

## Aspectos sobresalientes de Compliance para filiales norteamericanas en Argentina

Por Paula Daniela Marelli Delgado. Trabajo final del Premaster semipresencial CUDES-UNIVERSIDAD AUSTRAL. Edición 2017.

En primer lugar, es importante destacar 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 internos que se implementen.

Si bien es cierto que a raíz de la gran cantidad de escándalos en los últimos años, la prevención y detección de actos de corrupción es un punto fuerte dentro de la gran estructura de Compliance - y sobre el cual existen normas específicas que más adelante se desarrollaran-, es dable destacar que la noción de Compliance no se limita solo a ello.

Aclarado este punto, veamos que según el último Índice de Percepción Internacional (2016) de la Organización “Transparency Corruption”, Argentina se ubica en la posición 95 sobre 175 países auditados. Si bien ha escalado posiciones en los últimos años, por el momento no deja de ser considerada como un país de riesgo desde la óptica de la corrupción, cuestión que debe ser tomada especialmente en cuenta por las empresas extranjeras que realicen o quieran realizar negocios en el país.

El marco jurídico de Compliance en cuestión de Anticorrupción está conformado por leyes tanto extranjeras como nacionales que le son de aplicación a las filiales norteamericanas que operen en Argentina, siendo la “Foreign Corrupt Practices Act” (en adelante “FCPA”) la norma más troncal.

La FCPA es una norma promulgada por el Congreso de los Estados Unidos en 1977 luego de que salieran a la luz una serie de actos de

corrupción en el marco del escándalo político de Watergate. Se trata de una ley que tiene como objetivo impedir prácticas corruptas fuera de los Estados Unidos, en cabeza de entidades que operen directa o indirectamente con la economía de este país, ya sea porque operan en moneda estadounidense, porque cotizan en la Bolsa de EE.UU., hasta porque utilizan servidores de dicha procedencia.

Esta Ley es aplicada por la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (en adelante, “SEC” por sus siglas en inglés “*Securities and Exchange Commission*” ) y el Departamento de Justicia (en adelante “DOJ” por sus siglas en inglés “*Department of Justice*”) quienes ejercen jurisdicción 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 de la FCPA.

Esta ley establece dos disposiciones principales:

1. 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 FCPA.

2. 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.

Asimismo, en relación a esta disposición es importante mencionar que existe también la Ley estadounidense “**Sarbanes-Oxley**” (también conocida como la “Ley de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista”) que aplica a todas las empresas públicas,

norteamericanas o extranjeras, que coticen en la Bolsa de Valores de los Estados Unidos mediante la cual se les exige que todo pago realizado debe encontrarse debidamente respaldado en los registros contables y sus balances deben reflejar de manera exacta las operaciones de la corporación.

Por otro lado, las filiales norteamericanas también pueden verse alcanzadas por la **UK Bribery Act (en adelante, “UKBA”)**. Se trata de una Ley del Reino Unido vigente desde el año 2011, que también contiene disposiciones anti soborno y que se aplica a aquellos individuos y organizaciones que estén de algún modo relacionados comercialmente con el Reino Unido.

La UKBA es una norma muy similar a la FCPA con algunos elementos que las diferencian. Entre ellos podemos destacar que en la FCPA no es obligatorio contar con un Programa de Compliance mientras que la UKBA sí lo exige.

Sobre este punto es importante resaltar que si bien en la FCPA no se establece como obligatorio, sí constituye una recomendación del DOJ y que marca una línea de lo que éste evaluará en el caso de descubrirse un acto de corrupción. Es decir, si bien no es obligatorio, el hecho de contar con un Programa de Compliance - que cumpla con ciertos parámetros y requisitos mínimos que más adelante se desarrollaran – contribuirá a tener mayores argumentos de defensa y en definitiva será una de las variables que determinará la responsabilidad y el grado de la sanción a imputar.

Estas dos normas prevén consecuencias ante el incumplimiento de sus disposiciones que van desde sanciones civiles hasta penales tanto para la persona jurídica como para los individuos involucrados. Así pues, pueden aplicarse multas elevadas que pueden alcanzar varias veces el beneficio obtenido inapropiadamente o la pérdida generada, prohibición de realizar ciertos negocios con funcionarios públicos, pena de prisión, daños a la reputación, entre otros.

En cuanto a normas locales se refiere, existen **Tratados Internacionales** incorporados por la Argentina dedicados a la Promoción de la Transparencia y lucha contra la corrupción, entre

ellos: La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (CICC – OEA), La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y La Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, “OCDE”).

Asimismo, el **Código Penal** también trata los pagos corruptos denominados como “cohecho” y pena a la persona física que de manera directa o indirecta diere u ofreciere los mismos, como también a aquellos funcionarios públicos que los recibieren.

Por último, se ha promulgado recientemente la **Ley de Responsabilidad Penal Empresaria** que constituye un cambio importante para las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal.

Esta nueva norma que próximamente se encontrará vigente en el país, establece un régimen de responsabilidad penal para personas jurídicas por delitos de corrupción. 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” que al igual que el DOJ en Estados Unidos, impone ciertos requisitos mínimos en su contenido.

Sobre este último punto, es importante hacer énfasis ya que como se mencionó anteriormente, el hecho de contar con un Programa de Compliance resulta de vital importancia para que las Organizaciones puedan alcanzar sus objetivos económicos disminuyendo riesgos y evitando incumplimientos que puedan generar las sanciones ya vistas.

En este sentido, el DOJ y la SEC mediante una serie de recomendaciones y guías como el “United States Attorney’s Manual (“USAM”), “United States Sentencing Guidelines (“USSG”), o la “Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act” (“FCPA Guide”) entre otras, dio a conocer los parámetros que hacen que un Programa de Compliance sea efectivo.

Cabe adelantar que todo Programa debe tener siempre en mira tres pilares claves que son: Prevenir, detectar y Remediar.

Veamos los elementos más importantes:

1. Código de 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 Organización. Este Código o Política debe ser claro, estar traducido al lenguaje local, conciso y de fácil acceso a todos los miembros e incluso a terceros que puedan actuar en representación de la misma.
2. “Tone at the Top”: Implica que son los Directivos de la Organización quienes deben ser pioneros de las conductas proclamadas en los Códigos y Procedimientos escritos generando una cultura de cumplimiento y alineación con los valores de la Organización. Desde lo más alto de la pirámide Organizacional se debe guiar y transmitir hacia abajo un liderazgo modelo que haga creíble y legitime los documentos escritos.
3. Rol del “Compliance Officer”: La implementación del Programa y la función de velar por su cumplimiento está a cargo de la figura del “Compliance Officer”. Esta persona deberá ser idónea y contar con la experiencia suficiente para cumplir con su propósito. Asimismo, se sugiere que el “Compliance Officer” tenga una independencia tal que su función no se encuentre condicionada y que reporte directamente al “CEO” o Presidente de la Organización.
4. 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. A modo de

ejemplo, es importante la existencia de Políticas que regulen el proceso de donaciones, regalos o viajes con funcionarios públicos, para evitar actos de corrupción a través de éstos.

5. Evaluación de Riesgos: Es un pilar fundamental para el éxito de un Programa de Compliance ya que es la base sobre la cual se construirá el mismo. 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. Hay una serie de factores que pueden dar lugar a la existencia de riesgos, a saber: el contexto geográfico y cultural en donde opere la Organización, la industria específica, la posición económica de la Organización, sus socios comerciales o clientes (no es lo mismo una empresa que tenga al Estado como único o principal cliente a otra que no), los cambios organizacionales de la misma (es decir, si hubo una adquisición o fusión), los antecedentes de sanciones, la legislación aplicable, entre otros. En virtud de que los riesgos son dinámicos y pueden ir variando, es que es importante que su evaluación se haga de manera periódica.
6. Capacitación y Comunicación: Es necesario realizar entrenamientos y comunicaciones a todos los miembros de la Organización para asegurarse de que estos conozcan todas las normas internas y externas que deben cumplir. Las capacitaciones deben diseñarse con la periodicidad adecuada y adoptar un método idóneo que logre instaurar el mensaje en sus destinatarios haciéndolos participantes activos en la construcción de la cultura. Asimismo, es fundamental que los entrenamientos tengan un contenido relacionado y adaptado a cada área de la Organización.

También, la realización de capacitaciones y/o charlas sirven para evacuar las dudas y preocupaciones que pudieren surgir de los miembros de la Organización y para promover la cultura de cumplimiento entre estos.
7. Diligencia Debida: Todo programa efectivo de Compliance debe trascender a los miembros de la Organización y alcanzar a los terceros que se vinculan con ella. Así pues, se debe transmitir también a éstos los valores de la empresa a los fines de que

estén alineados con los mismos. Según un Informe de la OCDE, el 75% de los casos de soborno detectados fueron canalizados a través de terceros que actuaban en beneficio de la Organización. Por esta razón es importante establecer Procedimientos de Diligencia Debida o “Due Diligence” respecto de terceros intermediarios o “Business Partners”.

Dicho procedimiento debe abarcar tres fases:

- *Selección*: Se debe obtener toda la información necesaria para verificar que los terceros vinculados a la Organización no tengan antecedentes de conductas indebidas y que por ende comparten los mismos valores y cultura de cumplimiento.
- *Formalización de la Relación*: El vínculo debe quedar enmarcado en cláusulas mediante las cuales se les exija determinados estándares de conducta. En este sentido, los contratos deben incluir disposiciones anticorrupción, la posibilidad de realizar auditorías para verificar el cumplimiento de dichos estándares, y hasta la posibilidad de rescindir cualquier contrato en caso de detección de conductas indebidas.
- *Seguimiento*: Toda vez que pueden producirse cambios en la persona del tercero o “Business Partner” que supongan una desviación de su conducta, es fundamental realizarle un seguimiento que asegure el cumplimiento de las disposiciones pactadas.

Por otra parte, resulta sustancial que los Procedimientos de Diligencia Debida también sean aplicados ante casos de Adquisiciones o Fusiones.

8. Monitoreos/Auditorias: Deben existir revisiones periódicas del Programa de Compliance, ya sea por personal interno o externo. Tienen como finalidad verificar el conocimiento que tienen los miembros de la Organización sobre el cumplimiento del Programa y comprobar si las Políticas y Procedimientos implementados se encuentran funcionando correctamente. De esta manera, se podrá evaluar y mejorar continuamente la

efectividad de cada uno previniendo y detectando posibles nuevos riesgos.

9. “Whistleblowing”: Es un mecanismo de denuncia de actos indebidos disponible para los miembros de una Organización y en algunos casos también para terceros. Tiene como principal función la de detectar irregularidades y prevenir el daño pudiendo actuar anticipadamente. Para que este canal sea efectivo y haga aumentar la predisposición de los miembros de la Organización para denunciar, es importante proteger al “Whistleblower” asegurándole un marco de confidencialidad, anonimato, transparencia y seriedad en la denuncia y posterior investigación. Así pues, se deben implementar canales de comunicación accesibles, como líneas telefónicas o “hotlines”, correos electrónicos, sitios webs, buzones físicos, etc. Por otro lado, es importante que ninguna denuncia conlleve a consecuencias negativas para el “Whistleblower”.
10. Incentivos y Medidas Disciplinarias: Un buen programa de Compliance no solo debe castigar las violaciones sino que también tiene que premiar los comportamientos éticos y de esta manera promover los mismos.

Por último, resulta clave mencionar que una vez detectada alguna conducta indebida, se deberá proceder inmediatamente a un plan de acción que:

- a) Detenga la prosecución de la conducta y repare el daño; b) identifique la raíz de la misma (es decir, porque no se ha podido evitar, que parte del procedimiento ha fallado, si hay nuevos riesgos, etc.); y c) se diseñen cambios específicos para reducir los riesgos de que el mismo problema ocurra en el futuro.

En conclusión, es indudable que nos encontramos frente a un cambio de paradigma relacionado con la manera en la que las empresas hacen las cosas para alcanzar sus objetos sociales, el cual se encuentra plasmado en la reciente Ley de Responsabilidad Penal Empresaria. Así pues, nos encontramos también frente a lo que, a mi entender, va a ser el auge de los Programas de Compliance que tanto las filiales norteamericanas como demás personas jurídicas nacionales, deben implementar.



Ahora bien, no cualquier programa de Integridad o Compliance es suficiente para eximirse de eventuales sanciones sino que deben incluir, por lo menos, los elementos descriptos párrafos arriba. De aquí me surge un interrogante que se deja como conclusión final: *Están los jueces argentinos debidamente entrenados y con la experiencia suficiente para evaluar y determinar qué Programa de Compliance es suficiente y adecuado – o no – para eximir a la persona jurídica de la pena?*

**Bibliografía:**

- Transparency International – [www.transparecy.org](http://www.transparecy.org)
- <http://interamerican-usa.com/articulos/Leyes/Ley-Sar-Oxley.htm>
- <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>
- <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/16.17/CD/PL>
- “Lessons Learned on Compliance and Ethics” – Thomas Fox