

MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

M.B.A

ESCUELA DE NEGOCIOS

UNIVERSIDAD SIGLO XXI



EL COMPLIANCE Y SU IMPLEMENTACIÓN POR LAS EMPRESAS CONTRATISTAS DEL ESTADO.

Alumna: Abog. GRILLI, Valentina

2022

ÍNDICE

1. Introducción	p. 5
2. Planeamiento y Formulación del Problema	p. 7
3. Objetivo General y Específicos	p. 11
4. Justificación	p. 12
4.1 Finalidad y Beneficios de Programas de Compliance	p. 13
5. Marco Teórico	p. 14
5.1 Tratados internacionales.....	p. 14
5.1.1 La Convención de la OCDE	p. 14
5.1.2 La Convención Interamericana Contra la Corrupción	p. 15
5.1.3 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción	p. 16
5.2 Ley 27401 y Programas de Compliance	p. 17
5.3 La norma ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno	p. 21
6. Derecho Comparado	p. 24
6.1 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de Estados Unidos	p. 24
6.2 Anticorrupción en Brasil	p. 27
6.3 La Ley 20.393 de Chile	p. 29
7. Metodología	p. 35
8. Desarrollo	p. 40
8.1 Compromiso	p. 40

8.2 Riesgo	p. 41
8.3 Medidas Internas	p. 42
8.4 Medidas Ante Incumplimiento	p. 45
8.5 Herramientas Externas	p. 46
8.6 Medidas Respecto de Terceros	p. 47
9. Conclusión de la Primera Etapa	p. 47
10. La Implementación de los Programas de Integridad en las Empresas Contratistas del Estado Argentino.....	p. 49
10.1 Cuestiones Inherentes al Programa	p. 49
10.1.1 Responsable de Cumplimiento	p. 50
10.1.2 Riesgo	p. 52
10.1.3 Tratamiento de Zonas Grises y Conflictos de Interés	p. 56
10.1.4 Canales de Denuncia y Medidas Ante Incumplimiento	p. 59
10.2 Herramientas de Gestión	p. 60
10.2.1 Evaluación de Riesgos	p. 63
10.2.2 Actividades de Control	p. 65
10.2.3 Información y Comunicación	p. 67
10.2.4 Supervisión y Aseguramiento	p. 68
10.3 Entrenamiento y Capacitación	p. 76
10.4 Reportes de Compliance	p. 82

11. Siete Claves de la Norma ISO 37301	p. 84
12. Evaluación de los Programas de Compliance Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ)	p. 87
13. Compliance y Empresa Familiar	p. 91
14. Jurisprudencia	p. 97
15. La Plataforma R.I.T.E	p. 100
16. Conclusión	p. 101
17. Bibliografía	p. 104
Anexo I	p. 111

1. INTRODUCCIÓN

Compliance, es mucho más que un término anglosajón que refiere a “cumplimiento”, es un cambio de cultura y organización empresarial (WEISS G. 2018). Podríamos definir al compliance como el conjunto de procedimientos que las empresas implementan para intentar identificar los riesgos (tanto operativos como legales) derivados de su actividad, y la forma de establecer los mecanismos de prevención, gestión y control de los mismos, la cual se materializa en los programas de compliance o programas de integridad.

En palabras de MAZA MARTIN (2017), “Fenómenos como la globalización económica o la necesidad de trascender las obligaciones legales para asumir los compromisos éticos que reclama la actual sociedad, han contribuido a incrementar las necesidades de Compliance, acelerando la evolución en la curva de madurez de una función tan clave de cualquier gobierno corporativo eficiente”. En el panorama mundial, el compliance ha dejado de ser opcional para las empresas, estableciéndose su obligatoriedad mediante leyes o regulaciones de compliance. Por regulación de compliance, según SERRANO ESPELTA y MORALES OLIVER (2015) afirman que “se entiende aquella ley que exige a ciertas personas físicas y/o jurídicas la creación de un programa que incluya normas y procedimientos internos destinados a prevenir, identificar y corregir actos que violen ciertas regulaciones y/o ciertos principios voluntariamente adoptados (“programa de compliance”)”.

Nuestra legislación en materia de compliance es la ley 27.401, la cual establece responsabilidades en cabeza de las personas jurídicas por delitos como cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión (sobornos), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balances e informes falsos agravados. Dicha ley plantea que las personas jurídicas podrán implementar programas de integridad, es decir un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad ética, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la misma ley. Si bien la ley solo obliga a contar con Programas de Integridad a las personas jurídicas que contratan con el Estado Nacional, tal como plantea MUÑOZ M. S. (2018) las buenas prácticas internacionales y la tendencia cada

vez mayor a nivel mundial, indican que cualquier empresa proveedora de bienes o servicios se favorece de implementar un sólido programa anticorrupción, fundamentalmente por las siguientes razones:

- 1) Transparencia en las contrataciones;
- 2) Protección del patrimonio societario;
- 3) Identificación de empleados/funcionarios infieles;
- 4) Mejora de la cultura interna y adecuación a valores fundamentales empresariales;
- 5) Prevención ante la posible ocurrencia de casos que conlleven sanciones penales o administrativas;
- 6) Mejora de la situación procesal en caso de imputación real, incluso con exención total de la pena;
- 7) Fácil acceso a la información y documentación a utilizar como prueba defensiva o acusatoria en caso de auto denuncia o colaboración con la Justicia.

Existen otras innumerables ventajas para las empresas que cuentan con sistemas de compliance robustos (no necesariamente limitados al compliance ético), tales como una mejor reputación en el mercado, una mayor integridad y transparencia interna, mejores herramientas para controlar el fraude interno y desarrollar estrategias de sostenibilidad, un compromiso más fuerte de los trabajadores con los intereses de la compañía, mayor atracción de recurso humano de calidad, entre muchos otros.

El propósito que persigue el siguiente trabajo es plasmar lineamientos básicos para que un programa de cumplimiento elaborado acorde a la ley vigente sea implementado de manera tal que proteja a las distintas empresas que hayan decidido apostar por la transparencia institucional, y le brinde herramientas a futuro.

2. PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema que presentan la mayoría de las empresas que contratan con el Estado Argentino surge de la obligación legal establecida por el artículo 24 de la ley 27.401, donde la existencia de un Programa de Integridad adecuado es condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que:

- a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro;
- b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01, lo que incluye: compraventa, suministro, servicio, locaciones, consultoría, alquileres con opción de compra, permuta, concesiones de uso de bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación, y todos aquellos que no estén expresamente excluidos (empleo público, compras por caja chica, celebrados con Estados extranjeros);
- c) Regidos por Ley 13.064, es decir, Obra Pública, comprendiendo todo trabajo, construcción o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro nacional;
- d) Regidos por Ley 14.520, es decir, concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje;
- e) Regidos por Ley 27.328, o contratos publico privado.

En la Ley 27.401 se concede a la adopción del Programa importantes consecuencias legales. Este, si resulta adecuado, exime de responsabilidad penal si se realiza una auto denuncia espontánea y se devuelve el beneficio obtenido (art. 9), funciona como atenuante en la graduación de la eventual sanción penal (art. 8), puede ser estipulado como condición para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18), es requisito para ser un oferente hábil en ciertos certámenes licitatorios del Estado Nacional (art. 24).

La ley hace referencia a un programa de integridad adecuado, y es ahí donde comienza nuestro problema: ¿Cuándo es adecuado un programa de integridad? Si nos guiamos por el artículo 23, podríamos decir que será adecuado aquél que contenga al menos

los siguientes elementos, enunciados como requisitos mínimos por la mencionada ley 27.401:

- a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en dicha ley;
- b) 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;
- c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

Pero nuestro análisis debe ir más allá, porque contar con un programa que cumpla con estos requisitos es bastante sencillo, ya que las pautas técnicas de diseño de un programa son prácticamente universales y están explicitadas con gran detalle en numerosas guías técnicas de otros países o de organismos internacionales. Por ello, la clave no está precisamente en el contenido del Programa, sino en cómo lo adopte la empresa, es decir, el problema reside en la implementación.

Según los Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley Nº 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas emitidos por la Presidencia de la Nación (2017), la correcta implementación de un Programa constituye un medio idóneo para prevenir la comisión de delitos, ejercer la supervisión y control de los integrantes de la organización y sus partes relacionadas y por sobre todo, promueve y fortalece la creación de una cultura de integridad al interior de la empresa. La implementación del Programa requerirá de la asignación de recursos para garantizar su viabilidad (fondos, recursos humanos y tiempo) y de apoyo permanente del máximo nivel.

Si bien ninguna empresa puede eliminar de forma total la posibilidad de que se cometan -en contra de la voluntad corporativa adecuadamente expresada y

transmitida- actos de corrupción en su nombre, interés o beneficio, un Programa, tal como se plantea en los Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley Nº 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas de la Presidencia de la Nación (2017) puede ayudar a reducir sensiblemente las chances de que eso ocurra, disminuir el impacto negativo de tales comportamientos, aumentar las posibilidades de detección temprana y oportuna, facilitar la decisión de reportarlos a tiempo a las autoridades y contribuir a su correcta y clara comunicación y explicación.

Si las empresas que contratan con el Estado no contasen con un Programa de Integridad adecuado y correctamente implementado, las consecuencias que derivan de ello podríamos dividirlos en dos grandes grupos: cuando no existe comisión de delitos previstos en la ley, y cuando ya se ha cometido alguno de esos hechos. Si la empresa no ha cometido los hechos descriptos en la citada ley y no cuenta con un programa adecuado, la consecuencia es la exclusión en la participación de aquellas licitaciones mencionadas en el artículo 24. Ya si se comprueba la comisión de algún ilícito de los mencionados en la norma, sin distinción si éstos han sido realizados directa o indirectamente con intervención de la empresa o en su nombre, interés o beneficio, o si quien actuó fue un tercero sin atribuciones para representar a dicha persona jurídica, siempre que haya ratificado la gestión, incluso de manera tácita, las consecuencias pueden incluir:

- a) multa de 2 a 5 veces el beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener;
- b) Suspensión total o parcial de actividades por un máximo de 10 años;
- c) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales, o en cualquier actividad vinculada con el Estado por un máximo de 10 años;
- d) Disolución y liquidación de aquellas empresas creadas con el propósito de la comisión de estos hechos;
- e) Pérdida o suspensión de beneficios estatales con los que contare la empresa;
- f) Publicación de la sentencia condenatoria. A estas consecuencias le debemos sumar la condena social, cuyo impacto puede derivar en un desplome en el valor de una

organización y hasta en su disolución por aislamiento social. Ejemplos de ello abundan en el plano internacional y local.

Si bien hemos mencionado que los Programas deben ser diseñados a medida de cada empresa teniendo en consideración sus necesidades, características y cultura, así como el contexto en el que ésta opera y sus riesgos asociados, no existirán dos exactamente iguales, ni un modelo ideal, ni una secuencia obvia para desarrollarlo y ponerlo en marcha. Es por ello que la mayoría de las empresas que participan de licitaciones públicas recurren a asesores externos para el diseño de sus programas, implicando costos que a no pueden ser afrontados por todas las empresas (recordemos que la mayoría de estas empresas son PyMEs), y quienes, a su vez, no siempre conocen la actividad y por ende los programas elaborados resultan insuficientes. Es por eso que es necesaria la elaboración de una serie de herramientas no solo para la elaboración de programas (de los cuales existen bibliotecas completas), sino también para lograr una verdadera implementación, y no un mero make up compliance que simula ser un programa de integridad, pero es sólo una fachada para cumplir con requisitos legales.

En función de lo expuesto es que podríamos definir a la pregunta de investigación como: *¿A qué causas responden las dificultades en la implementación de los programas de integridad de las empresas contratistas del Estado Argentino?*

3. OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS:

Objetivo General: Hallar las razones de las dificultades de implementación de programas de integridad (compliance) de las empresas contratistas del Estado en la Argentina del presente.

Objetivos Específicos:

- Determinar características de los Programas existentes y cuáles hacen una efectiva implementación
- Identificar los errores más comunes al introducirse en el Compliance
- Elaborar herramientas que pueden prevenir los problemas en la implementación

Tal como se plantea en el párrafo anterior, el principal objetivo que persigue el presente trabajo de investigación es identificar las causas de los problemas de implementación de los programas de integridad, en aquellas empresas que participan de licitaciones públicas en nuestro país. Para ello primero es necesario hacer un análisis diagnóstico de las empresas contratistas del Estado y sus programas, evaluar su nivel de implementación y adecuación a su contexto particular. Una vez analizada la situación particular de dichas empresas, podremos tener un panorama más claro de cuáles son los inconvenientes que se repiten en cuanto a la implementación de los programas, y a raíz de ello estaremos en condiciones de elaborar un detallado conjunto de herramientas que dichas empresas puedan utilizar para evitar las consecuencias dañosas de no contar con un programa adecuado correctamente implementado. Para ello también es necesario tener el detalle de cuáles son estas repercusiones negativas y cuáles son los requisitos fundamentales para evitarlas. Es menester tener claro mientras se desarrollan estas tareas, a qué riesgos se enfrentan las empresas al contratar con el Estado, siempre manteniendo presentes que el contar con un programa de integridad no solo acarrea beneficios a nivel legal, sino que debemos saber hallar otras recompensas en el compliance.

4. JUSTIFICACIÓN:

ARIAS J. Y CALVAGNO M. (2008) plantea que “los reiterados hechos de fraude y corrupción corporativa a nivel internacional han puesto de manifiesto la vulnerabilidad del sector privado. Las compañías comienzan a tomar conciencia de que la corrupción constituye un riesgo serio para la reputación, sustentabilidad y competitividad de su negocio, impulsándolas a adoptar una visión de gestión transparente y rendición de cuentas, o de gestión o gobernabilidad corporativa.”

Suficientes páginas se han escrito sobre *cómo* elaborar un programa de integridad, no sólo en nuestro país sino en el mundo, pero de lo que nadie habla es de lo que se hace *después*. Muchas empresas contratan asesores externos y se hacen de un maravilloso programa de integridad, con todos los requisitos legales y con unas bellas firmas al final de las páginas que avalan lo vertido en ellas, pero, ¿Y luego qué? ¿Qué debemos hacer con esto? .

Resulta mucho más importante saber qué hacer con un programa, que el simple hecho de tenerlo en las manos. Un mero papel no sirve de nada si no sabemos cómo usarlo. Es por eso que las empresas de nuestro país necesitan saber cómo seguir, una vez que han conseguido hacerse de su tan deseado programa de integridad. Necesitan aprobarlo, evaluarlo, capacitar a quienes deben cumplirlo, modificarlo, y un sinfín de otras cuestiones.

Necesitamos más empresas comprometidas con las buenas prácticas en las contrataciones públicas y necesitamos más empresas éticas. El contar con un programa de integridad sólido y en marcha es el primer paso para despegarnos de esos agobiantes prejuicios sobre los países en vías de desarrollo. Porque un pequeño grano de arena, en materia de compliance, hace la diferencia.

4.1 Finalidad Y Beneficios De Programas De Compliance:

Habiendo especificado los requisitos mínimos para que un programa de integridad sea catalogado como adecuado según los criterios legales, es que debemos preguntarnos: ¿Por qué una empresa debería contar con un programa de integridad? El Dr. M. J. FERNÁNDEZ (2018) plantea tres razones principales:

1. La graduación de penas estará directamente relacionada con la existencia y observancia de medidas de control, prevención y mitigación de riesgos.
2. La existencia de un programa de integridad podría actuar como motivo de eximición en la medida que sea existente anterior al hecho.
3. El programa de integridad facilitaría la adherencia al acuerdo de colaboración eficaz con el fiscal ayudando a esclarecer los hechos y autores de los delitos por los que la persona jurídica sería imputada.

Más allá de las razones planteadas por el Dr. FERNÁNDEZ M. J. (2018), existen múltiples beneficios que pueden obtenerse mediante un programa de compliance, entre ellas podemos nombrar:

- Proteger a dueños y accionistas por comportamientos de personas que actúen inadecuadamente utilizando el nombre de la sociedad para su propio beneficio excediendo las atribuciones conferidas.
- Fortalecer los controles internos: sobre los riesgos y controles ya existentes, agregar puntos de control para prevenir la corrupción, otorgando a los colaboradores, la responsabilidad de hacerlo, fortaleciendo así el ambiente de control.
- Ser considerado proveedor o contratista preferente: leyes similares a la 27.401 existen en otros países y las empresas multinacionales ya incluyen en sus contratos cláusulas anticorrupción. Querer hacer negocios con estas empresas podría llegar a depender de contar con un programa anticorrupción.
- Obtener financiación de bancos públicos u organismos internacionales: a medida que la aplicación de la ley comience a permear en las entidades, comenzarán a requerir adherir a la ley implementando programas de integridad

- Aumentar el capital reputacional: mejorar la percepción interna y externa sobre “la forma de hacer negocios” que tienen de nuestra organización y por ende lograr preferencia de clientes y proveedores como así también impactar en el comportamiento de los empleados y la cultura organizacional en general.

En definitiva, la implementación de un Programa de Integridad tiene como último objetivo mitigar el riesgo de corrupción estableciendo políticas y procedimientos adecuados a la actividad y dimensión de cada empresa.

5. MARCO TEÓRICO:

5.1 Tratados Internacionales:

5.1.1 La Convención de la OCDE:

Desde 1989 la OCDE inició formalmente una política anticorrupción bajo dos principales objetivos: combatir la corrupción en las transacciones internacionales y contribuir a la construcción de un ambiente competitivo para las empresas (OCDE, 2000). En mayo de 1994 se aprobó la Recomendación para Combatir el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, la cual sirvió como punto de partida para iniciar investigaciones dentro de la OCDE en cuatro áreas: deducción impositiva del soborno, criminalización del soborno de funcionarios públicos del extranjero, ajustes en la contabilidad y auditoría para prevenir la corrupción, y normas para las compras y contrataciones públicas.

La Convención de la OCDE penaliza ofrecer, prometer o dar sobornos a los funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o retener transacciones internacionales. Hasta la fecha la Convención de la OCDE ha sido firmada por los 30 países miembros del organismo internacional y por cinco países no-miembros (Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile y la República Eslovaca). Para hacer efectiva la convención, los signatarios aseguraron que sus respectivas legislaturas aprobarían la convención y que introducirían la legislación necesaria en sus leyes nacionales para la ratificación e implementación del acuerdo internacional. Siguiendo los estatutos de la OCDE, después de que sus diez principales miembros depositaran sus respectivos

instrumentos de ratificación, la Convención de la OCDE entró en vigencia el 15 de febrero de 1999.

Como características importantes, la Convención de la OCDE da una amplia definición del soborno y obliga a los gobiernos signatarios a la adaptación de los marcos legales necesarios para penalizar el soborno de los funcionarios públicos extranjeros. El término «funcionario público extranjero» es también definido ampliamente, incluyendo a la persona que desempeña una función pública. Asimismo, se exige a los países miembros que coordinen sus acciones a través del Grupo de Trabajo de la OCDE. Este grupo se encarga también de un mecanismo de seguimiento de la convención que monitorea el avance en la implementación de legislación de los países miembros. A mediados del 2002 son objeto de monitoreo 28 países, cuyos reportes y evaluaciones son presentados por la OCDE periódicamente. (KOCHI S., 2002)

5.1.2 La Convención Interamericana Contra La Corrupción:

La Convención Interamericana entró en vigor el 6 de marzo de 1997 y con esto se convirtió en el primer acuerdo internacional de su género. El objetivo principal de esta convención es promover el desarrollo y el fortalecimiento de los mecanismos legales necesarios para prevenir, detectar, penar y erradicar la corrupción de funcionarios públicos en los contextos nacionales e internacionales. Como disposiciones principales figuran el compromiso para la sanción del soborno transnacional y del enriquecimiento ilícito, así como la obligación de asistencia mutua y cooperación internacional amplia entre los Estados miembros. Asimismo, existen disposiciones sobre la obligación del levantamiento del secreto bancario a solicitud de asistencia o colaboración en las investigaciones sobre corrupción; medidas preventivas inéditas (como las declaraciones patrimoniales de funcionarios públicos y la protección de informantes sobre actos corruptos) y sistemas de extradición, decomiso y distribución de bienes confiscados (MANFRONI, 1997). Los conceptos «funcionario público» y «corrupción» son definidos ampliamente. Se entiende por «funcionarios públicos» incluso a aquellos que todavía no han asumido sus funciones pero que hubiesen sido designados o electos. La corrupción no se limita al soborno transnacional, sino que se contemplan

los «actos corruptos» dentro de un amplio contexto; por ejemplo, se considera como acto corrupto el uso de información clasificada o confidencial para el uso propio del funcionario público o terceras personas.

5.1.3 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se inscribe en el marco de un conjunto de iniciativas llevadas a cabo por organismos internacionales en los últimos años. Para entrar en vigor, la Convención debía ser ratificada por al menos treinta países. La ratificación implica el compromiso de cada país de tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para poner en práctica la Convención, además del apoyo oficial a la misma. De acuerdo con el art. 68 de la Convención, ésta entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. En julio de 2006 habían firmado la Convención 140 Estados Parte, y habían presentado los instrumentos de ratificación 59.

La Convención es el primer instrumento jurídicamente obligatorio sobre la corrupción y temas afines de alcance mundial, es decir, que se basa en una amplia participación y consenso de Estados firmantes, así como de las organizaciones internacionales, del sector privado y de la sociedad civil. En consecuencia, debe ser aceptado, o se espera que sea aceptado, por la gran mayoría de países de la comunidad internacional, con el objeto de poner la lucha contra la corrupción en una nueva perspectiva global, no regional, lo que diferencia a la Convención de los demás instrumentos disponibles. El objeto de la Convención incluye la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia ilícita de fondos, y la lucha efectiva contra esas prácticas; su penalización y represión; la promoción, facilitación y apoyo de la cooperación internacional y de la asistencia técnica; la restitución de los fondos ilícitos a los países de origen, y la promoción de la integridad, de la obligación de rendir cuentas y de la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

Un dato curioso es que en su redacción se prefirió no incluir en el texto de la Convención una definición de corrupción, dado el carácter polivalente y cambiante del término, porque significa cosas distintas para distintas personas y, sobre todo, porque es un concepto en evolución. (A. ARGANDOÑA, 2006)

5.2 Ley 27.401 Y Programas De Compliance:

Resulta de utilidad ahondar con el análisis de los requisitos legales de nuestro país, ya que la obligación de contar con un Programa de Integridad o Compliance surge de la Ley 27.401.

a Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas fue sancionada el 1 de diciembre de 2017, y entró en vigencia el 1 marzo de 2018. Su tratamiento y sanción no son novedosos u originales, por el contrario, siguen la tendencia mundial en la lucha anticorrupción que ha tomado gran impulso hace pocos años, y se ha incrementado en estos últimos en Latinoamérica.

La ley coloca las responsabilidades en cabeza de las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por delitos de Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas previsto por el artículo 265 del Código Penal; Concusión (sobornos) previsto por el artículo 268 del Código Penal; Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados previsto en los artículos 268 y del Código Penal; y Balances e informes falsos agravados, previstos por el artículo 300 bis del Código Penal.

La ley establece que las personas jurídicas serán responsables por la comisión de tales delitos si ellos hubiesen sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Dispone que también serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuera de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla (MUÑOZ, M.D.S, 2018).

Conforme a la nueva ley, las penas aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:

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

La ley establece la exención de la pena, siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;
- b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de la ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y
- c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido. Como en el punto anterior, nuevamente vuelve a tomar relevancia la decisión de la empresa sobre la adopción de un Programa de Integridad y su alcance, y sobre la auto denuncia.

Aquí ya se evidencia la importancia de contar con un Programa de Integridad (o de Compliance) que sea eficaz, en tanto sea adecuado al tamaño, naturaleza, riesgo y demás características de la empresa, y que sea acorde a los requisitos explicitados en la misma ley.

Tal como plantea MONTIEL J. P. (2018), la ley presenta en sus arts. 22, párrafo 1° y 23 una especie de guía que permite a los destinatarios de la norma guiarse en relación a

la orientación y a los elementos que deben formar parte de un sistema de compliance considerado idóneo. Estos preceptos resultan fundamentales para poder valorar un sistema de compliance, pero especialmente para concluir si este sistema es lo suficientemente sólido como para habilitar la exclusión de pena. Uno de los primeros requisitos, tal como expone el Dr. YMAZ (2018), es que “su implementación debe ser anterior al hecho investigado y debe guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realiza la persona jurídica, con su dimensión y su capacidad económica. El programa, además, debe ser robusto. Esto es: su violación debe exigir un esfuerzo.” La ley determina el contenido mínimo del programa de integridad, al que le agrega elementos optativos que lo perfeccionan. El programa, entonces, deberá contar obligatoriamente con:

- a) un código de ética o de conducta,
- b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos y administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público,
- c) capacitaciones periódicas a directores, administradores y empleados.

Por otro lado, la ley prevé que el Programa de Integridad podrá contener, además, los siguientes elementos:

- El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa. A tal fin, se deberá realizar en forma periódica una evaluación de riesgos, que permita identificar la totalidad de los riesgos de corrupción de la empresa y adoptar medidas y controles mitigantes.
- El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia.
- Canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos. Las opciones aquí son variadas según el tamaño, actividad y riesgo de la empresa.
- Una política de protección de denunciantes contra represalias.

- Un sistema de investigación interna.
- Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios.
- La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, con el objeto de evitar “sorpresas” de hechos de corrupción anteriores, o nuevos hechos de corrupción que pudieran darse durante las negociaciones.
- El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad, ya que ésta es la única forma de garantizar que se cumple y es efectivo. Podrá hacerse a través del auditor interno, del auditor externo, o de una consultora experta, dependiendo de la magnitud de la empresa.
- Un responsable interno a cargo del programa, quien deberá garantizar que se cumpla con todas las políticas y procedimientos de la entidad, escalar los casos relevantes, y mantener actualizado al personal.
- El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica, para asegurarse de que el programa abarca todas las previsiones legales y situaciones de riesgo de corrupción previstas por las autoridades de aplicación.

5.3 La norma ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno:

Una herramienta externa que puede guiar la implementación del Compliance, es la Norma ISO 37001, la cual ha sido publicada el 14 de octubre de 2016 y desarrollada por la Organización Internacional de Normalización (ISO). Este estándar internacional provee requisitos y lineamientos para establecer, implementar y mantener un sistema de gestión anticorrupción acorde con estándares internacionales.

El ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno está diseñado para inculcar una cultura contra la corrupción dentro de una organización e implementar los controles adecuados, que a su vez aumenten la probabilidad de detectar la corrupción y reducir su incidencia. La norma otorga los requisitos y las orientaciones para establecer, implementar, mantener y mejorar un Sistema de Gestión Antisoborno. Según la propia organización ISO, el sistema puede ser independiente, o estar integrado en un Sistema de Gestión global y abarca el soborno en los sectores público, privado y sin fines de lucro, incluyendo el soborno contra una organización, y sobornos pagados a través o por una tercera parte. El soborno puede tener lugar en cualquier lugar, ser de cualquier valor y puede implicar ventajas o beneficios financieros o no financieros. (Revista BASC, 2017).

Este sistema es aplicable solo para el soborno. En él se establecen los requisitos y se proporciona una guía para un sistema de gestión diseñado para ayudar a una organización a prevenir, detectar y enfrentar al soborno y cumplir con las leyes antisoborno y los compromisos voluntarios aplicables a las actividades.

Este sistema no aborda específicamente delitos de fraude, carteles y otros delitos de antimonopolio y competencia, el lavado de dinero u otras actividades relacionadas con las prácticas corruptas a pesar de que una organización puede optar por ampliar el alcance del sistema de gestión para incluir este tipo de actividades. (INTEDYA, 2016)

En el ISO 37001: Sistema de Gestión Antisoborno, se aborda lo siguiente en relación con las actividades de la organización (QUARAGROUP, 2016):

- Soborno en los sectores público, privado y sin fines de lucro;
- Soborno por parte de la organización;
- Soborno por parte de personal de la organización que actúa en nombre de la organización o para su beneficio;
- Soborno a la organización;
- Soborno de los socios de negocios de la organización en relación con las actividades de la organización;
- Soborno directo e indirecto (por ejemplo, un soborno ofrecido o aceptado por o a través de un tercero.

Esta norma está estructurada en una serie de grupos de requisitos según la estructura de

alto nivel de ISO (INTEDYA 2018):

1. Contexto de la organización: La organización debería determinar los factores externos e internos que son relevantes para su propósito y que afectan a su capacidad para lograr los objetivos de su sistema de gestión de antisoborno.
2. Liderazgo: La alta dirección debería demostrar liderazgo y compromiso con respecto al sistema de gestión contra el soborno, ya que para que un sistema de gestión contra el soborno sea eficaz, se necesita que el órgano de gobierno y la alta dirección prediquen con el ejemplo.
3. Planificación del Sistema de Gestión Antisoborno: Al planificar el sistema de gestión contra el soborno, la organización debería considerar los factores y los requisitos reflejados en el apartado contexto de la organización, para determinar los riesgos y las oportunidades a tratar. La organización debería establecer los objetivos contra el soborno en las funciones y niveles pertinentes.
4. Apoyo: La organización debe asegurar que se despliegan los recursos necesarios, ya sean humanos, físicos o financieros, de forma eficaz para asegurar que el sistema de gestión contra el soborno logra sus objetivos.

5. Operación: La organización debe planificar, ejecutar, supervisar y controlar los procesos necesarios para cumplir los requisitos del sistema de gestión contra el soborno y para poner en práctica las acciones determinadas.
6. Evaluación del desempeño: Una vez implementado el Sistema de Gestión contra el soborno, la organización debe realizar un seguimiento permanente y revisiones periódicas para evaluar el desempeño y la eficacia del sistema.
7. Mejora: Se debe adoptar y comunicar un proceso claro y puntual de información a niveles superiores, para asegurar que todos los incumplimientos se ponen de manifiesto, se reportan y se escalan a niveles relevantes de la dirección para emprender las acciones correctivas apropiadas. La información recogida, analizada y evaluada debería usarse como base para identificar las oportunidades de mejora de la idoneidad, adecuación y eficacia del sistema de gestión contra el soborno.
8. Certificación: Cualquier organización y/o institución que desee certificar su sistema de administración basado en una norma nacional o internacional ISO, deberá asegurar que mantiene un sistema documentado e implementado conforme a los requerimientos de la norma, al cumplimiento regulatorio aplicable al sector de industria y a los requerimientos de sus Clientes, entre otros.

6. DERECHO COMPARADO:

6.1 Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de Estados Unidos:

La Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras es una Ley de los Estados Unidos, la cual fue promulgada en 1977. Está diseñado para detener el soborno corporativo, fortalecer el mercado y aumentar la efectividad de la transparencia corporativa y las prácticas contables. Surge en medio del escándalo de Watergate, donde se supo que más de 400 compañías estaban involucradas en prácticas poco éticas. Desde entonces, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“US Department of Justice” o “DOJ” por sus siglas en inglés) y la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (“Securities & Exchange Commission” o “SEC” por sus siglas en inglés) han continuado persiguiendo compañías no estadounidenses que operan fuera de los Estados Unidos, así como compañías estadounidenses y extranjeras con una conexión comercial con los Estados Unidos (RIVIERE-BADELL A., COURIEL J., 2018) Las disposiciones antisoborno de la FCPA están destinadas a evitar que las empresas, ciudadanos, funcionarios y empresas públicas nacionales y extranjeras estadounidenses que operan en la jurisdicción de los Estados Unidos intenten influir financieramente en funcionarios extranjeros, u ofreciendo otros artículos de valor, para obtener o retener negocios. Es en este sentido que nuestra Ley 27.401 recepta cuestiones similares, poniéndose a tono con preceptos que tienen hoy más de cuatro décadas. Básicamente la FCPA prohíbe dos tipos de acciones:

- 1) Pagar, ofrecer, autorizar o prometer pagar dinero o algo de valor a un oficial extranjero a fin de influenciar de alguna manera a dicho oficial extranjero para que utilice su posición con motivo de asistir a una persona a conseguir o retener un negocio;
- 2) La contabilización fraudulenta de ese cohecho. Otro factor a tener en cuenta para tipificar la acción que habilita la jurisdicción es que el pago debe haber sido hecho “corruptamente,” es decir, que el pago realizado tiene que haber sido hecho con la intención de que el oficial malverse su posición oficial. Según RIVIERE-BADELL A., COURIEL J (2018), la FCPA cuenta con diversos tipos de Acuerdos:

- Acuerdos de cooperación y enjuiciamiento diferidos (“DPA”): Un DPA es un acuerdo por escrito entre la SEC y un potencial colaborador, mediante el cual la compañía o la persona física se compromete, entre otras cosas, a: 1) cooperar completamente en la investigación de la SEC, 2) firmar un acuerdo (“tolling agreement”) donde voluntariamente extiendan el plazo de prescripción, 3) cumplir con las obligaciones de hacer y no hacer que hayan sido expresamente impuestas durante el plazo que dure el acuerdo, en ciertas circunstancias, y 4) acordar reconocer ciertos hechos que la SEC haya considerado que violan leyes federales de valores. Si el individuo o la compañía violan el DPA, la SEC podrá utilizar toda la información recibida en su contra
- Acuerdos de no persecución. (“NPA”): Es un acuerdo por escrito entre el investigado y la SEC, que provee que la SEC no buscará perseguir la acción si el investigado y potencial cooperador (1) coopera de forma total con la SEC, y (2) cumple con las obligaciones impuestas bajo el NPA. La SEC puede decidir no perseguir la acción. Los factores a tener en cuenta son los mismos que la SEC considerará para recomendar que se persiga la acción. Generalmente, la SEC considerará, entre otros: la gravedad de la conducta y la potencial violación, los recursos disponibles del SEC para perseguir la investigación, la fuerza probatoria de la evidencia y cuánto podría potencialmente afectar a los inversores.
- Acuerdo de Culpabilidad: Este tipo de acuerdos se encuentran regulados por la regla 11 de las Reglas de Procedimiento Penal Federal de los Estados Unidos. El acusado admite que ha cometido el delito del que es acusado. Este tipo de acuerdos es normalmente perseguido por el fiscal, y el acusado puede beneficiarse por él al recibir una pena más baja y, normalmente, menos cargos en su contra. El Acuerdo de Culpabilidad debe asimismo incluir una recomendación en relación a la sentencia o a la multa. (THE NATIONAL COURT RULES 2015-2021)
- Acuerdos de cooperación y enjuiciamiento diferido: En este tipo de resolución, el DOJ presenta cargos frente a la corte, pero simultáneamente

solicita que se difieran los cargos. Bajo este tipo de acuerdo, normalmente el acusado acuerda pagar una cierta suma de dinero en concepto de multa, renunciar a la acción de prescripción sobre el caso, cooperar activamente con el gobierno, admitir ciertos hechos, y participar de programas de compliance y remediación que normalmente incluyen un veedor del cumplimiento. A cambio de esta cooperación y remediación, si la compañía completa el programa, el DOJ normalmente procederá a levantar los cargos contra la compañía y no será considerada como una condena. Estos acuerdos reflejan la buena disposición de las compañías y permiten al DOJ contar con una fuente de ayuda valiosa para perseguir y prevenir este tipo de conductas.

En materia de sanciones, entre otras consecuencias que puede llevar aparejado una violación a la FCPA se encuentran las siguientes:

- a. La limitación de celebrar contratos con el sector público e incluso, en algunos casos, con el sector privado;
- b. La limitación de obtener financiamiento de bancos oficiales o multilaterales;
- c. Adicional investigación sobre posibles violaciones en otras áreas o divisiones de la empresa (ej. antitrust);
- d. La obligación de llevar a cabo investigaciones internas;
- e. La inclusión obligatoria en los Estados Contables de una frase explicitando insuficiencias materiales en las evaluaciones de los controles internos.

6.2 Anticorrupción en Brasil:

Así como Brasil, Argentina ha firmado y ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, y la Convención Anticohecho de la OCDE. En el final de 2017, el Congreso Nacional argentino aprobó la ley 27.401, que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas. DE ANDRADE U. ACCIOLY J. C. (2018) A diferencia de nuestra Ley en la que la pena recae sobre las personas jurídicas, en Brasil, el ordenamiento no permite la responsabilidad penal de las personas de existencia ideal. Por otro lado, en la práctica, las sanciones impuestas por las leyes aplicables a las empresas en lo que se refiere a actos delictivos, a pesar de ser procesadas por tribunales civiles, no difieren considerablemente de las penas enumeradas en el art. 7º de la ley 27.401. De modo semejante en ambas legislaciones, se afirma que en los casos de fusión, absorción o escisión, o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a los sucesores. También, en ambos ordenamientos jurídicos, la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de las personas físicas. (DE ANDRADE U. ACCIOLY J. C., 2018)

En materia de las sanciones que les son aplicables a las personas jurídicas podemos plantear algunas diferencias. En primer lugar, mientras que la multa en nuestra ley se basa en el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener, la Ley de Empresas Limpias brasileña prevé un valor calculado sobre los ingresos brutos de la persona jurídica. Es semejante la suspensión total o parcial de actividades y la disolución de la personería como sanciones aplicables en ambos países. Una segunda diferenciación reside en la suspensión, ya que la ley argentina impone un período máximo de 10 años para la pena de suspensión, mientras que la brasileña no establece un plazo límite. Para la disolución, la disimilitud es que la ley 27.401 es menos rígida cuando condiciona la creación de la empresa al solo efecto de la comisión del delito, diferente del término “habitual” adoptado por la Ley de Empresas Limpias. El art. 7º de la Ley 24.401 prevé la suspensión para participar de concursos o licitaciones estatales, sin exceder 10 años. El Brasil también adopta esta sanción, pero en el art. 46 de la ley 8443, cuando es verificada fraude a licitación, ocasión en que el Tribunal de Cuentas de la Unión declara la inidoneidad para participar, por hasta cinco años, de licitación en la

Administración Pública Federal. En resumen, tanto en lo caso brasileño como en el argentino, la pérdida o suspensión de beneficios estatales concedidos a las personas jurídicas infractoras es una sanción aplicable. (DE ANDRADE U. ACCIOLY J. C., 2018)

Encontramos que las Leyes analizadas difieren en el concepto de funcionario público, ya que la legislación brasileña no condiciona la necesidad de reconocimiento por parte del Estado de la entidad territorial. En los casos de regalos, gastos de viaje, comidas o entretenimiento, concedidos a un funcionario público extranjero, se encuentran prohibidos en Argentina, mientras que en Brasil, se usa como referencia el valor límite de R\$ 100,00.

DE ANDRADE U. ACCIOLY J. C., (2018) plantean que “Ambos cuerpos normativos han implementado el acuerdo de colaboración eficaz (acuerdo de indulgencia en Brasil), con objetivos muy semejantes, tales como la colaboración y revelación de datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, los requisitos para realización son distintos.” En el acuerdo de indulgencia, diferente de la ley argentina, la restitución de las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito (art. 18, b), u otros requisitos con características de sanciones penales (art. 18, d, e, y f), no son condicionantes para su celebración. También, no es necesario pagar una multa (art. 18, a), ni tampoco abandonar los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena (art. 18, c). Los requisitos del instituto argentino son más rígidos que del brasileño, pero es lo mismo que decir que los efectos del acuerdo de indulgencia son como condiciones de cumplimiento para la implementación de los acuerdos de colaboración eficaz.

Una enorme diferencia, a los efectos del presente, es que la legislación de Brasil carece del requisito de un Programa de Integridad.

Podemos resumir que, a pesar de guardar algunos institutos semejantes, as leyes poseen características esencialmente diferentes, teniendo ambos el propósito mayor de combatir la corrupción.

6.3 La Ley 20.393 de Chile:

La ley 20.393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho (en adelante, “LRPPJ”); se encuentra vigente en Chile desde el 2 de diciembre de 2009 y empezó a regir en la misma fecha. Después fue agregado como cuarto delito base, la receptación.

En el art. 1º de la referida ley se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la comisión de los delitos ya señalados al inicio: lavado de activos (art. 27, ley 19.913), financiamiento del terrorismo (art. 8º, ley 18.314), cohecho a funcionario público, nacionales o internacionales (arts. 250, 251 bis) y receptación, incorporada con posterioridad, (art. 456 bis A del Cód. Penal). Enseguida la norma establece el alcance de esta, cuya aplicación se dirige a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado. Al indicar privadas se refiere aquellas sociedades civiles y comerciales con fines de lucro, así como también “cualquier organización empresarial susceptible de ser objeto de las sanciones previstas por la ley”, y, por el contrario, aquellas sin fines de lucro, como lo son, por ejemplo, las fundaciones, corporaciones u organizaciones (Organizaciones No Gubernamentales, “ONG”). (HERNÁNDEZ BASUALTO H., 2012)

GUTIÉRREZ SOTO G. (2018) establece que “El alcance de la ley en su artículo segundo es una amplia cobertura de tantas entidades como fuere posible. Asimismo, al indicar empresas del Estado, se refiere a aquellas creadas por la ley como también aquellas en donde pueda existir participación estatal específica, por lo que conviene entonces afirmar que la responsabilidad penal en estos casos, aplica tanto a las empresas estatales como aquellas en donde el Estado ejerce un determinado rol (sea en forma directa o indirecta).”

La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en aquellos defectos que pudiera tener la organización especialmente en ausencia del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de ésta, y propios de modelos de organización con gobiernos corporativos definidos. En conformidad con lo señalado en el art. 3º de la LRPPJ, las personas jurídicas responderán penalmente en el

caso que sus dueños, directores, ejecutivos principales, representantes, quienes ejecuten actividades de administración y supervisión o quienes están bajo la dirección o supervisión directa de los anteriores, hayan permitido la comisión del delito como consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de los deberes señalados anteriormente. Siguiendo esta línea además, las entidades serán responsables, cuando estos delitos hayan sido perpetrados por personas naturales que se encuentren bajo la supervisión o dirección de alguno de los anteriormente señalados, por lo cual, el ámbito de atribución de la responsabilidad penal busca cubrir todas las jerarquías organizacionales al interior de la persona jurídica, incentivando el establecimiento de modelos de organización efectivos que permitan cumplir con los deberes señalados en forma previa a la comisión de estos delitos. De acuerdo a la ley, las personas jurídicas no serán responsables en aquellas situaciones en que las personas naturales señaladas, hubieren cometido el delito en ventaja propia o en favor de un tercero distinto de la persona jurídica. El resultado del delito debe ser entonces siempre en favor de la empresa. Por lo tanto, GUTIÉRREZ SOTO G. (2018) enumera los siguientes requerimientos copulativos deben concurrir para que una persona jurídica pueda ser atribuida de responsabilidad penal en el ámbito de esta ley:

- Que el delito fuese cometido por una persona natural actuando en forma directa e inmediatamente para provecho de la empresa o en interés de ésta, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la empresa, de sus deberes de dirección y supervisión.
- Que el delito fuese cometido por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el párr. 2º de esta sección, cumpliéndose los mismos supuestos antes señalados.
- Que el delito fuese cometido en beneficio directo de la persona jurídica.

Respecto de los dos primeros requisitos, cabe revisar la segregación que hace la misma ley al separar dueños, directores, ejecutivos principales, representantes, quienes ejecuten actividades de administración y supervisión de las personas naturales que

estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los anteriores. Aunque la citada ley no define cada uno de estos, las autoridades locales podrán interpretar estos cargos conforme a cada circunstancia o bien, de acuerdo a definiciones generalmente aceptadas. (OECD, 2009)

De acuerdo a lo establecido en el art. 4º de la ley 20.393, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención de delitos el cual deberá incluir como mínimo los siguientes elementos, según GUTIÉRREZ SOTO G. (2018):

- a) Designación de un encargado de prevención de delitos: En cuanto a la designación de un encargado de prevención, también conocido como “EPD”, la ley indica que será la máxima autoridad administrativa, quien designará una persona especialmente facultada para este cargo, quien en conjunto con la administración de la empresa, diseñará, implementará y supervisará el Modelo de Prevención de la misma.
- b) Definición de medios y facultades del encargado de prevención: Sin duda que para la ley, la autonomía se encontraría disminuida si ésta no se complementara además con los recursos y medios suficientes para el cabal desempeño de las funciones del encargado de prevención con el fin de llevar a cabo su labor en forma autónoma y eficiente en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica. Estos medios a los cuales se refiere la norma se han interpretado principalmente como materiales y deben ser formalmente entregados al encargado de prevención, por ejemplo, un presupuesto exclusivo asignado. Para este se considerará el tamaño y estructura organizacional de la empresa (i.e. número de trabajadores, número de sucursales u oficinas, volumen de transacciones, entre otros). Con todo, la definición de medios busca fortalecer la autonomía al encargado de prevención en el cometido de sus funciones.
- c) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos: La ley 20.393 prescribe que nuevamente será el encargado de prevención, en conjunto con la alta administración de la persona jurídica, quien facilitará un sistema de

prevención de los delitos sancionados por la citada ley, que a lo menos, contemple lo siguiente:

1. Identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicas, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos contemplados en la ley. Esta actividad es la piedra angular sobre la cual se construye e implementa un modelo de prevención razonable, puesto que permite a la persona jurídica identificar su real exposición a la comisión de cualquier de los delitos incluidos en la ley, basada en los riesgos propios del negocio. Una evaluación de riesgos —generalmente a través de una “matriz de riesgos”— permite focalizar esfuerzos e identificar áreas de mayor exposición al interior de la estructura organizacional, en donde por la sola naturaleza de la actividad, el riesgo aumenta.

2. El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos identificados como riesgosos, programar y ejecutar sus labores de una manera que prevengan la materialización de los delitos de la ley 20.393. Se refiere, al conjunto de políticas, procedimientos, manuales, protocolos, códigos u otros, propios de la persona jurídica, en los cuales se establecen las reglas y controles para la prevención de delitos. La empresa deberá, a través de procedimientos por todos conocidos, indicar las áreas de riesgos y establecer medidas de controles formales, establecidas y supervisadas. Ejemplos clásicos son los códigos de conducta y/o de ética, política de adopción de clientes o terceros, política de donaciones, política de gastos de empleados, reembolsos por viajes y representación, solo por mencionar algunos.

3. La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en los delitos de la ley 20.393. En línea con lo expuesto anteriormente, se refiere al conjunto de medidas formalmente establecidas por la institución en el manejo, administración y supervisión de los recursos financieros propiamente tal, toda vez que estos pueden ser utilizados en forma variada para la comisión de estos delitos. Debe quedar claro para las personas que intervengan en las actividades

identificadas de mayor riesgo, los controles existentes en el uso de recursos financieros de la compañía que buscan prevenir el uso de estos en prácticas punibles. Ejemplo de ellos son, los principios de supervisión y aprobación en el uso de recursos financieros, escalamiento a la alta administración de acuerdo a protocolos internos aplicados a la actividad en cuestión, protocolos de auditoría sobre estos, etcétera.

4. La existencia de sanciones administrativas internas, así como de mecanismos de denuncia y/o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el Sistema de Prevención de Delitos. Este elemento refiere a la incorporación de las obligaciones, prohibiciones y/o sanciones internas señaladas por la persona jurídica en distintos instrumentos oficiales y reconocidos por todos los empleados, trabajadores, prestadores de servicios, o vinculados a la persona jurídica de alguna forma.

- d) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos: Indica la ley, en su art. 4º, que el encargado de prevención de delitos en forma conjunta con la alta administración de la persona jurídica establecerá actividades de monitoreo y supervisión para comprobar el adecuado funcionamiento de las actividades de control definidas, así como estimar la necesidad de realizar mejoras o modificaciones en el modelo de prevención de delitos. Además, también como parte de la supervisión del modelo, el encargado de prevención podrá ordenar la realización de auditorías, sobre diversos aspectos de funcionamiento del modelo de prevención de delitos, y deberá estar informado de cambios que ocurran tanto en el contexto externo como interno de la Compañía, con el fin de actualizar, cambiar o mejorar el modelo en concordancia con estas condiciones.

La ley establece penas generales en su artículo 8º y penas accesorias a las mismas en su art. 13. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

1. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las

personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2. Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
3. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
4. Multa a beneficio fiscal.
5. Las penas accesorias previstas en el art. 13.

Las penas accesorias a las cuales refiere el art. 8°, nro. 5, siendo algunas automáticas, a saber: Art. 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.
2. Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.
3. En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

Las sanciones contempladas deben “ser eficaces, proporcionadas y disuasivas” para las personas jurídicas que incurran en los delitos mencionados en la norma.

7. METODOLOGÍA:

El enfoque de la presente investigación se ha definido como *cualitativo*. Esto es así ya que se realizó una descripción de la situación actual y real que enfrentan las siguientes empresas contratistas del Estado respecto a sus programas de compliance:

1. Albanesi S.A (Energía)
2. Compañía Latinoamericana de Infraestructura y Servicios S.A. (Grupo Empresario)
3. Lemiro Pablo Pietroboni S.A. (Construcción)
4. Luis Losi S.A (Construcción/Minería)
5. Pampa Energía S.A (Energía)
6. Equimac S.A (Construcción)
7. José Eleuterio Pitón S.A (Construcción)
8. Vawa S.A.C.I.C.I (Seguridad Vial)
9. Cleanosol Argentina (Seguridad Vial)
10. J.C.R S.A (Construcción)
11. Conovial S.A (Construcción)
12. Contrera Hermanos S.A (Energía)
13. Ecodyma Empresa Constructora S.A (Construcción)
14. Fevial S.A (Demarcación Vial)
15. Mega Energias S.A. (Energía)

En base a la situación que dichas empresas enfrenten se construyeron las hipótesis que darán como resultado conclusiones respecto a qué se están enfrentando éstas al momento de la implementación de sus programas de integridad. Habiendo identificado los inconvenientes en la etapa última de los programas, es que estaremos en condiciones de proponer alternativas de solución, aplicables a la generalidad de las empresas que compartan estas características.

Es por lo expuesto precedentemente que podríamos establecer los diseños de investigación que formarán parte del presente:

1. Se comenzó con un estudio descriptivo, en el que se analizaron casos particulares de empresas contratistas del Estado y sus respectivos programas ya confeccionados.

2. Estudio exploratorio y explicativo en lo referente a la implementación de los programas de compliance.

Para la evaluación de los programas se elaboró una matriz con 6 dimensiones a analizar: 1) Compromiso; 2) Riesgo; 3) Medidas Internas; 4) Medidas Ante Incumplimiento; 5) Herramientas Externas; 6) Medidas Respecto de Terceros.

1) Compromiso: Se enfatiza en el grado de acompañamiento que la empresa manifiesta respecto a su política de compliance.

Comenzamos analizando el tone-at-the-top, como muchos autores lo denominan, implica expresar un apoyo y un compromiso fuertes, explícitos y evidentes por parte de la alta gerencia, que se extienda hacia la gerencia media y finalmente hasta la línea de fondo. En los programas analizados se ve plasmado mediante notas o cartas del directorio donde manifiestan su compromiso y mediante la definición de la misión, visión y valores de la empresa.

Otro aspecto que también manifiesta compromiso es la existencia de un área encargada del programa, de su seguimiento y cumplimiento; si esa área es independiente o si reporta a la junta directiva; o si se ha confiado a un asesor externo.

<u>Preguntas:</u>
¿La empresa cuenta con una política escrita de tolerancia cero ante la corrupción?
¿Tiene programa de cumplimiento?
¿Se cuenta con el apoyo de la alta dirección?
¿Se cuenta con una persona o departamento responsable del tema?
Si es así, ¿la persona responsable de cumplimiento reporta directamente a la junta directiva?

2) Riesgo: La evaluación de riesgos es uno de los pilares básicos de todo programa de compliance. Es importante que los programas se basen en la evaluación de riesgos comerciales, operativos y legales. Es importante que los programas tengan un plan de revisión anual de los riesgos, para mantener actualizadas las problemáticas a tratar.

Preguntas:

¿Cuenta con un proceso de evaluación de riesgos?

¿Prevén al menos revisiones anuales del proceso de evaluación de riesgos?

3) Medidas Internas: Las medidas internas que cada programa emplea pueden ser muy variadas:

- Un código de ética y conducta, esto es, de políticas y procedimientos de integridad para todos los componentes de la persona jurídica, incluso sus directores, administradores y empleados, para prevenir delitos en interacciones con el sector público, y prever además capacitaciones para los distintos niveles de las personas físicas relacionadas directa o indirectamente con la empresa en cuestión;
- Políticas o lineamientos sobre conflictos de interés, los cuales pueden ser: a) Conflicto de intereses actual, el cual se manifiesta durante el desarrollo de la prestación requerida al Personal. El conflicto actual se produce cuando los intereses privados del Personal se contraponen o interfieren de cualquier modo con el interés de la Sociedad en el momento en el cual se le requiere a la persona que actúe sin interferencias; o b) Conflicto de intereses potencial, donde una situación que no constituye un conflicto de intereses actual, pero que es susceptible de derivar o dar origen a un conflicto de intereses.
- Políticas o recomendaciones sobre regalos y hospitalidad, donaciones y patrocinio: Dar regalos o pagar comidas, entretenimiento o viajes a los empleados del gobierno podría, bajo ciertas circunstancias, considerarse actos de corrupción. Es por ello que tener una política clara al respecto despejará dudas y servirá de prevención para conductas indeseadas.
- 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, tal como lo prevé el art. 23 inc. b) de la Ley 27.401;

- Entrenamiento o capacitaciones periódicas sobre código de ética/conducta, evaluación de riesgos, introducción o actualización de políticas de cumplimiento, tal como lo requiere el art. 23 inc. c) de la Ley 27.401.

<u>Preguntas:</u>
¿Cuenta con un código de ética o de conducta?
¿Existen políticas y recomendaciones sobre cómo actuar en caso de duda y/o en situaciones que pudieran representar un conflicto de interés?
¿Cuenta con políticas y recomendaciones sobre regalos y hospitalidad, donaciones y patrocinio?
¿Cuenta con una política que atienda la interacción de los empleados con funcionarios públicos?
¿Prevé entrenamientos de cumplimiento (sobre código de ética/conducta, evaluación de riesgos, introducción o actualización de políticas de cumplimiento) para empleados?

4) Medidas Ante Incumplimiento: La manera en que la organización aborda las infracciones o prácticas irregulares determinará la credibilidad de su programa de integridad entre sus empleados y socios comerciales. Los programas pueden contar con mecanismos detallados referidos a cómo abordar las denuncias ante violaciones, la forma en que estas denuncias son atendidas y posteriormente las sanciones ante los incumplimientos detectados. A su vez, la Ley 27.401 prevé una política de protección de denunciantes contra represalias, lo cual es indispensable en estos casos.

<u>Preguntas:</u>
¿Cuenta con un mecanismo de reporte para las malas conductas?
Si es así, ¿conduce automáticamente una investigación después de recibir quejas a través del mecanismo de reporte?
¿Se han establecido sanciones disciplinarias y mecanismos de incentivos?

5) Herramientas Externas: Existen herramientas útiles por fuera de la organización, que pueden implementarse para afianzar los programas de compliance. Algunas empresas deciden contar con un asesor externo (en muchos casos un estudio jurídico especializado) que realice auditorías, actualizaciones, capacitaciones y demás cuestiones relativas al programa. Otra opción elegida es la pertenencia a asociaciones internacionales de control, tales como Pacto Global de Naciones Unidas, o similares, que llevan registros y exigen cierto nivel de participación.

Preguntas:

¿Realiza auditorías a través de autores externos?

¿Reporta sus medidas de cumplimiento de manera regular (P.ej. a través de reportes de la compañía, Pacto Global de Naciones Unidas, etc.)?

¿Participa en grupos de trabajo relacionados con el tema de cumplimiento?

6) Medidas Respecto de Terceros: Las organizaciones se relacionan con una amplia gama de socios comerciales sobre los cuales tienen distintos grados de control o de influencia determinante. Es en razón de ello que la Ley 27.401 dispone la posibilidad de establecer Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

Preguntas:

¿Prevé medidas para una debida diligencia a proveedores y vendedores?

¿Cuenta con un código de ética/conducta escrito para proveedores y vendedores?

¿Lleva a cabo entrenamientos para proveedores y vendedores?

8. DESARROLLO:

Teniendo claro qué debe mínimamente contener un programa y cuál es su principal finalidad, se parte del análisis de los programas para evaluar posibles falencias en su construcción que pudiesen afectar su implementación, según los parámetros definidos precedentemente.

8.1 Compromiso:

El primer análisis es del llamado tone-at-the-top, que según la definición de CUNNINGHAM (2005) “es el conjunto de valores compartidos que una organización posee, emanado de los más altos ejecutivos.” Este requisito, tal como hemos mencionado, parte del art. 23 de la Ley 27.401, en el que enumera los requisitos opcionales que puede contener un Programa de Integridad. Se evidencia una total adhesión a este requisito, variando en sus formas de manifestarlo: en algunos programas basta con una mera mención del hecho de contar con el compromiso de la alta dirección en la lucha contra la corrupción, otros directorios elaboran una nota firmada manifestando su voluntad, pero en general es un requisito que se cumple y evidencia que los Programas han nacido de la iniciativa y el aval de la más alta autoridad de la empresa. Esto es de gran importancia, ya que, tal como plantea MONTIEL J. P. (2018) “la expresión ampliamente conocida en el mundo empresarial del tone at the top alude a un clima general ético en la empresa, generado a partir del convencimiento de la alta gerencia de la prioridad que tiene en los negocios respetar el marco legal y ético imperante. Sin este clima generado desde la “cabeza” los esfuerzos de los encargados de implementar, seguir o aplicar sistemas de compliance quedarían obstaculizados o directamente anulados”.

Siguiendo con el análisis de los Programas, otro punto que llama la atención es la designación de lo que muchos llaman “Responsable Interno”, comúnmente denominado “compliance officer”, que aparece caracterizado en la ley como “el responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad”.

En algunos casos la mención de esta persona es vaga, se desconoce cómo será designada y cuáles serán sus funciones, lo que implica una complicación a la hora de la implementación del Programa, ya que crea las dudas, como, por ejemplo, quién realiza las investigaciones tras las denuncias, quién evalúa el Programa y se asegura que siga siendo aplicable a lo largo del tiempo, o a quién se le debe consultar en casos de incertidumbre.

Este es un punto muy importante a tener en cuenta en nuestra próxima evaluación de los programas, ya que, en palabras de CABRERO R. (2018) éste “(...)será responsable de implementar normas y procedimientos destinados a garantizar que el programa de cumplimiento sea eficaz y eficiente para identificar, prevenir, detectar y corregir las posibles transgresiones a las leyes aplicables y a los valores de la empresa.”

También se debe prestar atención a si dicho responsable interno reporta o no directamente al directorio de la empresa, ya que no es menor el impacto que esto puede generar a la hora de encontrarse con desvíos o denuncias. La gran mayoría de las empresas que cuentan con una persona designada en esta posición, han optado porque ésta reporte directamente al directorio. Si bien no es menester para un Programa contar con un área completamente autónoma para el tratamiento de las cuestiones que puedan surgir a nivel compliance, tal vez por el hecho de que a muchas empresas les resulte económicamente inviable, los resultados pueden ser aún más beneficiosos sin la injerencia o la subjetividad del directorio.

8.2 Riesgo:

Continuando con el análisis planteado, se evidencia uno de los puntos más críticos a nivel de implicancias en la futura implementación: el análisis de riesgos. Existe un amplio consenso de que la evaluación del riesgo es fundamental para una gestión eficaz del riesgo (cualquiera que sea la naturaleza del riesgo). En el caso del análisis de riesgos requerido para la elaboración de un Programa de integridad, resulta clave, ya que un proceso efectivo de evaluación del riesgo reúne suficientes y relevantes información sobre las actividades y relaciones comerciales de la organización para que pueda determinar cómo esas características lo exponen al riesgo de corrupción. La

información recopilada debe ser extraídos de personas y otras fuentes que, colectivamente, presentan una comprensión de lo que hace la empresa, cómo y dónde lo hace, y cómo las características pueden dar lugar al riesgo. De esta manera se logrará contar con un Programa hecho a la medida de la organización, que prevea todo tipo de actividad dañosa y que permita obtener la protección deseada.

A su vez, un verdadero y exhaustivo análisis de riesgo permite determinar la llamada “tolerancia al riesgo”, o hasta dónde se está dispuesto a aceptar un riesgo sin que genere mayores complicaciones. En los casos estudiados, se evidencia la tolerancia cero a la corrupción, lo que pone mayor presión en la evaluación de riesgos a conciencia.

A su vez, dicha evaluación de riesgos debe ser realizada periódicamente, ya que las circunstancias en las que se desenvuelven las empresas cambian, y es menester que el análisis de riesgos este actualizado, para así mantener actualizado el Programa.

Lamentablemente, no figuran evidencias de ninguna de estas actividades en los Programas evaluados, aunque se presupone que se ha realizado dicho análisis. Si bien la ley no prevé una manera específica de plasmarlo, el carecer incluso de mención alguna sobre la gestión del riesgo despierta preocupación.

8.3 Medidas Internas:

Es un requisito de la Ley 27.401 el hecho de que el Programa contenga un Código de ética y Conducta, por lo que para que un Programa de Integridad sirva como tal, debe estar presente.

En este apartado se deberán definir las políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los miembros de la organización, incluyendo al Directorio. Estos procedimientos se podrán extender a terceros, de ser necesario, tales como socios, proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios. Asimismo, de acuerdo a las resoluciones emitidas por la Unidad de Información Financiera, el código de ética deberá contemplar también los principios rectores y valores, así como las políticas, que permitan resaltar el carácter obligatorio de los

procesos que integran el sistema de prevención del lavado de activos y su adecuado desarrollo. (BIAGOSCH Z. A., 2018)

Ya que todos los programas cuentan con un Código de Ética, en el próximo análisis se evaluará la mejor manera de cumplimentar con este requisito a la hora de una sencilla implementación.

Otra cuestión a tener en cuenta dentro de las medidas internas son los llamados conflictos de interés. El conflicto de intereses surge, en palabras de MARTINEZ ROSAS S. X (2014) “cuando una decisión o una circunstancia llevan a crear una condición que favorece los intereses privados donde deben prevalecer los públicos, o a amenazar parcial o permanentemente la satisfacción de ese interés público.” Estas situaciones no están debidamente definidas en la gran mayoría de los Programas, tal vez por lo extenso que puede resultar el tratamiento de las infinitas circunstancias que puedan presentarse. HONISCH P (2018) establece que el hecho de “Que exista un conflicto de interés no es una situación negativa per se, pero sí que da lugar a que las decisiones o acciones que realice la persona que se encuentra en esa situación puedan ser fácilmente malinterpretadas, arrojando dudas sobre su objetividad e imparcialidad.” En la siguiente etapa de esta investigación se definirán parámetros para la definición de los conflictos de interés.

Dentro de las medidas internas, se evaluaron las políticas respecto las llamadas “zonas grises”, que a diferencia de los pagos de facilitación, los regalos y hospitalidades, que sí son legítimos y constituyen prácticas usuales en las relaciones comerciales que se suelen utilizar, por ejemplo, para desarrollar relaciones, para dar a conocer la capacidad de la empresa o para expresar agradecimiento. Pero no debe perderse de vista que su uso excesivo o sin regulación puede ser una de las formas en se manifiesta un acto de corrupción. El gran desafío según HONISCH P (2018) “consiste no sólo en regular de manera clara que se trata de una conducta que no será tolerada por la organización, sino en indicar cómo se espera que actúen los integrantes de la empresa ante estas situaciones. Y que estas respuestas se diseñen procurando desarrollar las aptitudes necesarias de los integrantes de la empresa, cualquiera sea su posición, para poder hacer frente a esas incitaciones.” Si bien prácticamente todos los programas

cuentan con un apartado al respecto, muchas veces resulta incompleta la mera mención, sino que resultaría más apropiado la definición de parámetros claros y concisos, e incluso la aplicación práctica mediante ejercicios con casos o ejemplos.

Otro parámetro evaluado es la política que atienda la interacción de los empleados con funcionarios públicos y la integridad en licitaciones, requisito obligatorio emanado de la ley 27.401. Tal como sucedía para el caso del Código de Ética y Conducta, al ser un requisito mínimo proveniente de la Ley, todos los programas que evaluemos van a contar con este punto, pero esto no quiere decir que el tratamiento sea el ideal o su implementación sea más fácil. Mediante este elemento del programa lo que se pretende es que la empresa no se limite a enunciar principios generales que prohíban actos de corrupción (como la prohibición del pago de sobornos), sino que también regule situaciones particulares que a veces no son tan claras; situaciones que si bien por se no constituyen delito, podrían ser el paso previo o allanar el camino hacia la conducta prohibida o incluso generar dudas respecto de la intención de la persona jurídica. Efectivamente se evidencia en el análisis de los Programas la dificultad para hacer este aspecto abarcativo.

Otro requisito indispensable emanado de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria es el contar con capacitaciones periódicas. Se presupone que este requerimiento es un indicador de que los programas de integridad adoptados por la empresa son idóneos para impedir la comisión de hechos de corrupción. Lamentablemente, es un punto al que se le otorga poca importancia y muchos programas hacen una simple mención, sin presentar cronogramas, temarios o una mera mención de la periodicidad mínima de dichas capacitaciones.

8.4 Medidas Ante Incumplimiento:

Dentro de este apartado se evaluaron los mecanismos de reporte de conductas que incumplan el programa, la manera que continúa la investigación luego de la denuncia y finalmente si se prevén sanciones o incentivos.

El art. 23 de la Ley 27.401 plantea como opcional la incorporación de los canales de denuncia. En la actualidad las empresas cuentan con importantes incentivos para incorporar estos canales de denuncia, lo que se traduce, por ejemplo, en ventajas punitivas, del mismo modo que se busca promover denuncias mediante incentivos económicos o protecciones de carácter laboral. Respecto a este último aspecto, la ley demanda adicionalmente que exista una política de protección de denunciante ante posibles represalias que pudiesen disponerse desde la empresa (art. 23, 2ª parte, IV). (MONTIEL, J. P., 2018).

Prácticamente la totalidad de los Programas cuentan con al menos una dirección de mail al cual enviar las denuncias. Esto permite la apertura a terceros que propone el citado art. 23, ya que no es necesario estar dentro de la organización para realizar la denuncia. Otras empresas más grandes cuentan también con un número de teléfono (el cual muchas veces se ha tercerizado, contratando un call center) y hasta se ha evidenciado la incorporación en las páginas web, de un espacio para enviar denuncias anónimas.

De lo que muchos programas carecen es la descripción de lo que sucede después de recibida la denuncia. Algunos solo mencionan que se elevará al directorio, pero no se ahonda. Otros, que cuentan con un oficial de cumplimiento, se presupone que éste realizará la investigación, pero no hay descripción de los pasos a seguir o plazos de duración de las mismas.

Respeto a las medidas disciplinarias e incentivos, no hay un patrón entre los Programas analizados. Están aquellos que ni siquiera las mencionan, otros que mencionan que se aplicarán sanciones pero sin especificar cuáles, algunos entran en detalle de las medidas disciplinarias que pueden aplicarse sin profundizar en los criterios de aplicación, etc. Lo que si resulta común en muchos de los programas analizados es la carencia de incentivos. Tal como la Ley otorga el beneficio ante la autodenuncia, ya

que en el art. 9º de la ley 27.401 permite que la persona jurídica pueda eximirse de pena y responsabilidad administrativa por los hechos de corrupción cometidos por sus dependientes o terceros, cuando se autodenuncie, podría pactarse beneficios ante las actividades proactivas de los empleados.

8.5 Herramientas Externas:

Por lo general las empresas no cuentan con herramientas externas. Lo más similar que se evidencia es haber contratado a un estudio jurídico para la elaboración del programa en sí, el cual se repite en muchos de los programas evaluados, pero este estudio no aparece como un auditor externo. Tal vez sea por la onerosidad que esto supone y el hecho de que la inmensa mayoría de las empresas en Argentina son PyMEs, pero se puede contar con otras herramientas externas sin necesidad de inversiones significativas.

Respecto a los reportes de cumplimiento, como herramienta para visibilizar lo que se viene trabajando internamente, es una práctica casi inexistente. Organismos como Pacto Global de la ONU, por ejemplo, requieren a sus miembros el envío periódico de reportes en los cuales se demuestre que se está actualizando el Programa, que las capacitaciones son dadas, en general visibilizar que el Programa sigue vigente y funcionando, pero las empresas contratistas del Estado no han adoptado esta práctica. Tampoco es una práctica habitual la certificación de la norma ISO 37001, otra herramienta externa que se encuentra al alcance de las empresas.

Este es uno de los puntos más olvidados por los Programas, no habiendo evidencia si quiera de participación de grupos de trabajo relacionados al compliance, lo que no requeriría de inversión alguna, a diferencia de otras herramientas externas.

8.6 Medidas Respecto de Terceros:

El art. 23 de la Ley 27.401, en su inciso VI plantea como opción el hecho de que los Programas cuenten con Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

La vasta mayoría de los Programas de las empresas contratistas del Estado cuentan con este requisito, ya sea haciéndole extensible el programa en su conjunto a aquellos proveedores o terceros con los que se relacione comercialmente, o incluso algunos cuentan con un manual específico para ellos.

Esto resulta de suma importancia, tal como lo enuncia MUÑOZ M. S., (2018), ya que la misma Ley prevé que las empresas también serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuera de manera tácita, es por esto que las empresas deberán asegurarse de tener normas claras en las contrataciones de terceros o socios de negocios (agentes, intermediarios, apoderados, etc.).

Los entrenamientos o capacitaciones para terceros no son una práctica común. Esta herramienta sería de ayuda a la hora de cerciorarse de que el tercero ha comprendido los parámetros de conducta exigidos en la relación comercial y evidenciaría un compromiso por parte de los mismo.

9. CONCLUSIÓN DE LA PRIMER ETAPA:

Centrándonos en los objetivos del presente, puede afirmarse que:

- Según el objetivo específico de determinar las características de los programas y evaluar cuales hacen a una efectiva implementación, podemos afirmar que, en su mayoría, los programas cumplen con los elementos requeridos por ley, adentrándose débilmente en los puntos que la ley no obliga pero sí ofrece como opcionales, lo que resultaría en un Programa más nutrido. Otra

característica repetida es que, si bien se cumplen con los puntos enumerados por la ley, en muchos casos se hace de manera superficial, dando una sensación de cumplimiento meramente obligatorio y no tan razonado. Por último, la enorme mayoría de los programas cuentan con una distribución y acercamiento a cada tema casi idéntica, con similitudes preocupantemente notorias que ponen en cuestionamiento la individualidad de los Programas. Con respecto al desarrollo de qué elementos son activamente claves en la implementación, será tratado en el apartado siguiente, de manera pormenorizada.

- Según el objetivo específico de identificación de errores comunes al implementar, el poco tratamiento de algunos recursos indispensables, como el tratamiento de riesgos, definición de un oficial de cumplimiento, capacitaciones periódicas y prácticas, resultan dignos de mención. Otro error que se repite es el hecho de tercerizar por completo la redacción de los programas a un estudio jurídico (que en general se repite en varios de los programas analizados), aunque no se desaconseja contar con una mirada experta, puede resultar perjudicial al “comprar” programas prearmados, idénticos al de otras empresas, que no siempre se adaptan a todas las necesidades de la empresa.
- Siguiendo el objetivo general, se puede sostener que se han hallado algunas cuestiones que dificultan la implementación: poco tratamiento de algunas cuestiones de contenido del programa; poca adaptación del programa a la realidad de la empresa, insuficiente actualización, etc.

En resumen, hay muchos aspectos para mejorar en cuanto a los Programas de Integridad, para que sean implementables y útiles para el propósito para el que fueron pensados. Si bien no se los podría calificar de “insuficientes”, existen amplitud de mejora.

10. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE INTEGRIDAD DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS DEL ESTADO ARGENTINO

Tal como lo plantea el objetivo general del presente trabajo, es importante hallar las razones que hagan a la implementación de los programas. A su vez, se desarrollará una serie de herramientas prácticas para facilitar dicha implementación.

KLEINHEMPEL M. (2018) acierta al sostener que “Diseñar e implementar un Programa de Ética & Compliance (o de Integridad u con otro nombre similar) es importante, sobre todo para mitigar riesgos legales, financieros y reputacionales. Pero no tiene ningún efecto si los ejecutivos y empleados no lo “compran”, si no lo conocen y ven como algo útil y ventajoso para ellos y para la organización. La historia y la evolución de los programas de ética & compliance demuestra que este *buy in* no se puede ordenar o prescribir bajo amenazas de sanciones. En la búsqueda del mejor camino para que los empleados y ejecutivos “vivan” el programa de ética & compliance y sus valores, desafortunadamente no hay atajos fáciles.”

Como primer requisito debemos asegurarnos de contar con un Programa sólido, bien elaborado y adecuado a las necesidades y actividades de la empresa. Tras el análisis diagnóstico realizado en el punto anterior, se está en condiciones de desglosar las circunstancias que dificultan la implementación de los Programas, y propender a la elaboración de herramientas que ayuden en este proceso:

10.1 Cuestiones Inherentes al Programa:

Tomando como parámetro la Ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria, el legislador decidió obligar a ciertos contratantes con el Estado Nacional a tener un programa de compliance mientras que decidió plantear incentivos relacionados a la ausencia de responsabilidad, la exención y la reducción de penas para las restantes personas jurídicas. Según la definición de BLANCO H. (2015) “Estos Programas consistirán en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en la ley. “

Del análisis de la primera etapa del presente trabajo es que se ha llegado a la conclusión de que existen fallas en la elaboración de los Programas mismos, que impiden o dificultan su implementación, a saber:

10.1.1 Responsable de Cumplimiento:

Un inconveniente frecuente que puede afectar la implementación de un Programa surge del pobre tratamiento de este tema. El responsable de cumplimiento ocupa un rol fundamental, ya que es uno de los principales encargados de la implementación en sí misma del Programa. Es quien traduce en hechos todo lo que ha sido vertido en papel. Él deberá proporcionar una seguridad razonable a la alta gerencia y al órgano de dirección sobre la existencia de un programa que sea entendido y respetado por todos los empleados y que la organización cumpla con todos los requisitos reglamentarios, comprendiendo que su incumplimiento puede generar sanciones legales y/o administrativas, pérdidas financieras o daños a la imagen y la reputación. (CABRERO R., 2018)

Existe entonces una especie de “delegación de funciones” entre la alta gerencia y el oficial de cumplimiento, sobre todo teniendo en cuenta la imposibilidad del empresario de realizar por sí mismo todas las actividades necesarias para el funcionamiento del objeto social y, por consiguiente, su incapacidad para ocuparse de evitar que todas esas actividades no lesionen bienes jurídicos de terceros.

Es en función de ello que resulta de gran importancia aportar claridad a la designación del oficial de cumplimiento y sus funciones. El primer paso para ello es definir quién será el encargado de elegir a la persona, y qué requisitos debe cumplir la misma. Un oficial de cumplimiento idóneo deberá contar con una sólida capacidad técnica que le permita identificar tempranamente los riesgos de la organización, gestionar un programa de cumplimiento adecuado a los mismos y dirimir dilemas éticos. El oficial de cumplimiento debe, asimismo, tener sólidas habilidades y cualidades humanas que le permitan asesorar, capacitar y crear conciencia entre los empleados sobre la importancia de la ética y el cumplimiento.

El desafío inicial para el oficial de cumplimiento, como figura central del programa, es comprender qué se espera de él, dependiendo del sector y el tamaño de la empresa, es por ello que el Programa deberá claramente definir sus funciones y responsabilidades. Es tarea también de la alta dirección darle al oficial de cumplimiento suficiente autonomía, ya que, si éste debe tomar decisiones difíciles e imparciales, es problemático cargar el proceso con capas de mandos intermedios, creando así una situación donde se puede percibir un conflicto, y en el caso que reportara al individuo o grupo que está siendo investigado, existirá un posible interés en el resultado. A su vez, El oficial de cumplimiento no solo debe contar con la posibilidad formal de acceder al órgano de dirección de la empresa, sino que se espera que dicho derecho se ejerza con marcada regularidad y que, por ende, pueda ser demostrado. Otra de las cuestiones que delimita la independencia del oficial de cumplimiento es su línea de reporte, es decir, quién es su jefe inmediato en la estructura organizacional. Continuamos percibiendo una alta tendencia de las empresas en las cuales el oficial de cumplimiento no reporta directamente al gerente general (como máximo responsable de la administración), sino que se sitúa la posición un escalón más abajo, reportando con frecuencia al director legal, al director financiero, o incluso a auditoría interna.(DELOITTE, Encuesta sobre tendencias en compliance 2016). Podemos comprender, principalmente en pequeñas y medianas empresas, que frecuentemente el rol del área de cumplimiento nazca y se desarrolle bajo el ala de algún área de control. Sin embargo, es una práctica altamente recomendada desdoblar tales funciones para evitar posibles conflictos de interés, por lo que observamos con atención algunos estudios que indican que, en la Argentina, menos de la mitad de las empresas cuenta con un responsable interno exclusivamente a cargo de la coordinación, implementación y supervisión del programa de cumplimiento. (KPMG, Encuesta sobre la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 2018)

Una cuestión que también ha tenido un creciente debate es si el oficial de cumplimiento, más allá de la necesidad de que se involucre en el negocio de la empresa, puede asumir responsabilidades gerenciales. Cuando el oficial de cumplimiento asume el trabajo de gestión y participa en la toma de decisiones

comerciales se convierte en administrador y difícilmente podrá considerársele independiente. En tal caso no solo se podría cuestionar la independencia en la estructura organizacional, sino que también se lo puede responsabilizar personalmente por los errores o violaciones cometidas por otros dentro de la organización. (MONTIEL, J. P., 2018)

En resumen, será importante constatar si la persona designada como Responsable Interno tiene suficiente preparación y recursos para controlar hechos como los contemplados por la Ley 27.401, lo que requerirá analizar cómo fue seleccionado, su formación y antecedentes, las facultades conferidas de acuerdo a su contrato o el Programa mismo, su jerarquía y ubicación dentro del organigrama, su remuneración frente al resto de los gerentes, etc. También será relevante si cuenta o no con un equipo de trabajo o asesoramiento externo adecuado a su carga de trabajo (lo que dependerá, entre otros factores de la cantidad de empleados de la empresa, su dispersión geográfica, la variedad de unidades de negocio, el caudal habitual de denuncias y consultas, etc.).

10.1.2 Riesgo:

La ley dispone que un programa de integridad adecuado deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, con su dimensión y con su capacidad económica. (MUÑOZ M. S., 2018)

Producto del análisis anterior es que se ha identificado a la evaluación del riesgo como un punto en el que muchos programas fallan. Resulta difícilmente imaginable un programa de integridad que resulte eficiente sin que previamente se haya realizado un análisis de riesgos detallado y riguroso. Pero cabe agregar, en palabras de MONTIEL, J. P. (2018) que, “un análisis de riesgos riguroso no es simplemente la adopción de patrones general de aquellos riesgos que se manifiestan en un sector determinado de la industria o actividad de la persona jurídica, sino un estudio detallado de la realidad particular de la concreta empresa”.

Un proceso efectivo de evaluación del riesgo reúne información suficiente y relevante sobre las actividades y relaciones comerciales de la organización para permitirle determinar cómo esas situaciones la exponen al riesgo.

La evaluación de riesgos puede desglosarse en una serie de pasos definidos con claridad por DOMENECH M.M (2018):

1. Planificación de la Evaluación de Riesgos: La etapa de planificación es el momento apropiado para definir y/o confirmar el marco y la metodología a seguir en el proceso de evaluación de riesgos. Esto abarca aspectos tales como: el marco o categorías de riesgo a considerar; el alcance de la evaluación (corrupción público-privado, privado-privado); las Direcciones o Gerencias a involucrar en el proceso. La definición de la tolerancia al riesgo; la metodología para la identificación de riesgos (entrevistas, encuestas, entre otros); la metodología para la evaluación de riesgos (cualitativa, cuantitativa o ambas); la definición de los criterios y escalas de medición. En este paso se deberá tomar en cuenta aquellos factores externos e internos que hacen al modelo de operación y el contexto en el cual opera la organización, entre los cuales podemos citar: el modelo de operación de la organización, la industria y zonas geográficas en las que opera, los puntos de relación con organismos públicos, la historia de litigios o denuncias vinculadas con este tipo de delitos, su situación político-económica, etc. Este análisis dejará de manifiesto aquellas áreas más vulnerables o de mayor exposición a fin de definir el alcance y el abordaje más apropiado para la identificación de los distintos escenarios de riesgos. La organización deberá elegir el método de identificación de riesgos que mejor se alinee con sus necesidades y capacidades. Más allá del método o los métodos que se seleccionen, es importante involucrar en el proceso a aquellos que conocen la operación, el alcance de las tareas y el contexto en el cual se desarrollan, a fin de que el ejercicio refleje la realidad de la operación y la viabilidad de las sugerencias de mejora.
2. Identificación de Riesgos: La evaluación de riesgos puede realizarse mediante un mapeo de riesgos, o la elaboración de una matriz. Es natural que las

estrategias para la detección de riesgos varíe de organización a organización., pero siempre el primer paso en el mapeo de riesgo será identificar la exposición al riesgo de la organización, y estimar y predecir la frecuencia y gravedad de cada riesgo potencial.

Uno de los enfoque más populares y recomendados para la identificación de riesgos son las entrevistas individuales o por grupos reducidos de afinidad. Cada una de estas áreas realizará su aporte para la identificación de los riesgos. La información recolectada será consolidada en una matriz de riesgos, que podrá contener la siguiente estructura: el escenario de riesgo identificado, el proceso asociado, el organismo público relacionado, indicando si la interacción con el organismo es directa o a través de intermediarios, riesgo inherente, los controles relacionados, el riesgo residual, el dueño de proceso, y el plan de acción resultante.

3. Determinación del Riesgo Inherente: El Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway define, en el marco de su gestión de riesgos empresariales, al riesgo inherente como el riesgo al que se enfrentan las organizaciones ante la ausencia de cualquier tipo de acción por parte de la gerencia para reducir el impacto, la probabilidad de ocurrencia, o ambos. Por su parte, el término impacto se refiere al grado en que un evento de riesgo podría afectar a la organización. Mientras que la probabilidad representa la posibilidad de que ocurra un evento determinado. En esta etapa, resulta determinante contar con la definición de criterios y escalas de medición, a fin de que las mediciones de los escenarios sean comparables y consistentes. Para la determinación del impacto se pueden tomar en consideración criterios cualitativos y cuantitativos. Se utilizarán ponderadores para cada uno de los criterios seleccionados con la finalidad de obtener un scoring final por cada escenario. Respecto de la probabilidad, la misma puede expresarse utilizando mediciones del tipo alto, medio, bajo; o altamente frecuente, frecuente o poco frecuente.
4. Identificación de Controles: Se trata de aquellas acciones diseñadas con el objeto de mitigar o minimizar un riesgo. Durante el ejercicio de identificación

de controles, que nos permitirá luego determinar el riesgo residual, podremos encontrarnos con dos grandes grupos de controles bien diferenciados. Por un lado, tenemos los controles asociados con el gobierno del programa, operan como un marco de control general, al mismo tiempo que colaboran con el fortalecimiento de la cultura organizacional en materia de ética y compliance. Dentro de este primer grupo encontramos al Código de ética y conducta; los estándares, políticas y procedimientos vinculados con ética y compliance; los Programas de capacitación; los Programas de comunicación; los canales de denuncia, etc. Por el otro lado, encontramos que el segundo grupo de controles estará más orientado a responder a los escenarios de riesgos particulares, tales como: procedimientos de debida diligencia, declaraciones juradas relacionadas con conflictos de interés, controles de monitoreo específico de determinadas operaciones, arqueos, aprobaciones, entre otros. A su vez, estos controles a definir podrán tener una finalidad preventiva, orientados a desalentar la concreción de los escenarios; o detectiva, orientados a detectar las irregularidades que por diversos motivos (controles insuficientes, diseño inapropiado, control in efectivo) hayan logrado concretarse.

5. Determinación del Riesgo Residual: El riesgo residual puede interpretarse como aquel riesgo que subsiste después de haber implementado controles. El objetivo perseguido en esta etapa es comprender cuán vulnerable es la organización a este tipo de delitos en su contexto actual, es decir, determinar el grado de susceptibilidad de la organización respecto de un evento de riesgo de cumplimiento en términos de su preparación para afrontarlo y responder al mismo.
6. Respuesta al Riesgo: Antes de definir este punto, debemos contar con un parámetro que nos indique la tolerancia al riesgo, que servirá de base para definir la estrategia de respuesta a adoptar para los diferentes escenarios identificados. Si bien se manifiesta la “tolerancia cero”, es importante que la Dirección se pronuncie en este sentido, a fin de que la tolerancia se utilice como una herramienta para determinar la respuesta al riesgo, y para priorizar acciones dentro del plan de mitigación. Para aquellos riesgos que excedan la

tolerancia definida, la organización deberá definir su estrategia de respuesta, la cual podrá incluir decisiones vinculadas a aceptar, compartir, reducir o evitar dicho riesgo. Dependiendo de la estrategia seleccionada surgirán las infinidad de acciones en los planes de mitigación.

Podríamos resumir los pasos anteriores en dos preguntas claves para diagnosticar el tratamiento de los riesgos respecto al Programa:

- ¿Frente a qué riesgos fue planteado?: Debería existir evidencia interna de que se realizó análisis serio de los riesgos y que fue este el que motivó el tipo de decisiones que se tomaron. Será asimismo importante conocer quien o quienes lo realizaron, si se trata de profesionales idóneos, si se contó suficiente tiempo de preparación, si se entrevistaron los referentes internos adecuados etc.
- ¿Qué tan adecuados a esos riesgos son los componentes elegidos?: No todos los elementos vertidos en el Programa serán igualmente efectivos para contrarrestar los riesgos encontrados, por lo que se deberá analizar si el Programa logra efectivamente su propósito.

10.1.3 Tratamiento de Zonas Grises y Conflictos de Interés:

Otra cuestión que afecta y limita la implementación, es la falta de tratamiento de las zonas grises y conflictos de interés. No es difícil determinar actos dañosos que sean sumamente explícitos, gráficos o burdos, pero se dificulta el discernimiento cuando la conducta entra en la llamada “zona gris”, o cuando emerge un conflicto de interés.

Las zonas grises son aquellas situaciones que, por el poco monto dinerario que implican o por enmascarse en una cuestión amistosa, suelen quedar fuera del tratamiento de los programas, como son los regalos, hospitalidades, donaciones y demás cuestiones similares que potencialmente pueden ser catalogadas como actos incluidos en los delitos previstos por la Ley 27.401. Un Programa que falle en el tratamiento de regalos y hospitalidades resulta de difícil implementación, ya que carece de regulación para actividades muy frecuentes, que potencialmente representan un riesgo para la organización. Al ser tan amplio el abanico de situaciones

a tener en cuenta, el Programa deberá ser lo más explícito posible, para no dejar dudas respecto a que situaciones son permitidas y cuáles no. Para ayudar en el tratamiento de estas cuestiones puede tenerse en cuenta lo normado por el art. 18 de la Ley de Ética Pública, ley 25.188 y sus modificaciones, donde se establece que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios, donaciones, beneficios o gratificaciones sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones y que, en el caso de que los obsequios sean de cortesía, de costumbre diplomática o amistad la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado y en cuáles no quedarán comprendidos dentro de éste régimen. La reglamentación de esta norma recién se hizo mediante el decreto 1179/16, el que dispuso que toda persona que ejerza una función pública tiene vedado recibir regalos, obsequios, donaciones, beneficios o gratificaciones, de cosas, servicios o bienes, incluyendo la cesión gratuita del uso de los mismos, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. Allí se establece que quedarán exceptuados de la prohibición, los obsequios recibidos por costumbre diplomática y los recibidos por cortesía, salvo que éstos provengan de una persona o entidad que tenga determinado vínculo con el órgano o entidad en el que se desempeña el funcionario que lo recibe, como ser: que lleve a cabo actividades reguladas o fiscalizadas por éste; que gestione o explote concesiones, autorizaciones, privilegios o franquicias otorgados por éste; sea su contratista o proveedor de obras, bienes o servicios; procure una decisión o acción o tenga intereses que pudieran verse significativamente afectados por una decisión, acción, retardo u omisión por parte de él. (HONISCH P., 2018)

Claramente la citada normativa se empareja con la ya mencionada Ley 27.401, buscando esclarecer estas llamadas “zonas grises”, y ponderando la independencia de los funcionarios públicos. Tomando estos lineamientos legales, el ámbito de aplicación del Programa de Integridad queda aún más limitado, siendo más sencillo plantear límites a los regalos y hospitalidades que la ley no regula. De esa manera, el programa será preciso en las pautas que permiten catalogar una conducta como apropiada o no, otorgándoles a las personas que actúen bajo los lineamientos de dicho Programa las herramientas necesarias para que ellos mismos puedan determinar si una conducta es

o no delictiva o potencialmente dañosa, siendo clave en este aspecto la publicidad y capacitación respecto a estas cuestiones.

El conflicto de intereses surge cuando un individuo tiene un interés privado que podría influir, o en efecto influye, en el desempeño imparcial y objetivo de sus funciones oficiales, porque le resulta particularmente conveniente a él, o a su familia, o a sus socios cercanos. Que exista un conflicto de interés no es una situación negativa per se, pero sí que da lugar a que las decisiones o acciones que realice la persona que se encuentra en esa situación puedan ser fácilmente malinterpretadas, arrojando dudas sobre su objetividad e imparcialidad. Por ello, es necesario que las empresas cuenten con una política y procedimientos que les permita, por un lado, conocer las situaciones de conflicto de interés que se puedan presentar y, por el otro, estar en condiciones de abordarlos adecuadamente, documentando las acciones realizadas. Toda vez que no es posible determinar taxativamente el universo de situaciones que puede generar un conflicto de interés, es conveniente que dentro del programa se incorpore como regla la obligación de notificar cualquier situación real o potencial de conflicto de interés y de excusarse de intervenir en estos casos. Para garantizar que los integrantes de la empresa comprendan adecuadamente el alcance de la obligación es conveniente que se explique la regla apelando a ejemplos de las situaciones más comunes que pueden presentarse. (HONISCH P., 2018)

Podemos concluir entonces que la correcta y total implementación del Programa va a quedar supeditada a si trata todo el abanico de situaciones dañosas en las que pudiesen verse envueltas las personas que respondan a esa organización, incluso cuestiones como las incluidas en “zonas grises” o conflictos de interés, ya que su falta de tratamiento se traducirá en un Programa incompleto, que no resultaría idóneo para la actividad de la empresa ni le otorgaría la protección que la Ley 27.401 pretende.

10.1.4 Canales de denuncia y medidas ante incumplimiento:

Un Programa debe abarcar el detalle de conductas indeseables, qué hacer cuando se toma conocimiento de una de estas conductas y todo lo que viene después: investigación y, en caso de corresponder, la aplicación de sanciones ante tal incumplimiento.

Para que la implementación del programa sea prolífica éste debe claramente mencionar los canales de denuncia, ya que sin la posibilidad de reportar conductas inapropiadas implica la pérdida de sentido del Programa en sí, o en palabras de MONTIEL J.P (2018) “de un buen sistema de compliance se exige también su capacidad para una rápida detección de ilicitudes para poder reaccionar con rapidez. En la medida que una empresa no cuente con un sistema aceitado que permita hacer llegar la *notitia criminis* a tiempo frente a sospechas, seguirá existiendo un sistema de compliance débil.”

No hay mucha ciencia detrás de este requisito: contar con una casilla de e-mail destinada al efecto ya sería suficiente. Puede también incluirse una línea telefónica, un formulario web o cualquier otro sistema que considere necesario, lo importante es otorgarle publicidad adecuada al método elegido, para que sea conocida por todos los interesados.

Una vez denunciada la conducta detectada, puede tomarse como siguiente paso la investigación interna. Si bien la investigación interna no constituye *per se* un atenuante de la responsabilidad penal empresarial, como si lo es la denominada “autodenuncia”, su importancia es reconocida por la Ley, ya que se pretende que las presentaciones que lleguen a la justicia resulten serias y tengan sustento en los hechos realmente acaecidos, lo que puede lograrse mediante una investigación dentro de la empresa. Este tipo de investigaciones tiene como finalidad recopilar información respecto a la *presunta* ilicitud de la cual se ha tomado conocimiento. Una vez que se ha obtenido suficiente claridad sobre el hecho, y se considera violatorio de la normativa aplicable, es que se da participación al sistema judicial. Este proceso, reconocido por el legislador en el art. 23 inciso III, resulta de importancia a la hora de implementar un Programa, ya que la actividad investigativa debe realizarse para realizar la autodenuncia y acceder a

los beneficios que plantea la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria, y para ello deben llevarse a cabo entrevistas, acceder a información contenida en bases de datos de la empresa, como teléfonos, computadoras, etc. Por todo lo anterior, es que el tratamiento del proceso de investigación interna por parte del Programa, resulta de suma importancia para su implementación y aplicabilidad.

Si resumimos lo expuesto precedentemente se puede discernir si los canales de denuncia son adecuados respondiendo las siguientes preguntas: ¿se brinda un sistema seguro y confidencial?, ¿es accesible a la totalidad del público interno y a terceros?, ¿está debidamente difundido?, ¿permite reportar a través de múltiples plataformas?, ¿está habilitada la denuncia anónima?, ¿es de administración interna o tercerizada, ¿se dedican suficientes recursos a atenderla?, quien lo hace ¿posee formación, jerarquía y facultades suficientes para hacer un trabajo profesional e independiente?, ¿hay reglas y protocolos escritos para el tratamiento de denuncias?. En función de las respuestas a esas preguntas podemos asegurarnos si la línea de denuncias plasmada en el Programa contribuye o no a su implementación.

Respecto a la investigación interna, para un análisis pormenorizado podemos someterla a las siguientes preguntas: ¿hay un procedimiento preestablecido?, ¿está escrito y comunicado?, ¿permite el recurso a profesionales independientes si el caso lo requiere?, ¿tiene reglas específicas para asegurar una investigación independiente de la alta dirección o de casos complejos o de alto impacto?. Si todas las respuestas son favorables, se estará más cerca de la implementación de un Programa que otorgue todas las protecciones que la ley le atribuyó.

10.2 Herramientas de Gestión:

Es importante que en el análisis de la efectividad de la implementación de los programas de Compliance se haga de manera global, a través de herramientas de gestión internas de la empresa. Para el presente análisis tomaremos los parámetros del modelo COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) comisionado por los cinco organismos profesionales financieros más importantes de los Estados Unidos, fue definido en 1992, tras cinco años de estudio y

discusión, de modo que surgió un nuevo marco conceptual del control interno con el objetivo fundamental de integrar las diversas definiciones y conceptos vigentes en ese momento. A nivel organizacional, se realza la necesidad de que la alta dirección y el resto de la organización comprendan cabalmente la trascendencia del control interno, su incidencia sobre los resultados de la gestión, el papel estratégico de la auditoría y, esencialmente, la consideración del control como un proceso integrado a las operaciones de la empresa y no como un conjunto de reglas (Superior, 2015).



(Fig. 3. *ÁLVAREZ FERNANDEZ H., (2018) Control interno sobre la información financiera*)

Su primer elemento es el Entorno de Control, el cual engloba factores tales como:

1. Integridad y valores éticos. Este factor refleja las actitudes y conductas de los altos niveles de la administración, también las acciones o medidas que se tomen para eliminar, reducir actos ilícitos o pocos honestos.
2. Compromiso con la competencia. Este aspecto va referido al conocimiento necesario, formación profesional, habilidades y destrezas que tiene cada individuo para cumplir con las tareas que definen su trabajo

3. Participación del consejo directivo o alta dirección. Tiene como propósito fundamental la evaluación de los controles internos para reducir o minimizar de manera eficaz la omisión o no cumplimiento de los controles existentes
4. Filosofía y estilo operativo de la administración. A través de la práctica de la gestión administrativa, la administración, proporciona a los empleados la importancia del control interno. De igual manera, los riesgos en los negocios aceptados o la pasividad de asumir nuevos riesgos.
5. Estructura organizativa. Es una definición clara de los niveles organizativos, de responsabilidad y autoridad existente. También con el conocimiento y experiencia de la alta dirección.
6. Asignación de autoridad y responsabilidad. Además de la definición de la estructura organizativa, también existen unos medios o canales de comunicación para el área organizativa y operativa, definición de puestos, tareas y funciones. ESTUPIÑÁN (2006) señala que también tiene que ver con la cantidad apropiada de gente, en relación al procesamiento de información con los niveles de habilidades requeridos, con relación a entidad, su naturaleza y complejidad de actividades y sistemas.
7. Políticas y prácticas de recursos humanos. Es uno de los aspectos más complejos e importantes del control interno, porque el personal de acuerdo a su comportamiento, pueden mejorar o arruinar los sistemas, de allí también dependen los niveles de controles para evaluar la administración y establecer nuevos procedimientos. Este factor está vinculado al proceso de entrenamiento, evaluaciones de desempeño, promoción y compensación y la relación con el código de conducta.

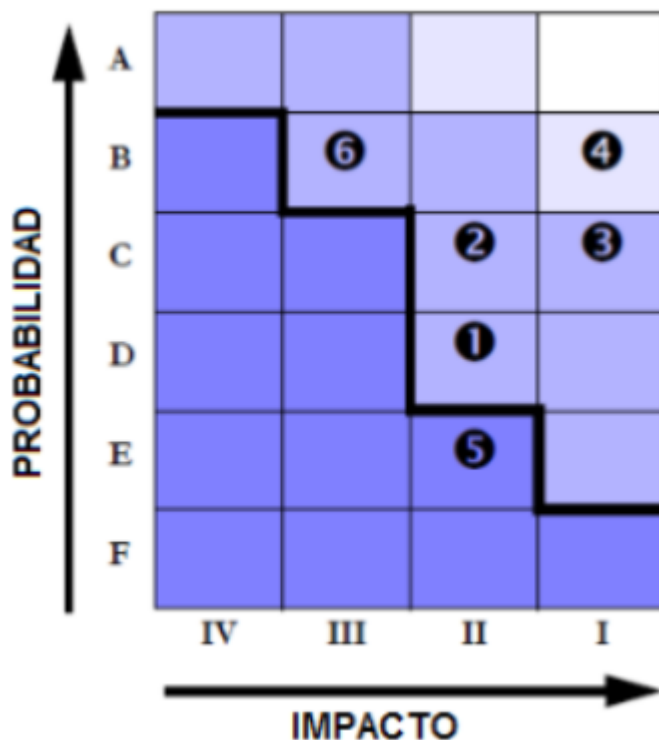
10.2.1 Evaluación de Riesgos:

Si bien ya se ha tratado en parte la cuestión del Riesgo en el apartado 10.1.2, vale la pena realizar un tratamiento con otra mirada.

La evaluación de riesgos permite analizar el impacto de los potenciales eventos y una visión general de las vulnerabilidades de la empresa. Tal como se describe anteriormente, resulta de vital importancia su evaluación, no solo a los fines de la preparación de un Programa de Integridad. Para obtener un análisis de riesgo, tomaremos el desarrollo de un mapeo como modo genérico de evaluar los riesgos.

Siguiendo la Guía de Mapeo de Riesgos de la Corrupción (2015), un mapa de riesgos es una herramienta de visualización de datos para comunicar los riesgos específicos que enfrenta una organización.

Se puede manifestar gráficamente la probabilidad de ocurrencia en un eje vertical, y su impacto en el eje horizontal y de esa forma, la probabilidad aumenta a medida que se asciende por el eje vertical, y el impacto aumenta de izquierda a derecha.



(Fig. 1. Williams T. y S. Saporito, 2001, Probabilidad y el impacto gráfico)

Los mapas de riesgo también se pueden ilustrar con un mapa de calor, usando colores para ilustrar el nivel de riesgos al que las sucursales individuales están expuestas.

Probabilidad	Probable (4)	Bajo (4)	Medio (8)	(4) (7) (8) Alto (12)	(1) (2) (3) Alto (16) (9)	Extremo (20)
	Possible (3)	Bajo (3)	Medio (6)	Medio (9)	(5) (6) Alto (12) (10)	Alto (15)
	Improbable (2)	Bajo (2)	Bajo (4)	<4> <7> Medio (6)	<1> <2> <3> Medio (8) <10> <5> <9> <6>	Medio (10)
	Raras (1)	Bajo (1)	Bajo (2)	<8> Bajo (3)	Bajo (4)	Medio (5)
	Casi seguro	Medio (5)	Medio (10)	Alto (15)	Extremo (20)	Extremo (25)
		Insignificante (1)	Menor (2)	Moderada (3)	Mayor (4)	Severa (5)
		Consecuencia				

(Fig. 2 Risk-Mapping-Guide, World Customs Organization, 2015)

Los objetivos de mapeo de riesgos son: Identificar los riesgos y la forma en que están interconectados; Proporcionar un mecanismo para desarrollar una sólida estrategia de gestión de riesgos; Comparar y evaluar el manejo de riesgos en curso y ayudar en la selección de estrategias apropiadas; Mostrar los residuos de riesgos después de que se han implementado todas las estrategias de mitigación de riesgos; y Comunicar la estrategia de gestión de riesgos para la dirección y los empleados.

10.2.2 Actividades de Control:

Las actividades de control pueden definirse como aquellas actividades que corresponden al cumplimiento de las políticas y procedimientos establecidos, para garantizar que las metas propuestas se alcancen. En nuestro caso, se podría decir que son las actividades que van de la mano de los programas de Compliance, en busca de la erradicación del cohecho y las prácticas corruptas dentro de la organización.

Siguiendo a ARENS, RANDAL Y MARK (2007), según el modelo de COSO, estas actividades de control “generalmente se relacionan con las políticas y procedimientos que pertenecen a:

1) La Separación De Responsabilidades: Mantener una separación en la custodia temporal o permanente de los activos dinerarios reduce las probabilidades de su mala utilización. A su vez, de ser posible, es preferible evitar que las personas que autorizan las operaciones tengan control sobre el activo relacionado.

2) Autorización Adecuada De Las Operaciones y Actividades: Cada operación debe ser autorizada de manera adecuada si se desea que los controles sean satisfactorios. La autorización puede ser general o específica. De acuerdo con la autorización general, la alta dirección establece políticas que la organización debe seguir, a través de su Programa de Integridad, y los subordinados reciben instrucciones de llevar a cabo estas autorizaciones generales al aprobar todas las operaciones dentro de los límites que establece el Programa. La autorización específica tiene que ver con las operaciones individuales. Dentro del mismo Programa, la alta dirección puede establecer la necesidad de revisar el caso concreto para expedirse individualmente.

3) Documentos y Registros Adecuados: Los documentos y registros son los medios elegidos por la alta dirección para plasmar las actividades y transacciones. Los documentos deben de ser adecuados para proporcionar una seguridad razonable de que todos los activos y todas las operaciones se controlan de manera correcta y se registran correctamente.

4) Verificaciones Independientes Referentes Al Desempeño: La última categoría de los procedimientos de control es el análisis cuidadoso y continuo de las anteriores. La

necesidad de verificaciones independientes surge porque una estructura de control interno tiende a cambiar con el tiempo a menos que exista un mecanismo para un análisis constante. Es probable que el personal olvide o no siga intencionalmente los procedimientos, o se vuelva descuidado a no ser que alguien observe y evalúe su desempeño. Sin importar la calidad de los controles, el personal puede llevar a cabo acciones fraudulentas y cometer errores no intencionados.

A su vez, podemos analizar al control desde otras perspectivas, teniendo como parámetro el momento de su realización. Siguiendo a ESTUPIÑÁN (2006), identificamos los siguientes tipos de control:

- **Detectivos.** Son diseñados para detectar hechos indeseables. Se caracterizan por: detener el proceso o aislar las causas del riesgo que registran; ejercen función de vigilancia; actúan cuando se evaden los preventivos; no evitan las causas, las personas involucradas; miden la efectividad de los controles preventivos; pueden implicar correcciones.
- **Preventivos.** Son diseñados para prevenir resultados indeseables y reducen la posibilidad de que se detecte. Se caracterizan por: estar incorporados en los procesos de forma imperceptible, guías que evitan que exista las causas; impedimento a que algo suceda mal; evita costo de correcciones.
- **Correctivos:** Son diseñados para corregir efectos de un hecho indeseable, corrigen las causas del riesgo que se detectan. Se caracterizan por ser el complemento del detectivo al originar una acción luego de la alarma; corrigen la evasión o falta de los preventivos; ayuda a la investigación y corrección de las causas; permite que la alarma se escuche y se remedie el problema; implican correcciones y reprocesos.

10.2.3 Información y Comunicación:

Siguiendo los lineamientos de Transparencia Internacional (2008), para la implementación de un programa debemos como primera medida: Difundir el Programa anticorrupción (interna y externamente).

Según El Pacto Global de las Naciones Unidas y Transparencia Internacional (2015), se pueden tener en cuenta los siguientes puntos para comenzar con la implementación:

- Comunicación: que todos los empleados conozcan el programa;
- Accesibilidad: que el programa esté disponible dentro de toda la organización.

Es necesario que el Programa sea el objeto de una verdadera comunicación efectiva, en el que el mismo se transmita a todos los que deberán actuar bajo sus lineamientos. Pero para que podamos hablar de una comunicación efectiva es necesario conocer la diferencia entre Comunicación Común y Comunicación efectiva, según lo plantea HUAYLLA GONZALES K. (2021):

- Comunicación Común: a través de la cual las personas interactúan con su entorno, los objetivos que se pretenden llevar a cabo son: Crear un lenguaje común y familiar que pueda ser entendible para las personas.
- Comunicación efectiva: La comunicación efectiva es aquella en la que el emisor y el receptor codifican un mensaje en forma equivalente. Así, el mensaje es transmitido de forma exitosa: el receptor comprende el significado y la intención del mensaje emitido.

Siguiendo a BRICEÑO V., G. (2018), las características de la comunicación efectiva son las siguientes: Implica la emisión de señales para dar a conocer un mensaje; Debe tener claridad en el mensaje; La información y el mensaje deben ser precisos y completos; La información que se brinda es auténtica y verdadera; Los mensajes son oportunos y adecuados; El mensaje es motivador e interesante para los que lo reciben. A su vez, la citada autora resalta las ventajas de este tipo de comunicación: Nos provee de dirección para dar órdenes claras y la visión de la empresa; Se pueden definir los objetivos de manera clara y dar las herramientas para lograr esos objetivos; Proporcionan claridad para evitar posibles confusiones; Dan el propósito claro de la

empresa pues al tener claridad las personas saben exactamente lo que deben de hacer; Logra persuadir de manera positiva a los trabajadores de una organización.

Queda de manifiesto que una cuestión clave para la implementación es la comunicación del Programa, pero, en concordancia con las implicancias de una comunicación efectiva, el autor M. KLEINHEMPEL (2018) plantea que “Sin un *buy in* de ejecutivos y empleados todo esfuerzo quedará trunco. Programas de Integridad formales no alcanzan en incluso tienen efectos adversos: Crean una atmósfera de cinismo dentro de la organización que percibir (probablemente con razón) que las formalidades interminables de prohibiciones y políticas persiguen un solo objetivo: Proteger a la Alta Dirección en casos de actos ilegales.” A lo que se refiere el citado autor es que todas las personas dentro de la organización (y aquellas fuera de la misma a las que les sea exigible el programa) deberán tener compromiso por cumplirlo e internalizar los valores y principios de la empresa. Es aquí donde entra en juego la comunicación efectiva, para convertirse en comunicación eficaz, al alcanzar el objetivo máximo: la internalización de los valores vertidos en el Programa de Integridad y creación de una especie de brújula moral que le permita a la persona contar con un discernimiento propio a la hora de actuar por sí mismo.

10.2.4 Supervisión y Aseguramiento:

Una vez que contamos con un Programa completo, comunicado e internalizado, este debe ser monitoreado, revisado y actualizado ya que los riesgos y otros factores relevantes pueden cambiar con el tiempo. La revisión y actualización periódica trae aparejados beneficios importantes, entre los cuales podemos mencionar:

- Fortalecer el Programa mediante la identificación de áreas de mejora
- Proporcionar confianza a la alta dirección y a la administración de la idoneidad del Programa
- Aumentar la credibilidad de sus informes públicos sobre el Programa
- Mantener y / o mejorar la reputación como empresa comprometida con altos estándares de integridad y transparencia

- Contribuir a un caso de mitigación de la pena en caso de un incidente de soborno.
- Ayudar a restaurar la confianza del mercado después del descubrimiento de un incidente de soborno
- Cumplir con los requisitos futuros de precalificación para la licitación de obras públicas.

Un método para lograr los mencionados objetivos es el llamado *Assurance Framework*, lo que podría traducirse como un Marco de Garantía o Aseguramiento. Este método genera un flujo de información, culminando con un informe final respecto del Programa de Integridad, el cual pone de manifiesto que los objetivos se han alcanzado dentro de un nivel aceptable de riesgo. Está diseñado para proporcionar confianza a los líderes y tomadores de decisiones de que las obligaciones se están cumpliendo y los riesgos se están gestionando de manera efectiva. El *Assurance Framework* proporciona puntos de referencia en forma de objetivos de control para que las empresas los utilicen en el diseño y la evaluación de sus programas en previsión de garantías independientes.

Un Marco de Garantía o Aseguramiento se materializará en un Compromiso, el cual cuenta con los siguientes elementos:

- a) Una relación de 3 partes: **La parte responsable**: será la parte de la empresa, generalmente la dirección, que es responsable de encargar el compromiso de aseguramiento y de preparar y proporcionar la afirmación de gestión como base para el compromiso. **Usuarios previstos**: son las personas u organizaciones para quienes se prepara el informe del profesional de aseguramiento. Es importante que la empresa y el profesional determinen al comienzo del proceso quiénes son los usuarios previstos, ya que el alcance del informe debe abordar sus intereses materiales. **El profesional de aseguramiento**: el profesional que lleva a cabo el compromiso de aseguramiento debe ser independiente y poseer las habilidades, conocimientos y experiencia necesarios para realizar el compromiso de aseguramiento de manera competente.

- b) Tema apropiado: El tema es sobre lo que el profesional estará informando. Esto se refiere a asuntos de interés para los usuarios previstos. En este caso, el tema es el programa de integridad de la empresa.
- c) Criterios adecuados: Los criterios son los puntos de referencia con los que las empresas evalúan la información sobre el tema. Para que éstos criterios sean adecuados, deben ser Pertinentes, serán aquellos que contribuyen a las conclusiones que ayudan a la adopción de decisiones por parte de los usuarios previstos; Exhaustivos, los criterios son suficientemente completos cuando no se omiten los factores pertinentes que podrían afectar a las conclusiones en el contexto de las circunstancias del compromiso; Fiables, aquellos que permiten una evaluación o medición razonablemente coherente de la materia, incluida, cuando proceda, la presentación y divulgación, cuando se utilizan en circunstancias similares por profesionales igualmente cualificados; Neutrales, aquellos que contribuyen a establecer conclusiones libres de sesgos; Comprensibles aquellos que contribuyen a conclusiones claras, exhaustivas y no sujetas a interpretaciones significativamente diferentes.
- d) Evidencia suficiente y apropiada para apoyar la conclusión: Para obtener la seguridad de que la información del tema está libre de errores materiales, el profesional requiere pruebas suficientes y apropiadas. La suficiencia representa la cantidad de evidencia obtenida y la idoneidad es la medida de la calidad de la evidencia, su relevancia y confiabilidad. Debe haber pruebas suficientes y apropiadas para apoyar la afirmación de la dirección y la conclusión de la garantía por parte del profesional.
- e) Una conclusión contenida en un informe escrito: La conclusión del proceso es la provisión de un informe escrito por parte del profesional de aseguramiento a sus usuarios previstos.

1. Preparación Inicial: A fin de proporcionar la afirmación que constituirá la base del aseguramiento de su programa de lucha contra la corrupción, la empresa debe

asegurarse en primer lugar de que su programa está adecuadamente diseñado y aplicado.

2. La gerencia selecciona al profesional de aseguramiento: Cuando la empresa esté preparada para proceder con el aseguramiento, seleccionará a un profesional para llevar a cabo el compromiso. Hay diferentes tipos de profesionales de aseguramiento. Estos incluyen: Firmas de contabilidad y legales, Firmas de certificación, Consultorías especializadas en sostenibilidad, anticorrupción y ética corporativa, o incluso su propio oficial de cumplimiento. Al seleccionar a un profesional para un compromiso de aseguramiento, la empresa debe asegurarse de que el profesional posea las cualidades y competencias requeridas. Según Transparencia Internacional (2012), éste debe poseer:

Integridad	Debe demostrar un compromiso de actuar con integridad y cumplir con las leyes y regulaciones relevantes.
Objetividad	No debe permitir que el sesgo, el conflicto de intereses o la influencia indebida anulen los juicios profesionales o comerciales.
Independencia	<p>Debe hacer una declaración pública de independencia e imparcialidad que incluya la divulgación de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualquier relación (incluidas las financieras, comerciales, la preparación del informe, la gobernanza y las posiciones de propiedad) que pueda percibirse que afecta a la capacidad del profesional de aseguramiento para proporcionar una declaración independiente e imparcial • Cualquier mecanismo o código de práctica profesional diseñado para garantizar la independencia del profesional.
Debido Cuidado	Debe ejercer el debido cuidado en todo momento de acuerdo con las necesidades de los usuarios del informe de aseguramiento, la importancia de la tarea y las competencias requeridas
Competencias individuales	Debe poseer las competencias necesarias para llevar a cabo el compromiso de aseguramiento y asegurar que los involucrados en el compromiso de aseguramiento, incluidos los expertos externos, sean

	demostrablemente competentes
Competencias organizativas	<p>Debe ser capaz de demostrar competencias institucionales adecuadas. Estas deben incluir:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mecanismo de supervisión del aseguramiento para garantizar la calidad de la prestación • Comprensión de los aspectos jurídicos del proceso de aseguramiento • Infraestructura y sistemas para avalar la calidad del aseguramiento

3. La dirección prepara la afirmación: El Marco de Aseguramiento se basa en aserciones. La aserción o afirmación, y la descripción de la base de la misma, son el foco del compromiso de aseguramiento. En la afirmación, la dirección describirá y comentará sobre la calidad de los procedimientos de control que tiene implementados y declarará que estos están diseñados para lograr los objetivos de control de la empresa. Para ello, debe basarse en el análisis de los objetivos de control que plantea Transparencia Internacional, los cuales se basan en la práctica definida en los Principios Comerciales para Contrarrestar el Soborno y los Principios PACI para Contrarrestar el Soborno. Los objetivos de control del Marco de Aseguramiento se organizan en cinco epígrafes de acuerdo con el Marco COSO (Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway), un modelo ampliamente utilizado para la evaluación de los controles internos:

Entorno de Control

- 1** La empresa implementa una cultura general de ética e integridad en sus operaciones.

- 2** La empresa tiene una política pública de prohibición del soborno aplicable en todas sus operaciones.

- 3** Las políticas y procedimientos antisoborno de la empresa son consistentes con las leyes relevantes para contrarrestar el soborno en todas las jurisdicciones donde opera la empresa.

-
- 4 La gerencia, el CEO y la junta u organismo equivalente definen y asignan la responsabilidad del diseño e implementación del programa antisoborno a personas con la autoridad y competencia apropiadas.
-
- 5 La gerencia, el CEO y la junta u organismo equivalente proporcionan liderazgo, supervisión y compromiso con las políticas y procedimientos.
-
- 6 Las políticas y procedimientos de recursos humanos están alineados con las políticas antisoborno de la empresa.
-
- 7 La empresa hace cumplir sus políticas contra el soborno mediante la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento por parte de los miembros del directorio, la administración, los empleados o los socios comerciales.
-

Evaluación de riesgos

-
- 8 La empresa lleva a cabo evaluaciones de riesgos continuas para identificar cambios y riesgos que podrían afectar la capacidad de la empresa para lograr sus objetivos de control antisoborno y modifica su programa antisoborno en consecuencia.
-
- 9 Las entidades controladas y los socios comerciales, incluidos proveedores, agentes y otros intermediarios, se evalúan para determinar su conformidad con el programa antisoborno de la empresa y su susceptibilidad a los riesgos de soborno.
-
- 10 Se evalúan las áreas conocidas de alto riesgo de sobornos
-
- 11 Se evalúan las funciones operativas, las actividades y los lugares que plantean riesgos de soborno.
-

Actividades de Control

-
- 12 Sobre la base de la evaluación de riesgos, se desarrollan, implementan y mantienen procedimientos de control apropiados.
-
- 13 Las actividades y transacciones en la empresa y todas sus entidades controladas se llevan a cabo de acuerdo con los procedimientos de control antisoborno de la empresa.
-
- 14 Las actividades y transacciones para las relaciones comerciales, incluida la contratación, se alinean con el programa antisoborno de la empresa.
-

15 Se investigan los presuntos sobornos y se toman medidas en consecuencia

Información y comunicación

16 Los directores, gerentes, empleados, agentes y otros intermediarios, y cuando corresponda, contratistas y proveedores reciben capacitación personalizada contra el soborno

17 La gerencia comunica e informa sobre el programa antisoborno de la empresa interna y externamente

18 Los canales confidenciales permiten a los empleados u otras personas obtener asesoramiento y / o plantear inquietudes

19 Los sistemas de información identifican, capturan y procesan información relevante

20 Los incidentes y los resultados de las investigaciones de soborno se comunican a un nivel apropiado de administración y, según corresponda, a la dirección u organismo equivalente y a las autoridades pertinentes.

Monitoreo

21 Se realizan evaluaciones continuas y/o separadas para determinar si las políticas y procedimientos antisoborno de la empresa funcionan a lo largo del tiempo.

22 Las deficiencias y las áreas de mejora se identifican y comunican de manera oportuna a las partes responsables de tomar medidas correctivas y a la administración, la junta u organismo equivalente, según corresponda.

4. El profesional de aseguramiento lleva a cabo el compromiso de aseguramiento:

Esta etapa del proceso ve al profesional de aseguramiento llevando a cabo el compromiso de aseguramiento. La norma ISAE 3000 recolecta el pormenor de las actividades que debe realizar un profesional de aseguramiento, pero podemos resumirlo en: a) Planificación: supone que el directorio y/o otros miembros clave junto con el profesional ejerciente desarrollen una estrategia global relativa al alcance, énfasis, momento de realización y desarrollo del procedimiento y un plan del mismo, consistente en un enfoque detallado de la naturaleza, el momento de realización, y la extensión de los procedimientos de obtención de evidencia que se

deben aplicar y los motivos por los que se seleccionan. b) Obtención de Evidencia: El profesional ejerciente elige una combinación de procedimientos con el fin de obtener una seguridad razonable o una seguridad limitada, según corresponda. Luego de realizados los procedimientos seleccionados, evaluará la necesidad de realizar procedimientos adicionales. c) Formación de la Conclusión: la evidencia es necesaria para fundamentar la conclusión del profesional ejerciente y el informe de aseguramiento. Tiene naturaleza acumulativa y se obtiene principalmente de la aplicación de procedimientos en el transcurso del encargo. d) Preparación del informe de aseguramiento: Los objetivos básicos de un informe son: título, destinatario, información sobre la materia objeto de análisis, criterios aplicables, limitaciones inherentes, propósito racional, responsabilidades de cada parte, requerimientos de control de calidad aplicables, cumplimiento de los requerimientos de independencia y demás requisitos de ética, resumen del trabajo realizado, la conclusión del profesional ejerciente.

5. La dirección recibe y da seguimiento al informe de aseguramiento: La conclusión del compromiso de aseguramiento es la provisión de un informe escrito por parte del profesional de aseguramiento a los usuarios previstos. El informe proporcionará una opinión sobre si los procedimientos de control antisoborno de la empresa están diseñados para proporcionar una garantía razonable de lograr los objetivos de control de la empresa, en relación a todos sus aspectos materiales y en una fecha específica. La recepción del informe no es un fin en sí mismo. La empresa querrá discutir el informe con el profesional para aprender de las observaciones del profesional y discutir los próximos pasos. El informe no es más que parte de un proceso continuo de mejora del programa de integridad de la empresa. Aparte del compromiso de aseguramiento, se le puede pedir al profesional de aseguramiento que proporcione comentarios y recomendaciones sobre los hallazgos resultantes del compromiso de aseguramiento.

10.3 Entrenamiento y Capacitación:

Ya no basta con hacer público el Programa elaborado, sino que, según KLEINHEMPEL (2018), los programas formales de Compliance/Ética son sólo la parte visible del iceberg de la infraestructura ética de las organizaciones: la parte que queda bajo el agua y no visible pero con efectos verdaderamente “titánicos”, está conformada por la gran cantidad de normas no escritas, las presiones, la historia y lo que comúnmente se resume bajo el término “cultura empresarial”: es decir, el “cómo hacemos las cosas acá”. El entrenamiento o capacitación, entonces, debe diseñarse para poder influir sobre esta estructura ética para poder tener efectos positivos.

Esta capacitación debe ser diseñada rompiendo con la clásica modalidad en la que el énfasis es puesto sobre los componentes morales de las decisiones, donde las personas son las que deben elegir entre hacer lo correcto o lograr resultados económicos. Se debe cambiar el enfoque, para que el centro sea la internalización de la conducta ética. La propuesta es cambiar antiguos métodos por aprendizajes inductivos y participativos. Pasar de sólo dejar plasmada la teoría a educar con el ejemplo, haciendo del receptor un socio proactivo en todo el proceso. Este enfoque inductivo se distingue del anterior método deductivo, en el que se presentaban guías y manuales para ser internalizados, al plantear la necesidad de discutir los dilemas éticos en la forma de casos reales, donde los principios éticos no son meros enunciados teóricos que deben ser internalizados de manera aséptica y mecánica sino que son presentados desde el comienzo en el contexto mismo de diversas situaciones con sus respectivos grises y de qué manera es posible, dadas ciertas circunstancias particulares, lograr las mejores decisiones éticas posibles, a través de las diferentes alternativas de acción que se presentan. (WEBER, J., 2007)

Gracias a este método de entrenamiento, la persona tiene en sus manos la capacidad ética necesaria, desarrollada tanto a nivel individual como organizacional, para resolver los dilemas que se le presentan. Se rompe de esta manera la previa modalidad de entrega por parte de la compañía de los valores éticos y morales por los que se deben regir las personas bajo su mando, mientras que esta nueva visión inductiva abre el campo de juego y permite la posibilidad de que sea que el empleado con sus

capacidades cognitivas y experiencia el que le enseñe a la organización modos y enfoques para enfrentar dilemas éticos. Proporciona un feedback entre empresa-empleado, donde ambos se nutren el uno del otro para una sostenida puesta en discusión de los dilemas y riesgos éticos a los que se enfrentan, estimulando el pensamiento crítico.

Para lograr este entrenamiento ético, pueden emplearse las siguientes herramientas:

- Combinar enfoques pedagógicos y utilizar entornos físicos flexibles: Cada individuo tiene un enfoque único que éste utiliza para percibir su entorno, comprender y planificar sus interacciones. Con base en esta información, se pueden ajustar los entornos educativos y la pedagogía para hacer que el logro de un objetivo de aprendizaje sea más eficiente y exitoso. Las variaciones en los rasgos de personalidad requieren variedad tanto en la pedagogía como en el aula. Entre otras estrategias potenciales, la adición de variedad podría lograrse mediante: diferentes roles e interacción facilitador-participante; el uso de discusiones en grupos pequeños y grandes; discutir una amplia variedad de dilemas éticos en situaciones comerciales de la vida real; desarrollar y utilizar una variedad de enfoques fundamentalmente diferentes en los casos; establecer un entorno físico flexible en el aula, adecuado para utilizar eficazmente diferentes enfoques pedagógicos en una sola sesión; y proporcionar una variedad de materiales de apoyo.
- Aprovechar las influencias organizacionales: Las elecciones individuales, cuando se enfrentan al dilema ético en el ámbito de los negocios, reflejan no solo los juicios de valor individuales, sino también la comprensión de los patrones aceptables de comportamiento en un entorno corporativo determinado. Por lo tanto, se alienta a las empresas que tienen sus propios valores o "conciencia ética" (codificada o no en un Programa) a promulgar esos valores (y la "postura moral" de la empresa sobre el dilema ético empresarial en general) como un componente integral e importante de la capacitación formal en ética empresarial. Al hacer que los empleados sean más abiertamente conscientes de la postura de la empresa sobre los valores morales, una empresa puede

ejercer una influencia significativa en la toma de decisiones de ética empresarial en toda la organización.

- Usar discusiones grupales: La investigación indica que, además del desarrollo moral cognitivo individual, la ética percibida del grupo de pares y superiores también puede ejercer una influencia considerable en el comportamiento ético de los gerentes individuales. Dadas estas fuerzas colectivas que influyen en las elecciones morales en situaciones del mundo real, tiene sentido entrenar en un entorno colectivo, incluidas las discusiones activas con subconjuntos de pares y colegas de gestión. Esto apoya la incorporación de las discusiones grupales como un componente pedagógico importante en la capacitación en ética empresarial.
- Discutir situaciones de la vida real: Las discusiones sobre el dilema de la elección ética en situaciones comerciales reales proporcionan un vehículo particularmente efectivo para estimular el pensamiento crítico y reflexivo que es esencial para avanzar hacia el objetivo del desarrollo moral.
- Integrar el análisis de las partes interesadas: Una parte interesada es cualquier individuo o grupo que puede afectar o verse afectado por una decisión relevante. Para implementar este "análisis de partes interesadas" y estrategias relacionadas, una empresa puede tomar medidas tales como: identificar a las partes interesadas más importantes y las responsabilidades de la empresa para con cada una; identificar posibles oportunidades o conflictos con cada grupo de partes interesadas; y desarrollar e implementar estrategias creativas y proactivas para aprovechar las oportunidades y eliminar posibles conflictos con cada grupo de partes interesadas. Una forma efectiva de utilizar el análisis de las partes interesadas en la capacitación en ética empresarial es plantear un dilema específico de ética empresarial (por ejemplo, en formato de caso corto) y luego pedir a los participantes que identifiquen y discutan cómo las opciones alternativas podrían afectar potencialmente a los diferentes grupos de partes interesadas. Este enfoque ofrece una oportunidad para estimular a los gerentes participantes a aprovechar su experiencia previa. Al hacerlo, pueden proporcionar ejemplos específicos y explícitos de impactos comerciales,

profesionales o personales negativos que pueden resultar de ignorar a ciertos grupos de partes interesadas al tomar decisiones comerciales. En resumen, las discusiones de análisis de las partes interesadas brindan una buena oportunidad para que los gerentes se den cuenta de que estar más "orientados a los demás" en la evaluación de alternativas (es decir, avanzar en el continuo de desarrollo moral cognitivo) tiene sentido tanto desde el punto de vista empresarial como personal.

- Asignar a los participantes un papel activo en el diseño de la investigación y el informe de resultados: El rol del participante cambia de receptor pasivo a activo, se vuelve un contribuyente constructivo en el proceso de mejora moral. La profundidad de la transformación del participante (es decir, un mayor desarrollo moral) se logra a través del proceso de indagación descrito, dependerá de factores tales como: la motivación intrínseca para el aprendizaje, la capacidad de internalizar el proceso, la apertura a la experiencia y la flexibilidad en las actividades de aprendizaje específicas.
- El papel sutil del facilitador en el aprendizaje inductivo: Para una experiencia de aprendizaje inductivo efectiva en el tipo de discusiones grupales descritas y recomendadas anteriormente, el facilitador guía, enfoca, desafía y fomenta el aprendizaje de los participantes, mientras trabaja simultáneamente con los participantes como un equipo de aprendizaje. El proceso cooperativo crea una comunidad de aprendizaje de facilitadores más participantes, que funcionan en asociación entre sí para avanzar hacia el logro de los objetivos de aprendizaje. Esto enfatiza que el papel más importante del facilitador es guiar, y no funcionar como la fuente exclusiva de conocimiento. En lugar de explicar, demostrar y corregir, el facilitador más efectivo enfatiza guiar el proceso de aprendizaje activo e inductivo de los participantes. El facilitador enfoca, desafía y alienta el autoaprendizaje de los participantes, mientras actúa como motivador, innovador y mentor. En el dominio afectivo, un buen facilitador muestra flexibilidad y fomenta activamente la creatividad, la originalidad y la iniciativa individuales y de equipos pequeños. El facilitador es entusiasta y está alentando activamente a impartir confianza en todos los participantes.

Finalmente, el facilitador proporciona un resumen efectivo de la sesión de capacitación. El resumen debe incluir la medición posterior a la sesión y la discusión relacionada con el progreso personal en el desarrollo moral. El resumen también debe incluir tiempo personal para contemplar y desarrollar un plan concreto para la mejora moral continua de las actitudes individuales y el comportamiento empresarial planificado mucho más allá del marco de tiempo de la sesión de capacitación.

- Medir y compartir de forma transparente los resultados y hacer una comparación antes y después: El monitoreo antes y después proporciona retroalimentación inmediata y perspectivas sobre la efectividad del programa y sus diversos componentes para hacer avanzar moralmente a los participantes (como grupo e individualmente). Este es un insumo importante para mejorar la capacitación con el tiempo. Las medidas de antes y después bien pensadas, inmediatas y transparentes también ayudan a los participantes. Las medidas "antes" pueden estimular el interés inicial de los participantes al proporcionar una breve descripción de los tipos de dilemas comerciales éticos que se discutirán. Las medidas de antes también brindan una oportunidad para que cada participante registre rápidamente sus puntos de vista "anteriores" sobre las cuestiones éticas de muestra que se abordarán. El diseño del programa también debe incluir una promesa inicial de tomar "medidas posteriores" y una promesa de revisar abiertamente esas medidas y sus resultados inferidos (individuales y grupales) cerca de la conclusión del programa.
- Resumen de la capacitación: Un resumen lógico para un programa de capacitación en ética empresarial como el que se describe aquí es que el facilitador desafíe a los participantes a evaluar los cambios específicos que pueden haber ocurrido en su "código de conducta personal" que resultan directamente de la experiencia de capacitación y alentar una discusión abierta de ese progreso personal en el desarrollo moral. A los participantes se les permite tiempo personal (10-15 minutos) para contemplar y desarrollar un plan concreto para la mejora moral continua de las actitudes individuales y el comportamiento comercial planificado una vez que salen de la sesión de

capacitación. Se alienta a algunos participantes dispuestos a compartir su plan con el grupo en general, estimulando así la discusión de ideas que otros pueden elegir emular.

Dentro de la capacitación y entrenamiento en compliance, no podemos dejar de mencionar las recomendaciones del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) al respecto, H. CHEN Y E. SOLTES (2018) plantean una serie de preguntas a realizarse respecto al entrenamiento basado en riesgos: ¿qué entrenamiento han recibido los empleados que se desempeñan en funciones de control relevantes? ¿La compañía ofreció entrenamiento a medida para empleados de alto riesgo, abordando los riesgos específicos a los que se enfrentan en su área, si ocurre una falta de ética empresarial? ¿Qué análisis hizo la compañía para determinar quién debe ser entrenado y en qué temas? Forma, contenido, efectividad del entrenamiento: ¿se ha ofrecido en un lenguaje y forma apropiados para la audiencia a la que se dirige? ¿La empresa ha medido su efectividad? (...). Disponibilidad de guía/consejo: ¿qué recursos están disponibles para que los empleados reciban consejos prácticos sobre la aplicación de las políticas de la empresa? ¿La empresa ha evaluado si los empleados saben cuándo buscar consejo y si estarían dispuestos a hacerlo? (DOJ, 2017). A su vez, los mencionados autores plantean la necesidad de medir la efectividad del entrenamiento, concordando con WEBER (2007) en la necesidad de evaluar el discernimiento aplicado a casos concretos, y hacer una evaluación con comparación del antes y después. De acuerdo con CHEN ET AL. (2018), "el objetivo que debe perseguir el entrenamiento no ha de ser solo mejorar la comprensión que los empleados tienen de las reglas, sino el de inculcar y perpetuar el comportamiento adecuado". Es decir, el objetivo principal es "internalizar las reglas". Para ello es muy importante "reconocer que muchos factores intervienen en la violación de las normas".

10.4 Reportes de Compliance:

Resulta útil comenzar el presente apartado haciendo una distinción entre “reportar” e “informar”, ya que suelen usarse como sinónimos. Cuando se utiliza el término “informar” se hace referencia a situaciones fácticas que no precisan necesariamente la adopción de decisiones, sea por su naturaleza o porque ya han sido tomadas. Cuando hablamos de “reportar”, implica imperativamente el comienzo de una serie de actividades para detectar y reparar inconsistencias, errores y observaciones, por lo que no solo implica la evaluación en sí, sino los mecanismos para dar solución a lo hallado.

La emisión periódica de reportes en materia de Compliance permiten señalar, entre otras cosas, las deficiencias en esta materia y sugerir las acciones para corregirlas. Los reportes de Compliance dotan de notable fuerza a la función de Compliance, a partir del momento en que no se limitan a informar de gestiones sino a trasladar también la adopción de decisiones a quienes pueden y deben hacerlo (A. CASANOVAS, 2016).

Los reportes pueden ser de diversas maneras, pero podemos agruparlos en:

- Reportes basados en preguntas abiertas: Las preguntas abiertas son preguntas en las que se permite al encuestado responder cualquier cosa según la pregunta. Con estas preguntas puede obtenerse una mayor riqueza de detalle en las contestaciones, pero tienen el inconveniente de que las respuestas son difíciles de evaluar. En este caso, se formulan cuestiones generales que abren la posibilidad de comentar cualquier aspecto relevante a efectos de Compliance. Son más comunes sobre materias que no se conocen bien por parte de quien recibirá dichas informaciones y que, por consiguiente, no podrá valorar adecuadamente.
- Reportes basados en preguntas cerradas: Están basadas sobre aspectos concretos. Por consiguiente, es habitual que tengan una extensión notable y traten cuestiones detalladas. Suelen utilizarse cuando el conocimiento y juicio experto de quien recibe y analiza los reportes se considera mayor que el existente en la unidad de negocio, entidad o jurisdicción que reporta. En este sentido, los formularios detallados ayudan a quienes los cumplimentan a identificar aspectos particulares relevantes desde la perspectiva de

Compliance. Este tipo de reportes viene con una advertencia, ya que no debemos olvidar que recurrir a preguntas cerradas entraña el riesgo de perder información sobre aspectos no expresamente demandados, circunstancia que puede descargar la responsabilidad a nivel de unidad de negocio, entidad y jurisdicción, e incrementa el nivel de riesgo a nivel corporativo. Por otra parte, descender a niveles de concreción muy elevados puede alimentar la percepción equivocada de que Compliance desarrolla cometidos propios de la primera línea de defensa, al adentrarse en aspectos muy específicos más propios de la gestión operativa. (A. CASANOVAS, 2016)

- Reportes híbridos: Este tipo de reportes buscan el equilibrio entre preguntas abiertas y cerradas, que será distinto según las necesidades de cada organización. No es infrecuente encontrar un apartado con preguntas generales abiertas, con varios apartados de preguntas cerradas.

Siguiendo los estándares modernos de Compliance, podríamos definir 3 categorías de ámbitos reportables:

- **Ámbito de la Prevención:** Esta esfera abarca las actividades relacionadas con la prevención de no conformidades o incumplimientos de Compliance. Entre ellas podemos destacar las actividades formativas o de formación, las iniciativas de concientización y los procedimientos de conformidad. También quedan bajo esta categoría los procedimientos relacionados con la captación de información o documentación
- **Ámbito de la Reacción:** Ocurre una vez que ya se han evidenciado no conformidades o incumplimientos. A diferencia de la anterior, se trata de datos que suponen una exposición actual o previsible al riesgo y han precisado o requieren algún tipo de acción o remediación.
- **Ámbito de la Predicción:** Las tendencias más avanzadas en materia de Compliance ponen énfasis en las capacidades del modelo para predecir riesgos de Compliance y poder actuar de manera temprana. No se trata de identificar acciones o incidentes vinculados con la organización, sino más bien con su entorno.

Como elementos clave que no deberían faltar en un reporte de Compliance, podemos mencionar: Declaración sobre el reglamento, Programa o normas sobre las que se garantiza el cumplimiento; Definición del alcance del Reporte, debiendo el oficial declarar si es general o específico, y advertir qué revisó y qué no revisó por considerarlo improcedente; Revisión del proceso de cumplimiento; Resumen de los resultados del análisis en el que se determine si se está cumpliendo con la obligación establecida o no, y las consecuentes acciones a tomar en función de ello.

Teniendo en cuenta lo descrito precedentemente, es que se enfatiza que los reportes elaborados por las distintas empresas serán tan únicos como en función de quién ha sido elaborado, pero es destacable su función y su papel fundamental en la implementación de los Programas.

11. SIETE CLAVES DE LA NORMA ISO 37301:

La norma ISO 37301 surge a los fines de lograr una estandarización en los Programas de las distintas empresas, como medio de lucha contra la corrupción, el fraude, el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

La ISO 37301 está basada en 7 claves o requerimientos que sirven para poder Implementar, sostener y mejorar un Sistema de Gestión en una organización:

1. Contexto: El primer paso consiste en la definición del entorno, tamaño y naturaleza de la organización. Una forma eficiente de realizarlo es a través de un diagrama F.O.D.A, en el que se miden aspectos internos (Fortalezas y Debilidades) y externos (Oportunidades y Amenazas). En esta etapa cabe la obligación de determinar el alcance del sistema de gestión de compliance, definiendo las obligaciones de cumplimiento y realizando un análisis de los riesgos.
2. Liderazgo: La empresa tiene que desarrollar, mantener y promover una cultura de cumplimiento en todos los niveles dentro de la empresa. Para ello, es indispensable contar con el apoyo de la alta dirección. El órgano de gobierno y

la alta dirección de la organización deben asegurarse de que se implanten los siguientes principios:

- Acceso directo de la función de cumplimiento al órgano de gobierno.
 - Independencia de la función de cumplimiento.
 - Autoridad apropiada y competencia de la función de cumplimiento.
 - Asegurar la integración de todos los requisitos del sistema de gestión de cumplimiento en la empresa.
 - Asegurarse de que estén disponibles los recursos para el sistema de gestión de cumplimiento.
 - Comunicar la importancia de una gestión eficiente del cumplimiento y de la conformidad con requisitos del sistema de gestión del cumplimiento.
 - Garantizar que el sistema de gestión del cumplimiento que consigue los resultados previstos.
 - Dirigir y apoyar a las personas para contribuir a la eficiencia del sistema de gestión de cumplimiento.
 - Promover la mejora continua.
 - Apoyar todos los roles relevantes para demostrar su liderazgo en lo que se refiere a sus áreas de responsabilidad.
3. Planificación: Las acciones a planificar deberán desprenderse del análisis del primer punto. A la hora de planificar el Sistema de Gestión del Cumplimiento, la empresa tiene que considerar:
- Los objetivos de cumplimiento.
 - Las obligaciones de cumplimiento.
 - Los resultados de la evaluación de riesgos del cumplimiento.
- Para ello, la empresa deberá planificar:
- Acciones para abordar estos riesgos y oportunidades.
 - Lo necesario para integrar e implantar las acciones en los procesos.
 - Evaluación de la efectividad de las acciones.
4. Soporte: La empresa tiene que establecer y ofrecer los recursos que resulten necesarios para establecer, implantar, mantener y mejorar de forma continua el Sistema de Gestión de Cumplimiento. Dentro de este apartado se deberá

- atender cuestiones como la competencia de las personas involucradas; la conciencia respecto de la política y las consecuencias de su incumplimiento; y definir parámetros respecto a las comunicaciones internas y externas.
5. Operación: El control operacional son las acciones que se deberán proponer, implementar y monitorizar para minimizar al máximo los riesgos de cumplimiento. Se deberá establecer un proceso de investigación ante hechos sospechosos o verdaderos incumplimientos.
 6. Evaluación de Desempeño: La evaluación del desempeño sirve para establecer un control sobre las obligaciones adquiridas en el Sistema de Gestión de Cumplimiento y, de esa manera, hacer frente a los riesgos que puedan aparecer. Este es el momento para el seguimiento, medición, análisis y evaluación del Sistema de Gestión. Para ello se deberán utilizar KPIs o indicadores clave de rendimiento, asociados a objetivos generales y particulares.
 7. Mejora: La mejora continua es indispensable dentro de la órbita ISO, en razón de la cual se deberá evaluar la idoneidad, adecuación y eficacia del sistema de gestión del cumplimiento. Ante eventuales inconsistencias o incumplimientos, deberá implementarse el sistema de No Conformidades y Acciones Correctivas previsto por la norma.

Siguiendo los 7 principios, para llevar a cabo la implementación de un Sistema de Gestión de Compliance en una empresa, podríamos decir que la ISO 37301 establece un plan de trabajo a seguir. Siguiendo

En primer lugar, es necesario definir los objetivos y principios que se regirán al SGC. Estos deben estar relacionados en construir una cultura del cumplimiento, valores éticos, mejorar la reputación e integridad de la organización. En los principios se incluyen la buena gobernanza, la transparencia o la sostenibilidad de la empresa.

El siguiente paso es realizar un análisis de riesgos integral en la organización. Una de las mejores herramientas para llevarlo a cabo es el mapeo de riesgos, ya que permite valorar la probabilidad y el impacto de cada uno de ellos. En este punto es necesario tener en cuenta tanto los riesgos internos como externos. Para ello será necesario establecer de forma objetiva y medible la fortaleza de esos controles existentes.

La definición de los protocolos de actuación del SGC es el siguiente paso. Es un momento muy importante, ya que se decidirán las políticas de la compañía en temas como recepción de regalos o los cómo se responderá frente a posibles casos de

sobornos. Paralelamente, será el momento de crear un plan de mejora, con el objetivo de ejecutar las medidas necesarias para eliminar o reducir al máximo cada riesgo. Asimismo, es necesario contar con el rol de responsable del cumplimiento corporativo, para que se encargue de ejecutar el plan de mejora y realizar el seguimiento correspondiente. Por otro lado, se deberá tener planes de formación para que toda la organización conozca el concepto de Compliance y cómo funcionará en la empresa. Esto incluye tanto a los empleados, como alta dirección y socios.

La organización también deberá identificar un responsable de cumplimiento corporativo, y tendrá que establecer un canal de whistleblowing para poder comunicar las denuncias e incidencias que puedan detectar los miembros del área de cumplimiento. Esto implica crear mecanismos de evaluación y detección de desviaciones del sistema, para poder diseñar acciones de reacción con el fin de cumplir los objetivos marcados. No obstante, el control no puede ser reactivo, sino también preventivo. Por ello se realizarán inspecciones o auditorías internas del SGC de forma periódica. En todo el proceso es muy importante la involucración de la alta gerencia de la compañía, que debe revisar periódicamente de manera formal el funcionamiento del sistema y proponer mejoras al mismo. (EALDE Business School, 2021)

12. LA EVALUACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE SEGÚN EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS (DOJ):

Si bien no resulta ley aplicable en nuestro país, no se pueden desestimar los lineamientos emitidos por el U.S Department of Justice (DOJ) al respecto del análisis de la efectividad de los programas de compliance. Este departamento ha publicado un documento detallado, cuya finalidad de ayudar a los fiscales a tomar decisiones informadas sobre si, y en qué medida, el programa de integridad o compliance de la empresa era efectivo en el momento del delito, y si es efectivo en el momento de una decisión o resolución de acusación, con el fin de determinar la forma apropiada de cualquier resolución o enjuiciamiento; la sanción monetaria, si la hubiere; y las obligaciones de compliance contenidas en cualquier resolución penal.

Se presentan una serie de puntos a tener en cuenta para la evaluación de la eficacia de los programas:

- A. Evaluación de Riesgos: El punto de partida para la evaluación que realizará un fiscal es comprender el negocio de la empresa desde una perspectiva comercial, cómo la empresa ha identificado, evaluado y definido su perfil de

- riesgo, y el grado en que el programa dedica el escrutinio y los recursos adecuados al espectro de riesgos. El fiscal también deberá analizar la efectividad de la evaluación de riesgos de la compañía y la manera en que el programa de cumplimiento de la compañía se ha adaptado en función de esa evaluación de riesgos" y si sus criterios se actualizan periódicamente.
- B. Políticas y Procedimientos: Los fiscales deberán atender al proceso de la empresa para diseñar e implementar nuevas políticas y procedimientos y actualizar las políticas y procedimientos existentes, su manera de actualizarse en el tiempo, las personas que intervienen en el mismo. También deberán estudiar qué esfuerzos ha hecho la compañía para monitorear e implementar políticas y procedimientos que reflejen y aborden el espectro de riesgos que enfrenta, las maneras de comunicar éstas y el acceso que tienen los terceros a las mismas y como se ha capacitado a aquellos que velan por su cumplimiento y control.
- C. Entrenamiento y Comunicación: Los fiscales deben evaluar las medidas adoptadas por la empresa para garantizar que las políticas y procedimientos se hayan integrado en la organización, incluso mediante capacitación y certificación periódicas para todos los directores, funcionarios, empleados relevantes y, cuando corresponda, agentes y socios comerciales. Los fiscales también deberán considerar si la compañía ha transmitido información de una manera adaptada al tamaño, la sofisticación o la experiencia en la materia de las personas intervinientes. En resumen, deben examinar si el programa de cumplimiento está siendo difundido y entendido por los empleados en la práctica para decidir si el programa de cumplimiento es verdaderamente efectivo.
- D. Estructura de Informes Confidenciales y Proceso de Investigación: Los fiscales deben comprobar si el proceso de manejo de quejas de la compañía incluye medidas proactivas para crear una atmósfera en el lugar de trabajo sin temor a represalias, procesos apropiados para la presentación de quejas y procesos para proteger a los denunciantes. Se deberá atender a los procesos de la compañía para manejar las investigaciones de tales quejas, incluido el envío de

- quejas al personal adecuado, la finalización oportuna de investigaciones exhaustivas y el seguimiento y la disciplina adecuados, estableciendo su efectividad, la capacidad del personal afectado, el periodo de respuesta de la investigación y el análisis y tratamiento de los resultados.
- E. Proceso de Fusión y Adquisición: Un programa bien diseñado debe incluir una debida diligencia integral de cualquier aplicable a los procesos de adquisición, así como un proceso para la integración oportuna y ordenada de la entidad adquirida en las estructuras del programa de cumplimiento existentes y los controles internos.
- F. Compromiso de la Alta Dirección: La efectividad de un programa de cumplimiento requiere un compromiso de alto nivel por parte del liderazgo de la empresa para implementar una cultura de cumplimiento
- G. Autonomía y Recursos: La implementación efectiva también requiere que los encargados de la supervisión diaria de un programa de cumplimiento actúen con la autoridad y la estatura adecuadas. Los fiscales deben evaluar cómo se estructura el programa de cumplimiento. Además, los fiscales deben abordar la suficiencia del personal y los recursos dentro de la función de cumplimiento, en particular, si los responsables del cumplimiento tienen: (1) suficiente antigüedad dentro de la organización; (2) recursos suficientes, a saber, personal para llevar a cabo eficazmente la auditoría, documentación y análisis necesarios; y (3) suficiente autonomía de la administración, como el acceso directo a la junta directiva o al comité de auditoría de la junta.
- H. Estructuras de Compensación y Gestión de Consecuencias: Otro distintivo de la implementación efectiva de un programa de cumplimiento es el establecimiento de incentivos para el cumplimiento y desincentivos para el incumplimiento. Los fiscales deben analizar si la empresa cuenta con procedimientos claros de gestión de consecuencias, hacerlos cumplir de manera consistente en toda la organización y garantizar que los procedimientos sean proporcionales a las violaciones. También deben evaluar hasta qué punto las comunicaciones de la empresa transmiten a sus empleados que la conducta poco ética no será tolerada y traerá consecuencias rápidas,

independientemente de la posición o el título del empleado que se involucra en la conducta.

- I. Mejora Continua, Pruebas Periódicas y Revisión: Otra forma de medir la efectividad del programa es midiendo su capacidad para mejorar y evolucionar. Los fiscales deben considerar si la compañía ha realizado esfuerzos significativos para revisar su programa de cumplimiento y asegurarse de que no esté obsoleto.
- J. Investigación de Conductas Contrarias: Un programa eficiente deberá contar con la existencia de un mecanismo que funcione bien y esté adecuadamente financiado para las investigaciones oportunas y exhaustivas de cualquier acusación o sospecha de malas conductas por parte de la Compañía, sus empleados o agentes. Los fiscales deberán verificar que el personal afectado esté capacitado; la capacidad de identificar las causas raíz, las vulnerabilidades del sistema y las fallas de rendición de cuentas, incluso entre los gerentes supervisores y los altos ejecutivos; los canales de comunicación establecidos al efecto; etc.
- K. Análisis y Resolución de Conductas Contrarias Subyacente: Finalmente, un sello distintivo de un programa de cumplimiento que funciona de manera efectiva en la práctica es la medida en que una empresa puede realizar un análisis reflexivo de la causa raíz de la mala conducta y remediarla oportuna y adecuadamente para abordar las causas raíz. Los fiscales que evalúan la efectividad de un programa de cumplimiento reciben instrucciones de reflexionar sobre el alcance y la omnipresencia de la conducta criminal; el número y nivel de los empleados corporativos involucrados; la gravedad, duración y frecuencia de la conducta contraria; y cualquier acción correctiva tomada por la empresa, incluidas, por ejemplo, medidas disciplinarias contra infractores anteriores no cubiertos por el programa de cumplimiento anterior, y revisiones a los programas de cumplimiento corporativo a la luz de las lecciones aprendidas.

13. COMPLIANCE Y EMPRESA FAMILIAR:

BERNADICH, M. (2015) y GALLO, M. A. (1998) acuerdan que las empresas de carácter familiar juegan un rol fundamental en el desarrollo económico y social de cualquier país, además de favorecer la generación de empleos, y constituirse como elemento base en el entorno empresarial dentro del contexto internacional. Su importancia reside, según palabras de CABRERA, M. (2012), “en los objetivos que quieren alcanzar, tales como: conservar la dirección de la empresa por parte de los miembros de la familia, mantener los lazos y los valores familiares, así como el prestigio de la empresa”. Por esta razón, las empresas familiares reflejan con mayor énfasis su dificultad de estudio a diferencia de las que no lo son, pues el hecho que intervenga la familia en una organización amplía su complejidad, no obstante, es innegable su contribución a la economía de los países, tal como lo afirma QUEJADA, R., & ÁVILA, J. (2016). Para que el presente análisis esté completo, es menester analizar en qué medida y en qué condiciones la propiedad familiar influye en el compliance empresarial ya que la gran mayoría de empresas en nuestro país revisten esta calidad, y, por ende, muchas de las empresas contratistas del Estado son familiares.

Para alcanzar los objetivos empresariales y familiares, es necesario equilibrar los objetivos y necesidades de la familia y las empresas. Estos objetivos en competencia están integrados y bien descritos en la teoría del patrimonio o riqueza socioemocional. Según GÓMEZ-MEJÍA, L. R., HAYNES, K. T., NÚÑEZ-NICKEL, M., JACOBSON, K. J. L., & MOYANOFUENTES, J. (2007), La riqueza socioemocional se refiere a “los aspectos no financieros que incluyen las necesidades afectivas de la familia, la habilidad para ejercer influencia familiar y la perpetuación de la dinastía familiar”, es “el legado socioemocional de la familia lo que funciona como la referencia fundamental para las decisiones, basadas no en términos de su efecto en el desempeño económico, sino en términos de su efecto en el patrimonio socioemocional”. (NEWBERT, S., & CRAIG, J., 2017).

El concepto de patrimonio socioemocional es multidimensional, existen cinco dimensiones principales, tal como lo plantean ARREOLA BRAVO F. M, AGUILAR ANGULO R. Y RODRÍGUEZ LIZÁRRAGA C. I. (2018):

a) control e influencia familiar: Trata de la influencia y control que ejercen los miembros de la familia. El control e influencia son fundamentales del patrimonio socioemocional y es un objetivo buscado por la familia; es decir, las empresas familiares están más dispuestas a perpetuar el control en manos de la familia a pesar de las consideraciones financieras.

b) renovación de los vínculos familiares a través de la sucesión dinástica: Se refiere a las intenciones de mantener la empresa para las generaciones futuras. Esta transferencia generacional y el control de la organización son aspectos centrales de la teoría del patrimonio socioemocional, incluso es posible que el valor de los activos se incremente, desde la perspectiva de los propietarios.

c) identificación de los miembros de la familia con la empresa: Es la identificación cercana de los miembros de la familia con la empresa. La identidad del miembro fundador con la empresa está tan indisoluble que incluso, en muchos casos, la empresa lleva su mismo nombre o apellido. Lo anterior genera que la empresa sea una especie de “extensión” de la misma familia.

d) capital social: Son las relaciones sociales de la empresa familiar. Frecuentemente, las empresas familiares tienen grupos de interesados que tienen vínculos tan fuertes que en un momento dado son considerados como miembros de la familia. Debido a estos lazos recíprocos, se supone una búsqueda de beneficios en ambos sentidos.

e) apego emocional: Esta dimensión se relaciona con el contenido afectivo y se refiere al rol de las emociones en el contexto de la empresa familiar. Por su naturaleza, las familias se caracterizan por un amplio rango de emociones como la calidez, ternura, amor, consuelo, felicidad y otras como coraje, miedo, soledad, ansiedad, tristeza, desacuerdos.

Las diferentes dimensiones mencionadas precedentemente pueden explicar la compensación entre ganancias y pérdidas en las dotaciones socioeconómicas relacionadas con el comportamiento de propiedad y cumplimiento familiar. Pero no todo este abanico de dimensiones nos compete, podemos centrarnos sólo en dos: la influencia y el control familiar y las dimensiones de imagen y reputación se distinguen

entre las dotaciones afectivas internas y externas que podrían estar en conflicto en las empresas familiares. La gobernanza organizativa de las empresas familiares, y la propiedad familiar, en particular, es una de las dimensiones más importantes para distinguir las empresas familiares de las no familiares por dos razones principales. Primero, cuando la familia posee mayores participaciones en la empresa, los miembros de la familia esperan controlar los procesos de toma de decisiones de tal manera que puedan preservar su influencia y activos ahora y para las generaciones futuras. En segundo lugar, el deseo familiar de control es impulsado por el apego emocional de la familia a la empresa, y es vital mantener la empresa bajo la propiedad familiar para las generaciones futuras. El apego familiar aumenta con la propiedad, así como el potencial de desarrollar una junta directiva influenciada por la familia. Sin embargo, el cumplimiento de los códigos de gobierno corporativo (compliance) implica disminuir la influencia y el control de la familia sobre el consejo de administración y, en consecuencia, reducir la dotación de patrimonio socioemocional. Por lo tanto, la implementación y el cumplimiento de prácticas estrictas de compliance pueden dañar la riqueza socioemocional familiar al aumentar los costos de control relacionados con la familia. En resumen, los niveles más altos de propiedad familiar están consistentemente relacionados con niveles más altos de incumplimiento de los Programas de Integridad.

La otra cara de esta moneda es el hecho de que un mayor cumplimiento podría mejorar la reputación familiar y, a su vez, también podría mitigar, o incluso superar, las posibles pérdidas socioemocionales derivadas de niveles más bajos de influencia en el consejo de administración y, en última instancia, en el control sobre las decisiones de la empresa. Las familias y sus empresas a menudo están tan entrelazadas que sus identidades se convierten en una sola. Por lo tanto, las empresas comúnmente llevan el apellido o incluso el nombre del fundador, lo que indica una identificación familiar o personal con el negocio. Esta identificación familiar con la empresa influye en las percepciones y expectativas de las partes interesadas internas y externas sobre los objetivos y prácticas de las empresas, sentando las bases para que la familia se comporte de manera más responsable y ética que las empresas no familiares. El cumplimiento de los Programas de Integridad por parte de las empresas implica no

solo seguir las disposiciones de un código o explicar las desviaciones de él, sino también cómo los agentes del mercado, incluidos los accionistas minoritarios, los analistas financieros, los reguladores de la bolsa de valores y las empresas de asesoramiento de poder, reaccionarán al cumplimiento de estas empresas. En este sentido, los propietarios familiares tienen un interés personal en proteger su buen nombre, ya que esto les ayuda a realizar negocios ahora y en las generaciones futuras. En otras palabras, la construcción de reputación es una explicación común de por qué las empresas cumplen "sus acuerdos incluso si no pueden ser obligadas a hacerlo", como en el contexto de la regulación de "cumplir o explicar". Por lo tanto, podemos argumentar que la preservación de la reputación es una explicación plausible de la relación entre la propiedad familiar y el cumplimiento por las siguientes razones. En primer lugar, dado que las empresas familiares están integradas en una red social y empresarial, las presiones externas sobre los miembros de la familia para que cumplan tienden a ser vigorosas y difíciles de ignorar. En segundo lugar, la separación entre el incumplimiento de una empresa y los intereses familiares es borrosa, ya que los propietarios familiares están más expuestos a pérdidas de imagen y reputación al estar profundamente inmersos en las redes sociales y empresariales.

En resumen, considerando conjuntamente estas dos dimensiones de riqueza socioemocional (control y reputación) y sus efectos en el cumplimiento, evidenciamos que el incumplimiento aumentará inicialmente a medida que la propiedad familiar crezca hasta un cierto punto de influencia y control y que el incumplimiento caerá debido a un deseo de preservar la imagen y la reputación de la familia. Esto puede representarse como una relación en forma de U invertida entre la propiedad familiar y el incumplimiento.

A esta teoría debemos sumarle los problemas de agencia. Desde la teoría de la agencia, de la mano de AGUILERA, R., & CRESPI-CLADERA, R. (2012), se plantean dos clases de problemas, tipo I y tipo II. El problema de agencia tipo I trata los conflictos que pueden surgir entre la propiedad y la administración, en tanto que el de tipo II se refiere a los conflictos entre accionistas mayoritarios y minoritarios. Los problemas de agencia originados en la existencia de beneficios privados son de gran interés en las

empresas familiares. De acuerdo con BRIANO-TURRENT & POLETTI- HUGHES (2017) los problemas de agencia en las empresas familiares pueden originarse por cuatro factores: extracción inadecuada de recursos, divergencia entre intereses familiares y empresariales, altruismo hacia quienes hacen parte de la familia y conflictos familiares. En primer lugar, en las empresas familiares los accionistas controlantes pueden hacer uso de su capacidad de control y coordinación para beneficiarse a expensas de los minoritarios mediante dividendos especiales, compensación excesiva y actividades de tunneling. En segundo lugar, los intereses de la familia controlante y de la empresa pueden divergir. La principal fuente de financiamiento en las empresas familiares corresponde a recursos de los accionistas familiares, por lo tanto, existe una mayor propensión a integrar objetivos tanto financieros como no. La aparición de objetivos no financieros puede generar conflicto con los intereses empresariales. En tercer lugar, el altruismo hacia otros miembros de la familia puede conducir a un menor desempeño en las empresas familiares. Es habitual que se creen departamentos independientes para cada heredero, o que se recompense a los integrantes de la familia de igual modo, o incluso superior, independiente del esfuerzo o el desempeño de estos en comparación con aquellos que no hacen parte de la familia. Por último, las relaciones al interior de la familia también pueden afectar el desempeño de la empresa, por ejemplo, las disputas familiares generan rivalidades que hacen a estas empresas menos eficientes. (AGUILERA, R., & CRESPI-CLADERA, R., 2012).

Existe una relación entre los problemas de agencia y el incumplimiento de los lineamientos de compliance. Es notorio que cuando los problemas de agencia son graves, las empresas familiares aumentan la extracción potencial de beneficios privados y, por lo tanto, es más probable que las empresas no cumplan con los Programas de Integridad que impliquen reducir su influencia y control sobre la empresa. Los niveles de incumplimiento aumentan los beneficios potenciales del afianzamiento de la gestión familiar, reforzando el mecanismo interno de las normas familiares de control. Por lo tanto, se evidencia que la relación positiva entre la propiedad familiar y el incumplimiento derivado de la dimensión de control del patrimonio socioemocional será más fuerte en presencia de graves problemas de agencia. Como consecuencia de las actitudes que intentan preservar la influencia, a

medida que crece la probabilidad de comportamiento oportunista por parte de los miembros de la familia, los incentivos para cumplir y, en consecuencia, preservar la dotación de patrimonio socioemocional de la imagen familiar y la reputación se reducen. En resumen, podría decirse que la relación negativa entre la propiedad familiar y el incumplimiento debido a preocupaciones de reputación será menos pronunciada en presencia de graves problemas de agencia. Tomando el efecto moderador del conflicto de agencia y las dimensiones de control y reputación del patrimonio socioemocional, se puede argumentar que en presencia de graves problemas de agencia, los familiares internos son más propensos a aprovechar una nueva oportunidad para invertir en sus proyectos egoístas, independientemente de sus resultados financieros o riesgos de reputación, enderezando la dimensión de influencia y control del patrimonio socioemocional, al tiempo que se reduce la importancia de la imagen y las preocupaciones de reputación, dando lugar a incumplimientos de compliance ya que el incentivo de cumplimiento se diluye.

Para concluir este análisis, podemos afirmar que las empresas familiares tienen aún más trabas en la implementación y cumplimiento de sus Programas de Integridad. Las empresas familiares pueden estar relacionados con menores incentivos para su implementación que se desprenden de una fuerte adhesión a la teoría de la jerarquización cuando las mismas deciden como organizar su estructura de financiamiento, sumado a la dilución de los posibles beneficios del compliance entre los accionistas que conforman la familia. De igual forma, la prioridad que conceden las empresas familiares a los objetivos no económicos relacionados con su riqueza socioemocional, por ejemplo, producto del fuerte vínculo familiar con la empresa, la familia busca conservar la influencia y el control evitando que externos puedan interferir en sus decisiones. (AGUILERA, R., & CRESPI-CLADERA, R., 2012).

14. JURISPRUDENCIA:

Con anterioridad, las personas jurídicas se encontraban amparadas mediante el principio denominado *“societas delinquere non potest”*, el cual implica la imposibilidad de imputarle a una persona jurídica una conducta delictiva, dado que carecen, según esta doctrina, tanto de capacidad de acción como de culpabilidad. Aunque el dogma *“societas delinquere non potest”* predominó durante casi todo el siglo XX tanto en las leyes como en la doctrina europea continental, lo cierto es que la opinión general respecto de la vigencia del referido principio, que muchos consideraban casi inalienable, comenzó a cambiar notoriamente a partir de los años ‘90 del siglo XX. Sobre todo debido al incremento alarmante de la criminalidad a través de empresas, así como a la consiguiente obligación contraída por los países en distintos instrumentos de Derecho Internacional Público, aspectos que han determinado que la balanza se inclinase hacia la situación exactamente contraria. Esto es: que *“societas delinquere et punire potest”* (ABASTO VÁSQUEZ, M. A., 2014)

E. BACIGALUPO (1998) plantea que “La idea actual de responsabilidad penal de las personas jurídicas repercute, fundamentalmente, en el ámbito de los delitos económicos, es decir, aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular, y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico.” El antecedente en esta materia se remonta al año 1977, donde la Cámara Nacional en lo Penal Económico resolvió en la causa “Wakin, Miguel Angel” “Corresponde responsabilizar a las personas jurídicas por el delito de contrabando, en consecuencia de su voluntad y accionar independiente, aunque no física, si se demuestra la existencia del ilícito y que el mismo se produjo en nombre de la persona jurídica”. Y que: “Respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en relación al delito de contrabando, la ley ha tenido en cuenta la realidad económica de la actividad de las sociedades frente a la cual el Estado sería impotente y cuya responsabilidad quedaría a salvo con la existencia de un “hombre de paja” en su dirección. La única forma de evitar la responsabilidad de la sociedad sería que el resto de los órganos societarios impugnaran, en su momento, el hecho ilícito que pretendieron cometer o cometieron sus directores.” Asimismo, concluyó que: “Es

necesario para responsabilizar a una persona jurídica por el delito de contrabando, que sus representantes tengan mandato legal o autoridad suficiente para obligarlas y que asimismo obtenga la sociedad un beneficio de la actividad ilícita.” (CNPE “WAKIN, MIGUEL ANGEL, y ots. s/Av. Contrabando”, Sala I, (sentencia N° 293 del 31/10/1989) L.L. 1990-D-406. C.S. Fallos, 314:775)

Los dos fallos más actuales al respecto son “Peugeot Citroën Argentina S.A” y “Fly Machine S.R.L”.

En el caso Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ recurso de casación, los impugnantes buscaban ampararse bajo el manto del *“societas delinquere non potest”*, a lo que el Dr. Riggi responde mediante una clase magistral de historia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, avalado por legislación, doctrina y jurisprudencia, para luego manifestar: *“...que nuestra legislación positiva en determinados casos y el régimen aduanero en particular han adoptado firmemente la postura de adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos que sus representantes, mandatarios, directores o demás personas con capacidad para obligarlas hubiesen cometido actuando en cuanto tales; y que la jurisprudencia que en consecuencia de los postulados legales ha emanado de los distintos tribunales de justicia en sus sucesivas integraciones en modo alguno ha cuestionado la validez o la adecuación constitucional de la solución establecida por el legislador”*. (Cámara Federal de Casación Penal, sala III, (2001): Peugeot Citroën Argentina S.A s/ Recurso de casación; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

En el fallo “Fly Machine”, en los considerandos 5° a 8° de su voto en minoría, y luego en el 11°, el doctor ZAFFARONI desarrolla los motivos por los que entiende que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contravendría la Constitución Nacional, a la vez que hace mención a la circunstancia *“...de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las*

garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso”. Las soluciones que propone ZAFFARONI para el conflicto constitucional que, en su opinión, se deriva de la aceptación de que una norma penal efectivamente reprime a una persona jurídica por la comisión de un delito, son las que habitualmente se postulan desde este sector de la doctrina a la hora de interpretar “teleológicamente” las disposiciones con las que el legislador controvierte el principio *“societas delinquere non potest”*. Esto es: catalogar a las sanciones dirigidas a las personas jurídicas como meras “consecuencias accesorias” de las penas impuestas a las personas de existencia real y/o considerarlas como sanciones “administrativas”, derivando de ello que no están sujetas a los principios del Derecho Penal. (BLANCO H., 2015).

A su vez, en su considerando 13° clarifica *“Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capacidad delictiva.”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006)

Estos criterios jurisprudenciales son los que dan pie a que en el año 2017 se sancione la Ley 27.401, y de esta manera, se consagra por primera vez en la historia legislativa de nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas por hechos de corrupción, por lo que se suprimió el histórico principio *“societas delinquere non potest”*, visualizando a la persona jurídica como un nuevo sujeto activo en el derecho penal, reformulando sin duda alguna la teoría del delito, dejando de girar en torno a la conducta humana, y separando este nuevo modelo punitivo a la persona jurídica de las personas físicas.

15. LA PLATAFORMA R.I.T.E:

Existe en nuestro país una propuesta denominada Registro de Integridad y Transparencia para Empresas y Entidades (RITE), el cual implica la creación de un registro voluntario de las empresas y entidades que tengan interés en avanzar en el desarrollo de acciones de integridad para mejorar la transparencia de sus operaciones. Cuenta con dos elementos importantes: el registro en sí mismo, y pone a disposición de las empresas capacitaciones, herramientas, material de soporte y demás mecanismos para la mejora continua en materia de transparencia, derechos humanos y desarrollo sostenible, valorando no sólo resultados sino también esfuerzos y avances. Como bien se menciona, es voluntario, es decir que no se exige obligatoriamente la registración de las empresas, no se certifica la registración ni se otorgan distintivos por ello. Por ello, RITE es, más que un mero registro, una plataforma de aprendizaje, de intercambio y de promoción del crecimiento; un espacio para que las empresas desarrollen y maduren sus Programas de Integridad e incorporen miradas innovadoras integrando cuestiones que a veces tienden a disociarse, como integridad y género o integridad y derechos humanos.

El RITE se desenvuelve en un sistema que cataloga a las empresas por niveles, por lo que las empresas deberán evidenciar capacitaciones y herramientas utilizadas que impliquen el cumplimiento de determinados requisitos, para acceder al estatus de un nivel superior. La información y los documentos requeridos en cada nivel reflejarán la madurez de los Programas de Integridad de las empresas/entidades. A medida que los usuarios avancen de nivel podrán acceder a los beneficios que supone mejorar en la madurez de sus programas. Se prevé la incorporación de alertas para recordar el vencimiento de la información incorporada. De no actualizarse, se retrocederá en el avance del nivel en el que se encuentre o incluso podría volverse al nivel anterior, lo que podría implicar una eventual pérdida de beneficios. Es importante destacar que a pesar de contar con el la registración en el más alto nivel, eso no implica que el programa sea efectivo y esté correctamente implementado, ya que el RITE no certificará programas de integridad, ni otorgará distintivo alguno, ni realizará valoración acerca de los programas o acciones que adopte cada organización en relación con sus riesgos particulares.

16. CONCLUSIÓN:

La nueva ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas 27.401 viene a alinearse con la tendencia global de perseguir la corrupción, y resulta un punto de inflexión para un verdadero cambio cultural, tanto en el ámbito público como privado. Pero, para que efectivamente cumpla con lo que promete, es necesario que se implemente un Programa de Integridad verdaderamente efectivo y no uno de “fachada”. Quizá no exista ya mismo un escrutinio serio del programa, quizá en el corto plazo alcance con tenerlo y declarar que se lo tiene. Con un poco de fortuna, si cumple bien con su función preventiva, no habrá razón para que un fiscal se ocupe nunca de analizarlo. Pero como todo buen blindaje preventivo, debe funcionar bien la primera (y quizá única) vez que se lo pruebe seriamente. Cuando esté bajo el fuego del escrutinio crítico de un fiscal, con la función esencial de funcionar como defensa efectiva, todo el esfuerzo que se haya puesto quizá parezca poco, los componentes implementados quizá luzcan insuficientes, lo que no haya sido debidamente documentado quizá no se tome por bueno. La mayor virtud de un programa de integridad es que pueda ser explicado. Para ello es necesaria una efectiva implementación. En el transcurso del presente se ha planteado que existen elementos críticos que hacen más factible una buena implementación del Programa y se ha hallado una serie de cuestiones que resultan en una dificultad en la implementación.

Es imperativo que nuestra legislación se condiga con el pensamiento actual global, por lo que se ha hecho un análisis de derecho comparado y se ha estudiado una serie de tratados internacionales, para armonizar los requisitos aplicables en nuestro país con el pensamiento mundial. En virtud de ello, podemos afirmar que sendos autores nacionales, internacionales y hasta el mismísimo Departamento de Justicia de los Estados Unidos acuerdan que hay elementos claves en la formulación e implementación de un Programa eficaz, tal como se han descrito en los apartados 10.1, 10.2 y 10.3.

El rol del responsable u oficial de cumplimiento es digno de destacar, ya que la presencia de un profesional capacitado y con tareas definidas, implicaría que la

implementación del Programa debería (al menos en teoría) ser inmensamente más sencilla, dado que el profesional encargado de dicha tarea tendrá herramientas para corregir todos los errores que pudiese tener el programa y adaptarlo para maximizar su eficacia.

El análisis del riesgo se plasma como el cimiento de toda práctica de compliance, debiendo este ser tan exhaustivo y preciso como sea posible, ya que todo lo que se construya sobre una base débil producto de un mal manejo de los riesgos, podrá tornarse inútil rápidamente.

El tratamiento de las zonas grises y conflictos de interés son cuestiones cuyo tratamiento enriquecen el programa y facilitan la implementación al dejar menos cosas libradas al azar y poder parametrizar mayores situaciones de la vida cotidiana. Fomentan la noción de creación de hábitos éticos, al entregar parámetros sobre los cuales adaptar sus conductas, a aquellos sujetos que deberán obrar bajo la órbita de un Programa de Integridad.

El control periódico de los Programas equivale al riego de una planta: mantenerlo con vida. Se deberá analizar la aplicabilidad de los programas a los fines de detectar su pérdida de eficacia, ya sea por la modificación de cuestiones relacionadas con el entorno o incluso cuestiones internas de la empresa.

Contar con un canal de denuncia es indispensable para recibir las alertas ante incumplimientos, pero igual de importante es establecer parámetros claros respecto a cómo se manejará la empresa luego de las denuncias, especificando el proceso de investigación y las sanciones aplicables según las conductas.

Todo ello conforma un Programa eficiente, aplicable e implementable. Pero como se planteó en los apartados 10.2 y 10.3, sólo contar con un programa sólido no es suficiente. Una vez que el programa reúne las características mencionadas, es estrictamente fundamental que sea comunicado e internalizado. Para ello se plantea una modalidad de capacitación diferente, cambiando la tradicional pregunta “¿Qué es lo correcto?”, por “¿Quiénes son las partes involucradas y qué está en juego para ellas?”, “¿Cuáles son los principales argumentos (razones y

racionalizaciones) a contrarrestar?”, haciendo que la clave sea el discernimiento del usuario del Programa.

Se abre paso aquí la importancia de la internalización de los preceptos, traspasar el papel escrito y convertirlos en verdaderos hábitos, regidores de conductas. Para ello es imprescindible la capacitación y el entrenamiento del compliance, pero atendiendo a la propia capacidad de discernimiento en el caso concreto del sujeto, tal como se explicita en el punto 10.3.

También es importante enfatizar que si se busca apoyo en materia de compliance, existen lineamientos en formato de normas ISO, que contribuyen a la elaboración de un programa eficaz, y a su implementación basada en la mejora continua. O se puede contar con herramientas nacionales, como el R.I.T.E, que reúne en su registro a empresas que desean mejorar sus Programas y mantenerse actualizados en materia de compliance.

Finalmente, se está en condiciones de aseverar que se han hallado evidencias de las causas de los inconvenientes de implementación, tal como lo requiere el objetivo general del presente trabajo, identificando causas intrínsecas a la formulación misma del Programa, así como también causas posteriores a la formulación de un Programa eficiente.

En el Anexo I se ofrecen herramientas prácticas para llevarlas a cabo, cuestión que promueve el tercer y último objetivo específico, ya que la necesidad de que el Programa de Integridad prácticamente cobra vida, crezca y sea estudiado, internalizado y hasta escrutinado, implica que las empresas que contratan con el Estado posean más que un papel, el ideal sería que posean un Programa vivo, para que cumpla con todo lo que tiene para ofrecer, tanto para las organizaciones como para la sociedad en su conjunto.

17. BIBLIOGRAFÍA:

ARENS A., ELDER R. Y BEASLEY M. (2007). Auditoría. Un enfoque integral. Undécima edición. Pearson educación. México.

ARGANDOÑA A. (2006) La Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción Y Su Impacto Sobre Las Empresas Internacionales, IESE Business School, Universidad de Navarra

ABASTO VÁSQUEZ, M. A (2014) “Responsabilidad penal de los entes colectivos: Una revisión crítica de las soluciones penales”, en Revista de Derecho Penal. Derecho Penal de los negocios y de la empresa-II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires,

AGUILERA R., & Crespí-Cladera, R. (2012). Firm family firms: Current debates of corporate governance in family firms. Journal of Family Business Strategy

ÁLVAREZ FERNANDEZ H., (2018) Control interno sobre la información financiera, Revista European Compliance & News, Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

ARCE D. G., GENTILE M. C. (2015) Giving Voice to Values as a Leverage Point in Business Ethics Education, Springer Science+Business Media Dordrecht

ARIAS J. Y CALVAGNO M. (2008) Estrategias de transparencia y lucha contra la corrupción en el sector privado. Buenos Aires, Argentina. Fundación Poder Ciudadano.

ARREOLA BRAVO F. M, AGUILAR ANGULO R. Y RODRÍGUEZ LIZÁRRAGA C. I. (2018), Dimensiones socioemocionales y toma de decisiones en la empresa familiar: una configuración de perfiles de tomadores de decisiones, Ciencia Ergo Sum, Universidad Autónoma del Estado de México

ARREOLA BRAVO F. M., ANGULO R. A., RODRÍGUEZ LIZÁRRAGA C. I. (2018) Dimensiones socioemocionales y toma de decisiones en la empresa familiar: una configuración de perfiles de tomadores de decisiones, Ciencia Ergo Sum, Universidad Autónoma del Estado de México

BACIGALUPO E. (1998) Curso de Derecho penal económico Marcial Pons, Madrid

- BASC. (2017). Basc. Obtenido de www.bascperu.org
- BERNADICH, M. (2015). The Creation of Family Firms in Catalonia: An Institutional Approach
- BIAGOSCH Z. A (2018), La corrupción y la prevención del lavado de activos, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley
- BLANCO H. (2015) La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el art. 304 del código penal, Revista Pensamiento Penal
- BLANCO, S. A. (2005): Auditoría del control interno, Ecoe, Bogotá .
- BRICEÑO V., G. (2018). Comunicación efectiva. Recuperado de Euston96: <https://www.euston96.com/comunicacion-efectiva/>
- BROOKS J., CÔTÉ-FREEMAN S. AND WILKINSON P. (2012) Assurance Framework For Corporate Anti-Bribery Programmes, Transparency International.
- CABRERA, M. (2012). La influencia de la familia en la empresa familiar: objetivos socioemocionales, stewardship y familiness. Revista de Empresa Familiar
- CABRERO R. (2018) El rol del Oficial de Cumplimiento en la Práctica, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley
- CASANOVAS A. (2016), La fuerza de los reportes, Reportes operativos de Compliance y memorias anuales, www.kpmgcumplimientolegal.es
- CHEN, H. - SOLTES, E. (2018) "Why Compliance Programs Fail and How to Fix them", Harvard Business Review
- CUNNINGHAM, C. (2005). Section 404 compliance and 'tone at the top'. Financial Executive
- DE ANDRADE J. C., ACCIOLY U. (2018) El ordenamiento jurídico anticorrupción en Brasil, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley

DELOITTE, “Encuesta sobre tendencias en compliance 2016”. La mayoría de las respuestas indicaron que el oficial de cumplimiento designado (o la persona responsable del cumplimiento si no se designa) reporta directamente al Gerente General (32%) o al asesor legal (23%). Solo el 14% reporta al órgano de dirección.

DOMENECH M.M (2018), Análisis periódico de riesgos de compliance y su impacto en un programa de integridad dinámico, Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina

DURRIEU N. y SACCANI R. R. (2018) Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018

EALDE Business School (2021), Claves de la ISO 37301 de Sistemas de Gestión de Compliance, Madrid, España.

ESTUPIÑÁN GAITÁN, R (2006). Control interno y fraudes. Segunda edición. Ecoe ediciones. Colombia.

FERNÁNDEZ, M.J (2018), Invertir en Prevención, La nueva ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción, Buenos Aires, Argentina. Cámara Argentina de la Construcción

GALLO, M. A. (1998). La sucesión en la empresa familia. Barcelona: La Caxia

GLOBAL COMPACT, TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2015) Los negocios contra la corrupción. Un marco para la acción: implementación del 10mo principio

GÓMEZ-MEJÍA, L. R., HAYNES, K. T., NÚÑEZ-NICKEL, M., JACOBSON, K. J. L., & MOYANOFUENTES, J. (2007). Socioemotional wealth and business risks in family-controlled firms: Evidence from Spanish olive oil mills. Administrative Science Quarterly

GUTIÉRREZ SOTO G. (2018), Una aproximación a la implementación práctica de la ley 20.393 en Chile, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley

HERNÁNDEZ BASUALTO H. (2012), Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Revistas de Estudios de la Justicia* nro.16

HONISCH P. (2018) La prevención de ilícitos en las interacciones con el sector público: reglas y procedimientos a aplicar, *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley

HUAYLLA GONZALES K. (2021), *La Comunicación Efectiva*, Universidad Privada San Juan Bautista Facultad De Comunicación Y Ciencia Administrativas

INTEDYA (2018). Intedya. Obtenido de <http://www.intedya.com/internacional/consultoria-producto.php?id=160>

KABBACH DE CASTRO L. R. AND CRESPI-CLADERA R. (2017) Family Firms and Compliance: Reconciling the Conflicting Predictions Within the Socioemotional Wealth Perspective, *Family Business Review*

KENYON W. (2013) Diagnosing Bribery Risk: Guidance For The Conduct Of Effective Bribery Risk Assessment, *Transparency International UK*

KLEINHEMPEL M. (2018) *Comunicación, formación y concientización: ¿cómo hacer un programa de integridad efectivo?* Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Thomson Reuters. Buenos Aires, Argentina

KOCHI S. (2002) *Designing conventions to combat corruption: the OECD and the OAS through the lens of international relations theory*, Universidad de Kobe.

KPMG, “Encuesta sobre la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria 2018”.

KROCHIK R. D., *Responsabilidad Penal Para Las Personas Jurídicas Por Delitos Cometidos Contra La Administración Pública Y Cohecho Transnacional*, La nueva ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción, Buenos Aires, Argentina. Cámara Argentina de la Construcción

LAGOS CORTÉS D., LÓPEZ VERGARA M. P. (2021) Cumplimiento de Gobierno Corporativo: un Análisis para Empresas Familiares y no Familiares Colombianas, Revista Lasallista de Investigación, Colombia.

MARTINEZ ROSAS S. X (2014) Guía anticorrupción 4. Trámite de conflicto de intereses en la gestión administrativa, Transparencia por Colombia

MAZA MARTIN, D.J.M (2017) Libro Blanco sobre la función de Compliance, España, Madrid. Asociación Española de Compliance.

MANFRONI C. (1998), Soborno transnacional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MONTIEL J.P (2018) Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad, Revista Peruana de Ciencias Penales Nro. 32

MUÑOZ M. S., (2018) La nueva ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción. Buenos Aires, Argentina. Cámara Argentina de la Construcción

NEWBERT, S., & CRAIG, J. (2017). Moving beyond socioemotional wealth: Toward a normative theory of decision making in family business. Family Business Review

OECD (2009) Chile: Phase 1ter, Review of Implementation of the convention and 1997 recommendation

OFFICE OF CHIEF COUNSEL (2017) Securities and Exchange Commission Division of Enforcement – Enforcement Manual.
<https://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf>

PALAFXO SOTO M. O., OCHOA JIMÉNEZ S., JACOBO HERNÁNDEZ C. A. (2020) La empresa familiar: evolución teórica de su conceptualización, Folletos Gerenciales, Volumen XXIV, Centro Coordinador de Estudios de Dirección

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas

Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno, Transparency International.

QUARAGROUP. (20 de 07 de 2018). Quaragroup. Obtenido de <http://www.quaragroup.com/>

QUEJADA, R., & ÁVILA, J. 2016). Empresas familiares: Conceptos, teorías y estructuras. Revista Escuela de Administración de Negocios

RIVIERE-BADELL A., COURIEL J. (2018) Implicancias de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) en la República Argentina, Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley

SERRANO ESPELTA, P. H. Y MORALES OLIVER, G. L. (2015) Práctica de compliance en Latinoamérica. Bogotá, Colombia. AutoresEditores.com

SUPERIOR, O. L. (2015): "El control interno desde la perspectiva del enfoque COSO", <http://buenagobernanza.agn.gov.ar/sites/all/modules/ckeditor/ckfinder/userfiles/files/Publicaci%C3%B3n%20Control%20Interno%20Contralor%C3%ADa.pdf>.

THE GLOBAL COMPACT (2013), A Guide for Anti-Corruption risk Assessment, United Nations Global Compact Office Two United Nations Plaza, New York, NY

THE NATIONAL COURT RULES (2015-2021), Committee Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. Pleas. <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/rule-11-pleas/>

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE CRIMINAL DIVISION (2023), Evaluation of Corporate Compliance Programs

WEBER J. K. (2007) Business Ethics Training: Insights from Learning Theory, Journal of Business Ethics

WEISS G. (2018) La nueva ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción. Buenos Aires, Argentina. Cámara Argentina de la Construcción



WILKINSON P. (2014) Countering Small Bribes: Principles And Good Practice Guidance For Dealing With Small Bribes Including Facilitation Payments, Transparency International UK

YMAZ E. (2018) La nueva ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su implicancia para el sector de la construcción. Buenos Aires, Argentina. Cámara Argentina de la Construcción

ANEXO I

Propuesta Práctica Para la Elaboración de un Programa Sólido e Implementable

En el presente anexo se ha recopilado una propuesta que consta de un compendio de cláusulas sugeridas para contar con un programa que cumpla con los requisitos normativos, sea útil e implementable y por sobre todo, eficaz y duradero.

1. Compromiso de la Alta Dirección

Suele comenzarse un Programa con una nota firmada por la autoridad máxima de la empresa, ya que el “Tono” que marque la Dirección será el factor determinante para la generación de la cultura de una organización. En este apartado puede incorporarse una manifestación sobre la tolerancia cero para quienes conscientemente violen los puntos de acuerdo básico, normalmente reflejados en los códigos y políticas, y alentar y apoyar la justicia interna, donde los empleados vean que reciben un trato justo y equitativo, donde se premia al que hace bien las cosas y se disciplina al que no.

2. Responsable de Cumplimiento

Se deberá definir a la persona encargada del diseño, implementación y supervisión del Programa. Se recomienda una enumeración de sus funciones y requisitos de idoneidad para ocupar el puesto, no siendo necesario determinar en ese acto a la persona responsable, pero si la elaboración de un perfil del puesto y los requerimientos que se le harán a quien lo ocupe.

3. Evaluación de Riesgos

El propósito en esta etapa es plasmar el porqué del programa. Aquí se establecerá que se han analizado distintos escenarios de riesgo y elaborado la matriz de riesgos correspondiente. Pueden mencionarse los riesgos identificados, pero lo más importante es que se detalle el plan de acción de cada uno, relacionándolos con los subsiguientes artículos del programa. También es importante que se determine un plazo para su revisión, lo que debería provocar una nueva versión del programa en caso de modificarse los riesgos encontrados.

4. Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos

Siguiendo lo requerido por el art. 23 inc. b) de la Ley 27.401, se deberán elaborar todos aquellos lineamientos que la empresa crea necesarios para contrarrestar los riesgos determinados en el punto anterior.

Se recomienda hacer especial hincapié en cuestiones como:

- Zonas Grises
- Conflictos de interés
- Reglas aplicables a procesos licitatorios o cualquier otra interacción con el sector público
- Políticas y recomendaciones sobre regalos y hospitalidad, donaciones y patrocinio

5. Canales De Denuncia, Medidas Ante Incumplimiento Y Cero Tolerancia A Represalias

Se puede comenzar determinando los medios a través de los cuales la empresa tomará conocimiento de las conductas contrarias al Programa, ya sea a través de un mail, teléfono, o tercerizando a través de empresas especializadas.

En los subsiguientes artículos es propicio establecer cuál será la política de la empresa ante los incumplimientos y cómo se desarrollará el proceso de investigación interna, además de manifestarse en contra de las represalias y las consecuencias que sufrirá quien incurra en las mismas.

6. Medidas Para Una Debida Diligencia A Proveedores, Vendedores, Socios Y Demás Terceros

La necesidad de realizar una labor de debida diligencia que compruebe la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, refleja la importancia para las personas jurídicas de cumplir con este estándar basado en “conocer con quienes contrata o se asocia para realizar negocios”, tanto a nivel local como internacional, según el caso.

Deberá establecerse los requisitos o el procedimiento de selección de proveedores, vendedores, etc.

Aquí también puede pactarse entrenamientos para los terceros y socios, o un Código de Conducta escrito que sea específico para ellos.

7. Debida Diligencia Durante Los Procesos De Transformación Societaria Y Adquisiciones

Se deberá detallar el conjunto de herramientas a través de las cuales, previo a la adquisición o transformación, se analizará la información financiera, contable, comercial, fiscal, legal, aboral, etc. relevante de la sociedad a fusionar o adquirir. Los procesos de verificación permiten al potencial adquirente verificar pasivos declarados e identificar riesgos y pasivos contingentes no declarados por el vendedor, detectar y mitigar riesgos legales, hacer una valuación económica y financiera adecuada de la sociedad a fusionar, absorber o adquirir, acordar pagos de indemnizaciones, depósitos en garantía por determinadas contingencias, e inclusive decidir sobre la viabilidad o no de la inversión.

8. Comunicación y Capacitación

Es imperativo determinar la manera en la cual se transmitirá el Programa a colaboradores y personas interesadas. Se sugiere la disponibilidad del Programa a través de página web, una capacitación inicial y la firma de una declaración jurada para ser anexada al legajo de cada empleado.

En los siguientes artículos se deberá incorporar, idealmente, un cronograma de capacitación periódica, para reforzar la internalización de las pautas contenidas en el Programa.

9. Monitoreo Y Evaluación Continua De La Efectividad Del Programa De Integridad

Finalmente, se sugiere la incorporación de un plan de control del Programa, su contenido y la eficacia de las capacitaciones brindadas. Se sugiere la aplicación de un sistema de aseguramiento, tales como los planteados por ISO 31000 respecto al aseguramiento del proceso de gestión de riesgos, o ISAE 3000 que es el estándar de aseguramiento sobre información financiera.

Si bien el listado precedente se consideraría como un Programa suficientemente completo, existen infinidad de otras cuestiones que agregarían valor, de las cuales podemos citar algunas como:

- ✓ Establecer un sistema de sanciones e incentivos
- ✓ Realización de auditorías regulares, a través de auditores externos
- ✓ Reporte anual de medidas de cumplimiento
- ✓ Formar parte de iniciativas de acción colectiva tales como el Pacto Global de la ONU, Transparencia Internacional, Alliance for Integrity, entre otros.