

## FUNCIONES DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE

*María Eugenia Basualdo*

### SUMARIO:

El presente trabajo analiza el cumplimiento normativo o compliance, como una de las herramientas más poderosas del buen gobierno corporativo; el que se pone en marcha mediante el diseño empresarial de políticas, técnicas, regulaciones y procedimientos internos que componen lo que se denomina compliance program (programa de cumplimiento).

Es así, que se encuentran incluidos de manera expresa para cuantificar las penas que deben aplicarse en casos concretos, en tanto se prevé en el art. 304 del Código Penal y 13 del Régimen Penal Tributario que “... para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes...”

También, en los casos que establece la ley 27.401, además de señalarse como parámetro para la graduación de penas de similar manera a los dos supuestos recién citados (art. 8), se habrá de acudir a ellos para la ponderación de la culpabilidad del ente en los casos de responsabilidad propia de la empresa previstos en el art. 6 y tienen otros importante roles que hacen al acceso o no los regímenes de exención de penas y para beneficiarse por la celebración de acuerdos de colaboración –casos estos dos últimos en que la ley requiere que estos programas tengan las características establecida en los arts. 22 y 23 de la misma ley, por lo que el formato sí tiene trascendencia en estos supuestos.

El Compliance como mecanismo de control implica en primer lugar modificar las condiciones de trabajo de muchas empresas, siendo necesario generar un cambio cultural: el empresario, el gerente, los responsables de legales y los directivos no están acostumbrados a tener un mecanismo de control sobre la legalidad de sus actuaciones, más allá del síndico o el auditor contable.



## 1. Conceptualización

El cumplimiento normativo o compliance, es una de las herramientas más poderosas del buen gobierno corporativo; el que se pone en marcha mediante el diseño empresarial de políticas, técnicas, regulaciones y procedimientos internos que componen lo que se denomina compliance program (programa de cumplimiento).

Es así, que el objetivo del compliance es garantizar el cumplimiento de la ley en las actividades empresariales.

En la actualidad, gran cantidad de empresas se les requiere contar un Programa de Integridad, ya sea porque lo explicita la normativa específica de la industria, por exigencia de normativas extranjeras, de la casa matriz o por costumbre.

En las empresas se suele encontrar, una problemática habitual, que va desde no sólo la inexistencia de un programa de cumplimiento, sino el hecho que este sea imperfecto o sólo simulado, con el propósito de eludir la eventual responsabilidad empresarial sin una obligación efectiva con el cumplimiento. A ese fenómeno se refiere como “programas meramente cosméticos” –window dressing compliance programas–; “programa de coartada, blinking and winking –tapar y dejar pasar–; o “programa de cumplimiento de pantalla”.

Cuando se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas es inevitable hacer una referencia a los programas de cumplimiento o compliance.

Para ello, en primer lugar, se debe definirlo, así se encuentran los siguientes conceptos. El que se refiere a las medidas destinadas a fomentar los valores éticos en la empresa llevando a cabo la actividad de manera respetuosa de todas las leyes, y también al intento de establecer un sistema de prevención, control y detección de riesgos penales y de adecuar la estructura de la empresa a las exigencias del ordenamiento jurídico.<sup>1</sup>

Bacigalupo, entiende que el sistema de compliance incluye el abordaje integral de la cuestión, desde el análisis de los riesgos jurídicos, la determinación de actuar contra las irregularidades adoptar los recaudos para restablecer una organización orientada a ese fin, designar un responsable de compliance, fijar una política de capacitación jurídica, documentar las medidas que se adopten, así como las irregularidades descubiertas y el curso de acción ante las mismas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cigüela Sola, Javier “La culpabilidad colectiva en el derecho penal”. Marcial Pons 2015, p. 342.

<sup>2</sup> Bacigalupo, Enrique “Compliance y derecho penal”. Hammurabi. 2012, p. 134.

Entonces se puede decir que los programas de cumplimiento son el conjunto de esfuerzos sistemáticos realizados por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades sean llevadas a cabo sin vulnerar la legislación aplicable. El programa de cumplimiento debe tender a que no se apliquen sanciones a la empresa, mediante la reducción de conductas que faciliten lo delictivo en el desarrollo de la actividad comercial y se realiza a través de un plan para actuar con estricto apego a la legalidad y estableciendo un adecuado sistema de monitoreo de su cumplimiento.<sup>3</sup>

El derecho argentino, a través de la ley 27.401<sup>4</sup> en su art. 22, bajo el título “Programa de integridad”, lo describe 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 comprendidos por esa ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

## 2. Importancia y finalidad del programa de cumplimiento (compliance)

La trascendencia que tiene en la actualidad los programas de cumplimiento está dada por sus diversos roles no solamente en la administración y gestión de la empresa saludable, sino por sus varias funciones potenciales en caso de plantearse en un proceso penal. En la vida normal de la empresa, es una herramienta de buena organización, que permite contener los riesgos de que se cometan delitos en su ámbito o facilitar la detección de los que pudieran haberse cometido. Pero acontecido un resultado dañoso, a su vez, pueden ser importantes tramos de la imputación o de su cese<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Artaza Varela, Osvaldo “Programas de cumplimiento” en Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (Coords): “Responsabilidad de la empresa y compliance”. Ed. B de F -2014. Ps. 231/71

<sup>4</sup> La ley 27.401, llamada de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que fue dictada siguiendo los lineamientos del plan anticorrupción de la OCDE (Organización para la Cooperación y el desarrollo económico), organismo internacional compuesto por 35 estados, en los que Argentina está ingresando junto a otros cuatro países (Brasil, Chile, Colombia y México) teniendo como deber la disposición y cumplimiento en su derecho interno de leyes anticorrupción.

<sup>5</sup> Robiglio, Carolina “Las personas jurídicas en el régimen penal tributario y en la ley penal empresaria” Erreius Compendio jurídico Tema Derecho Penal y Procesal Penal abril 2019, ps. 79/94.

Es así, que se encuentran incluidos de manera expresa para cuantificar las penas que deben aplicarse en casos concretos, en tanto se prevé en el art. 304 del Código Penal y 13 del Régimen Penal Tributario que "... para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes...".

También, en los casos que establece la ley 27.401, además de señalarse como parámetro para la graduación de penas de similar manera a los dos supuestos recién citados (art.8), se habrá de acudir a ellos para la ponderación de la culpabilidad del ente en los casos de responsabilidad propia de la empresa previstos en el art. 6 y tienen otros importante roles que hacen al acceso o no los regímenes de exención de penas y para beneficiarse por la celebración de acuerdos de colaboración –casos estos dos últimos en que la ley requiere que estos programas tengan las características establecida en los arts. 22 y 23 de la misma ley, por lo que el formato sí tiene trascendencia en estos supuestos–.

Por lo antes expuesto, se torna de gran importancia para las personas jurídicas contar con un Programa de Integridad, ya que complementará a: capacitar a los empleados y ejecutivos en la materia y los ayudará para prevenir, reconocer e identificar situaciones de riesgos o actos de corrupción; mapear los riesgos y tener un control sistemático; poder participar de contrataciones públicas de acuerdo con el monto y tener un Programa de Integridad activo podrá ser motivo de graduación de la pena.

El art. 23 de la ley establece que el Programa de Integridad debe contener de manera obligatoria, como mínimo, los siguientes elementos:

- 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 esta 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.

Igualmente, el Programa de Integridad también puede contener de manera optativa: 1) el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del Programa de Integridad; 2) el apoyo visible e inequívoco al Programa de Integridad por parte de la alta dirección y gerencia; 3) los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; 4) una política

de protección de denunciantes contra represalias;5) un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; 6) 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; 7) la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; 8) el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del Programa de Integridad; 9) un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad;1 0) 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.

### **3. Carácter obligatorio del programa de integridad en la ley 27.401**

La norma no establece la obligatoriedad (art. 22 ley 27.401 utiliza el verbo “podrán”) de la implementación de un Programa de Integridad, salvo para el caso de contrataciones con el Estado Nacional en los términos del art. 24 ley 27.401.

El art. 24 del texto citado establece que la existencia del Programa de Integridad “será condición necesaria” para contratar con el Estado Nacional, en el marco de los contratos que: a) según la normativa vigente, por su monto, deban ser aprobados por la autoridad competente con rango no menor a ministro; b) se encuentren comprendidos en el art. 4° del decreto delegado 1023/2001 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos <sup>6</sup>.

Ciertamente, la exigencia impuesta a todo oferente en una contratación pública de desarrollar programas de integridad para la admisión de su oferta, implica la inauguración de “medidas de promoción” en el ámbito de la contratación pública que buscan corregir ciertos vicios —que acaban teniendo carácter estructural—, de los sistemas de selección tradicionalmente basados en la discrecional fórmula de la “oferta más conveniente” en los que es muy frecuente que se introduzcan prácticas aparentemente imparciales y equitativas pero que

---

<sup>6</sup> El art. 1° del dec. regl. 277/2018 estableció que la Oficina Anticorrupción debía establecer los lineamientos y guías necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido por los arts. 22 y 23 de la ley 27.401.

estrechan las posibilidades de ciertos grupos de contratistas o empresarios tradicionalmente relegados por no pertenecer a cierta “élite” vinculada al poder político coyuntural.<sup>7</sup>

Es evidente que la ley otorga a las personas jurídicas la facultad de implementar un modelo de estrategia para promover la integridad y prevenir la corrupción.

#### 4. Conclusión

Aplicar un programa de cumplimiento implica cambios positivos para la empresa; en primer lugar, se efectiviza con el cumplimiento de las regulaciones normativas y en segundo lugar, se acrecienta la cultura ética en todos sus horizontes.

Comparto, con parte de la doctrina, que por las novedades en materia de valoración en el contexto de la imputación penal respecto de los regímenes internos de control y manuales o programas y los efectos de tenerlos, cumplirlos o si son adecuados, o lo contrario, se avizora la relevancia que estos instrumentos tendrán en la determinación de la responsabilidad de las empresas, así como también un importante rol tendrá la actitud que asuman los órganos societarios con funciones de control y fiscalización de la administración.<sup>8</sup>

Este es un camino que inicia y por el cual a las empresas les queda un largo sendero por transitar, a los fines de avanzar hacia un giro verdadero sobre “la cultura de la integridad”. El Compliance como mecanismo de control implica en primer lugar modificar las condiciones de trabajo de muchas empresas, siendo necesario generar un cambio cultural: el empresario, el gerente, los responsables de legales y los directivos no están acostumbrados a tener un mecanismo de control sobre la legalidad de sus actuaciones, más allá del síndico o el auditor contable.

Ciertamente, los cambios culturales llevan su tiempo, por lo que es clave el rol de los socios y directivos de las empresas, los que deben tomar la determinación de implementar un sistema de control en materia de compliance, para motorizar el cambio en las formas de trabajo de las empresas.

---

<sup>7</sup> Von Fischer, Marcela La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Los programas de integridad y la contratación pública La Ley 27/12/2018, 27/12/2018, 1 - La Ley 2018-F, 1096.

<sup>8</sup> Robiglio, Carolina, ob cit. p. 93.

## 5. Bibliografía

- CIGÜELA SOLA, Javier “La culpabilidad colectiva en el derecho penal”. Ed Marcial Pons 2015
- BACIGALUPO, Enrique “Compliance y derecho penal”. Ed. Hammurabi. 2012
- ARTAZA VARELA, Osvaldo “Programas de cumplimiento” en Mir Puig, Santiago; Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Gómez Martín, Víctor (coords.): “Responsabilidad de la empresa y compliance”. Ed. BdeF -2014, p. 231/71
- ROBIGLIO, Carolina “Las personas jurídicas en el régimen penal tributario y en la ley penal empresaria” Erreius Compendio jurídico Tema Derecho Penal y Procesal Penal abril 2019, ps. 79/94.
- CUFRÉ, Denis; RASKOVSKY, Rodrigo; LASCANO Sofia y BOTERO Santiago “ Autorregulación empresarias Herramientas conceptuales” DPyC 2018 (agosto) 17/08/2018, p 229.
- BONINA, Nicolás - DIANA, Nicolás “Ética y cumplimiento normativo (compliance) en las contrataciones públicas: ¿Cómo transformar la cultura organizativa de un país?” Sup. Adm.2019 (marzo), 5 - La Ley 2019-B, 687.
- VON FISCHER, Marcela La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Los programas de integridad y la contratación pública La Ley 27/12/2018, 27/12/2018, 1 - La Ley2018-F, 1096.