

APORTES INTERDISCIPLINARES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CULTURA DE INTEGRIDAD EMPRESARIAL

Judith Yanina Bulian

RESUMEN:

La corrupción como fenómeno global requiere conjugar esfuerzos entre todos los actores implicados en una instancia de sinergia que resulte superadora de esfuerzos aislados. La ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresarial se enmarca dentro de una tendencia internacional que pretende enfrentar a la corrupción atribuyendo responsabilidad a las personas jurídicas cuando sus conductas ponen en peligro bienes jurídicos que resultan valiosos para la sociedad. El Programa de Integridad surge como instrumento de auto vigilancia y control a ser implementado por las entidades a los efectos de prevenir y actuar combatiendo la corrupción en el espectro de operaciones de negocios que mantienen con el sector público. La efectividad del Programa deberá ser probada ante fiscales y jueces como parte del ejercicio de una gobernanza comprometida con la ética y la integridad. Sólo mediante un entendimiento colaborativo que ponga de relieve la convergencia de enfoques profesionales diversos y complementarios podremos dar respuestas eficaces y acordes a las realidades que las organizaciones enfrentan en el siglo 21.



1. Introducción

Al contrario de lo que se piensa, el fenómeno de la corrupción no sólo afecta a los gobiernos, sino también a ciudadanos, entidades públicas e instituciones privadas ya que facilita la competencia desleal, compromete el crecimiento económico y expulsa nuevas inversiones. A los efectos de enfrentarla, tanto los marcos legales internacionales, como la rápida evolución de las reglas de gobernanza empresarial en todo el mundo coinciden respecto a que “ni los gobiernos ni las empresas pueden combatir la corrupción por sí solos”, y que “el sector

público y el sector privado deben trabajar de consuno en esa labor” (Naciones Unidas, 2013, p. 1) ¹.

En el más reciente estudio sobre la integridad en Argentina realizado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE, 2019) ², se destaca a la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial 27.401 como un ejemplo claro de progreso en este aspecto, aunque también pone de manifiesto la necesidad de transformar las diversas iniciativas aisladas en un marco de integridad coherente y que abarque a la sociedad en su conjunto. Es que a largo plazo, sólo un enfoque amplio que conjugue esfuerzos de todos los actores: ciudadanos, gobiernos y empresas en pos de promover el desarrollo de una cultura de integridad en la esfera tanto pública como privada, dará resistencia a la corrupción, y permitirá garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo.

La ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas modifica al Código Penal Argentino, extendiendo la punibilidad por el cometimiento de ciertos delitos de corrupción hacia las personas de existencia ideal. Haciéndose eco de los requerimientos formulados a nuestro país por la OCDE, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y los compromisos establecidos por el Grupo de los 20 (G20), establece normas tendientes a regular y perseguir determinados delitos de corrupción perpetrados mediante estructuras societarias, y fomenta la colaboración entre el sector público y el privado tanto en la prevención como en la investigación de los mismos.

La nueva norma se encuentra vigente desde el 1° de marzo de 2018. De acuerdo a la misma, las personas jurídicas de capital nacional o extranjero, conformado éste por inversores privados en su totalidad, o que posean participación estatal; y tratándose de sociedades, fundaciones, cooperativas, asociaciones civiles, e incluso simples asociaciones, podrían resultar inculpadas por los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y la emisión de balances e informes falsos agravados (Ley 27.401, 2017) ³. Todo ello en la medida en que a los fines de consumir el ilícito se hubiere verificado la participación directa o indirecta de

¹ UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Naciones Unidas: Viena.

² OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). (2019). *Estudio de la OCDE sobre integridad en Argentina*.

³ Ley 27.401. Responsabilidad Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 1° de diciembre de 2017.

la persona jurídica, y que contando con su intervención, los actos hubieran sido realizados en su nombre, en su propio interés, o beneficio.

Dado que el legislador supone que a los efectos de materializar los delitos que la ley intenta combatir, se requieren al menos la concurrencia de dos sujetos implicados; uno representante del sector público, y otro representando al sector privado, para Mames (2018) el propósito que inspira a la ley es precisamente el de responsabilizar a la persona jurídica por aquellos defectos o debilidades derivados de una organización interna que resulta ineficaz para impedir el cometimiento de actos de corrupción por parte de ciertas personas en la ley enumeradas, y de los cuales la entidad pudiera resultar beneficiada (p.1) ⁴.

Precisamente, para salvar ese defecto o debilidad organizacional, la sanción de la norma que nos ocupa trae consigo la creación de un novedoso instrumento, el denominado Programa de Integridad, al que otorga una muy significativa relevancia al momento de ponderar la responsabilidad empresarial por corrupción. Entre las consecuencias legales más destacadas se incluyen las de eximir de responsabilidad penal (art. 9), atenuar la eventual sanción (art. 8), es requisito indispensable para acceder a un acuerdo de colaboración eficaz (art. 18), y es condición para resultar oferente hábil en ciertas contrataciones con el Estado Nacional (art. 24) ⁵.

Ahora bien, si bien es cierto que el marco legal define un conjunto de elementos –obligatorios y opcionales- a considerar por los sujetos como componentes que han de estar presentes al momento de concebir sus respectivos Programas de Integridad, y la Oficina Anticorrupción (2018) ⁶ ha provisto de una serie de lineamientos técnicos tendientes a lograr el mejor cumplimiento de lo dispuesto por la norma; el escaso tiempo transcurrido desde la sanción de la ley y su reglamentación, la dilación observada acerca del desarrollo e implementación de sistemas de integridad provinciales adaptados a las realidades subnacionales, y la singularidad que ha de caracterizar al diseño de los mismos, nos conduce a plantearnos grandes interrogantes acerca de los criterios que efectivamente

⁴ Mames, D. (2018). *Responsabilidad penal empresarial: Acuerdos de Colaboración Eficaz, Programas de Integridad y Derecho Penal Premial*. Argentina: Editorial Errepar, Profesional y Empresaria (D&G).

⁵ Ley 27.401. Responsabilidad Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 1° de diciembre de 2017.

⁶ Oficina Anticorrupción Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *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*. Argentina, Presidencia de la Nación, julio 2018. Disponible en: <https://consultapublica.argentina.gov.ar/>

utilizarán tanto fiscales y jueces para evaluar la idoneidad de los programas que hayan sido implementados por las organizaciones llamadas a cumplir con la ley.

En el seno de una sociedad globalizada como la actual, los escenarios empresariales asumen una complejidad que demanda intervenciones profesionales eficaces y claras destinadas a los sujetos afectados, a la par de constituirse como un llamado a ser partícipes activos en esta instancia de consolidación de la ética y la transparencia en el ámbito empresarial.

Desde el punto de vista de las aportaciones que las diferentes disciplinas profesionales podrían otorgar, y en razón de que los mencionados programas quedan enmarcados dentro de una iniciativa de *Compliance* legal penal, podría argumentarse fundadamente que la materia posee una connotación jurídica evidente. Aunque la necesaria utilización de metodologías basadas en la gestión de riesgos y el diseño de procedimientos de control incorporados a los ciclos de transacciones, exigen además los aportes de los profesionales de las ciencias económicas, dada su reconocida *expertise* en los ámbitos de la auditoría y el control interno.

En un intento de sortear la limitación transitoria que implica la ausencia de antecedentes jurisprudenciales de carácter local consecuencia de la reciente sanción de la norma, analizar más detenidamente las consecuencias procedimentales a nivel organizacional derivadas de la implementación del Programa, nos permitirá dimensionar mejor las implicancias del rol que nos involucra como profesionales dedicados a brindar asesoramiento y asistencia técnica a las entidades respecto al fomento y promoción de una cultura de integridad.

2. Respuesta local a la tendencia global

Como ya fuera mencionado durante la introducción, la iniciativa del legislador local se enmarca coherente con la tendencia mundial de exigir una mayor responsabilidad de las empresas en el cometimiento de ilícitos realizados por sus miembros, dependientes, representantes, y socios comerciales cuando sus conductas ponen en peligro bienes jurídicos que resultan valiosos para la sociedad.

Es por ello, que en el contexto de la ley 27.401 que nos ocupa y visto el protagonismo otorgado al Programa de Integridad, se hace preciso indagar en primer término acerca de su naturaleza y las finalidades específicas que persigue.

Desde un punto de vista conceptual, debemos entender al mismo como una práctica de buen gobierno corporativo cuya pretensión esencial es evitar el ejercicio de una gobernanza empresarial imperfecta que resulta consecuencia de deficiencias o debilidades de supervisión, las que finalmente redundan en la tolerancia directa o indirecta de los órganos de la persona jurídica hacia los delitos de corrupción enumerados en la norma.

Para evitar incurrir en tales deficiencias de supervisión, las entidades implementan un conjunto de estructuras organizativas que estando sistemáticamente organizadas, han sido diseñadas con el cometido de asegurar el cumplimiento de la ley en todas las actividades empresariales y el espectro de interacciones de negocios que celebran con el sector público.

Bajo este criterio, el Programa atiende a un objetivo primario de prevención, es decir, evitar el cometimiento de ilícitos o conductas infractoras de la ley por parte de sujetos dependientes o relacionados con la entidad, por los cuales ésta podría verse inculpada.

Mientras que en segundo término, en situaciones en que los ilícitos fueran igualmente cometidos, le permite a la entidad disponer de recursos destinados a lograr una identificación más oportuna acerca de los autores materiales involucrados, para luego ser comunicados ante las autoridades de aplicación, en lo que se reconoce como una instancia de colaboración conjunta entre el derecho público y la autorregulación privada (Bonzón Rafart, 2016, citado en Yebra, 2018, p. 2) ⁷.

3. El programa de integridad y la búsqueda de evidencias que acrediten su efectividad

En sus contenidos, la norma define al Programa como 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”, a la par de exigirle que guarde “relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica” (art. 22) ⁸.

Atendiendo ahora a los elementos o componentes que debería poseer el Programa, la ley ha fijado un piso de tres elementos mandatorios, y una serie adicional de elementos optativos. En cuanto a los últimos mencionados es dable resaltar los cuestionamientos y observaciones formulados por la comunidad de expertos respecto a la clasificación normativa otorgada, en atención al objetivo primordial de garantizar la eficacia y efectividad de la iniciativa.

La redacción de un Código de Ética, o la definición de políticas y procedimientos de integridad; un conjunto de reglas y procedimientos para prevenir ilí-

⁷ Yebra, P. (2018). *Breves notas de la influencia del “Compliance” en el Derecho Penal Tributario*. Argentina: Editorial Errepar, Profesional y Empresaria (D&G).

⁸ Ley 27.401. Responsabilidad Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 1° de diciembre de 2017.

bitos en las compras y contrataciones y otras interacciones con el sector público; y capacitaciones periódicas acerca de los contenidos del Programa dirigidas a directores, administradores y empleados, se definen como elementos mínimos legales que deberían estar presentes en todo Programa de Integridad diseñado para cumplir con el mandato legal (art. 23) ⁹.

Mientras que el análisis periódico de riesgos, el apoyo inequívoco y visible de la alta administración de la entidad, y el monitoreo y evaluación continua de su funcionamiento aparecen nominados como elementos opcionales, aunque de verificarse su ausencia representarían verdaderas lagunas en el proceso de consolidación de una auténtica cultura de integridad empresarial.

Aunque los lineamientos redactados por la Oficina Anticorrupción (2018) ¹⁰ reconocen que la acreditación acerca de la existencia de un Programa y su adecuación a la norma son, dentro del proceso penal, cuestiones de hecho y prueba; en estos tiempos y circunstancias que nos convocan se hace necesario enunciar recomendaciones precisas y claras a los sujetos afectados con el objetivo concreto de que sus respectivos Programas resulten diseñados acordes a la ley no sólo desde el cumplimiento formal, sino además desde una planificación adecuada como instrumento de auto vigilancia que posea capacidades concretas de blindar a la organización y a sus integrantes de los riesgos de corrupción.

En esta dirección, la tarea de enunciar un Código de Ética que exprese el conjunto de valores rectores a ser seguidos por la entidad ante problemas específicos en su desempeño para abordar la corrupción, demanda contemplar situaciones prácticas y concretas, así como las respuestas o posturas que se espera de sus miembros para afrontar esos conflictos. Para lograr una verdadera enunciación que resulte representativa de la cultura organizacional se hace imprescindible contar con la participación y el aporte tanto de los colaboradores de los diversos sectores de la compañía como con el apoyo inequívoco y visible de la alta dirección.

Otra de las características distintivas del Programa a diseñar se refiere a su singularidad. De acuerdo a Naciones Unidas (2013), a los efectos de prevenir y

⁹ Ley 27.401. Responsabilidad Penal. Boletín Oficial de la República Argentina, 1° de diciembre de 2017.

¹⁰ Oficina Anticorrupción Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *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*. Argentina, Presidencia de la Nación, julio 2018. Disponible en: <https://consultapublica.argentina.gob.ar/>

combatir la corrupción de manera eficaz, “no existe un programa anticorrupción de talle único” (p. 10) ¹¹.

La singularidad prevista descansa en un enfoque que prioriza las características distintivas de cada entidad y cómo éstas influyen en el espectro de riesgos de corrupción a los cuales pueden encontrarse expuestas. Factores como el tamaño, la organización jurídica y administrativa que hayan asumido, la localización geográfica de sus operaciones, las modalidades de contratación que utilizan para comercializar sus bienes y servicios, los componentes de la cadena de valor, así como sus socios comerciales, entre otros, determinan los mecanismos de control que deberán implementarse a los efectos de prevenir el cometimiento de los delitos tipificados en la ley, y dando lugar a programas diseñados a medida de cada empresa.

A estos fines, y en una primera etapa de diseño lo esencial es concentrar los esfuerzos de identificación hacia aquellos momentos más críticos de la interacción entre lo público y lo privado, como lo son la instancia de los procesos de contratación –concursos, procesos licitatorios, y todo otro esquema de compras y contrataciones estatales-; y la instancia de ejecución de los contratos resultantes, para de esa forma, estar en condiciones de tomar decisiones de gestión más acertadas tendientes a prevenir su ocurrencia. Mientras que luego se hace necesario contar con un análisis de riesgos que resulte posterior a la operatividad del sistema, y que si bien no resulta mandatorio de acuerdo al artículo 23 de la ley, es un elemento vital a los efectos de conservar la eficacia del Programa ante el dinamismo característico del entorno de los negocios (Oficina Anticorrupción, 2018) ¹².

Por último, el conjunto de reglas y procedimientos específicos para abordar la corrupción, representa una labor esencial tendiente a materializar en las organizaciones la transformación requerida desde un estadio de estrategia de cumplimiento hacia una auténtica cultura de integridad.

Atendiendo a la complejidad propia e inherente a cada caso en particular, es relevante destacar que el diseño de reglas y procedimientos exigidos por la ley han de estar orientados a la identificación de pagos indebidos –sobornos y de facilitación, nacionales y extraterritoriales-, influencias indebidamente ejerci-

¹¹ UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Naciones Unidas: Viena.

¹² Oficina Anticorrupción Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *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*. Argentina, Presidencia de la Nación, julio 2018. Disponible en: <https://consultapublica.argentina.gov.ar/>

das sobre las acciones y decisiones de funcionarios públicos, asientos contables fraudulentos, inadecuada utilización de contribuciones filantrópicas, políticas, y patrocinios. A estos fines, la importancia de llevar libros y registros en estas circunstancias, además de legal se torna estratégica; y el diseño de controles sobre información financiera -integrándolos a los procesos y actividades operativas de la entidad-, materializa en el plano del desempeño la definición de una política anticorrupción clara y categórica; que responde mediante sus contribuciones a la preservación de los activos de la sociedad y al cumplimiento de las regulaciones que les son de aplicación. Para cumplir con las exigencias legales, deberán implementarse controles preventivos y de detección: descripciones de tareas y funciones, controles de acceso a sistemas de información, autorizaciones múltiples, conservación y seguimiento de la ejecución de contratos, exámenes y conciliaciones de cobros y pagos, análisis de la composición de los gastos, divulgación pública de las contribuciones filantrópicas y patrocinios, análisis de la oportunidad de las erogaciones efectuadas, por sólo mencionar algunos ejemplos esenciales. De acuerdo a Naciones Unidas (2013)¹³, las empresas no sólo deben procurar mantener continuamente un ambiente de trabajo acorde con sus valores éticos, -incluso en aquellas que posean una cultura institucional fuerte basada en la confianza y la integridad-, sino que además se debe establecer y mantener un sistema de controles internos orientados a prevenir y desincentivar los riesgos de corrupción en todas las etapas y circuitos de negocios.

Es que precisamente, este sistema de controles internos ayuda a garantizar que los valores y las políticas anticorrupción enunciadas en el Código de Ética de la entidad se vivencian y se aplican de forma eficiente, sin lagunas ni duplicaciones; lográndose asignar responsabilidades claras a los distintos grupos y dando cuentas de la participación de cada uno de ellos en el plan anticorrupción de la organización, para constituirse luego en la base sobre la cual se diseñarán los programas de capacitación demandados por la ley.

4. Conclusiones finales

Como se ha visto, la sanción de ley 27.401 restringe considerablemente el margen de discrecionalidad de las personas jurídicas al momento de acreditar respuestas eficaces frente a los riesgos de corrupción que las afectan. El Programa de Integridad persigue la finalidad específica de constituirse como instru-

¹³ UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito). (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Naciones Unidas: Viena.

mento de auto vigilancia a los efectos de blindar a la empresa y a sus integrantes en todos aquellos procesos en los que interactúe con el sector público. Como toda práctica de buen gobierno corporativo, mediante el conjunto de estructuras organizativas que lo conforman y que a su vez quedan integradas al sistema de control interno de la entidad que lo adopta, lo que se pretende evitar es el ejercicio de una gobernanza imperfecta consecuencia de deficiencias o debilidades de supervisión; y que finalmente puedan manifestarse en la tolerancia directa o indirecta de los órganos de la persona jurídica hacia los delitos de corrupción tipificados en la norma. Su singularidad reside en el conjunto de respuestas que a la entidad le resultan efectivas para evitar esos riesgos en un determinado momento, ante un entorno específico y acordes a su propia envergadura económica. Es por ello que las características particulares que asumirá cada componente del Programa son la resultante de analizar los escenarios de riesgos que rodean a sus principales procesos de interacción con el sector público, el relevamiento de controles existentes que fueran diseñados asociadamente para su mitigación, y la probanza o testeo de su eficacia. Para luego avanzar hacia el diseño de controles que deberán ser integrados a los procesos organizacionales más relevantes, lo que indefectiblemente conduce al involucramiento de las partes interesadas de la entidad, y le otorga a la iniciativa la transversalidad que la caracteriza.

Las formas de organización del trabajo que son típicas en las entidades empresariales, las que dan lugar a multiplicidad de cargos, funciones y jerarquías, asignaciones de responsabilidades y delegación de tareas, son factores que dificultan el encuadre técnico que el derecho penal necesita para atribuir responsabilidad al ente. Mientras que el entramado de operaciones y redes de relaciones de las que suelen servirse los sujetos a los fines de perpetrar los ilícitos de corrupción previstos en la norma dificultan su identificación, facilitan su omisión u ocultamiento, y generan alteraciones significativas respecto a los patrones tradicionales de autoría que se advierten en los delitos comunes. Estas circunstancias elevan el grado de complejidad de los escenarios de riesgos que aborda la Compliance legal penal, requiriendo entonces el ejercicio de un entendimiento inteligente de los factores bajo análisis que sólo podrá ser alcanzado mediante la convergencia de enfoques profesionales diversos y complementarios.

El análisis jurídico esclarece interacciones y sus posibles consecuencias en la materialidad legal de los hechos, a la par de colaborar en la conformación de un programa adecuado planificadamente apto para solventar cualquier eventual estrategia de defensa frente a fiscales y jueces. Mientras que la configuración de los componentes de acuerdo a los lineamientos necesita del aporte de las técnicas de auditoría para el diseño y la probanza de controles, los que en su gran mayoría se vinculan estrechamente con los principales procesos generadores de información financiera.

Desde un entendimiento colaborativo acerca de la interdisciplinariedad profesional que cada vez se torna más necesaria a los efectos de otorgar respuestas acordes a las realidades que las entidades se enfrentan en el siglo 21, el desafío consiste más en actuar de manera conjunta mediante una instancia de sinergia entre las partes involucradas, que en el emprender esfuerzos aislados por cada uno de los actores afectados.