA* se han visto beneficiadas con

acuerdos de pago favorables en merito a (i) haber implementado o haber tomado acciones relativas a un programa de integridad/*Compliance* y a sus elementos y herramientas, o bien (ii) haberse comprometido a tomar una o más acciones de remediación bajo un programa de integridad/*Compliance* realizando o reforzando *due diligences*, auditorias, controles con foco en una cultura de cumplimiento (Jaeger, 2019).

El marco legal en materia de integridad y *Compliance* de los distintos países a los cuales se ha hecho referencia en el *supra* 6 Marco Institucional y Regulatorio, valoran y reconocen la importancia que poseen los programas de Integridad/*Compliance* al reducir o eventualmente eximir de sanciones a aquellos que lo hubieran implementado. Adicionalmente, es innegable que *Compliance* ha contribuido a identificar riesgos y a mitigarlos, para evitar daños más gravosos. En suma, la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación ha quedado debidamente probada.

9. Conclusiones y aportes al campo del Derecho

Teniendo como premisa que el concepto de *Compliance* abarca tanto la función de velar por el cumplimiento de las leyes que le sean aplicables a cada organización en virtud de su negocio o industria como la aplicación de los códigos de conducta y políticas/procedimientos internos que se implementen internamente, es auspicioso reconocer que ha habido un notable cambio de paradigma en las empresas. Es así que son muchos los casos en los que la implementación de un programa de Integridad/*Compliance* ha permitido a las empresas lograr una eximición de una sanción pecuniaria o de otro tipo, o bien reducir considerablemente las penas aplicadas por la autoridad de aplicación al arribar a acuerdos razonables y convenientes en tal sentido.

Es indudable que dicho cambio de paradigma está directamente relacionado con la manera en que las organizaciones gestionan para alcanzar sus objetivos económico-financieros y de responsabilidad social empresaria. Ello encuentra su base en normas que ponen el foco en la responsabilidad de las empresas, como sucede con la ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria sancionada en la República Argentina y otras similares en Brasil y otros países como se ha visto para los casos de corrupción.

Ahora bien, es necesario destacar que no cualquier programa de Integridad/*Compliance* es suficiente para lograr reducciones de eventuales sanciones o para eximirse de las mismas, sino uno adecuado al contexto que debe incluir -según fueran las conclusiones de las investigaciones- algunos o todos los elementos y herramientas que aportan dichos programas tal cual se expone en *supra* 7. Herramientas y Contribuciones de *Compliance*. Implicancias.

Por último, como se ha observado, la corrupción degrada la democracia y las instituciones de un país y ello afecta no solo a la esfera pública sino también e indudablemente a la privada, al ciudadano común que se guía por el ejemplo que ofrecen las figuras públicas que se hallan a cargo de la *res publica*. Por lo tanto y para los escépticos, no debe soslayarse en modo alguno el rol que posee *Compliance* para el fortalecimiento de la democracia y de sus instituciones ya que, sin duda, ello tiene un impacto positivo fuerte en el sector empresario y de las organizaciones privadas en general.

En lo que hace estrictamente a los aportes del presente artículo al campo jurídico y teniendo como premisa que aun con la implementación de los programas de Integridad/*Compliance* las empresas no están exentas de verse afectadas por casos de corrupción, aunque pueden prevenirlos total o parcialmente, o limitar el alcance de los mismos es de destacar que más del 40% de los fraudes en las empresas se han detectado gracias a llamadas recibidas a través de las líneas de denuncia que las empresas han implementado a través de un programa de Integridad/*Compliance*. Es

por ello que esta herramienta es considerada como el instrumento idóneo para ponerle freno a acciones corruptas que generan pérdidas y dañan la reputación de las empresas conforme surge de un informe de la Revista *Risk & Compliance* (2017).

En este sentido, se ha considerado que el costo de los fraudes puede alcanzar hasta el 5% de las ventas que realice una empresa, y en tal caso, la implementación de las líneas *whistleblowing* llegan a reducir dicho costo en un 50%. La razón parece ser sencilla y es que las maniobras fraudulentas son identificadas mucho antes del promedio. Se calcula que sin controles se demora más de un año y medio antes de que se tome conocimiento de una acción de fraude. En cambio, el tiempo se puede reducir a nueve meses o menos cuando existe un canal de denuncias. Cuanto antes, menor daño. Se ha determinado que para que un canal de denuncias resulte realmente efectivo debe existir necesariamente el *tone from the top*, es decir, que la cascada de valores surja de los altos cargos, de modo total que se difunda, contagie y extienda al resto de la organización. Se genera de este modo y se contagia una cultura ética en el seno de la propia organización que conduce necesariamente al autocontrol y que la honestidad supere a la indecencia o a la falta de ética.

Otro de los problemas que presentan los fraudes para las empresas es que habitualmente se recupera muy poco de los fondos desviados. Es por ello que resulta sumamente importante conocer cuanto antes la existencia del o de los delitos a fin de poder tomar acciones internas con herramientas y procesos del que se dispone internamente para evitar que el tema pueda adquirir matices más complejos y pueda verse afectada la reputación de la empresa. Para ello, contar con un programa de Integridad/*Compliance* resulta fundamental.

Por lo tanto, y evidenciada ya la utilidad de la implementación de diversas herramientas como el *whistleblowing*, el *tone from the top* y otras herramientas claves de un programa de integridad/*Compliance* resulta a esta altura indubitable que estos programas permiten a las empresas colocarse en una situación favorable a la hora de las investigaciones por parte de las autoridades de aplicación, pudiendo

eventualmente, y valga reiterar, reducir o quedar exentas de sanciones a cambio del compromiso a tomar acciones de remediación.

Basado en las consideraciones realizadas, pueden identificarse los siguientes aportes del presente trabajo al campo del derecho:

- Se indaga profundidad y se ofrecen conceptos esclarecedores sobre un tema complejo como es la gobernanza corporativa de las empresas.
- Se proveen elementos y herramientas valiosas que hacen al buen gerenciamiento de los riesgos jurídicos empresarios.
- Se brindan conceptos que permiten enfocarse en la mejor comprensión de los riesgos de implicancia legal que tienen los procesos de trabajo en una estructura organizacional, y en el impacto que los mismos poseen para la reputación de la organización.
- Se pone el foco en la mejora continua empresaria para una mejor prevención de los riesgos legales y su posible remediación, de ser esta necesaria.
- Se contribuye a la mejor valoración de los contextos en que operan las empresas para poder tomar todas las acciones necesarias que permitan ser eficientes -en términos de tiempo y costo legales- y efectivas -en lo que hace a su prevención y eventual defensa-.

10. Bibliografía y fuentes de información

10.1 Bibliografía

Amirante, J. (7 de agosto 2017). Lo que aprendimos (y también nos olvidamos) del emblemático caso Enron. *La Nación Economía*, 4.

Buscaglia, M. (2 de febrero de 2020). Los Riesgos de la Economía Global en los meses que vienen. *La Nación Economía*, 3.

Carvalhosa, M. (2014). La nueva ley anticorrupción brasileña. *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad*, 2, 37-45.

Cecchini, G. (9 de setiembre de 2018) Una cultura de integridad, el motor de los negocios sustentables. *La Nación Empleos*, 8.

Cecchini, G. (28 de julio de 2019). Compliance: la nueva sigla del CEO que corresponde a Chief Ethical Officer. *La Nación Empleos*, 8.

Crotti, L. (30 de abril de 2019). El riesgo de tener un Compliance Officer solamente para quedar bien. *La Nación Empleos*, 4.

D'Alessandro, M. (28 de julio de 2019): Las fatigas de la democracia preocupan a los expertos. *La Nación Ideas*, 2.

De Maio, C. (15 de mayo de 2018). En qué consiste un correcto y eficiente programa de integridad. *La Nación Empleos*, 11.

Dell'Oro, R. (2020). El valor de la ética en las empresas. Recuperado de <https://www.linkedin.com/pulse/el-valor-de-la-ética-en-las-empresas-roció-soledad-dell-oro/>

Elliott, K. (1997). Corruption as an international policy problema [La corrupción como problema de política internacional]. Recuperado de https://www.piie.com/publications/chapters_preview/12/10iie2334.pdf

- Ellis, M. (2013). Polo Pulls Out of Argentina after Ralph Lauren Corp. Violates FCPA at Argentine Customs [Polo se retira de Argentina después de que Ralph Lauren Corp. viole la FCPA en la Aduana argentina]. Recuperado de <https://fcpamericas.com/english/argentina-polopulls-out-of-argentina-after-ralph-lauren-corp-violates-fcpaatargentinecustoms/>
- Fernandes, C. (2020). Patrimonialismo. Recuperado de <https://brasilecola.uol.com.br/politica/patrimonialismo.html>
- Ghirardotti, M. (9 de abril de 2017). Nuevas formas de corrupción y como combatirlas. *La Nación Economía*, 13.
- Ghirardotti, M. (28 de julio de 2019). Chief Executive Office de Resguarda. Herramientas para prevenir y detectar fraude y malversación en la empresa. *La Nación Empleos*, 9.
- Habermas, J. (1998), ¿Aprendemos de las Catástrofes? Diagnóstico y Retrospectiva de Nuestro Breve Siglo XX. Recuperado de <https://www.nexos.com.mx/?p=8965>
- Jaeger, J. (2019, octubre) Compliance lesson from recent nine-figure FCPA settlement [Lección de cumplimiento del reciente acuerdo de la FCPA de nueve cifras.]. *Compliance Week*, 246-268. Recuperado de <https://www.complianceweek.com/anticorruption/compliance-lessons-from-recent-nine-figure-fcpa-settlements/27940.article>

- Johnston, M. (2005). *Syndromes of corruption: wealth, power and democracy* [Síndromes de corrupción: riqueza, poder y democracia]. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press.
- Mauro, P. (1998). Corruption: Causes, Consequences and Agenda for Further Research [Corrupción: causas, consecuencias y agenda para futuras investigaciones]. *Finance and Development*, 35(1), 25-30.
- Morris, S., y Blake, C. (2009). *Corruption and Democracy in Latin America* [Corrupción y democracia en América Latina]. Pittsburg, Pa.: University of Pittsburg Press
- Nielsen, R. (2003). Corruption Networks and Implications for Ethical Corruption Reforms [Redes de corrupción e implicaciones para las reformas éticas de corrupción]. *Journal of Business Ethics*, 42, 125-149.
- Porto, J., y Merino, M. (2011) Definición de corrupción. Recuperado de <https://definicion.de/Corrupción/>
- Rozen, C. (9 de abril de 2018). El Programa de Integridad es clave para la nueva ley. *La Nación Economía*, 9.
- Rozen, C. (7 de octubre 2018) ¿Cuáles son los errores en un programa de cumplimiento? *La Nación Empleos*, 11.
- Santana, A. (2014). Corrupción Política: Aproximación a una teoría general. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/corrupcion-politica-aproximacion-a-una-teoria-general/+5413>

Suárez, F., y Christensen, A. (2001). Aspectos Teóricos, Contextuales y Metodológicos en el Análisis Comparado de la Corrupción Organizacional. Trabajo del VI Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Suárez, F., y Gorrochategui, N. (1998). *Corrupción Organizacional: Aspectos vinculados a la Estructura de Oportunidades en Diversos Tipos de Organizaciones y Casos de Corrupción Institucionalizados*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Administrativas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires.

Urien, P. (2018). Lucha Anti-Corrupción en la Región Latinoamericana. Muchas normas poca transparencia. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/economia/luchaanticorruptcion-en-la-region-muchas-normas-poca-transparencia-nid2137870>

10.2 Fuentes de información

Asq Organization. Anti-corruption Regulations 2019. Recuperado de <https://www.gettingthedealthrough.com>

Asq Organization. Fish Bone Analysis. Recuperado de <https://asq.org/quality-resources/fish>

Banco Nacional de Desarrollo del Brasil. Ombudsperson [Defensor del pueblo]. Recuperado de https://www.bndes.gov.br/siteBNDES/bndes/bndes_en/Navegacao_Suplemental-Ouvidoria

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Estadísticas 2019. Recuperada de

<https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/UltimasActualizaciones.html?idiomaspanish>

Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América. Acta de Prácticas Corruptas en el Extranjero. Recuperado de <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

El Cronista (2014, abril). Ley Anticorrupción de Brasil. Recuperado de <https://www.cronista.com/economiapolitica/Nueva-ley-anticorrupcion-de-Brasil-sanciona-atoda-empresa-con-representacion-en-ese-pais-20140407-0030.html>

Foro de Davos. Manifiesto Foro de Davos (2020). Recuperado de https://www.linkedin.com/posts/valeria-flaviani_que-es-el-manifiesto-de-davos-2020-y-como_activity-6632643025166221313-AupH/

Osler Law Firm (s.f.). Corruption of Foreign Public Officials Act [Ley de corrupción de funcionarios públicos extranjeros]. Canadá. Recuperado de <https://osler.com/en/en/resources/business-in-canada/browsetopics/additionaltopics-corruption-bribery-and-enforcement>

Process Excellence Network (2020). Process Excellence [Excelencia en procesos]. Recuperado de <https://www.processexcellencenetwork.com/what-is-process-excellence>

Risk and Compliance (2017, octubre-diciembre) Effective Whistleblower Programs and Their Impact on Ethics, Culture and Conduct [Programas eficaces de denuncia de irregularidades y su impacto en la ética, la cultura y la conducta]. Recuperado de <https://www.riskandcompliancemagazine.com>

Sistema Argentino de Información Jurídica (2018). Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846>

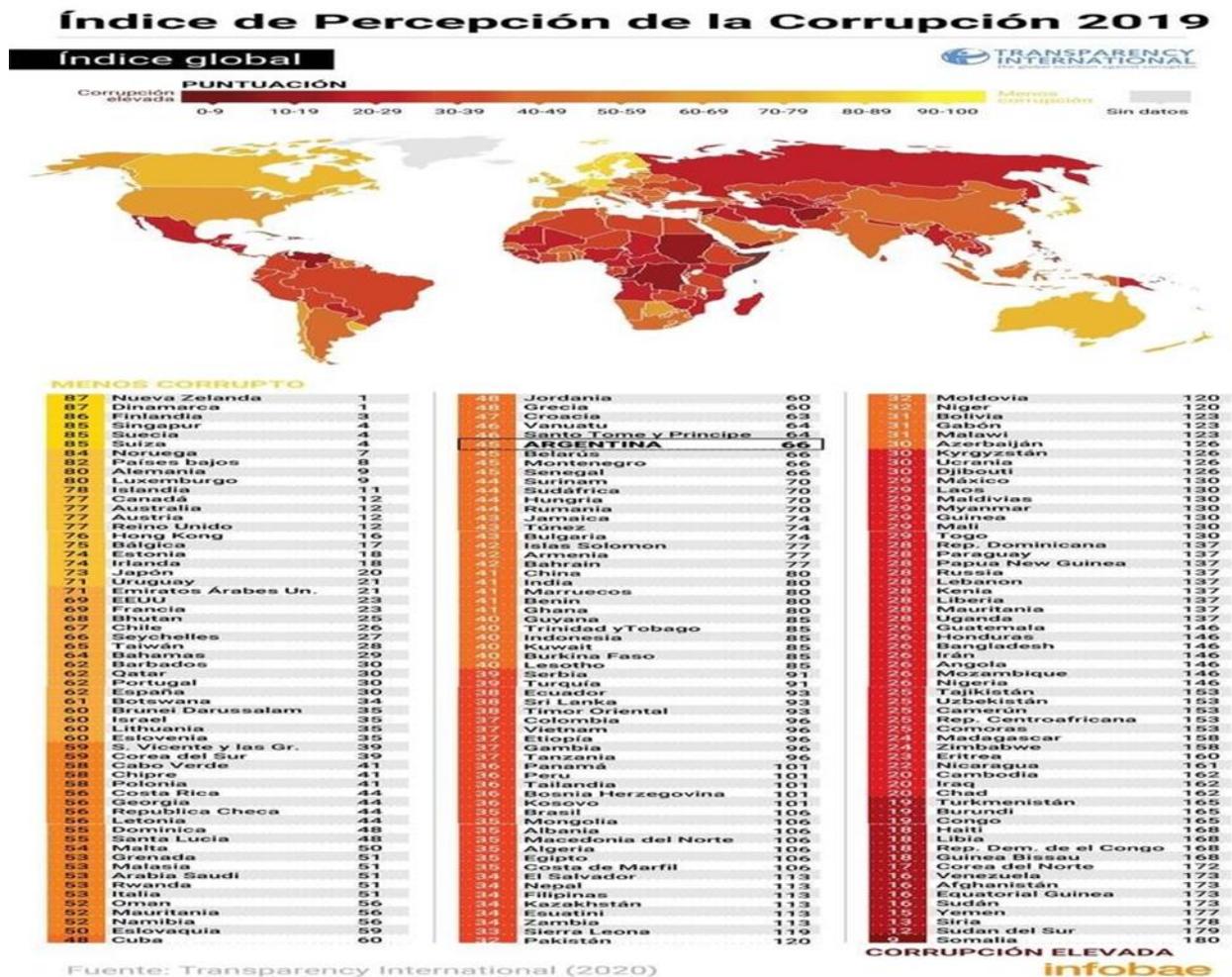
Todavía Somos Pocos Organización No Gubernamental (s.f.). Compliance Recuperado de <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/aspectos-sobresalientes-de-compliance-para-filiales-norteamericanas-en-argentina/>

Transparency International Organization (s.f.). Index 2018. Recuperado de https://www.transparency.org/whatwedo/publication/corruptionperceptions_index_2018

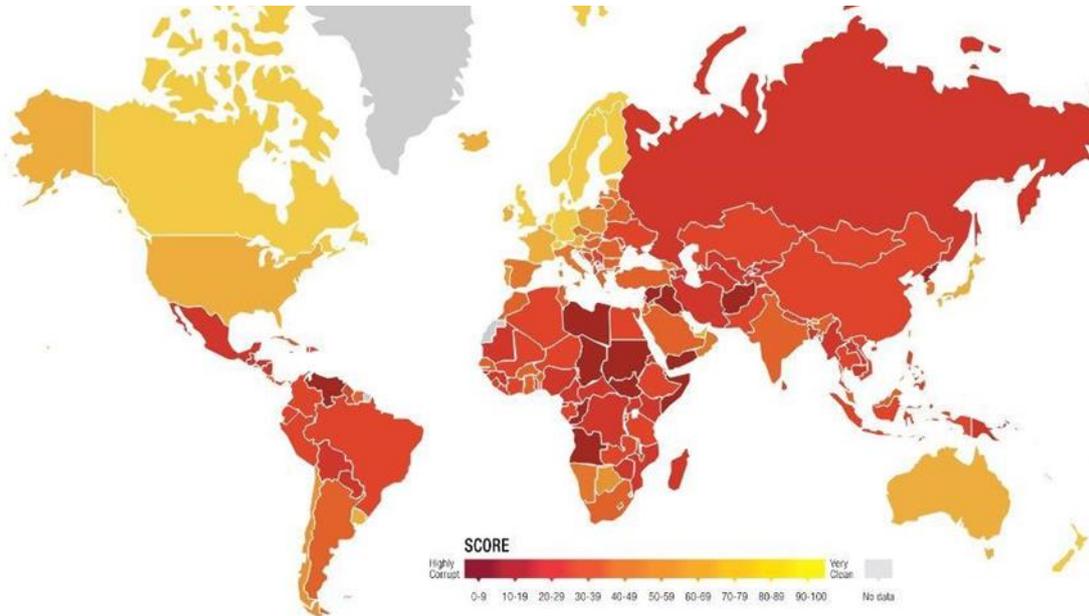
U.S. Security and Exchange Commission (s.f.). Sarbanes-Oxley Act. Recuperado de https://www.sec.gov/news/studies/2009/sox-404_study.pdf

U.S. Securities and Exchange Commission (s.f.). SEC Enforcement Actions: Foreign: Corrupt Practices Act Cases [Acciones de cumplimiento de la SEC: Extranjeros: Casos de la Ley de prácticas corruptas]. Recuperado de <https://www.sec.gov./soptlight/fcpa-cases.html>

Anexo I



Mapa que refleja el Índice de Transparencia Internacional 2019 publicado el 23 de enero 2020



Anexo II

Las 10 sanciones pecuniarias totales más severas por infracciones impuestas durante los años 1977 y 2017 por el Departamento de Justicia y la Comisión de Valores y Bolsa de los Estados Unidos:

Entity	Country	Year Sanctioned	Total Sanctions (US\$)
Odebrecht S.A. and Braskem S.A.	Brazil	2016	\$3,557,626,137
Siemens Aktiengesellschaft	Germany	2008	\$1,600,000,000
Telia Company AB	Sweden	2017	\$965,604,372
SBM Offshore N.V.	Netherlands	2017	\$820,000,000
Rolls-Royce Plc	Brazil, U.K.	2016	\$800,000,000
VimpelCom Ltd	Netherlands	2016	\$795,326,997
Alstom S.A.	France	2014	\$772,291,200
Halliburton Company	United States	2009	\$579,002,000
Teva Pharmaceutical Industries Limited	Israel	2016	\$519,279,572
Keppel Offshore & Marine	Singapore	2017	\$422,217,380

Anexo III

Sanciones pecuniarias totales más severas dispuestas entre los años 2009 y 2019 impuestas por el Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América.

No.	Company*	Total Resolution	DOJ Component	SEC Component	Date
1	Ericsson	\$1,060,570,432	\$520,650,432	\$539,920,000	12/06/2019
2	Mobile TeleSystems	\$850,000,000	\$750,000,000	\$100,000,000	03/07/2019
3	Siemens**	\$800,000,000	\$450,000,000	\$350,000,000	12/15/2008
4	Alstom	\$772,290,000	\$772,290,000	—	12/22/2014
5	KBR/Halliburton	\$579,000,000	\$402,000,000	\$177,000,000	02/11/2009
6	Teva	\$519,000,000	\$283,000,000	\$236,000,000	12/22/2016
7	Telia***	\$483,103,972	\$274,603,972	\$208,500,000	09/21/2017
8	Och-Ziff	\$412,000,000	\$213,000,000	\$199,000,000	09/29/2016
9	BAE Systems****	\$400,000,000	\$400,000,000	—	02/04/2010
10	Total S.A.	\$398,200,000	\$245,200,000	\$153,000,000	05/29/2013

Anexo IV

Ejemplos de algunos casos puntuales y concretos de reducción de sanciones pecuniarias acordadas entre el Departamento de Justicia y/o la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América y varias organizaciones empresariales en los años 2019, 2018 y 2017

2019

- Ericsson: La empresa multinacional de telecomunicaciones acordó el pago de algo más de un total de un mil millones de dólares estadounidenses (USD 1.000M) al Departamento de Justicia y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América por haber incurrido en violaciones a la normas del *Foreign Corrupt Practices Act* relacionadas con sus registros contables en varios países africanos incluido Djibouti, y por haber contratado a consultores que en realidad no eran tales, ya que su única tarea era pagar sobornos a funcionarios públicos en varios países
- Jerry Lee: La Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América, impuso sanciones a Jerry Lee, un ciudadano chino, ex-gerente general de la subsidiaria china de una empresa estadounidense, cuyas acciones cotizaban en la Bolsa y Valores de ese país, por haber gestionado y obtenido permisos de venta en China a cambio del pago de sobornos a funcionarios públicos mediante la entrega de dinero en efectivo, regalos, viajes, comidas y gastos de entretenimiento.
- Westport y Nancy Gougarty: La Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos acordó el pago con esta empresa canadiense y con su *Chief Executive Office* de un total de dólares estadounidenses cuarenta y un millones (USD 41M), por el soborno a funcionarios público de la República Popular China, como así

también el incumplimiento de normas contables referidas a libros, registros y requisitos de control interno.

- Barclays: Este banco originario del Reino Unido convino el pago de dólares estadounidenses sesenta y tres millones (USD 63M) por violaciones a normas de control interno y registros contables en lo que hacía a las prácticas de contratación de personal en Asia
- Quad/Graphics, Inc.: La empresa especializada en soluciones de marketing y proveedora de servicios acordó el pago de casi dólares estadounidenses diez millones (USD 10M) por imputaciones de incumplimiento a las normas del *Foreign Corrupt Practices Act*, en lo que hace a sobornos realizados a funcionarios públicos en Perú y China, y a la realización de registros contables falsos. Las acciones corruptas de la empresa tenían como objetivo principal ocultar transacciones comerciales con una empresa estatal de comunicaciones de Cuba, con la cual las normas de control de exportaciones de los Estados Unidos de América prohíben entablar relaciones comerciales
- Telefónica Brasil S.A.: Esta empresa acordó el pago de sanciones por dólares estadounidenses cuatro millones ciento veinticinco mil (USD 4.125M) por infracción a las normas contables por no registrar fidedignamente el pago de gastos a funcionarios públicos para concurrir a la Copa del Mundo 2018 y a la Copa de Confederaciones

2018

- Stryker Corporation: Esta organización empresario de diagnóstico médico con casa matriz en Michigan acordó el pago de dólares estadounidenses siete millones ochocientos mil (USD 7.8M) por poseer controles insuficientes e inadecuados de sus registros contables.

- **Petróleo Brasileiro S.A.:** La compañía de petróleo y gas de Brasil acordó el pago de dólares estadounidenses un mil setecientos millones (USD 1.700M) por sobornos masivos a funcionarios públicos y miembros de partidos políticos en licitaciones relacionadas con la explotación plataformas petroleras.
- **Sanofi:** Acordó el pago de dólares estadounidenses de veinticinco millones (USD 25M) en concepto de sanciones por imputaciones de pagos indebidos a funcionarios públicos para hacerse acreedor a contratos a través de licitaciones públicas en Kazakhstan y Medio Oriente.
- **Kinross Gold:** La compañía minera canadiense llegó a un acuerdo para el pago de dólares estadounidense novecientos cincuenta mil (USD 950.000) por incumplimientos en la implementación controles contables adecuadas en dos (2) de sus subsidiarias en África

2017

- **Halliburton:** Esta empresa de servicios petroleros acordó el pago de dólares estadounidenses veintinueve millones doscientos mil (USD 29.2M). por cargos relacionados con pagos realizados a una empresa local en Angola para obtener contratar por servicios petroleros en dicho país. Un vicepresidente de la empresa debió pagar dólares estadounidenses setenta y cinco mil (USD 75.000) por estar involucrado en forma directa en las maniobras de corrupción.
- **Cadbury Limited/Mondelez International:** Este conglomerado empresario dedicado a la manufactura y venta de *snacks* arribó a un acuerdo con las autoridades de aplicación del *Foreign Corrupt Practices Act* para el pago de dólares estadounidenses trece millones (USD 13M) por incumplimiento de los requisitos exigidos por dicha norma luego de que Mondelez adquiriera Cadbury y sus subsidiarias y empresas afiliadas, incluyendo la ubicada en la India que pago

sobornos a funcionarios públicos para obtener un permiso para instalar una planta de elaboración de chocolates en la localidad de Baddi.