

## ¿PUEDE EL SECTOR PRIVADO CONTRIBUIR A MEJORAR LA TRANSPARENCIA EN LOS NEGOCIOS? Los programas de cumplimiento en Argentina

Guillermo Jorge<sup>♦</sup>

### Resumen<sup>1</sup>

En los últimos 15 años, los riesgos de sobornar a funcionarios extranjeros aumentaron exponencialmente para las compañías multinacionales con casas matrices en países de la OECD, y para aquellas que cotizan sus acciones en sus mercados de capitales. Regularmente, estos riesgos pueden ser mitigados si la empresa o los directores prueban que la conducta ha ocurrido a pesar de la existencia de sistemas de prevención y control, y de su aplicación efectiva. Estos sistemas - conocidos como “programas de cumplimiento” - se orientan a reducir la oferta de sobornos y de conductas reñidas con la ética en los negocios. Este trabajo describe el estándar internacional que regula los programas de cumplimiento y, sobre la base de una exploración empírica realizada en relación con los programas de cumplimiento en Argentina, discute el potencial que estos programas tienen para reducir - o desplazar hacia las empresas que no adoptan estos estándares - las instancias de pedidos de o aceptación de demandas de sobornos, especialmente en Argentina.

---

<sup>♦</sup> El autor es abogado y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Se especializa en temas de derecho penal e internacional, y cuenta con una amplia experiencia en problemas asociados al control de la corrupción, la criminalidad transnacional organizada y el lavado de activos. Es consultor de varias organizaciones internacionales, bancos multilaterales, agencias gubernamentales y empresas privadas. Es profesor invitado del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés, donde dirige el Programa de Transparencia y Control de Corrupción. Es abogado (pro bono) de la Fundación Poder Ciudadano, y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

<sup>1</sup> Este trabajo fue escrito en el marco del proyecto Acciones Colectivas para reducir la corrupción en Argentina, con el apoyo de la *Siemens Integrity Initiative*. Agradezco la invaluable colaboración de Catherine Greene, asistente del proyecto, quien trabajó intensamente en la búsqueda de información, el análisis de datos y en las correcciones finales.

## 1. Introducción

Desde 1999, con la entrada en vigor de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE), los riesgos de incurrir en prácticas corruptas en el exterior aumentaron exponencialmente para las compañías multinacionales con casas matrices en los países que ratificaron el tratado y para aquellas que cotizan en sus mercados de capitales. “Sobornar en el extranjero”, pasó de ser una prohibición de aplicación exclusiva – y simbólica – en los Estados Unidos<sup>2</sup> a un complejo entramado de prohibiciones penales y administrativas, usualmente multi-jurisdiccionales, y con consecuencias jurídicas en los regímenes sancionatorios de las instituciones multilaterales de crédito. La aplicación de estas reglas actualmente no solo es real sino también muy severa.<sup>3</sup>

Originalmente, los modelos de atribución de responsabilidad a la casa matriz de una empresa multinacional o a las personas físicas que integran sus órganos directivos, por los sobornos pagados en el extranjero, siguieron los principios jurídicos predominantes en cada país para atribuir y graduar la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus dependientes, tanto en materia civil o administrativa como penal. Actualmente, sin embargo, se observa una convergencia de estas variantes. El factor de atribución central es el desinterés de la organización – o de sus directores – por el control colectivo. Este desinterés se manifiesta en deficiencias de organización interna de la empresa la cual no ha sido capaz de evitar la conducta reprochada: sea porque sus sistemas de prevención y control interno no están diseñados adecuadamente para prevenir tales riesgos, sea porque los encargados de hacerlos cumplir no ejercieron los poderes de vigilancia necesarios para evitarla.

---

<sup>2</sup> Estados Unidos prohibió los sobornos en el extranjero en 1977, cuando entro en vigor la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Sin embargo, entre 1977 y 1999 la ley fue aplicada a menos de 10 casos, y las sanciones, en comparación con el escenario actual, era extremadamente leves. Véase Shearman & Sterling LLP, *FCPA Digest: Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt practices Act of 1977* (enero 2012), disponible en: <http://www.shearman.com/files/Publication/bb1a7bff-ad52-4cf9-88b9-9d99e001dd5f/Presentation/PublicationAttachment/590a9fc7-2617-41fc-9aef-04727f927e07/FCPA-Digest-Jan2012.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

<sup>3</sup> Entre 2006 y 2010, los países de la OCDE impusieron más de 5000 millones de dólares en sanciones por violación de las normas que implementan el tratado. Véase Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio completo sobre las repercusiones negativas en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, de la no repatriación a los países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente*, (2011), A/HRC/19/42, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-42\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-42_sp.pdf) (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

Regularmente, estos sistemas de atribución de responsabilidad – sea individual o corporativa, sea administrativa, civil o penal –, admiten la posibilidad de excluirla o atenuarla si la empresa o los directores prueban que la conducta ha ocurrido a pesar de la existencia de tales sistemas de prevención y control, y de su aplicación efectiva. Jurídicamente, los “programas de cumplimiento anticorrupción” son, en algunos ordenamientos, el umbral de riesgo permitido que excluye la imputación objetiva y, en otros, criterios de determinación de la pena que la atenúan o, inclusive la excluyen.

Tales programas son al sector privado, lo que las medidas tradicionales de prevención de la corrupción – códigos de conducta, regímenes de conflictos de intereses e incompatibilidades, declaraciones patrimoniales de bienes, sistemas de reportes de violaciones a tales reglas y sistemas para remediar tales violaciones – son al sector público. Mientras estas últimas medidas se orientan a disminuir la demanda de sobornos, los programas de cumplimiento se orientan a reducir la oferta. Por ello, teóricamente, tienen un enorme potencial para reducir – o desplazar hacia las empresas que no adoptan estos estándares – las instancias de pedidos o aceptación de demandas de sobornos.

Este trabajo explora esa hipótesis. Nos preguntamos por los efectos que los programas de cumplimiento han tenido hasta el momento en Argentina en la reducción de instancias de corrupción. En atención a que los programas de cumplimiento tienen un claro origen extranjero y han sido adoptados como un estándar internacional, nuestro artículo contribuye a la literatura que reflexiona sobre la relación entre las instituciones locales y las internacionales y evalúa en qué medida esta relación es complementaria – las instituciones internacionales ayudan a las locales a superar sus deficiencias –; indiferente – las instituciones internacionales satisfacen sus propios intereses que pueden o no complementar los de las instituciones locales –; o sustitutiva – las instituciones internacionales sustituyen o reemplazan a las instituciones locales y, en consecuencia, no contribuyen a su desarrollo.<sup>4</sup>

Nuestras reflexiones son el resultado de la revisión de la literatura existente; la realización de 16 entrevistas en profundidad a oficiales de cumplimiento con responsabilidades en Argentina, en América Latina y en todo el mundo; la participación de 6 reuniones del “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” que organiza bimestralmente el Centro de Gobernabilidad

---

<sup>4</sup> Kevin Davis, et al., “Anticorruption Law in Action: two case studies”, (trabajo presentado en el panel “Transnational Law and Politics” en el 43 American Political Science Association Annual Meeting, 3 de Septiembre de 2011, Seattle, Estados Unidos).

y Transparencia de la Escuela de Negocios IAE; y los resultados de una encuesta anónima respondida por 70 responsables de programas de cumplimiento en Argentina.

Para poder explicar la hipótesis propuesta, el trabajo describe, en la Sección 2, el estándar internacional para reducir la corrupción en los negocios internacionales, haciendo referencia a su implementación en las tres jurisdicciones que mayor actividad legislativa y jurisdiccional han desplegado en el área: Estados Unidos, el Reino Unido y Alemania. Seguidamente, en la Sección 3 se rastrea teóricamente el origen de los programas de cumplimiento como técnica jurídica, y en la Sección 4 se examina los componentes de dichos programas a la luz de los resultados obtenidos de las entrevistas y la encuesta realizada sobre su aplicación en Argentina. Finalmente, la sección 5 se detiene en posibles estrategias del sector privado para aumentar la transparencia en los negocios.

## 2. El estándar internacional contra el soborno transnacional

### 2.1) El escenario internacional

En los últimos 20 años, la preocupación por la reducción de la corrupción ha escalado hasta ocupar el centro de la agenda internacional. La caída del muro de Berlín y la apertura de nuevos mercados generaron, especialmente entre los países exportadores, la necesidad de establecer reglas comunes para las oportunidades de inversión que se abrían en el mundo en desarrollo. La combinación de esos factores permitió que la corrupción pública dejara de ser un “asunto interno”, protegido por el principio de soberanía – como había sido considerado hasta ese momento – para convertirse en motivo de escrutinio internacional.<sup>5</sup> Durante los años ‘90 proliferaron los estudios que confirmaron que la corrupción, o más precisamente algunas expresiones de este fenómeno, constituyen un importante obstáculo para el desarrollo económico<sup>6</sup> y para la consolidación del sistema democrático<sup>7</sup>.

Una parte importante de esta agenda se concentró en las relaciones entre corrupción y desarrollo. Principalmente guiados por el paradigma del fortalecimiento del Estado de derecho, infinidad de estudios y programas de implementación de políticas públicas fueron

---

<sup>5</sup> Guillermo Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008).

<sup>6</sup> Susan Rose-Ackerman, “When is Corruption Harmful?” y Pranab Bardhan, “Corruption and Development: A Review of Issues”, ambos en *Political Corruption. Concepts & Contexts*, eds. Arnold Heidenheimer y Michael Johnston (New Brunswick, Nueva Jersey: Transaction Publishers, 2002).

<sup>7</sup> Guillermo O'Donnell, “Illusions about Consolidation”, *Journal of Democracy* 7 (1996): 34. Gretchen Helmke, y Steven Levitsky, *Informal Institutions & Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 2006).

dirigidos a evitar los escenarios más extremos, en los cuales la corrupción pone en juego el acceso a los bienes básicos como la alimentación, el agua potable, la educación y la salud. Los resultados de estos esfuerzos han sido modestos.<sup>8</sup> La mayoría de los observadores de estos procesos coinciden en que se requieren estrategias de largo plazo, dispuestas a acompañar el ritmo – de avances y retrocesos – de desarrollo institucional y económico de cada país.<sup>9</sup>

Otra parte de esta agenda, la que mira con mayor atención este trabajo, se ha concentrado en los efectos de la corrupción sobre la competencia comercial, especialmente en los negocios internacionales. El sector privado es un actor muy activo en su diseño y en su implementación.<sup>10</sup>

Como ha ocurrido con otros regímenes jurídicos expandidos homogéneamente en el mundo en la última globalización,<sup>11</sup> los consensos que reflejan los estándares internacionales han sido acordados en el seno del G7, y su implementación impulsada primero desde la OCDE y luego diseminada desde la ONU, las organizaciones internacionales regionales – Unión Europea, Organización de Estados Americanos, Unión Africana, etc. – y las instituciones internacionales de crédito. Cada uno, por supuesto, en la medida de sus posibilidades e intereses.

Además de la implementación nacional de estos estándares, los principales Bancos Multilaterales de Crédito – el Banco Mundial y los Bancos Interamericano, Asiático, Africano y Europeo de Desarrollo – también han aumentado los riesgos para las empresas que participan en actividades corruptas y de ese modo, se han constituido en un actor relevante de este régimen jurídico. En la última década, todas estas instituciones crearon departamentos de integridad institucional encargados de monitorear el destino de los créditos otorgados a los países. De esta forma, además de referir el caso a las autoridades del país donde se produce el desvío – medida que rara vez tiene consecuencias –, estos sistemas han generado una sanción

---

<sup>8</sup> Peter DeShazo., “Anticorruption Efforts in Latin America. Lessons Learned”, *Policy Papers on the Americas Center for Strategic and International Studies (CSIS) Americas Program* 18 (2007), disponible en: [http://csis.org/files/media/csisis/events/070913\\_antikorruptionefforts\\_finalreport.pdf](http://csis.org/files/media/csisis/events/070913_antikorruptionefforts_finalreport.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). Stephen Morris, “Corruption in Latin America”, *The Latin Americanist* 49 (2008): 5.

<sup>9</sup> Michael Johnston, *Syndromes of Corruption. Wealth Power and Democracy*. (Nueva York: Cambridge University Press, 2005).

<sup>10</sup> Mark Pieth, *Harmonising Anti-Corruption Compliance: The OECD Good Practice Guidance 2010* (St. Gallen, Zürich: Dike Verlag AG, 2011).

<sup>11</sup> Guillermo Jorge, “Políticas de Control de Lavado de Dinero”, en *Drogas y Prohibición: Una vieja guerra, un nuevo debate*, comp. Juan Tokatlian (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010).

importante que es la exclusión, por un plazo determinado, del contratista infractor de cualquier contrato financiado, total o parcialmente, por esa institución financiera.

Desde abril de 2010, los cinco Bancos multilaterales mencionados más arriba suscribieron un acuerdo por el cual aquellas empresas sancionadas por uno de los bancos, bajo ciertas condiciones, también quedan excluidas de la posibilidad de competir por proyectos financiados por cualquiera de ellos. El mensaje para las multinacionales, como fuera señalado al presentar la iniciativa, es elocuente: “defrauda a uno y serás sancionado por todos” [traducción propia]<sup>12</sup>. Dado que la mayoría de los proyectos de infraestructura del mundo son co-financiados por estas instituciones de crédito, para muchas compañías ser sancionadas con la prohibición de participar en todas las licitaciones financiadas por estas instituciones, representa una sanción mucho más gravosa que cualquier multa o decomiso.

Tanto los estándares internacionales en materia de soborno transnacional como los regímenes de exclusión establecidos por los Bancos Multilaterales de Crédito tienen un denominador común: el esfuerzo de las empresas por prevenir los hechos por los cuales son acusadas tiene relevancia jurídica. Estos esfuerzos se manifiestan a través de los “programas de cumplimiento anticorrupción”. Cuando tales programas han sido implementados antes de la ocurrencia del hecho, pueden atenuar (Estados Unidos<sup>13</sup>) o eximir (Reino Unido<sup>14</sup>; Chile<sup>15</sup>) de pena, dependiendo por supuesto de su grado de implementación y las circunstancias del caso. Pero cuando no han sido establecidos antes del hecho que origina la sanción, su establecimiento e implementación efectiva es usualmente parte de las obligaciones impuestas conjuntamente con la sanción.<sup>16</sup> Ello muestra que existe un consenso global que demanda un importante rol preventivo de parte del sector privado.

---

<sup>12</sup> Robert B. Zoellick, “Cross-Debarment Accord Steps Up Fight Against Corruption”, nota periodística publicada por el Banco Mundial en su sitio web (2010), disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:22535805~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>13</sup> US Sentencing Commission, *Federal Sentencing Guidelines 2011, Chapter 8: Sentencing of Organizations* (USSGO), disponible en: [http://www.ussc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/Manual\\_PDF/Chapter\\_8.pdf](http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>14</sup> United Kingdom *Brirbery Act 2010 – Section 7*, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>15</sup> Ley 20.393 De Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20393&idVersion=2009-12-02> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>16</sup> World Bank’s Group, *Debarment with Conditional Release & Integrity Compliance* (2010), disponible en: [http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity\\_Cumplimiento\\_Guidelines.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Integrity_Cumplimiento_Guidelines.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Así como la Convención de la OCDE refleja el consenso sobre la prohibición de sobornar en el extranjero, el consenso en materia de cumplimiento anticorrupción ha sido expresado en las Guías de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento elaboradas por la OCDE en 2010<sup>17</sup> (Recomendación OCDE 2010), una suerte de denominador común y guía hacia la convergencia de las prácticas de cumplimiento. El estándar es lo suficientemente genérico para que cada país adopte el esquema que mejor se adecue a sus instituciones, el cual resulta por lo general del consenso arribado entre la comunidad de negocios y la comunidad política. Por supuesto, estos consensos no están exentos de instancias de coerción diplomática y lobby de diversas comunidades de intereses.

Si bien las medidas proteccionistas adoptadas por muchos países para contener los efectos de la crisis financiera internacional que comenzó en 2008 cuestionaron una parte importante del paradigma que impulsó, inicialmente, la agenda anticorrupción, ninguno de los aspectos asociados a la ética y la transparencia en los negocios – ni los regímenes jurídicos que los implementan – han sido cuestionados. Al contrario, como se advierte por las fechas de las regulaciones citadas en esta sección, muchas de ellas han sido adoptadas durante la crisis, lo que muestra que el consenso que impulsó su origen ha sido reafirmado como una respuesta idónea a los riesgos emergentes.

## 2.2) El estándar contra el soborno transnacional

La prohibición de sobornar en el extranjero<sup>18</sup> constituye la médula del estándar internacional. Esta regla principal se complementa con regulaciones de naturaleza no penal, como las vinculadas al tratamiento impositivo de los sobornos<sup>19</sup>, las recomendaciones sobre cómo controlar los sobornos en los créditos de exportación<sup>20</sup>, las normas específicas de contabilidad

---

<sup>17</sup> OCDE, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance* (2010), disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/44884389.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>18</sup> Véase Convención OCDE, art. 1; y Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC, según sus siglas en inglés), art 16.

<sup>19</sup> OCDE, *Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Official* (1996) disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=c\(96\)27/final&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=c(96)27/final&doclanguage=en) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). A su vez, si se desea consultar, se puede obtener la legislación de cada miembro de la OCDE sobre el tratamiento impositivo de los sobornos en <http://www.oecd.org/dataoecd/58/10/41353070.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>20</sup> OCDE, *Working Party on Export Credits and Credit Guarantees – Council Recommendation on Bribery and Officially Supported Export Credits* (2006) disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/ecg\(2006\)24&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf?cote=td/ecg(2006)24&doclanguage=en) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

y auditoría<sup>21</sup> y la exclusión de contratistas de los sistemas de compras y contrataciones públicas<sup>22</sup>, por mencionar las más notables, cuyo piso mínimo, también es definido internacionalmente a través de recomendaciones y guías de implementación de los tratados<sup>23</sup>. La prohibición penal es el resultado de la internacionalización de la regla originalmente contenida en la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), una de las respuestas al escándalo de *Watergate*, que puso al descubierto que mantener fondos no-contabilizados destinados a fines ilícitos, inclusive sobornar funcionarios públicos extranjeros, era una extendida práctica de las multinacionales estadounidenses.<sup>24</sup>

La prohibición antes mencionada contiene esencialmente los siguientes elementos:

- a. una persona – física o jurídica;
- b. deliberadamente;
- c. ofrezca, prometa o conceda;
- d. cualquier ventaja indebida, pecuniaria o de otra índole;
- e. a un funcionario público extranjero<sup>25</sup>;
- f. directamente o mediante intermediarios<sup>26</sup>;
- g. para su beneficio o de un tercero;

---

<sup>21</sup> Convención OCDE, Art. 8.

<sup>22</sup> En el ámbito de la Unión Europea ver: *Directiva 2004/18/ce* del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios, art. 43 y ss. En el ámbito del Banco Mundial ver: World Bank *Listing of Ineligible Firms & Individuals*. <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>23</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (2010), disponible en: [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541\\_Ebook\\_s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/10-53541_Ebook_s.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). OCDE - Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (2009), disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/40/44176910.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>24</sup> Las especulaciones sobre las motivaciones políticas detrás de esta prohibición incluyen razones de política exterior luego del escándalo con Japón por el caso *Lookheed*; razones de política interna luego de la pérdida de legitimidad que produjo el *Watergate* e inclusive parte de la estrategia para controlar la carrera armamentista durante la guerra fría. Véase Wesley A. Cragg y William Woof, “The US Foreign Corrupt Practices Act and its implications for the Control of Corruption in Political Life”, en *Ethics Codes, Globalization and the Challenge of Self Regulation*, ed. Wesley Cragg (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2005) y Pieth, *Harmonising Anti-Corruption Compliance*....

<sup>25</sup> La FCPA extiende la prohibición a candidatos a cargos electivos y miembros de partidos políticos. La UNCAC extiende la prohibición a funcionarios de organizaciones públicas Internacionales.

<sup>26</sup> La utilización de intermediarios – o cadenas de intermediarios – ha sido el vehículo por excelencia para canalizar sobornos. Por ello, actualmente, la regla para atribuir responsabilidad a una empresa por un soborno pagado por un agente o un intermediario solo requiere probar negligencia para evaluar tal riesgo. Por ello, como veremos en la Sección 2.6, la realización de procesos de debida diligencia sobre los agentes y distribuidores es considerada la mejor práctica preventiva.

- h. para que ese funcionario actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales;
- i. con el propósito de obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

Se trata de un *quid pro quo* definido por el hecho de que quien recibe el beneficio indebido es un servidor público – incluyendo los funcionarios y empleados de empresas con participación estatal<sup>27</sup> – y la transacción tiene por objeto que, quien ofrezca, prometa o conceda la ventaja indebida, obtenga o retenga un negocio internacional.

La definición, aunque aún vigente internacionalmente, ha sido recientemente conmovida por la entrada en vigor de la *United Kingdom Bribery Act* (UKBA) que, por una parte, no distingue entre la corrupción pública y los pagos entre privados y, por otra, no exige que el pago o su ofrecimiento tenga por objetivo obtener o retener un negocio; es decir, también prohíbe los llamados “pagos de facilitación”.

### 2.3) Los pagos de facilitación

Siguiendo el modelo de la FCPA, el estándar internacional inicialmente excluyó los llamados pagos de facilitación; es decir, aquellos pagos realizados a funcionarios para que hagan aquello que están obligados a hacer. En muchos países este tipo de requerimientos son endémicos en diversos organismos públicos.

La FCPA expresamente excluía estos pagos, al admitir una defensa basada en que ellos estaban dirigidos a lograr una “acción gubernamental rutinaria”. Al tratarse de casos multi-jurisdiccionales por naturaleza, carecía de sentido abrir la jurisdicción estadounidense por pequeños pagos realizados en cualquier otro lugar del planeta que, además, no eran percibidos como pagos con capacidad suficiente para influir en la competencia. La misma lógica primó

---

<sup>27</sup> El tema es relevante actualmente en Argentina y otros países en los cuales el Estado ha recobrado su participación en la economía con diversas medidas, incluyendo la participación como accionista en empresas. La mayoría de las legislaciones que implementan el tratado consideran que los funcionarios de empresas con participación Estatal – en el caso de los Estados Unidos, aun no mayoritaria – son funcionarios públicos a los fines de la prohibición. Véase OCDE, *United States Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, 1999, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/50/2390377.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

cuando fue adoptada la Convención OCDE que, como vimos, limitó la prohibición a los pagos dirigidos a “obtener o retener un negocio”.<sup>28</sup>

En los últimos años, sin embargo, esta lógica comenzó a cambiar. A pesar de que cada pago de facilitación es usualmente pequeño, el hecho de que sean tolerados por las autoridades del país en el que ocurren usualmente, torna a dichos pagos una rutina que conspira contra la eficiencia administrativa; impone una suerte de impuesto informal; genera instancias de extorsión; y, sumados, resultan en montos millonarios. Además, en muchos casos estos sí tienen el potencial de afectar la competencia.<sup>29</sup>

En la Recomendación 2010, la OCDE aceptó que estos pagos, a pesar de estar sujetos a la jurisdicción, usualmente penal, de los países en los que ocurren, merecían algún tratamiento internacional. Aunque no fueron equiparados con los sobornos realizados para obtener o retener negocios, la OCDE recomendó a los países miembros que alentaran a las empresas sujetas a su jurisdicción a que prohibieran o desincentivaran este tipo de prácticas, a través de sus programas de cumplimiento.

Esta recomendación representa un desafío importante para el giro comercial de las empresas en aquellos escenarios en los cuales estos pagos son moneda corriente. Cuando la recomendación entró en vigor, sin embargo, una encuesta realizada a 300 multinacionales reveló que el 44% ya prohibía estos pagos en sus políticas internas.<sup>30</sup>

Las exigencias a las empresas sobre cómo comportarse frente a estos requerimientos varían de acuerdo a la jurisdicción. Algunos países directamente prohíben estos pagos, como sucede en el Reino Unido, aunque sus autoridades tienen un amplio margen de discrecionalidad para perseguir estas conductas.<sup>31</sup> A la inversa, en los Estados Unidos estos pagos – definidos

---

<sup>28</sup> Comentario 9 al artículo 1 de la Convención de la OCDE en: OCDE, *Texto del informe explicativo revisado de la Convención sobre Asistencia Mutua en Materia Fiscal enmendada por Protocolo*, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/1/48462535.pdf> (consultado por última vez el 11 de julio de 2012).

<sup>29</sup> Tómense, por caso, las recientes alegaciones contra Wal-Mart de México. Se ha alegado que ha realizado pagos para obtener y acelerar las autorizaciones para instalar sus almacenes y que, gracias a ellos, ha logrado dominar el mercado rápidamente. Véase Alejandra Xanic von Bertrab y James C. McKinley Jr., “Vast Mexico Bribery Case Hushed Up by Wal-Mart After Top-Level Struggle”, *New York Times*, 22 de abril de 2012, disponible en: [http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?\\_r=1&pagewanted=all](http://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html?_r=1&pagewanted=all) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>30</sup> Véase TRACE, *Trace Facilitation Payments Benchmarking Survey* (2009), disponible en: <https://secure.traceinternational.org/data/public/documents/FacilitationPaymentsSurveyResults-64622-1.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>31</sup> La guía emitida por el Ministerio de Justicia indica que solo serán motivo de persecución si los pagos son por montos elevados, o reiterados. Véase UK Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, (2011), 18 y ss., disponible en: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); UK Director of Public Prosecutions y Director of the Serious Fraud Office, *Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud*

originalmente como “esencialmente de orden administrativo”, y a partir de la reforma de 1988 como “pagos dirigidos a obtener acciones administrativas corrientes” – son una defensa interpretada restrictivamente.<sup>32</sup> Aunque los países de Europa continental aún no se han hecho eco de la Recomendación OCDE 2009 expresamente, ello no necesariamente representa una ventaja competitiva para las empresas con casas matrices en dichos países, sencillamente porque las reglas sobre jurisdicción en esta materia no se basan exclusivamente en el territorio donde la casa matriz tiene asiento.

## 2.4) Jurisdicción

La Convención de la OCDE, en su art. 4, insta a los Estados miembros a introducir en sus legislaciones un concepto amplio de “territorialidad” en relación a la jurisdicción sobre hechos de soborno transnacional. Adicionalmente, a aquellos países que reconocen el principio de nacionalidad como base para establecer su jurisdicción, les requiere que extiendan la aplicación de este principio a los hechos de soborno transnacional. Finalmente, todos los países son instados a revisar si los principios jurisdiccionales son suficientes para perseguir efectivamente el soborno transnacional y, cuando ellos resulten insuficientes – como en el caso de Argentina<sup>33</sup> – a que adopten las medidas necesarias para remediar ese déficit.

El Tratado intenta que la más mínima conexión del hecho con algún Estado miembro, le permita a este último ejercer su jurisdicción. Ello ocasiona que empresas con casa matriz en el país A, que cotizan en el país B y producen en el país C estén sujetas, en lo que se refiere al

---

*Office and the Director of Public Prosecutions* (2011), 8 y ss, disponible en: <http://www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery%20act%20joint%20prosecution%20guidance.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>32</sup> “US (DoJ) vs. Panalpina” (2010), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=213> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Triton” (1997), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=triton&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Ball Corporation” (2009), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=ball+corporation&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Avon” (2009), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/Default.asp?mode=1&keywords=avon&sort=name&s=Search> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>33</sup> Argentina no tiene jurisdicción penal para perseguir a sus nacionales por hechos cometidos fuera de su territorio (Código Penal Argentino, art. 1). El Poder Ejecutivo envió al Congreso un Proyecto de Ley para remediar esta situación, el mismo se encuentra disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0012-PE-10.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). Este proyecto fue iniciado en la Cámara de Diputados el 11 de mayo de 2010 (expediente 0012-PE-2010), pero aún no ha sido tratado por el Congreso.

estándar de soborno transnacional y requerimientos de cumplimiento, a las tres jurisdicciones (asumiendo que las tres son partes de la Convención de la OCDE).

En la práctica, las jurisdicciones más activas han sido hasta el momento los Estados Unidos, el Reino Unido y Alemania. Tanto la FCPA como la UKBA han adoptado un criterio amplio de jurisdicción territorial permitiendo que factores tales como cotizar en el mercado de capitales o tener negocios, oficinas de representación o plantas de producción, pueda resultar un nexo jurisdiccional suficiente.

La contracara de esta amplitud es que las empresas corren el riesgo de ser juzgadas en varios países por los mismos hechos, situación que cada vez se verifica con mayor frecuencia. Dado que aún no existe una protección internacional contra el *ne bis in idem*, la Convención OCDE se limita a instar a los Estados miembros a que coordinen sus investigaciones cuando más de uno está investigando los mismos hechos (art. 4.4). Aunque el tema ha sido resuelto dentro de la Unión Europea<sup>34</sup>, aún no existe una respuesta clara para los conflictos jurisdiccionales fuera de Europa. El caso más común es el de subsidiarias de empresas con casa matriz en cualquier país de la OCDE que cotiza en el mercado de valores estadounidense, lo que las sujeta a ambas jurisdicciones y, muchas veces, las confronta con obligaciones contradictorias. Por ejemplo, en Estados Unidos, las empresas son fuertemente incentivadas a realizar sus propias investigaciones internas y a reportar voluntariamente los hechos de soborno al Departamento de Justicia para arribar a un acuerdo. Tales reportes, en muchos países de tradición jurídica continental, son una confesión lisa y llana que no reporta ningún beneficio. En consecuencia, aquello que disminuye las sanciones en una jurisdicción puede aumentarlas en otras.

En cuanto a los programas de cumplimiento, la consecuencia de la multiplicidad de riesgos jurisdiccionales nivela los programas hacia arriba, es decir, ayuda a que las empresas adecuen sus reglas de cumplimiento a los estándares establecidos por la jurisdicción más exigente.

## **2.5) Atribución de responsabilidad a las personas jurídicas**

La Convención OCDE no requiere a los países que sancionen penalmente a las empresas sujetas a su jurisdicción sino que establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, lo que puede ocurrir tanto a nivel penal, civil o administrativo.<sup>35</sup> Básicamente, existen tres modelos para atribuir responsabilidad a las empresas: el que se basa en la

---

<sup>34</sup> Clara Tracogna, "Ne bis in idem and conflicts of jurisdictions in the European Area of Liberty, Security and Justice", *Lex ET Scientia. Juridical Series*, XVIII, 2 (2011): 55.

<sup>35</sup> Convención OCDE, art. 3.

responsabilidad indirecta – del principal por los actos de sus dependientes –, el que se basa en la “teoría de la identificación” – de los órganos de dirección con la compañía – y, el más moderno y hacia el cual los dos anteriores parecieran converger en la práctica, que se basa en la idea de la “desorganización empresarial”.

El modelo basado en la responsabilidad indirecta, que se aplica en los Estados Unidos, deriva del principio – de derecho privado – según el cual el principal es responsable por las acciones de sus agentes. En el derecho penal estadounidense, los actos de cualquier empleado permiten atribuir responsabilidad a la persona jurídica – que puede ser atenuada por muchos factores, como la efectividad del programa de cumplimiento o la cooperación con las autoridades.<sup>36</sup>

El modelo tradicionalmente utilizado en el Reino Unido hasta la sanción de la UKBA en 2010, atribuía únicamente los actos de la alta gerencia a la empresa. La OCDE criticó que este modelo no tomaba en cuenta el grado de descentralización de las empresas multinacionales y presionó fuertemente para que el Reino Unido adoptara un modelo más eficiente.

El tercer modelo – originalmente adoptado en Australia y recientemente en el Reino Unido – atribuye responsabilidad a la empresa por no haber podido prevenir el hecho reprochable. El factor de atribución central es el desinterés de la organización por el control colectivo. Este desinterés se manifiesta en deficiencias de organización interna de la empresa que no ha sido capaz de evitar la conducta reprochada: sea porque sus sistemas de prevención y control interno no están diseñados adecuadamente para prevenir tales riesgos, o bien porque los encargados de hacerlos cumplir no ejercieron los poderes de vigilancia necesarios para evitarlo. Este modelo se detiene más en los indicadores de la “cultura corporativa” que en los comportamientos individuales. El hecho de que este sea el modelo hacia el cual los dos anteriores parecieran estar convergiendo explica la importancia que han cobrado los programas de cumplimiento anticorrupción en las empresas multinacionales. Ellos son, como veremos en la sección siguiente, el vehículo para transformar la cultura organizacional.

Algo similar ocurre en Alemania. Aunque aplicada por los jueces penales que juzgan el hecho principal, la responsabilidad de las empresas en dicho país sigue los principios de la responsabilidad administrativa o “cuasi-penal”. El factor de atribución deriva de la falta de supervisión adecuada de parte de la alta gerencia.<sup>37</sup> Es decir, también aquí la responsabilidad

---

<sup>36</sup> USSGO, disponible en: United States Sentencing Commission, [http://www.ussc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/Manual\\_PDF/Chapter\\_8.pdf](http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>37</sup> Ley alemana de Contravenciones e Infracciones Administrativas (OWiG), 1987, art. 20.

deriva de una deficiente cultura corporativa que permite que algún empleado incurra en hechos de corrupción.

## **2.6) Responsabilidad por los actos de terceros**

La responsabilidad de las casas matrices no se limita a los actos realizados por sus empleados directos. Tanto las convenciones internacionales como las leyes que las implementan también sancionan los supuestos de sobornos pagados por terceros. El objetivo es evitar la práctica tan arraigada de utilizar intermediarios locales, consultores, distribuidores, agentes, subcontratistas o a la propia subsidiaria para canalizar los pagos ilícitos. En otras palabras, se intenta evitar que las empresas multinacionales obtengan negocios a través de sobornos pagados por intermediarios y, si ello ocurre, que queden impunes por no haber participado del hecho.

Actualmente, tanto la FCPA como la UKBA permiten atribuir responsabilidad, no solo por los actos de los empleados de la compañía, sino también por los de aquellos terceros vinculados contractualmente con la empresa – subsidiarias, sociedades en las cuales participa, agentes, distribuidores, franquiciados, subcontratistas, proveedores y otros eslabones en la cadena de valor<sup>38</sup>; pues las empresas son responsables por ser diligentes en su contratación, entrenarlos en el cumplimiento de la ley y controlar la aplicación de la misma.

La extensión de la responsabilidad ha sido acompañada con el cambio del estándar de conocimiento exigido en la casa matriz. Originalmente, la FCPA requería que la acusación probara el conocimiento (dolo directo) de lo que ocurría en las subsidiarias para atribuir responsabilidad a la casa matriz por actos de terceros. Durante ese periodo, las casas matrices preferían desconocer lo que ocurría en sus subsidiarias. Luego de la reforma de 1998, el estándar de conocimiento requerido fue modificado por uno mucho menos exigente, cercano a nuestro estándar para atribuir negligencias (“debió haber conocido”), lo que modificó la estrategia interna de las casas matrices en relación con sus subsidiarias.

Ambas legislaciones en cuestión admiten como defensa un programa de cumplimiento proporcional a los riesgos de la actividad, del cual se desprenda el compromiso de la alta gerencia, la diligencia en la selección de los “agentes directos”, su entrenamiento, y los procesos de monitoreo y auditoría adecuados. En consecuencia, es cada vez más común la

---

<sup>38</sup> Agentes directos, en el lenguaje de las UKBA *Guidelines*, es un concepto que no necesariamente se aplica a las subsidiarias y sus respectivas cadenas de valor. De hecho, según explica Pieth, la Sección 7 del UKBA no genera una responsabilidad automática de la casa matriz por los actos de la subsidiaria; lo que ocurrirá cuando la segunda actúe en beneficio de la primera. Véase Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 37.

extensión del programa de cumplimiento a todos los terceros que podrían generar responsabilidad para la empresa. La casa matriz debe asegurarse que todos ellos cumplan sus estándares éticos. La experiencia muestra que muchas transacciones corruptas han sido mediadas, facilitadas o inclusive iniciadas por alguno de estos terceros. En algunos casos, una empresa puede ser arrastrada a un escándalo, incluso sin saber que parte de una comisión que ha pagado a un intermediario ha sido utilizada para pagar sobornos.

Para liberarse de su responsabilidad, la casa matriz debe probar que no ha sido “ciega frente al dolo”, es decir, que adoptó los recaudos necesarios para cerciorarse que todos sus “asociados” actuarían conforme a las políticas anticorrupción de la empresa. Ello forma una parte importante del programa de cumplimiento que se manifiesta principalmente en: 1) la necesidad de efectuar un análisis de debida diligencia sobre todos los terceros con la profundidad acorde con el nivel de riesgo que presenta cada uno; 2) conservar el derecho de auditar a los terceros; 3) incluir cláusulas de rescisión de las relaciones contractuales en casos de indicios de corrupción; y 4) en el caso de sub-contratistas, exigir que se sujeten al programa de cumplimiento. Además de las cláusulas contractuales, es preciso que los terceros – que muchas veces desconocen el estándar internacional – comprendan la seriedad del problema que un pequeño soborno podría acarrear a la empresa. La responsabilidad, por supuesto, no se extiende a los revendedores de productos.

Finalmente, también es importante destacar que, en algunas jurisdicciones como en Estados Unidos, existe responsabilidad sucesoria en casos de fusiones y adquisiciones, es decir las empresas adquieren responsabilidad por los actos realizados por las fusionadas o adquiridas durante los 5 años previos a la fusión o adquisición.<sup>39</sup>

## 2.7) Sanciones

Las sanciones para las empresas siempre tienen efectos económicos. En el derecho penal son directamente monetarias – multas – con la consecuencia accesoria del decomiso de las ganancias obtenidas – generalmente considerada no punitiva y por ende aplicada aun antes de

---

<sup>39</sup> Véase “US (SEC) vs. GE” (2010), disponible en: The TRACE Compendium, <https://secure.traceinternational.org/Knowledge/Compendium.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Titan” (2005), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=80> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. Syncor International Corporation (2002)” y “US (SEC) vs. Monty Fu” (2007), disponibles en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=106> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); “US (SEC) vs. ITXC” (2008), disponible en: The TRACE Compendium, <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=133> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

la condena.<sup>40</sup> En el ámbito regulatorio, además de las multas, las empresas son usualmente sancionadas con la pérdida de la posibilidad de competir por nuevos negocios con el Estado o la pérdida de beneficios de los que gozaban hasta el momento de la sanción.

Aunque originados en el derecho estadounidense, los agravantes y atenuantes más comunes se adecuan perfectamente al modelo de responsabilidad de las personas jurídicas basado en la “desorganización empresarial”. La reincidencia y la falta de cooperación con las autoridades son usualmente factores agravantes. En cambio, la cooperación y el reporte voluntarios, las reformas para evitar que los hechos se repitan en el futuro – a través del establecimiento o reforma del programa de cumplimiento – son factores atenuantes. Los criterios determinantes para atenuar la sanción – o directamente excluir la responsabilidad – se vinculan con los procedimientos de debida diligencia para detectar las conductas prohibidas; la promoción de una cultura corporativa que incentive conductas éticas y compromiso con los objetivos de cumplimiento; la aplicación de sanciones e incentivos internos – cada vez más asociadas a las políticas de recursos humanos y de compensaciones –; y el funcionamiento efectivo de un mecanismo de denuncias.

El derecho alemán permite la aplicación de multas de hasta un millón de euros – máximo criticado por la OCDE por ser insuficientemente “disuasivo” – y el decomiso de las ganancias obtenidas, sanción que ha demostrado ser bastante más efectiva y disuasiva que la multa. El procedimiento también permite a las empresas la realización de acuerdos con la fiscalía, que generalmente no incluyen consecuencias accesorias de las sentencias, la más importante de las cuales es la exclusión de la posibilidad de participar en licitaciones públicas. Recuérdese que, en el ámbito Europeo, una empresa condenada por hechos de corrupción en perjuicio de intereses de la Comunidad es automáticamente excluida de cualquier licitación pública que tenga lugar en el ámbito de la misma.<sup>41</sup>

## **2.8) Otras áreas reguladas**

Además de prohibir el soborno, el estándar internacional regula una serie de prácticas comerciales comúnmente aceptadas que, en determinadas circunstancias, podrían constituir

---

<sup>40</sup> Este criterio fue recientemente receptado en Argentina para los supuestos de lavado de dinero (Código Penal, art. 304) y delitos financieros (Código Penal, art. 312). El Proyecto de Ley de Modificación de los Delitos contra la Administración Pública (Expte. 8778-D-2010), que cuenta con dictamen favorable de las comisiones de Legislación Penal y Justicia de la Cámara de Diputados, prevé el mismo criterio para los delitos contra la administración pública.

<sup>41</sup> Véase Directiva 2004/18/CE, arts. 43 y ss.

ventajas indebidas asimilables a sobornos: los regalos, los gastos de viajes, los gastos de promoción, las contribuciones benéficas, las donaciones, los auspicios y las contribuciones políticas. Todas estas conductas pueden, bajo determinadas circunstancias, ser consideradas sobornos.<sup>42</sup> La Recomendación OCDE 2010 insta a los países a requerir a las empresas sujetas a su jurisdicción que adopten políticas específicas en cada una de estas áreas que, en conjunto, ha sido denominada “la zona gris”<sup>43</sup>. Por ello es usual encontrar en los códigos de conducta de las empresas una sección que establece la prohibición del soborno y otra que establece las políticas específicas en relación con cada una de estas conductas.

Los principios que permiten diferenciar estas prácticas comerciales de técnicas para encubrir sobornos, son: la razonabilidad, la proporcionalidad y, cada vez más – y en algunos casos contra los dos primeros – la austeridad. Estas evaluaciones dependen del nivel económico del país que se trate, de los niveles jerárquicos dentro de las empresas y, también, de las normas culturales y las prácticas de cada industria – algunas de las cuales han cambiado drásticamente a partir de la atención que se ha deparado a estos temas.

Aunque no esté expresamente recomendada, para aventar cualquier duda sobre estos gastos, muchas compañías han optado por registrarlos y hacerlos accesibles en determinadas áreas de la empresa. Muchos programas de cumplimiento han integrado software específico para que cada empleado registre estas instancias y el equipo de cumplimiento pueda compararlas, auditar aquellas que no aparezcan razonables o proporcionadas, y establecer parámetros que permitan objetivar las nociones de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>44</sup>

Los “regalos”, usualmente entregados o recibidos entre personas físicas, son generalmente en especie y, cuando son de buena fe, se otorgan sin esperar nada a cambio. Muchas compañías prohíben a sus empleados entregar o recibir regalos de funcionarios públicos<sup>45</sup> y solo aceptan entre privados aquellos que sean considerados de cortesía, que contienen publicidad de quien lo entrega y, generalmente, respetan algún tope monetario. Cuando exceden este valor o no aparecen como razonables, muchos códigos de ética empresarial recomiendan su devolución, su usufructo común entre todos los empleados de la compañía, o su donación. Cada vez más,

---

<sup>42</sup> Por ello ha sido llamada “la zona gris”. Véase Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 61.

<sup>43</sup> Pieth, *Harmonizing Anti-Corruption Compliance...*, 61.

<sup>44</sup> Véase TRACE, *The TRACE Gifts & Hospitality Software solution*, disponible en: <https://secure.traceinternational.org/Advisory/gifts-&-hospitality-software.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>45</sup> Especialmente en aquellos países en los cuales los funcionarios públicos tienen prohibidos recibirlos. Es el caso de Argentina, de acuerdo a la prohibición que prevé el art. 8 de la Ley de Ética de la Función Pública (Ley 25.188, B.O. 26/10/1999), disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/norma.htm> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

las empresas registran los regalos entregados y los recibidos, las personas físicas que intervienen, el valor estimado y las fechas. Ello permite establecer patrones y detectar sobornos encubiertos.

La razonabilidad de los “gastos de viajes” y de los “gastos de promoción”, en cambio, está guiada por la vinculación del viaje o de la promoción con el propósito del negocio. Ello ha restringido al máximo la práctica de invitar a posibles socios de un negocio – sean funcionarios públicos o privados – con estadías de lujo; incluir a miembros de la familia en tales viajes; combinar los viajes estrictamente del negocio con estadías de placer u organizar eventos en lugares poco apropiados para el cumplimiento de sus objetivos. Muchas industrias han cultivado, durante décadas, prácticas que no resisten este estándar. Sin embargo, al tratarse de un área cuyos detalles se dejan librados al mercado, existe un problema de acción colectiva: ninguna empresa quiere dar el primer paso para no exponerse a desventajas competitivas. Por ello, las asociaciones sectoriales pueden jugar aquí un rol relevante en “aclarar los grises” de modo de nivelar las reglas de competencia.<sup>46</sup>

Las “contribuciones benéficas” y “donaciones” usualmente no presentan problemas en relación al monto sino al receptor. Estos gastos están generalmente asociados a aspectos de la responsabilidad social empresaria y no debería obtenerse nada a cambio de ellos. El desafío de estos gastos para el programa de cumplimiento radica en haberse cerciorado de que el receptor utilizará los fondos para los fines para los cuales han sido donados. Esta práctica se vincula estrechamente con las “contribuciones políticas”, dado que en muchos países los partidos o candidatos políticos establecen organizaciones sin fines de lucro para sortear las regulaciones sobre financiamiento de campañas políticas. La debida diligencia sobre la entidad receptora y sus vinculaciones es aquí la clave para asegurarse que una donación no se convertirá en una acusación de soborno en el futuro.

### **3. El origen de los programas de cumplimiento**

Los programas de cumplimiento son un producto del derecho estadounidense que se ha ido delineando al ritmo de diversos escándalos corporativos. Durante la década del ‘70, las investigaciones de *Watergate* revelaron la práctica frecuente de las multinacionales estadounidenses de sobornar funcionarios públicos extranjeros. La respuesta, contenida en la

---

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, el Código de Conducta sobre Interacciones con Profesionales Sanitarios, disponible en: [http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR\\_Code%20of%20Conduct\\_SPANISH.pdf](http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR_Code%20of%20Conduct_SPANISH.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

FCPA, no solo estableció la prohibición que daría origen al estándar analizado en la sección anterior, sino que también requirió a las empresas controles financieros específicos que se fueron complejizando en cada modificación posterior.<sup>47</sup> Durante la década de los ‘80, los escándalos en la industria de defensa dieron lugar a la formación de una Comisión Presidencial – la Comisión Packard – que recomendó la implementación de programas de cumplimiento para los contratistas de esa industria, dando lugar a la formación de la *Defense Industry Initiative on Business Ehtics and Conduct*<sup>48</sup>. A mediados de esta década, la respuesta a los escándalos sobre el uso indebido de información privilegiada en el mercado de valores se cristalizó en la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*, que requiere a los intermediarios del mercado de valores el establecimiento de programas dirigidos a prevenir el abuso de información no pública. En la década de los ‘90, la política estadounidense para enfrentar el narcotráfico primero, y la criminalidad organizada y el terrorismo internacional después, delineó programas de cumplimiento dirigidos a evitar el lavado de dinero, es decir, la introducción de dinero de origen ilícito en las instituciones e intermediarios financieros.

Estos desarrollos culminaron en la introducción, en 1991, de un atenuante vital para la responsabilidad penal de las empresas. Las *US Sentencing Guidelines for Organizations* (USSGO) generalizaron, para todos los delitos, el enfoque preventivo basado en la transferencia parcial de la responsabilidad de detectar y prevenir los hechos penalmente reprochables al sector privado. Tal responsabilidad se combina con un esquema de incentivos que mide los esfuerzos preventivos privados a la hora de imponer sanciones.<sup>49</sup>

Desde el punto de vista de la criminología, las estructuras de cumplimiento son un producto del pensamiento que, a partir de los años ‘70, desplazó al modelo correccionalista – basado en las ideas de desviación social y resocialización – por un modelo que incorpora lógicas propias del racionalismo económico y moral, según el cual la criminalidad es entendida como el producto de decisiones individuales basadas en la idea de costo-beneficio y moralmente condicionadas (y no el producto de condicionamientos sociales). Para esta línea de pensamiento, algunos tipos de delitos no deben ser vistos como una “desviación” sino como eventos propios de la interacción social normal y, por ello, explicables a través de patrones

---

<sup>47</sup> Lucinda A. Low, “The OCDE Convention: a US perspective on Combating Bribery in International Business” en *The OCDE Convention on Bribery: a Commentary*, eds. Lucinda A. Low, Mark Pieth y Peter J. Cullen (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2007).

<sup>48</sup> Para mayor información, entrar al sitio web de *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conducts*: <http://www.dii.org/> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>49</sup> Hay que destacar que, en Estados Unidos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un principio aceptado de manera uniforme desde hace más de 100 años. Véase “New York Central R. CO v. United States”, 212 U. S. 481 (1909).

motivacionales estándar. El supuesto fundamental de estas teorías es que el delito no requiere de ninguna motivación o disposición especial, sino que es parte del riesgo propio de las rutinas de la vida social y económica contemporánea. En otras palabras, muchas de las actividades corrientes conllevan el riesgo de que, durante su realización, se transgredan normas – con absoluta independencia de la “predisposición delictiva” individual. Estas teorías han quitado la atención del “delincuente” y la han trasladado a los hábitos de interacción en determinados espacios – por ejemplo, los espectáculos deportivos, los centros comerciales, la “cultura empresarial” – y a las estructuras de control y de incentivos que operan en tal interacción. Se trata de un enfoque de corte preventivo antes que reactivo, cuyo objetivo principal es reducir la disponibilidad de oportunidades para delinquir, incrementar los controles situacionales y sociales, y modificar las rutinas cotidianas.<sup>50</sup>

Este enfoque se combina con la idea de que las organizaciones que realizan actividades riesgosas están en mejor posición para prevenirlas que el propio Estado. El Estado regula el umbral del control y establece la estructura de incentivos. Sobre esa base, cada organización establece, de acuerdo a sus propios riesgos, su programa de cumplimiento. Aplicada al ámbito del soborno transnacional, la lógica sería: hacer negocios alrededor del mundo conlleva ciertos riesgos de corrupción; existen instrumentos apropiados para medir esos riesgos y prevenir la mayoría de ellos; por lo que las empresas que hacen negocios alrededor del mundo deben asumir la responsabilidad por prevenirlos. Cuando a pesar de haberlos prevenido los hechos ocurrieran igual, las empresas deberán reportarlos y determinar si los sistemas de prevención pueden ser mejorados para evitar que vuelvan a ocurrir.

Esta última idea, de reportar voluntariamente – confesar, en nuestro derecho – también forma parte de un giro importante en la lógica tradicional del derecho penal que, durante la mayor parte de los últimos dos siglos ha sido dominada exclusivamente por instituciones estatales especializadas: la policía, los fiscales, los jueces penales sin ninguna intervención privada.

Actualmente, las empresas realizan rutinariamente sus investigaciones internas y reportan voluntariamente los delitos cometidos por sus empleados a las autoridades estadounidenses, británicas, alemanas, suizas, etc. – usualmente cuando existe algún indicador de que, de otro modo, las autoridades harán su propia investigación y las consecuencias podrían ser más graves. En compensación por ahorrar el costo de la investigación, las autoridades pueden disminuir o excluir la pena de la casa matriz por actos de corrupción ocurridos en sus

---

<sup>50</sup> Véase David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

subsidiarias, realizados por sus empleados o por otros terceros conectados con la empresa de acuerdo al estándar delineado en la sección anterior.

La espectacular diseminación alrededor del mundo de las políticas de control del lavado de dinero<sup>51</sup> resultó, en muchos países, en la identificación de la idea de cumplimiento con la de prevención del lavado de dinero. Es el caso de Argentina, donde los sujetos obligados a prevenir el lavado de dinero están obligados a establecer programas de cumplimiento en sus organizaciones. En el ámbito anticorrupción, sin embargo, los programas de cumplimiento no son obligatorios. Ni la FCPA, ni la UKBA obligan a ninguna empresa a establecerlos. Aun así, prácticamente todas las empresas multinacionales los tienen y, actualmente, muchas de ellas los están extendiendo a todas sus subsidiarias y cadenas de valor. Incipientemente, muchas empresas locales que integran las cadenas de valor de empresas multinacionales están adoptando programas de cumplimiento. Desde este punto de vista, los programas de cumplimiento tienen un importante potencial transformador: si todos los empleados de todas las empresas fueran capacitados, incentivados y vigilados apropiadamente, el efecto preventivo debería ser notable. La sección siguiente describe algunos hallazgos acerca de cómo se está desarrollando el fenómeno en la Argentina.

#### **4. Los programas de cumplimiento anticorrupción en Argentina**

Entre los meses de marzo y diciembre de 2011 participamos como observadores del “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” que bimestralmente organiza el Centro de Gobernabilidad y Transparencia de la Escuela de Negocios IAE y condujimos 16 entrevistas en profundidad<sup>52</sup> a oficiales de cumplimiento con responsabilidades en Argentina, en América Latina y en el mundo.

Adicionalmente, entre los meses de noviembre y diciembre de 2011 enviamos un cuestionario<sup>53</sup> en línea a una base de datos<sup>54</sup> de 700 empresas que fue respondido por el 10%

---

<sup>51</sup> Guillermo Jorge, “Políticas de Control de Lavado de Dinero” en *Drogas y Prohibición: Una vieja guerra, un nuevo debate*, comp. Juan Gabriel Tokatlian (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2010).

<sup>52</sup> Las entrevistas fueron abiertas – es decir, no estructuradas – y fueron realizadas en la ciudad de Buenos Aires y en la ciudad de Nueva York.

<sup>53</sup> El cuestionario fue elaborado con asesoramiento de la consultora Poliarquía y testeado durante el mes de octubre de 2011 con 4 casos. El cuestionario y los resultados completos están disponibles en <http://www.udesa.edu.ar/Unidades-Academicas/departamentos-y-escuelas/Departamento-de-Derecho/Programa-control-de-corrupcion> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>54</sup> La base de datos fue construida llamando telefónicamente a las empresas asociadas a las cámaras bilaterales de industria y comercio Argentino Estadounidense, Británica, Alemana, Brasileña y China. Aunque cualquier empresa puede asociarse a tales entidades, asumimos que los socios tendrían mayor conexión con el tema en

de los encuestados. La encuesta fue anónima (el software no permitía identificar al encuestado). Sin embargo, las preguntas iniciales estuvieron dirigidas a identificar las obligaciones jurídicas a las que estaba sujeta cada empresa. De las 70 que respondieron la encuesta, 22 tienen su casa matriz en Argentina, 20 en los Estados Unidos, 8 en el Reino Unido, 5 en Alemania, 4 en España, 3 en Suiza, 2 en Francia, 2 en Brasil y las 6 restantes en otros países europeos. De las 48 empresas con casas matrices en el exterior, 45 cotizan en algún mercado de capitales – principalmente en Estados Unidos. De las 22 empresas Argentinas, en cambio, 14 son sociedades cerradas. De las 8 que cotizan sus acciones en el mercado local, 3 lo hacen, además, en el mercado estadounidense.

Del universo de empresas que respondió, el 75% de las que cotizan en algún mercado de valores dijo haber implementado un programa de cumplimiento anticorrupción en Argentina. Aunque las metodologías utilizadas para este trabajo no permiten realizar afirmaciones concluyentes, generan información útil a los fines de trazar hipótesis interesantes para explorar en el futuro.

Ciertos rasgos característicos de los programas de cumplimiento anticorrupción implementados en Argentina permiten delinear dos enfoques bien diferenciados en la materia: el de aquellas empresas para las que el cumplimiento anticorrupción es únicamente un costo regulatorio y el de aquellas que intentan transformar este costo en una ventaja competitiva. Si bien la información reunida es insuficiente para identificar la existencia efectiva de programas que reúnan todas las condiciones de estos dos modelos alternativos (contrapuestos en su concepción del programa de cumplimiento como costo regulatorio o como ventaja competitiva), su descripción como tipos ideales será de utilidad a los fines de aportar claridad conceptual y desarrollar hipótesis de trabajo que sienten las bases de investigaciones futuras.

Bajo el primer enfoque, el programa de cumplimiento aparece como una serie de formalismos que se superponen a las prácticas previas a su creación: los códigos de ética, normas y procedimientos no están basados en análisis de riesgos concretos; los oficiales de cumplimiento no son personal jerárquico (no desempeñan esta función con exclusividad ni participan de las decisiones de negocio); los empleados no reciben entrenamientos enfocados en cómo enfrentar riesgos reales. Nuestra impresión es que, en estos casos, el cinismo domina el acercamiento a la problemática de la corrupción en general, lo que dificulta reflexionar seriamente sobre cuál es la manera más estratégica de enfrentar el problema, cumplir con las

---

estudio. Sin embargo, cuando consultábamos por una dirección de correo electrónico de la persona encargada de cumplimiento o *compliance*, solo el 15% de las empresas consultadas conocían el término.

expectativas regulatorias y utilizar el programa de cumplimiento como una herramienta de transformación.

En el segundo caso, en cambio, las inversiones en cumplimiento aparecen asociadas a la reputación de la empresa y, en algunos casos, se espera obtener ventajas competitivas de tales inversiones. En estos casos, existe una preocupación por liderar el segmento de responsabilidad social y ética en temas tan diversos como la seguridad laboral, los conflictos de interés, la defensa de la competencia, la protección del medio ambiente, las políticas contra el lavado de dinero o, lo que aquí nos ocupa, las políticas de prevención de la corrupción.

En general, los programas de cumplimiento de estas empresas prefieren incorporar análisis de riesgos locales; usualmente cuentan con personal dedicado a “derramar” las ideas que moldean la “nueva cultura”, y con *staff* de cumplimiento con dedicación exclusiva integrado a la alta gerencia local pero con línea directa a la casa matriz. Se trata, en general, de empresas que han sido sancionadas en alguna jurisdicción o han sufrido problemas reputacionales serios en el pasado y han decidido invertir en una buena reputación.

La literatura que ha explorado los efectos de la reputación es ambigua.<sup>55</sup> Existen estudios que muestran que, en algunos casos, la mala reputación es castigada por los inversores<sup>56</sup> y por los consumidores,<sup>57</sup> y afecta la búsqueda de talentos<sup>58</sup>. Otros sostienen que la buena reputación es económicamente beneficiosa en el largo plazo<sup>59</sup> ya que, en un mundo donde los productos se parecen cada vez más, la “forma” en la que se hace negocios puede ser vista como una ventaja competitiva<sup>60</sup>.

La reputación no tiene, sin embargo, el mismo valor en todas las industrias ni todas las empresas se encuentran en la misma posición para invertir en estrategias de largo plazo; no

---

<sup>55</sup> Lynn Paine, *Value Shift: Why companies must merge social and financial imperatives to achieve superior performance* (Nueva York: Mc Graw Hill, 2003).

<sup>56</sup> Mientras escribimos estas líneas, las noticias informan que las acciones de Wal-Mart USA cayeron casi un 5% y las de Wal-Mart México más de un 12% en la Bolsa de Nueva York (NYSE) como consecuencia de una publicación en el *New York Times*, una semana atrás, que alegaba que la empresa habría pagado sobornos en México para acelerar el proceso de obtención de autorizaciones y permisos para instalarse en ese país. Para mayor información véase: Barney Jopson, “Wal-Mart hit by Mexico bribery claims”, *Financial Times*, 22 de abril de 2012, disponible en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e2055ca0-8d50-11e1-9798-00144feab49a.html#axzz1tHPqKN9v> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>57</sup> Virginia Haufler, “Public and private authority in international governance: historical continuity and change” (ponencia presentada en la Conference on New Technologies and International Governance, Washington DC, 11 y 12 de febrero de 2002).

<sup>58</sup> Matthias Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”, (trabajo presentado en el taller de *Compliance Officers* del IAE - Centro del Gobernabilidad y Transparencia, Buenos Aires, 10 de agosto de 2011).

<sup>59</sup> Kelly Kollman, “Marketing good behavior: the role of transnational business networks in promoting standards of corporate responsibility” (ponencia presentada en la CEEISA/ISA International Convention, Budapest, 2003).

<sup>60</sup> Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”.

todas se exponen a los consumidores masivamente; ni basan sus estrategias en captar talentos excepcionales. La exposición reputacional es mayor para las empresas “grandes” o “conocidas” que para las empresas pequeñas o desconocidas. Además, las empresas grandes tienen más respaldo económico para “dejar pasar” oportunidades riesgosas que las pequeñas o medianas que, precisamente, pueden ver en esos negocios una oportunidad de crecimiento y estabilidad.

Los hallazgos de nuestro estudio permiten identificar algunas características asociadas con estos dos enfoques y delinear líneas de trabajo para futuras investigaciones.

#### 4.1) ¿Programas uniformes o programas basados en el riesgo?

Muchas empresas implementan programas de cumplimiento “prefabricados” es decir, diseñados por encargo de la casa matriz para ser implementados homogéneamente en todos los países en los que opera. De las empresas que respondieron nuestra encuesta, el 64% dijo desconocer si el programa era sensible a los riesgos locales y 16% confirmó que no lo era.

**¿Las Políticas Anticorrupción son sensibles a los riesgos locales?**

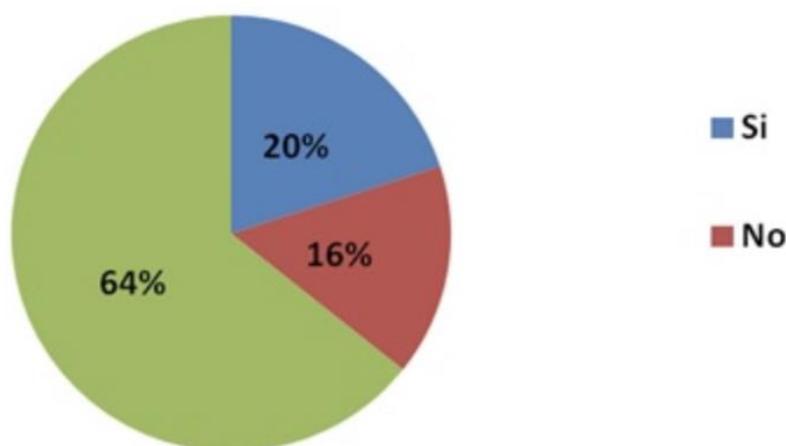


Gráfico 1

La mayoría de nuestros entrevistados están familiarizados y cuentan con herramientas para evaluar los riesgos de sus respectivas industrias y de los países donde funcionan. En algunos casos, atribuyeron la falta de sensibilidad local de los programas a la dificultad de justificar los costos que implicaría la adaptación en las casas matrices. Muchos coincidieron con que, aunque la solución “prefabricada” pueda ser eficiente en el corto plazo (por ejemplo, cuando es la respuesta inicial a una crisis), en otros casos esta solución no solo es inidónea para mitigar riesgos reales, sino que puede entorpecer el giro del negocio si incorpora prácticas desconectadas con problemas reales – aumenta la burocracia interna sin motivos que la justifiquen y resta legitimidad a los oficiales de cumplimiento que no pueden justificar la razonabilidad de tales medidas.

Para que los programas de cumplimiento cumplan la función preventiva que de ellos se espera, su implementación debe ser precedida por una evaluación de riesgos concretos – y por ende locales – que enfrenta el mercado en el que opera la empresa.

Algunos programas presentados durante el “Taller de *Compliance* y Buenas Prácticas” utilizan rankings internacionales – usualmente el que anualmente elabora Transparencia Internacional sobre la percepción de la corrupción en cada país – e intensifican los procedimientos de control y diligencia allí donde se percibe que los riesgos son mayores. En los escenarios más riesgosos, no necesariamente se necesita una mayor participación de los funcionarios locales en la definición de riesgos y medidas para enfrentarlos (en general son definidos por el oficial de cumplimiento global). Sin embargo, algunos entrevistados manifestaron que con el transcurso del tiempo y el desarrollo de relaciones de confianza con los oficiales de cumplimiento global, aumentan las instancias para los funcionarios locales de participar en tales definiciones.

#### **4.2) “*Tone from the top*”**

El eslogan “*tone from the top*”, corriente en el lenguaje de cumplimiento, transmite una idea esencial: las máximas autoridades de la compañía son quienes dan el ejemplo a seguir por el resto de los empleados. Si los empleados no perciben que el compromiso ético ha sido incorporado por la alta gerencia en sus rutinas diarias (“*walk the talk*”), los programas de cumplimiento, casi con certeza, no surtirán efecto alguno o, inclusive, serán contraproducentes. Si el mensaje es ambiguo o no creíble en la alta gerencia, no puede esperarse un compromiso mayor de parte de los empleados. En este sentido es sumamente importante resaltar que no bastará con el compromiso moral individual, sino que es necesario

que tal compromiso sea reflejado en su accionar diario. El compromiso interno es insuficiente, porque no brinda un ejemplo claro a los demás.<sup>61</sup>

Las compañías multinacionales son, usualmente, organizaciones altamente descentralizadas. Por muchas décadas y en muchas industrias, las relaciones entre la casa matriz y las subsidiarias se limitaron a los resultados económicos. Las estructuras de cumplimiento desempeñan, en cambio, una función centralizadora porque su principal objetivo es que los empleados y terceros que se relacionan con la compañía respondan a los mismos estándares éticos con independencia del país en el que se encuentren.

La alta gerencia de cada subsidiaria juega en este aspecto un rol central. Algunos oficiales de cumplimiento entrevistados perciben que mientras el mensaje que reciben desde la casa matriz es consistente, el mensaje que reciben desde la alta gerencia local, aunque no contradictorio, es algo más ambiguo, propenso a aceptar excepciones o a reinterpretar reglas si ello contribuye a mejorar la performance económica. Con el objetivo de facilitar la tarea de las gerencias de cumplimiento, algunas multinacionales han implementado programas de entrenamiento específicos para las altas gerencias de cada subsidiaria, no solo en el contenido de las reglas sino en cómo reflejar su aplicación cotidianamente. Otros entrevistados, sin embargo, dejaron entrever ciertas ambigüedades desde la casa matriz y poco interés en resolver estas diferencias.

Finalmente, es importante resaltar que el compromiso reflejado en las conductas de la alta gerencia debe coincidir con las prescripciones del código de ética o de conducta adoptado por la compañía. Por supuesto, muchos dilemas aceptan más de una solución éticamente satisfactoria. Sin embargo, el código de conducta debe reflejar las soluciones posibles aceptadas por la empresa. Si se advierten soluciones más adecuadas, lo que corresponde es reformar el código de ética. Pero apartarse de su letra – aun sin contradecir sus principios – envía mensajes ambiguos a la comunidad a la que está dirigido.

---

<sup>61</sup> Un oficial de cumplimiento local lo graficaba con el siguiente ejemplo: 4 funcionarios de la alta gerencia de la subsidiaria, incluido el CEO, habían recibido el mismo regalo de un cliente. El valor excedía los parámetros establecidos por el código de conducta de la empresa el cual disponía que en ese caso los regalos debían ser devueltos o, cuando la devolución pudiese interpretarse como una falta de cortesía, debían donarse a entidades sin fines de lucro. Cuando los regalos fueron recibidos, el CEO estaba de viaje. Un funcionario devolvió el regalo inmediatamente, sin consultarlo previamente. Los otros dos los mantuvieron cerrados en sus oficinas. Cuando el oficial de cumplimiento se ofreció a ayudarlos con la devolución, ambos respondieron que esperarían ver la conducta del CEO quien, a su regreso, devolvió el regalo. El ejemplo ilustra, por un lado, cómo la conducta del CEO local influencia diariamente el trabajo de cumplimiento y, por otro, que la conducta de “la autoridad” es más relevante que la regla escrita.

### 4.3) Organización y rol del área de cumplimiento

Aunque los estándares internacionales o las leyes que los implementan no interfieren en la forma en la que cada empresa organiza internamente su área de cumplimiento, usualmente recomiendan contar con un oficial de cumplimiento que tenga responsabilidad operativa sobre el programa. Tampoco se exige que haya un área o departamento exclusivo dedicado a este tema. Muchas empresas, especialmente las medianas y pequeñas asignan la responsabilidad del programa local a otras gerencias. De las empresas que respondieron nuestra encuesta, solo el 23% tiene en Argentina al menos un funcionario dedicado exclusivamente a la implementación del programa de cumplimiento. El 47%, en cambio, ha asignado esa responsabilidad a otra gerencia.

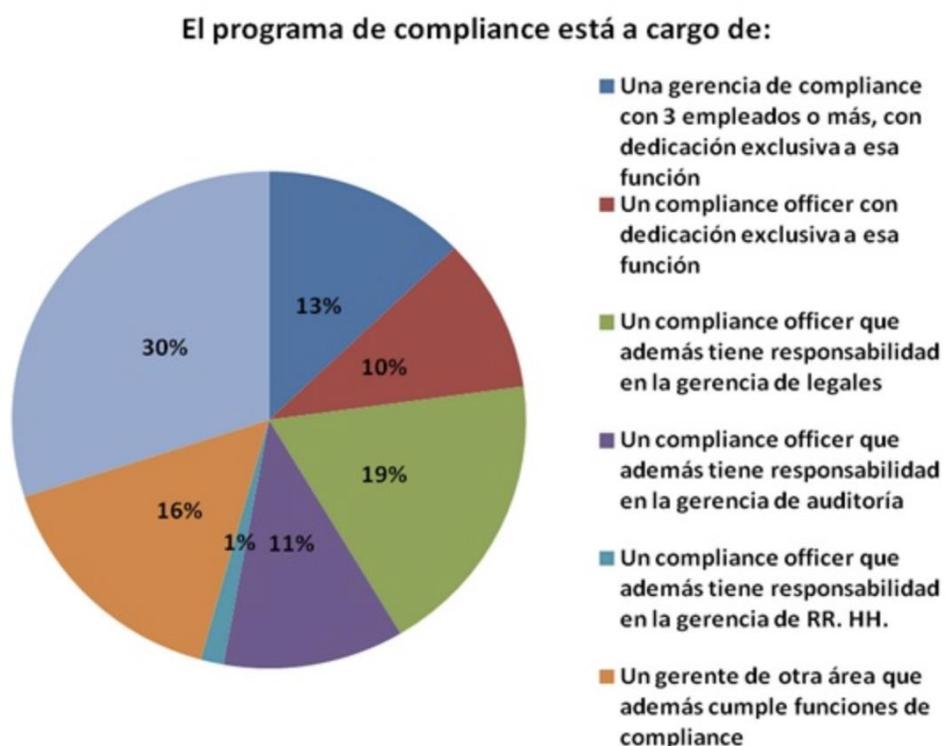


Gráfico 2

Si bien solo el 10% de las empresas que recibieron la encuesta la respondieron – lo que permite especular que un alto porcentaje decidió no participar porque no tiene una estructura de cumplimiento –, la mayoría de ellas dijo contar con un programa de cumplimiento. Sin

embargo, solo el 24% de las empresas que respondieron, tiene personal dedicado exclusivamente a estos temas en todos los países en los que opera, y alrededor del 45% tiene responsables globales o regionales que se apoyan localmente en otras gerencias.

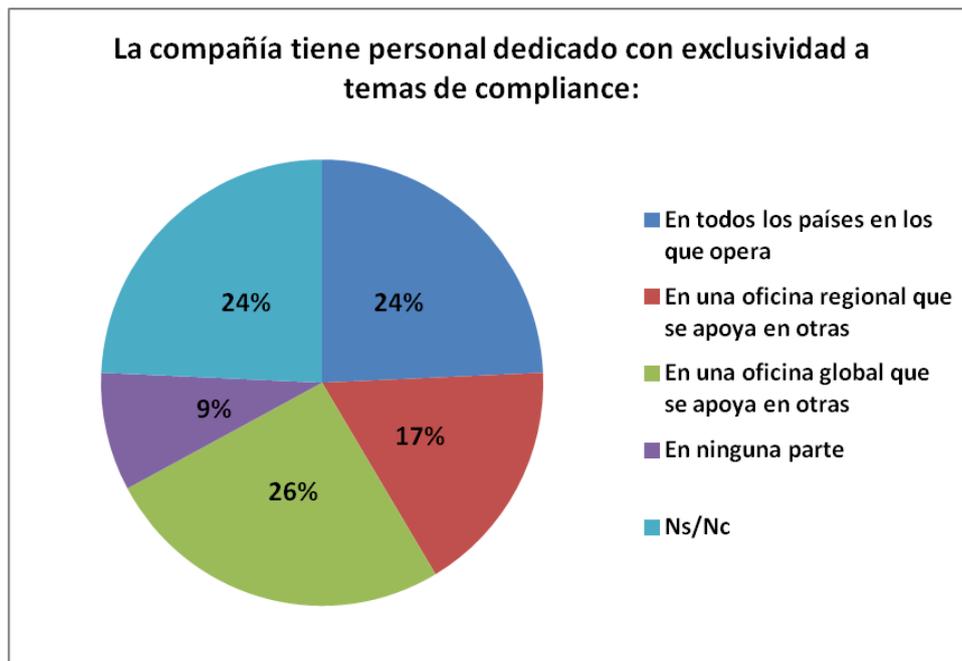


Gráfico 3

Cuando se presentan estas estructuras, y en atención a las diferencias que señaláramos en el apartado anterior entre las casas matrices y las subsidiarias, pareciera razonable que los oficiales de cumplimiento local reporten tanto a la alta gerencia local (CEO o CFO, por sus siglas en inglés) como a la estructura de cumplimiento regional o global. Ello aumenta su autonomía para canalizar inquietudes que no siempre encuentran soluciones inmediatas en la

alta gerencia local o en la casa matriz. Esta situación, se registra en el 37% de las empresas que respondieron a nuestra encuesta.



Gráfico 4

En cuanto al rol del oficial de cumplimiento, la literatura coincide en que lo ideal es integrarlo a la alta gerencia, tanto por el compromiso que ello implica como por la importancia de su integración al giro del negocio. Si el oficial de cumplimiento debe guiar a la organización en cómo asumir determinados riesgos asociados a una diversidad de temas, no solo debe ser capaz de comprender los aspectos comerciales, sino que su evaluación de riesgos debe acompañar el proceso de gestación de cada negocio.<sup>62</sup> En la mayoría de las empresas que respondieron la encuesta, los oficiales de cumplimiento son percibidos como asesores acerca de lo que está prohibido o permitido (30%), mientras que un porcentaje inferior (10%) los considera como auditores. Es alentador que un porcentaje relativamente alto (24%) respondió que el oficial de cumplimiento es percibido como un consultor de riesgos y que solo un mínimo porcentaje respondió que el oficial de cumplimiento era percibido como un “inhibidor de negocios”.

<sup>62</sup> Kleinhempel, “Compliance Officers: entre la teoría y la realidad”.

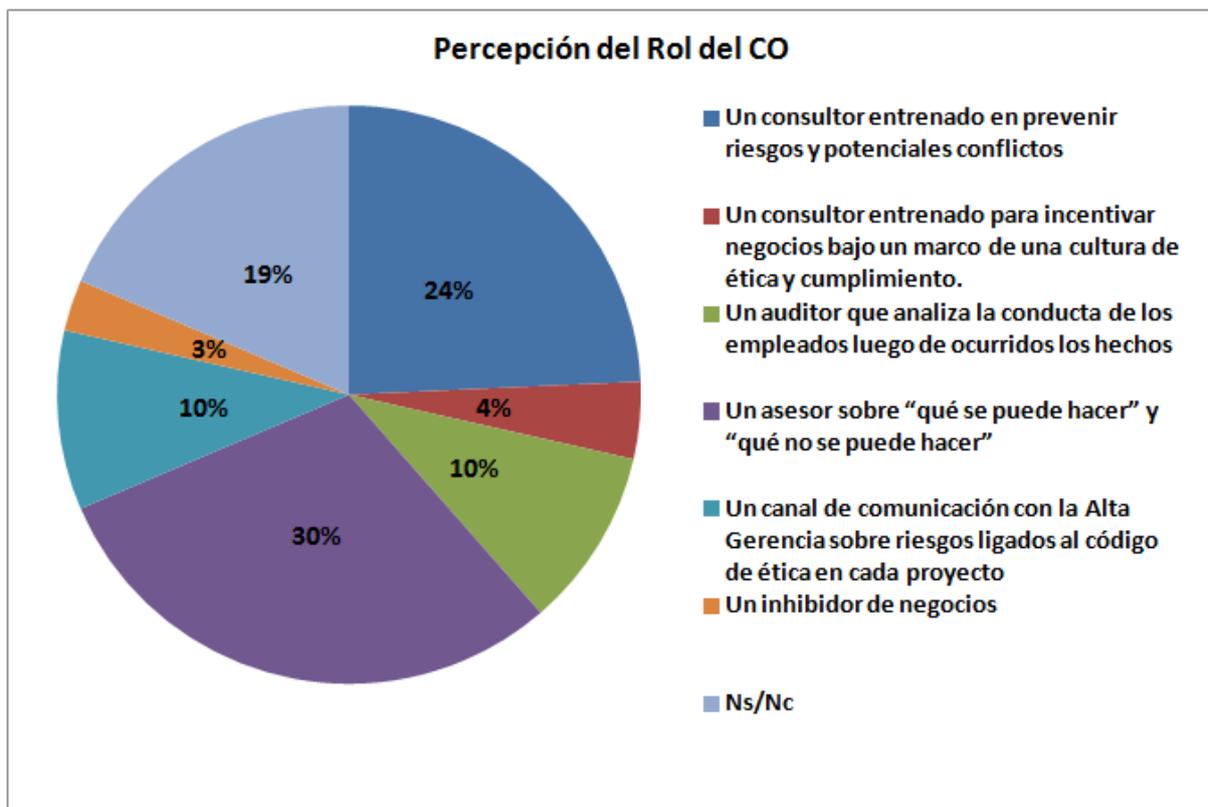


Gráfico 5

Las empresas que respondieron no contar con funcionarios exclusivamente dedicados a temas de cumplimiento asignan esta responsabilidad a la gerencia de legales (19%) o de auditoría (11%) – ver gráfico 2.

#### 4.4) Entrenamiento de los empleados y comunicación

El objetivo último de los programas de cumplimiento es que los empleados internalicen las reglas del código de conducta en sus rutinas diarias. El país, la industria y la cultura de cada empresa en particular determinan el grado de esfuerzo necesario para lograr este objetivo.

La “capacitación” de los empleados es uno de los caminos para lograrlo. Sin embargo, enseñar estándares éticos a personas adultas es un desafío pedagógico importante. Existen muchas técnicas testeadas – desde desarrollar las políticas participativamente para comprender qué piensan los empleados; intercambiar roles entre quienes venden productos y los oficiales de cumplimiento; ser “víctima” de las propias reglas que uno pretende aplicar al resto; consensuar los extremos y detenerse en las zonas grises, etcétera.

Las técnicas de entrenamiento utilizadas en las capacitaciones muchas veces son buenos indicadores del éxito que tendrán en la internalización de sus contenidos. Las grandes

corporaciones utilizan, muchas veces, entrenamientos online diseñados por la casa matriz. Estos entrenamientos son útiles para crear un conocimiento homogéneo sobre los estándares básicos, sobre las responsabilidades de las diferentes estructuras comprometidas y sobre los procedimientos a seguir frente a la necesidad de consultas o de reportes de violaciones. Sin embargo, usualmente no son útiles para resolver los dilemas éticos diarios y las zonas grises, especialmente del personal que los enfrenta cotidianamente. Aunque desconocemos el contenido de los entrenamientos y las técnicas utilizadas, la mayoría de las empresas que respondieron nuestra encuesta (42%) combinan entrenamientos presenciales con entrenamientos *online*.

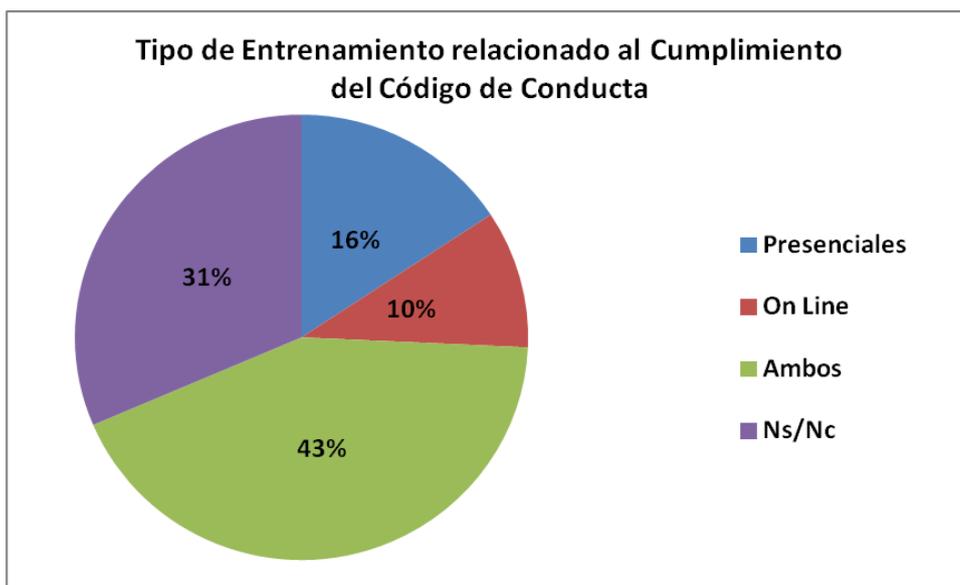


Gráfico 6

Otro indicador de la orientación del programa es la frecuencia de los entrenamientos. Los empleados del 13% de las empresas que respondieron la encuesta reciben un entrenamiento como parte de la inducción inicial; mientras que el 37% de las compañías brinda un único entrenamiento anual. Menos del 10% recibe entrenamientos trimestrales. La mayoría de nuestros entrevistados respondió que, dada la diferencia de la inversión requerida entre

entrenamientos online uniformes para todos los países y entrenamientos presenciales en cada país, la modalidad utilizada es un fuerte indicador de la concepción que la empresa tiene del programa. Aunque indudablemente habrá empresas en las cuales los estándares éticos se “viven” a diario, los empleados que una vez al año deben hacer un curso *online* de 30 minutos de duración – y en algunos casos en un idioma que no dominan – reciben, a la mejor luz, un “recordatorio” de que existe un código de conducta.

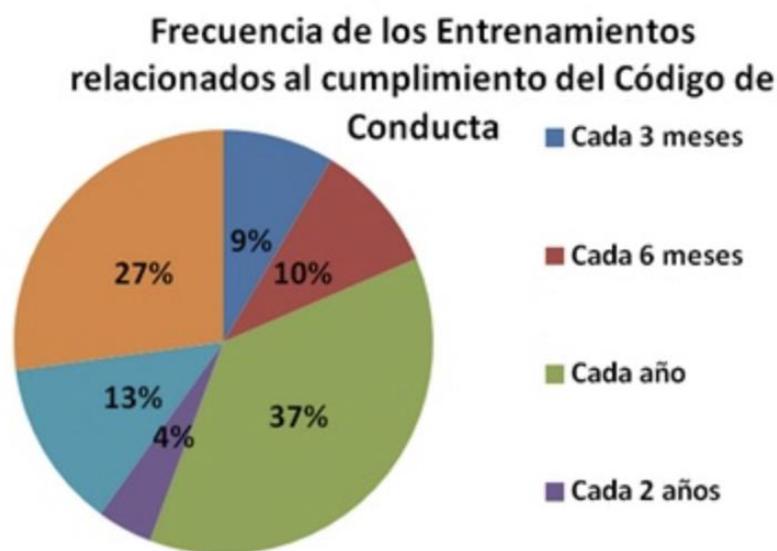


Gráfico 7

#### 4.5) Reportes y Protección de los reportantes

La mayoría de los programas de cumplimiento establecen uno o varios canales para reportar violaciones al código de ética o a los procedimientos. En Argentina, como en la mayoría de los lugares en los cuales la denuncia de los pares frecuentemente origina sanciones informales, prevalecen los sistemas que protegen la identidad del denunciante o garantizan el anonimato. Varios oficiales de cumplimiento entrevistados coincidieron en que los empleados desconfían de los métodos electrónicos y prefieren utilizar una especie de “buzón de sugerencias colocado en algún lugar en el cual no haya cámaras de seguridad”. En tal contexto, parecería razonable incluir incentivos para aumentar las posibilidades de detectar violaciones a las reglas. Sin embargo, de las empresas que respondieron la encuesta, solo el 2% respondió que su programa de cumplimiento prevé incentivos para recompensar a los denunciantes y el 4% respondió que aunque los incentivos no están expresamente previstos,

los denunciantes han recibido reconocimientos no económicos. Un 24% respondió que los denunciantes no son recompensados y un 26% respondió que nunca hubo reportes por violaciones al código de ética. Sugestivamente, el resto (43%) no respondió la pregunta.

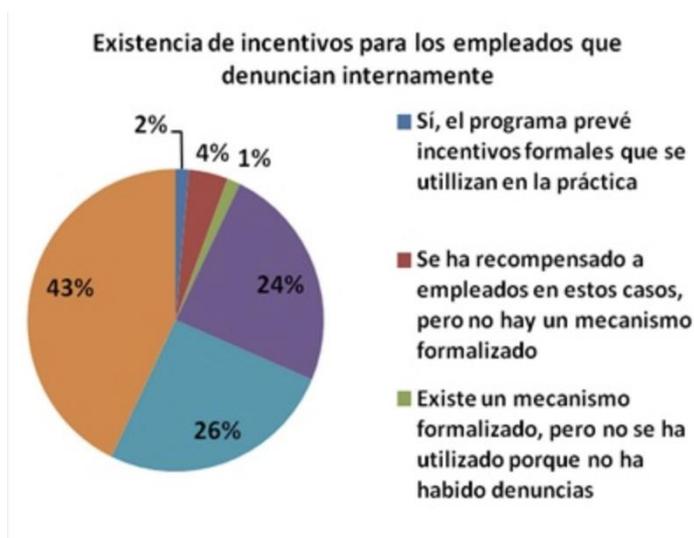


Gráfico 8

Los oficiales de cumplimiento entrevistados coincidieron en que, además de habilitar canales para recibir denuncias, los programas deben dar efectivo y oportuno seguimiento a las denuncias e informar, al menos a quienes les concierne, sobre los resultados de las investigaciones, cualquiera que estos sean. Aunque todos reconocieron que aún no han alcanzado niveles satisfactorios, coincidieron en que ese es el mejor modo de aumentar la legitimidad del programa y, con ello, la confianza de los empleados en que el incumplimiento de las reglas tiene consecuencias y que la denuncia no acarrea represalias sino beneficios.

**5. Estrategias para aumentar la transparencia: cumplir, resistir, actuar colectivamente**

### 5.1) La percepción de la corrupción en Argentina

Como señaláramos en un trabajo anterior<sup>63</sup>, la debilidad institucional en la Argentina genera incertidumbre, lo que fomenta acuerdos de corto plazo y crea incentivos para que los actores políticos y económicos persigan sus objetivos y aseguren sus acuerdos a través de canales informales que, con el tiempo, pueden institucionalizarse y convertirse en reglas o procedimientos ampliamente conocidos y cumplidos, aún cuando no estén escritos<sup>64</sup>. Algunas formas de corrupción en nuestro país funcionan como instituciones informales que “compiten” con instituciones formales débiles.<sup>65</sup> En algunos mercados, y por algunos periodos, la corrupción gira en torno a reglas relativamente estables y compartidas entre los actores que las conocen, quienes deciden sus comportamientos en función de las expectativas que tales reglas les generan.

Sea medida por la percepción de los ciudadanos de a pie, por inversores extranjeros, empresarios locales, periodistas o académicos, Argentina siempre se ha ubicado en el tercer peor cuarto de cualquier ranking que compara la percepción de la corrupción, independientemente de cuántos países integren la muestra. Las mínimas variaciones en los últimos 15 años se explican más por factores externos que por acciones concretas para enfrentar el fenómeno. En efecto, como muestra el Gráfico 9, la percepción ciudadana sobre el nivel de corrupción aumenta al final de cada administración y disminuye al comienzo de la siguiente si es de diferente signo político. Algo similar sucede con los periodos de inestabilidad macroeconómica, frente a los cuales existe una tendencia a “culpar”, muchas veces sin razón, al manejo corrupto de los fondos públicos como causante de la crisis.

---

<sup>63</sup> Sergio Berenzstein, et al., Mimeografía: *Acciones Colectivas para Reducir la Corrupción en Argentina: límites y oportunidades*, documento de trabajo del Proyecto: “Towards a culture of anticorruption compliance in Argentina: reorienting incentives through collective action”. El documento también se encuentra disponible en: <http://www.udesa.edu.ar/accionescolectivas/biblioteca/?did=77> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>64</sup> Pablo Spiller y Mariano Tommasi, “Political Institutions, Policymaking Process, and Policy Outcomes in Argentina”, en *Policymaking in Latin America: How Politics Shapes Policies*, comps. Ernesto Stein y Mariano Tommasi (Cambridge, Massachusetts: David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, 2008); Steven Levitsky y María Victoria Murillo, *Argentine Democracy: The Politics of Institutional Weakness*, (Pennsylvania: Penn State University Press, 2005); Gretchen Helmke y Steven Levitsky, *Informal Institutions & Democracy: Lessons from Latin America* (Baltimore, Maryland: the Johns Hopkins University Press, 2006).

<sup>65</sup> Spiller y Tommasi, “Political Institutions, Policymaking Process...”; Levitsky y Murillo, *Argentine Democracy ...*; Helmke y Levitsky, *Informal Institutions & Democracy...*

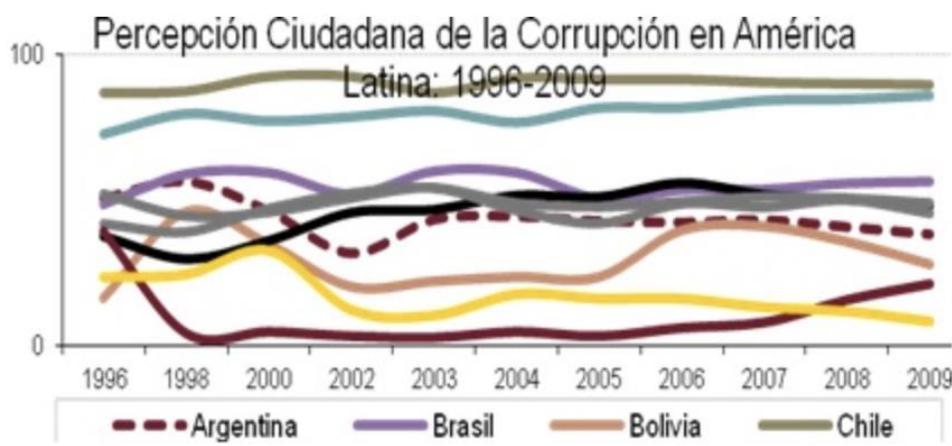


Gráfico 9<sup>66</sup>

## 5.2) Resistir

En escenarios de corrupción sistémica o estructural, los programas de cumplimiento anticorrupción son la herramienta por excelencia para homogeneizar una respuesta corporativa para “resistir” la corrupción. Por “resistir” se entiende negarse a participar. Usualmente se asume que, en escenarios donde la corrupción es sistémica o estructural, no participar genera la automática exclusión del mercado.

Nuestra encuesta y nuestras entrevistas muestran lo contrario: resistir funciona. El 49% de las empresas confirmaron que, cuando una empresa no acepta requerimientos o insinuaciones para pagar sobornos, deja de recibir propuestas impropias. Y el 42% respondió no conocer a ninguna empresa que haya dejado de hacer negocios con el Estado por haberse “resistido” a pagar sobornos. Varios entrevistados manifestaron que las respuestas basadas en las limitaciones impuestas por el estándar internacional generalmente no generan ni represalias ni pérdidas de negocios.

<sup>66</sup> El gráfico es de elaboración propia tomando como base los índices del *Worldwide Governance Indicators* 2011 del Banco Mundial, disponible en: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Gráfico 10

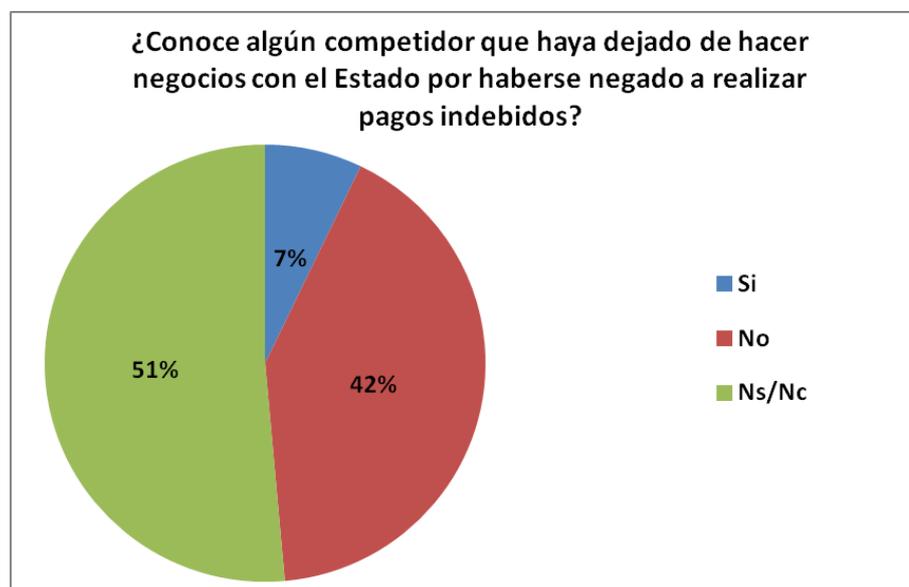


Gráfico 11

En algunos escenarios, sin embargo, “cumplir” y “resistir” son estrategias insuficientes para no perder competitividad. En esos casos, la estrategia apropiada es actuar colectivamente.

### 5.3) Acciones colectivas

Popularizado por Mancur Olson a mediados de la década del ‘60 en su búsqueda a la solución de la paradoja del *free rider*<sup>67</sup>, el término “acción colectiva” es utilizado en diferentes contextos para explicar la necesidad de crear incentivos que impulsen a individuos a cooperar para la provisión de bienes públicos. La paradoja es la siguiente: todos los miembros de un grupo pueden beneficiarse de los esfuerzos de cada miembro y cada miembro puede, a su vez, beneficiarse de la acción colectiva. Pero si uno o varios miembros del grupo no cooperan, sea para aprovecharse de la contribución de los restantes – el caso del *free rider* –, o por la incertidumbre sobre el comportamiento de los demás – el caso del dilema del prisionero –, los beneficios de la acción colectiva se pierden.

<sup>67</sup> Mancur Olson, *The logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1965).

En el marco de las iniciativas para reducir la corrupción, el término ha sido aplicado especialmente para diseñar estrategias para el sector privado en contextos de corrupción estructural. En este caso, la paradoja podría expresarse así: la mayoría de los actores privados se beneficiaría de un mercado que opere libre de prácticas corruptas y ello podría lograrse si cada uno se abstuviera de intercambiar beneficios indebidos. Sin embargo, la incertidumbre sobre el comportamiento de los restantes miembros del grupo impide la cooperación necesaria para mejorar el ambiente de negocios. Las claves para la solución de estas paradojas se distribuyen entre la generación de incentivos individuales que alienten la cooperación – económicos, legales, reputacionales, etc. – y la generación de mecanismos que permitan aumentar la confianza entre el grupo de jugadores que se beneficiaría de la acción colectiva.

En la escasa literatura que existe sobre programas de acción colectiva para reducir la corrupción<sup>68</sup>, el problema es usualmente planteado como un dilema para las compañías multinacionales cuyos países de origen prohíben el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, por la desventaja competitiva que enfrentan frente a las compañías (internacionales o domésticas) que no se motivan por tales reglas – aunque formalmente existan.

Sin embargo, las posibilidades de cooperación del sector privado son mucho más amplias. En el nivel global, el modelo más común es el de los llamados estándares industriales, es decir, un acuerdo entre los jugadores más importantes de una misma industria. Con diferentes resultados, ha habido iniciativas de este tipo en la industria bancaria<sup>69</sup>, en la industria de defensa<sup>70</sup>, la industria de “logística”<sup>71</sup> y la industria de la salud<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Véase John Braithwaite, “Institutionalizing Trust: Enculturating Distrust”, en *Trust and Governance*, eds. Valerie Braithwaite, y Margaret Levi, (Nueva York: Russel Sage Foundation, 1998); Nicolás Majluf y Carolina Navarrete, “A Two-Component Compliance and Ethics Program Model: An Empirical Application to Chilean Corporations”, *Journal of Business Ethics* 100, nro. 4 (2010): 567; Djordjija Petkoski et al., “Fighting Corruption through Collective Action in Today’s Competitive Marketplace”, *Ethisphere* 5 (2009): 60, disponible en: <http://info.worldbank.org/etools/antic/docs/Ethisphere%20article.pdf> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012); Djordjija Petkoski et al., “Collective Strategies in Fighting Corruption Some Intuitions and Counter Intuitions”, *Journal of Business Ethics* 88, nro. 4 (2009): 815; Heidi Von Weltzien Høivik y Deepthi Shankar, “How Can SMEs in a Cluster Respond to Global Demands for Corporate Responsibility”, *Journal of Business Ethics* 101, nro. 2 (2011): 175.

<sup>69</sup> Desde el año 2000, 12 bancos internacionales que en conjunto detentan alrededor del 70% del segmento de *private banking*, se han unido bajo el nombre de Wolfsberg Group. Suscribieron diversos acuerdos para prevenir el lavado de dinero procedente de varios delitos, incluyendo los asociados a la corrupción. Los estándares alcanzados están disponibles en [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com). (Consultados por última vez el 2 de mayo de 2012)

<sup>70</sup> En 2009, la *Aerospace Industries Association of America* (AIA - que reúne a más de 100 compañías estadounidenses) y la *AeroSpace and Defence Industries Association of Europe* (ASD - que reúne a casi 30 y representa a más de 2000 compañías europeas) acordaron los *Global Principles of Business Ethics for the Aerospace and Defense Industry*. Entre otras declaraciones más generales, los firmantes se concentraron en el rol de los intermediarios en los pagos ilícitos - sin duda el denominador común de la corrupción en esta industria - y

En el nivel local, el modelo más común de acción colectiva es el que ha sido popularizado por la organización Transparencia Internacional con el nombre de “Pactos de Integridad”. A diferencia de los estándares industriales, estos acuerdos se dirigen a prevenir la corrupción específicamente en el ámbito de las compras y contrataciones públicas. Se trata de acuerdos mediante los cuales un organismo público – nacional, sub-nacional o local – encargado de administrar una licitación y quienes compiten para obtenerla establecen reglas para evitar el ofrecimiento y aceptación de sobornos, los acuerdos de precios entre competidores y/u otras prácticas que afectan la competencia.

El cumplimiento de los pactos de integridad es, en general, monitoreado por miembros de la sociedad civil. El acuerdo puede incluir sanciones por incumplimiento de alguna de las obligaciones acordadas, con independencia de las acciones penales o administrativas previstas por la legislación, que en general se basan en la idea de afectar la reputación del incumplidor y, a veces, la posibilidad de participar como oferente en contratos futuros. En la última década se han implementado, en el mundo, decenas de pactos que difieren en el nivel de monitoreo y en la posibilidad de aplicar sanciones.<sup>73</sup>

Algunas iniciativas sectoriales de alcance global utilizan esta herramienta cuando se presenta la oportunidad en contextos domésticos. Los ejemplos más conocidos son la Iniciativa de Transparencia de las Industrias Extractivas<sup>74</sup>, la Iniciativa de Transparencia en el Sector de la Construcción<sup>75</sup>, y la Red de Integridad por el Agua<sup>76</sup>. Todos estos esfuerzos involucran al

---

acordaron una definición amplia de intermediarios, el monitoreo previo de sus contrataciones y reglas para canalizar los pagos de sus servicios - prohibición de pagos en efectivo, limitación de pagos fuera de la jurisdicción de residencia del agente, registro de todos los pagos en los libros contables, etc.

<sup>71</sup> El punto neurálgico de la corrupción en estas industrias son los “pagos de facilitación”, especialmente en las aduanas, tema alrededor del cual giran las incipientes discusiones entre los principales jugadores globales de este sector.

<sup>72</sup> Tanto la industria farmacéutica como la de proveedores de tecnología y equipamiento médico, son ejemplos donde las prácticas colectivas auto-reguladas o mediadas por asociaciones constituyen una práctica establecida. En relación a la industria farmacéutica véase, por ejemplo, el Código de Conducta de la Asociación Internacional de de Empresas y Asociaciones Farmacéuticas, disponible en: [http://www.ifpma.org/fileadmin/content/Publication/IFPMA\\_Code\\_of\\_Practice\\_2012.pdf](http://www.ifpma.org/fileadmin/content/Publication/IFPMA_Code_of_Practice_2012.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012). En cuanto a las relaciones con los profesionales de la medicina, véase el Código de Conducta sobre Interacciones con Profesionales Sanitarios, disponible en:

[http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR\\_Code%20of%20Conduct\\_SPANISH.pdf](http://www.cocir.org/uploads/documents/COCIR_Code%20of%20Conduct_SPANISH.pdf) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>73</sup> La información básica sobre cada una de estas experiencias puede consultarse en el sitio web de Transparencia internacional: [www.transparency.org](http://www.transparency.org) y en los casos de estudio facilitados por el Banco Mundial en su sitio web: <http://info.worldbank.org/etools/antic/CaseStudies.asp> (Consultados por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>74</sup> Véase Extractive Industry Transparency Initiative: <http://eiti.org> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>75</sup> Véase Construction Sector Transparency Initiative: : <http://www.constructiontransparency.org/> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

Estado, al sector privado y a la sociedad civil y combinan herramientas que se acercan a los estándares industriales, a la hora de fijar principios generales, y a los pactos de integridad, a la hora de implementarlos en cada país.

En Argentina, Poder Ciudadano (el capítulo argentino de Transparencia Internacional) ha realizado con éxito, el monitoreo del proceso licitatorio para la adjudicación de contratos de recolección de residuos en dos municipios de la Provincia de Buenos Aires – Morón y Esteban Echeverría – y en la Ciudad de Buenos Aires<sup>77</sup>. Recientemente, el Centro de Gobernabilidad y Transparencia del IAE facilitó un acuerdo de transparencia entre cinco operadores del mercado de transporte de energía en Argentina.<sup>78</sup>

Existen, por supuesto, muchas otras posibilidades de cooperación dentro del sector privado para aumentar el alcance del estándar internacional y, de ese modo, contribuir a la reducción de prácticas que lo contradicen.

## 6. Conclusiones

El trabajo abre en Argentina una línea de investigación en dirección a contribuir con la literatura que explora los efectos de las instituciones extranjeras e internacionales en las instituciones locales. Concretamente, los trabajos que exploran si el sistema global anticorrupción que se ha delineado en los últimos 15 años complementa, es indiferente o inhibe los esfuerzos para reducir la corrupción en los países en desarrollo.

Los programas de cumplimiento anticorrupción son, por supuesto, solo una pequeña parte del sistema global anticorrupción. Existen muchas otras instancias de interacción de las instituciones extranjeras e internacionales con las instituciones locales - sistemas de monitoreo de cumplimiento de obligaciones internacionales, programas de asistencia técnica, asistencia jurídica y administrativa internacional en casos concretos, redes de intercambio de información, adopción de estándares homogéneos, etcétera - en las cuales las primeras tienen el potencial de influenciar a las segundas.

En este sentido, Argentina es miembro de los tres tratados internacionales relativos a la reducción de la corrupción - Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de

---

<sup>76</sup> Véase Water Integrity Network: : [www.waterintegritynetwork.net](http://www.waterintegritynetwork.net) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>77</sup> Véase el sitio web de Poder Ciudadano: [www.poderciudadano.org.ar](http://www.poderciudadano.org.ar) (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

<sup>78</sup> El acuerdo está disponible en: <http://centrotransparenciaiae.blogspot.com.ar/2012/06/abb-alstom-arteche-lago-electromecanica.html> (consultado por última vez el 2 de mayo de 2012).

las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención OECD contra el soborno transnacional - y, con absoluta independencia aquí sobre su implementación y cumplimiento<sup>79</sup>, ha adoptado un sinnúmero de leyes y regulaciones dirigidos a su cumplimiento.

En relación a los programas de cumplimiento es notable que, en 2011, Argentina incorporó al ordenamiento penal un estándar de responsabilidad de las personas jurídicas que participen u obtengan beneficios de a través de la comisión de los tipos penales descritos en el Título XIII, “Delitos contra el orden económico y financiero”. En estos casos, el abanico de sanciones previsto<sup>80</sup> por el Congreso será graduado en cada caso concreto teniendo en cuenta, entre otros criterios, “*el incumplimiento de reglas y procedimientos internos*” y “*la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes*”<sup>81</sup> [énfasis añadido]. Ambos criterios están claramente alineados en la dirección del estándar internacional y es altamente probable que el Congreso gradualmente extienda su aplicación a otros delitos, entre ellos, los cometidos contra la administración pública. Ello alineará los incentivos de los individuos que actúen en su nombre con los objetivos de reducir las instancias de soborno.

Aunque con muchísimo menos interés y dedicación que otros países de la región - Chile, Brasil, Colombia, Perú -, es alentador que la legislación argentina incorpore dentro de los incipientes proyectos sobre responsabilidad penal corporativa nociones que permitan que el sector privado pueda contribuir con la prevención de los delitos que frecuentemente ocurren en los mercados en los que operan. Sin embargo, para que estas ideas cumplan en la práctica los fines esperados, no alcanza con “amenazar” a las empresas con la aplicación de severas sanciones que, por otra parte, en nuestro país no suelen atribuirse de manera uniforme e indiscriminada. La legislación debe, además, generar incentivos suficientes para que las empresas puedan asumir decisiones económicas racionales.

El estudio de la implementación de los programas de cumplimiento de las subsidiarias de empresas multinacionales muestra que ello no es automático. Aunque las metodologías

---

<sup>79</sup> En relación con el estándar internacional delineado en este trabajo, la falta de implementación es absoluta: aunque Argentina ha criminalizado el soborno de funcionarios públicos extranjeros, no ha modificado los criterios jurisdiccionales que permitiría la persecución de este delito (CP, art. 1), ni adoptado estándares específicos que alcancen el estándar que exige la aplicación de sanciones proporcionadas y disuasorias a las personas jurídicas.

<sup>80</sup> Que incluye: multa de hasta diez veces el valor de los bienes objeto del delito, suspensión de hasta 10 años de actividades, suspensión de hasta 10 años para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere, publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

<sup>81</sup> Código Penal, arts. 304 y 312.

utilizadas son insuficientes para realizar afirmaciones conclusivas, permiten esbozar la hipótesis sobre la existencia de programas, diseñados tanto local como internacionalmente, orientados exclusivamente a minimizar el costo regulatorio. Se trata de programas de cumplimiento meramente formales - “de papel” o “cosméticos” -, cuyas dinámicas se superponen y coexisten con las prácticas concretas que originan su creación. Por ello, no tienen vocación real de modificarlas más allá de lo que las apariencias requieren. En estos supuestos, los programas de cumplimiento, lejos de ser percibidos como vehículos para una transformación de la cultura organizacional, están orientados a que las prácticas de cumplimiento interfieran lo menos posible con las prácticas comerciales existentes. Este enfoque se identifica con programas que no toman en cuenta las características y riesgos locales, con inversiones relativamente modestas, con funcionarios a quienes la responsabilidad del programa de cumplimiento les es asignada como una función adicional a la que ya cumplen y cuya línea de reporte no alcanza, de ser necesario, a las máximas autoridades de la compañía. Estos programas, obviamente, no tienen el potencial de alinear los incentivos de los individuos que trabajan en las empresas que los implementan con los que persigue el estándar normativo.

Afortunadamente, el estudio muestra que una porción significativa de las empresas encuestadas, dirigen sus inversiones en cumplimiento anticorrupción a aumentar la reputación de la empresa y, al menos en apariencia, dan la impresión de que intentan capitalizar la inversión en cumplimiento como una ventaja competitiva. En estos supuestos, dichos programas están basados en un análisis de riesgo local; cuentan con oficiales de cumplimiento con o sin dedicación exclusiva, pero integrados a la alta gerencia local y con línea directa a la casa matriz; y entrenan a sus empleados en riesgos concretos de la o las industrias en las que participan. Posiblemente, en algunos casos se trate de empresas que han sido sancionadas en alguna jurisdicción o han sufrido problemas reputacionales serios y han decidido invertir en una buena reputación.

El estudio no permite inferir si la adopción de uno u otro tipo de programa de cumplimiento está ligada al sometimiento de las empresas a distintos regímenes normativos, pues no se observa ninguna correlación consistente entre el origen de las empresas o los mercados de valores en los cuales cotizan sus acciones y los elementos característicos de uno u otro tipo de programa de cumplimiento. Un nuevo estudio dirigido a buscar correlaciones de esta índole podrá ocuparse de responder dicha pregunta.

Finalmente, el alto porcentaje de empresas que afirmaron que “resistir” pedidos impropios es una estrategia exitosa para dejar de recibirlos sin que ello implique perder competitividad, es un resultado que creemos que también vale la pena explorar con mayor profundidad en el futuro. Si tal hipótesis fuera correcta, podría implicar que los programas de cumplimiento razonablemente estructurados tienen el potencial de complementar los esfuerzos locales para reducir la corrupción.