

# Régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, y la oportunidad de contar con un programa de integridad (cumplimiento) eficaz, aplicable en diversas jurisdicciones

Por David C. Camerini y  
Tomás M. Casalins



\*

El Poder Ejecutivo Nacional recientemente ha promulgado el denominado régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas (la “Ley”). De un análisis preliminar se identifican varias disposiciones que han sido utilizadas en otras jurisdicciones tales como Estados Unidos (a través de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, “FCPA”), Canadá (a través de la ley sobre corrupción de oficiales públicos extranjeros – (CFPOA)) y el Reino Unido (a través de la ley sobre sobornos, “BA”).

En cualquier caso, es evidente que la Ley y las legislaciones análogas extranjeras responden en gran medida a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Haciendo una síntesis extremadamente pragmática, la Ley establece la posibilidad de mantener responsables a las personas jurídicas privadas por los delitos contra la administración pública y cohecho allí enunciados, aunque también establece causas para graduar y hasta exonerar las penas por la comisión de dichos delitos. Siguiendo con este pragmatismo, una de las principales formas de lograr una graduación y hasta exoneración de las penas señaladas depende en gran

medida de la existencia e implementación de un eficaz programa de integridad, o como en general se lo conoce, un programa de cumplimiento (*compliance*).

Sin perjuicio de lo novel de la Ley en Argentina, la misma ya ha sido comentada o analizada en forma preliminar por numerosos especialistas. No obstante, por el momento, no hemos notado que se haga énfasis suficiente en la gran oportunidad que tienen por delante las empresas que aún no cuentan con un programa de *compliance* al momento de diseñar el mismo. Considerando que actualmente “el mundo” entero exige transparencia y cumplimiento absolutos en todos los órdenes, las empresas sujetas a la Ley deberían diseñar su programa de *compliance* en forma eficaz para que cumpla con las disposiciones de dicha Ley y, a las vez, con las disposiciones de otras normas extranjeras análogas, aunque *ab-initio* pareciera que no fuese necesario o relevante, o no les sean aplicables.

Existen sobrados ejemplos sobre la necesidad de pensar en forma global a estos efectos. Uno de ellos está basado en una de las recomendaciones de la Ley que sugiere contar con “*procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios...*”. Esto mismo es una exigencia en legislaciones extranjeras.

Por este motivo, es altamente recomendable que las empresas locales expandan el alcance de la Ley e incorporen algunas disposiciones adicionales a sus programas de *compliance*, más allá de lo exigido a nivel local, y de esa forma, con un costo mínimo adicional, logren una eficacia considerablemente superior.

Al solo efecto ilustrativo, se nos ocurre hacer referencia a tres medidas que incrementarían la eficacia de un programa de *compliance* bajo las exigencias de cualquier jurisdicción.

La primera es que, respecto a la realización de la evaluación de riesgo (de acuerdo a la actividad de la empresa) y su control en forma periódica, dicha evaluación y control sean llevados en forma interna y a la vez por una persona externa independiente. Asimismo, es recomendable que cada uno de estos pasos sea debidamente documentado y archivado, dejando constancia de cada paso realizado al implementar y controlar el programa de *compliance*. Con el objeto de eventualmente explicar y demostrar la eficacia del programa de *compliance*, mucho ayudará contar con una evaluación y controles bien respaldados y la participación de un tercero independiente en los mismos.

La segunda es que el programa de *compliance* debería contar con la asignación de recursos específicos (comprobables) para su implementación y control. De nuevo, esto ayudará a demostrar el verdadero compromiso de la empresa en llevar adelante su programa de *compliance*.

Y la tercera está más relacionada a una cuestión que hace al espíritu de la Ley. Un programa de *compliance* eficaz debería incluir ciertos lineamientos o *guidelines* para ayudar a sus participantes a tomar mejores decisiones. Por ejemplo, legislaciones extranjeras no admiten que las empresas (incluyendo sus representantes) entreguen objetos de cierto valor (incluyendo regalos, donaciones, o dinero canalizado bajo los conceptos de servicios de consultoría, comisiones, gastos de viaje o traslado y contribuciones caritativas) a funcionarios públicos, e incluyen ejemplos o *guidelines* que ayudan a determinar situaciones en concreto. Debería poder distinguirse claramente la organización de una reunión en el que un funcionario público sea simplemente invitado a almorzar, de una donación a favor de una fundación (de cualquier índole) controlada, directa o indirectamente, por dicho funcionario. La inclusión de *guidelines* en el programa de *compliance* ciertamente puede prever la mayoría de estas situaciones y ayudar a la eficacia del mismo.

Destacamos que la Ley también hace referencia a la posibilidad de llegar a un acuerdo de colaboración con el Ministerio Público Fiscal. Esto es una novedad interesante que puede tener efectos importantes en la graduación de penas, pero claro está que un programa de *compliance* eficaz es una estrategia mucho más recomendable para lograr este mismo fin, incluyendo la exoneración del delito. Por otra parte, nos preguntamos cómo funcionaría la confidencialidad de referido acuerdo en el caso de las empresas que por distintas razones tengan la obligación de reportar a otras autoridades (incluyendo extranjeras) un hecho tal como el que podría ser parte de un acuerdo de este tipo.

También destacamos que la Ley dejó pasar la oportunidad de sancionar otros delitos, tal como lo hace el BA del Reino Unido que prohíbe y sanciona los pagos indebidos “entre privados”.

A su vez, si bien se encuentran entre los delitos referidos en la Ley llevar adelante balances e informes falsos agravados, contrariamente a lo hecho por el FCPA de Estados Unidos donde prácticamente la mitad de sus disposiciones hacen referencia a la obligación de llevar en debida forma registros contables internos, la Ley solo dedica una muy pequeña porción a sancionar un delito muy específico y por esta razón es probable que parte de su objeto no sea alcanzado. En Estados Unidos y en otras jurisdicciones ya han aprendido la lección que en la enorme mayoría de

los casos la forma más fácil para que las empresas lleven adelante “prácticas indebidas” es a través de mantener registros contables en forma irregular que no reflejen en detalle y con razonable exactitud la realidad de la empresa.

La Ley tampoco hace referencia específica a las pequeñas y medianas empresas, las que seguramente no puedan contar con la estructura o medios necesarios para llevar adelante programas de *compliance* sofisticados y onerosos. La Ley debería ofrecer y hacer referencia a mecanismos alternativos, tal como por ejemplo, la implementación de políticas y sistemas de control más simples, sin incurrir en grandes gastos.

\*David C. Camerini es socio y Tomás Casalins es asociado de la firma Fox Horan & Camerini LLP, de Nueva York, Estados Unidos.