

COMPLIANCE PENAL PARA LAS EMPRESAS

Por: Hernán Munilla Lacasa

De aprobarse la ley enviada por el Poder Ejecutivo al Congreso hacia fines de año, mediante la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción, las empresas, en especial aquellas que no lo tienen, deberán implementar un adecuado programa de integridad o *compliance*. Y aquellas que sí lo poseen deberán de todos modos verificar que sus programas cumplan debidamente con las exigencias requeridas en el proyecto a estudio.

¿A qué obedece esta conveniencia o necesidad?

a. El artículo 3° brinda la respuesta. Allí dice que las personas jurídicas son responsables por los delitos contra la administración pública y cohecho transnacional que hubieren sido realizado directa o indirectamente en su nombre, representación o interés y de los que pudiera resultar beneficiada, cuando la comisión del delito fuere consecuencia de un control o supervisión inadecuado y los delitos fueren cometidos por cualquiera de sus dueños, socios, accionistas, asociados, apoderados, representantes, directores, gerentes, empleados, proveedores, contratistas, agentes, distribuidores u otras personas físicas o jurídicas con quienes mantenga una relación contractual -lo subrayado es propio-.

b. El enorme poder disuasivo de las penas contempladas en el

artículo 16 termina de completar la respuesta. Se prevén multas del 1% al 20% de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica hubiere tenido en el último ejercicio anterior a la comisión del delito; suspensión total o parcial de actividades (por no más de 10 años); suspensión del uso de patentes y marcas (por no más de 10 años); pérdida o suspensión de los beneficios o subsidios de que gozare; suspensión para acceder a beneficios o subsidios estatales, o para participar en concursos o licitaciones públicas (por no más de 10 años).

No descubriríamos nada novedoso si concluimos que la clave, por lo tanto, pasa por tener un control y supervisión adecuados.

¿Cuándo lo serán?

El mismo artículo 3° lo aclara: cuando con anterioridad a la comisión del delito la persona jurídica hubiere implementado un programa de integridad que guarde relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la empresa, con su dimensión y con su capacidad económica, a fin de prevenir, detectar, corregir y poner en conocimiento de las autoridades los aludidos hechos delictivos.

Ahora bien, ¿qué elementos debe contener un programa de *compliance* para ser “adecuado”?

Sin establecer una enumeración taxativa, el artículo 31 prevé que el programa “*podrá contener*”, entre otros, los siguientes elementos: un código de ética, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos sus integrantes, independientemente del cargo o función ejercidos; reglas y

procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; la extensión del código y de tales políticas y procedimientos a los terceros o socios del negocio (proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios); la realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad; el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa; el apoyo visible e inequívoco de la alta dirección y gerencia; los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; una política de protección de denunciantes contra represalias; un sistema de investigación interna que imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética; un procedimiento que compruebe la integridad y reputación de terceros o socios de negocios; la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades; el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa y la designación de un responsable interno o *compliance officer* a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa.

Retomando la pregunta inicial, ¿por qué es necesario que las empresas adopten un programa de *compliance* semejante?

Porque si demuestra que lo tenía con anterioridad al hecho, y que hizo todo lo que estaba a su alcance para evitar la comisión de un delito contra la administración pública o cohecho transnacional, podrá ser eximida de pena, o en su caso, arribar a un acuerdo de colaboración con el fiscal. En este último supuesto, y sin admitir responsabilidad en el hecho, la empresa debe revelar información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de

los hechos, la identificación de sus autores o partícipes y el recupero del producto o ganancias del delito.

Asimismo, la empresa debe cumplir, en el plazo de tres años, al menos tres condiciones para acceder a la suspensión de la persecución. Puede tratarse de: el pago de una multa equivalente al mínimo, restituir las cosas o ganancias producto del delito, realizar acciones para reparar el daño, prestar un determinado servicio a favor de la comunidad, aplicar medidas disciplinarias para los partícipes del hecho delictivo o implementar un programa de integridad.

En definitiva, el proyecto, que respeta un criterio de responsabilidad subjetiva, porque la empresa sólo sería castigada por una deficiencia en la organización (es decir, por un hecho propio), revela la fundamental importancia de contar con un buen programa de integridad o *compliance*.

El buen gobierno corporativo, la necesidad de garantizar compromisos éticos y de contar con estructuras y personal capacitado para el correcto cumplimiento de sus obligaciones no constituyen, a esta altura del siglo XXI, circunstancias que puedan ser aleatorias, ni concernir a unas pocas y grandes corporaciones. La realidad nos demuestra, en un contexto globalizado impostergable, que existe una acentuada proliferación de depurados estándares internacionales de *compliance*, los cuales han irrumpido para quedarse. La Argentina no será la excepción.

Todo programa debe contemplar circunstancias internas, relativas a la empresa y al tipo de negocio involucrado, como ser el tamaño de la

organización, su dimensión y capacidad económica, la cantidad de operaciones realizadas atinentes al negocio específico, la cantidad de empleados/áreas participantes e interrelacionadas, entre otras. Pero también debe observar circunstancias externas, v.g., el marco normativo, doméstico e internacional imperante, la relación e impronta con las autoridades o dependencias públicas actuantes/controlantes, las relaciones inter-empresarias y las implicancias de la actividad de cada compañía en el mercado.

Entre los elementos mencionados a modo de ejemplo en el artículo 31 nos interesa destacar la designación de un oficial de cumplimiento o *compliance officer*.

El programa de integridad, que como ya dijimos tiene por objeto prevenir, detectar, corregir y poner en conocimiento de las autoridades los hechos delictivos abarcados por la ley, debe establecer, entre otras especificaciones relativas al *compliance officer*, si su tarea será unipersonal o realizada a través de un órgano colegiado; si tendrá dedicación parcial o exclusiva; quién lo designa y fija su competencia (la cual deberá poseer suficiente grado de autonomía e independencia); ante quién responde o reporta; qué y cómo habrá de documentar su actividad; si puede recurrir a asesoramiento externo o tercerizar parte de sus funciones; precisar con qué recursos y estructura habrá de contar; establecer una retribución adecuada (acorde con la relevancia de sus tareas); asegurar la confidencialidad, la capacitación eficaz de todos los miembros de la organización y de los terceros socios del negocio y una adecuada comunicación del contenido y alcance del programa o programas en cuestión.

Desde ya, será el encargado de implementar y difundir dicho programa, en el cual identificará los riesgos de *compliance* y su adecuada valoración, conforme los niveles de amenaza que se generen; de establecer los controles y procedimientos a implementar; de asesorar al órgano de administración; de informar los canales internos de denuncia; de monitorear el programa, entre otras precisas funciones.

Ocurrido un hecho de corrupción en el seno de la empresa, que de alguna manera la beneficie, el *compliance officer* será el primero en responder la requisitoria judicial, en tanto cumple el rol de garante como gestor de información, y desde ya deberá responder penalmente si violó alguna norma penal -no por el mero incumplimiento del programa-. Pero debe quedar claro que el órgano de administración no podrá desligarse automáticamente de su específica responsabilidad por el hecho de haber designado un *compliance officer*, en tanto le incumbe el deber de diseñar e implantar el programa de integridad, y evitar que desde su organización se dañen bienes jurídicos ajenos, en este caso la administración pública.

El proyecto de ley comentado procura, en definitiva, transparentar la relación existente entre el sector público y el privado, buscando que las empresas, frente a la amenaza de sufrir graves sanciones, adopten mecanismos destinados a prevenir riesgos y a que colaboren en la investigación de hechos de corrupción en los cuales se hayan visto envueltos sus ejecutivos, empleados, o terceros socios del negocio. Estimular a que las empresas asuman esta función “coadyuvante” en el saneamiento -enhorabuena- impulsado por el Estado, nos parece todo un acierto.

La iniciativa constituye, en suma, un aporte significativo para el profundo cambio cultural que reclama nuestra Argentina, anhelo que va en línea con el compromiso empresarial incansablemente pregonado por ACDE.