

**LA TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN: EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA FIGURA DEL “COMPLIANCE”
Jornadas Derecho Administrativo Universidad Austral, junio 2018**

Dra. Mirian M. Ivanega

I- INTRODUCCIÓN

El denominador común de los ejes que se exponen en el título es el procedimiento administrativo, que identificamos como un camino sinuoso en el cual confluyen derechos, deberes, potestades, y que recibe la influencia directa de ciudadanos peticionantes, reclamantes, colaboradores, así como de funcionarios. Es en él, donde podemos ver visualizado en forma concreta los efectos -o defectos- de los recursos materiales, normativos, tecnológicos-técnicos.

Por ello, no es desacertado considerar a ese procedimiento como el ámbito en el cual se encuentran y confrontan tanto las expectativas del ciudadano como los avatares propios de la gestión (vgr. los “recortes” presupuestarios). Con esa óptica, la transparencia se convierte en su columna vertebral.

Bajo esas perspectivas, abordaremos el acceso a la información y el *compliance* vinculados con aquel principio y la lucha contra la corrupción.

II- NORMAS JURÍDICAS QUE INCIDEN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La publicidad de los actos de las autoridades públicas como manifestación concreta de la transparencia, es una herramienta primordial para combatir la corrupción.

Sin perjuicio de la regulación del procedimiento administrativo general, en el ámbito nacional (ley 19.549 y de las modificaciones a su decreto reglamentario, decreto 894/17) en los últimos tres años se han dictado diversas normas que inciden directamente en aquel. Todas ellas tienden a introducir modificaciones en la tramitación, ya sea con objetivos específicos en beneficio de la simplicidad y eficiencia o instituyendo medidas preventivas y correctivas frente a la corrupción, o.

1. *Decreto 434/16*: a través de esa norma se aprobó el Plan de Modernización del Estado, orientado a convertir a éste en “el principal garante del bien común”, constituyendo su objetivo principal en “constituir una Administración Pública al

servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios, a partir del diseño de organizaciones flexibles orientada a la gestión de resultados. Esto supone promover una gestión ética y transparente, articulando la acción del sector público con el sector privado y las organizaciones no gubernamentales”. Los cinco ejes en los que se estructura son: Plan de Tecnología y Gobierno Digital; Gestión Integral de Recursos Humanos; Gestión por Resultados y Compromisos Públicos; Gobierno Abierto e Innovación Pública; Estrategia País Digital.

2. *Decreto de Necesidad y Urgencia 27/18 de Desburocratización y Simplificación. Las Leyes 27.444, 27.445 y 27.446:* el mencionado decreto fue objeto de significativas críticas, cuestionándose su constitucionalidad al modificar diversas leyes que regulaban el funcionamiento y los procedimientos y los derechos de los ciudadanos. El debate generado tuvo como consecuencia la presentación, por parte de aquel Poder, de sendos proyectos de ley con un contenido similar al decreto objetado, cuyo resultado fueron las Leyes 27.444, Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación; 27.445, Simplificación y Desburocratización para la Infraestructura- y 27.446 de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública.
3. *Decisión administrativa 85/18 Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria en Argentina:* aplicable a las empresas y sociedades incluidas en el artículo 8 inc. b) de la Ley 24.156 y a todos los organismos descentralizados cuyos objetivos fuera la producción de bienes o servicios, esta norma contiene un conjunto de buenas prácticas de gobernanza y gestión de empresas en las que el Estado fuera accionista. Los lineamientos que fijan se refieren a la transparencia, la integridad, la sustentabilidad, el desarrollo económico, la alta gerencia, políticas y compras de abastecimiento y, finalmente, auditoría y control.

A las regulaciones mencionadas se suman las vinculadas directamente con el acceso a la información:

4. *Decreto 1172/03*: el anexo VII, “Reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional” incluyó tal derecho como una instancia de participación ciudadana, a través de la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos comprendidos en la norma. No es necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado (previsión que mantiene en sus modificatorios decretos 79/17 y 899/17).
5. *Ley 27.275*: el objetivo de la ley fue garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación del ciudadano y la transparencia de la gestión pública. Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos incluidos en las previsiones legales. “Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado” (art. 4).

Esta nómina, se complementa con todas las disposiciones que prevén la vista u otras formas de acceso a la información para diversos procedimientos especiales¹; de ellas destacamos las relacionadas con la contratación administrativa: decretos 1023/01 y 1030/16².

III- BREVES COMENTARIOS SOBRE LA FIGURA DE LA VISTA EN EL DECRETO 894/17. LOS DILEMAS DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A LA LEY 27.275.

1- La vista en el Decreto 837/17

Esta norma incorporó y sustituyó artículos del Reglamento de la Ley 19.549, aprobando un nuevo texto ordenado.

En lo que nos interesa, el artículo 38 mantuvo en general la modalidad de tomar vista para los expedientes en soporte papel incorporando el caso de los expedientes

¹ Entre otras Leyes 26.522, 26.331, 26.047, 25.831, 25.675, 25.188, 25.152, 24.240 y modif., 24.065, 24.076, Decretos 201/17 y 202/17

² Ampliar en Ivanega Mirian M., Control Público, Astrea, Buenos Aires, 2017, p.216-231

electrónicos; para estos supuesto reguló: “(...)b. Vista de expediente electrónico. La solicitud y otorgamiento de vista de los expedientes electrónicos se hace de acuerdo con los siguientes procedimientos: 1. La consulta sin suspensión de plazo de las actuaciones por medios electrónicos en la plataforma TAD es automático y no requerirá de solicitud expresa del interesado. El usuario o el apoderado podrán acceder al contenido de los expedientes que haya iniciado a través de dicha plataforma TAD. El usuario podrá consultar la última fecha de modificación, el estado del expediente y su ubicación actual; también tendrá acceso a los documentos que se hayan vinculado. Si el trámite está en curso, mediante el documento Constancia de Toma de Vista, queda registro de la consulta dentro del expediente electrónico, sin suspensión de plazo. 2. El otorgamiento de vista con suspensión de plazo de las actuaciones por medios electrónicos requerirá petición expresa del interesado o apoderado por escrito. 3. La vista se podrá otorgar mediante copia del expediente electrónico en un soporte informático que aporte el interesado o el organismo. 4. A pedido del interesado y a su cargo, se facilitarán copias en soporte papel de los documentos electrónicos que solicitare”.

Recordemos que esta conocida figura del derecho administrativo –la vista- es una de las formas de acceso a las actuaciones administrativas y la manifestación concreta del derecho de defensa, formando parte del debido proceso legal adjetivo.

De la lectura del artículo transcrito surge que la vista en los expedientes electrónicos, puede realizarse de dos formas: la consulta de las actuaciones sin suspensión de plazos y el otorgamiento de vista con tales efectos suspensivos, la primera se lleva a cabo mediante una plataforma de trámites a distancia (“TAD”) sin requerimiento expreso, mientras que la segunda exige una petición por escrito del interesado o su apoderado.

Sin desconocer la importancia de la llamada “despapelización” y la necesidad de agilizar los procedimientos, objetamos que tales avances en materia digital mantienen los condicionamientos tradicionales para articular las peticiones en tal sentido.

Nos referimos a la legitimación activa: ¿Quién accede a la vista? La parte interesada, apoderado o letrado patrocinante.

Por lo tanto, retomamos las críticas en su oportunidad formuladas en cuanto a este punto, pues resulta indudable que quien solicita vista para suspender plazos para recurrir

posee un evidente interés; configurándose una situación distinta cuando un tercero que nunca intervino en el procedimiento, solicita acceder al expediente por el solo hecho de querer conocer su estado de trámite o su contenido.

2- El caso de las contrataciones administrativas

En materia de contrataciones, el sistema de acceso a la información tampoco favorece al ciudadano.

El Decreto 1023/01, regula la vista en el artículo 19 exigiendo una legitimación especial para que se acceda al procedimiento contractual: acreditar en forma fehaciente “algún interés”. Respecto a la oportunidad en que esa figura puede articularse, establece su procedencia “en cualquier momento” desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato (con excepción de la etapa de evaluación de ofertas y la información amparada bajo normas de confidencialidad).

El Decreto 1030/16, reglamentario del anterior reitera los términos en cuanto al interés que debe acreditarse, aclarando que ese derecho cede frente a documentación amparada por normas de confidencialidad, información declarada reservada o secreta por autoridad competente. Tampoco se concederá vista durante la etapa de evaluación de las ofertas, “que se extiende desde el momento en que el expediente es remitido es remitido a la Comisión Evaluadora hasta la notificación del dictamen de evaluación”.

Más allá de considerar que esta última norma limita el acceso a la vista a la etapa del procedimiento de selección (es decir que la reglamentación resultaría más restrictiva que el decreto 1023/01) también se ha sostenido que incluye una excepción adicional a la vista: cuando se trate de documentación declarada reservada o secreta, por autoridad competente. Respecto a ello, la crítica reside en que por la naturaleza jurídica del decreto 1039/16 solo podría cumplir con el objetivo de definir, especificar, aclarar, detallar, desplegar y brindar operatividad, sin suplir las deficiencias de la ley, alterar su espíritu o finalidad³.

En definitiva, nos encontramos frente una exigencia que se opone a los principios de transparencia y publicidad. En las Jornadas del año 2017 tuvimos la ocasión de marcar la

³ Falcone Luciana, “El acceso a la información pública y las contrataciones administrativas. Una propuesta de modificación al Decreto N° 1.023/01”, tesis para aprobar la Maestría en Derecho Administrativo – Universidad Austral, abril 2019, en prensa, Ediciones RAP.

importancia que en las economías nacionales y regionales tienen las contrataciones administrativas, realidad que obliga a profundizar el estudio de las causas y las soluciones al avance irrefrenable de la corrupción.

También recordamos que tales contrataciones tienen objetivos precisos relacionados con necesidades públicas y derechos fundamentales del ciudadano.

Este dato que nos resultaba evidente, no siempre es considerado por quienes tienen las responsabilidades de diseñar e implementar las políticas públicas de un país.

3- Reflexiones acerca la aplicación de la Ley 27.275.

A partir de estos comentarios, en nuestra opinión toda persona que pretenda tomar vista de un expediente administrativo, podría invocar la Ley 27.275 sin necesidad de acreditar interés especial alguno, ya que éste se concreta directamente a través del derecho fundamental al acceso a la información pública.

Las únicas excepciones a ello son las contempladas expresamente en la ley, es decir las del artículo 8°.

Este enfoque se sustenta en el principio de juridicidad, no solo por la jerarquía normativa de la ley (criterio que podría ser cuestionado frente a la naturaleza del decreto-ley 19.549 y del decreto delegado 1023/01) sino también porque ella permite ejercer un derecho fundamental de la persona sin vallas procedimentales.

En síntesis, no obstante las regulaciones en materias específicas, la ley 27.275 es de aplicación directa a todos los procedimientos administrativos, en la medida que no existan restricciones propias por la índole de las cuestiones allí tramitadas (que sería el caso especial de procedimientos reservados, según la normativa especial).

Coincidimos con quienes sostienen que la legitimación activa en el acceso a la información es amplia, y que la única limitación existente para obtener información pública es netamente objetiva, es decir el carácter reservado o secreto que pueda poseer. “Por lo tanto, si no se trata de un supuesto contrario al interés público, el principio general es permitir el acceso como método de fortalecimiento de la forma republicana de gobierno, de fomento a la participación ciudadana en la administración de la cosa pública y el control de los funcionarios que la gestionan. La restricción de la

legitimación implicaría una transgresión de los pactos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional”⁴.

Por otra parte, este temperamento encuentra arraigo en diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha reiterado que “La sentencia de la Corte Interamericana en el caso "Claude Reyes" fortalece como estándar internacional la idea de que el derecho al acceso a la información pública corresponde a toda persona, que la legitimación es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción, ya que el fundamento central consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan”⁵. Se está ante la aplicación del principio de máxima divulgación⁶.

IV- EL “COMPLIANCE” EN EL MARCO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

En los últimos tiempos producto del impetuoso avance de la corrupción, desde el derecho administrativo nos hemos visto llamados a observar con mayor detenimiento el desarrollo desplegado por otras disciplinas -de las ciencias jurídicas o no- alrededor del llamado *compliance*.

Sin embargo, es necesario ubicarnos en tiempo y espacio, porque la aparición del *compliance* se ha producido principalmente en el mundo corporativo, en el campo empresarial, que ha visto afectado su organización, operatividad y reputación por el incumplimiento normativo a veces producto de la simple negligencia, otras por comportamientos dolosos de sus empleados y/o directivos.

Por lo tanto, aceptando las ventajas de esta nueva figura en aquel ámbito –a pesar que sus límites y contenidos no son definidos con precisión- la pregunta que cabe formular es si resulta razonable, proporcionado o no, postular su recepción en el sector público. ¿Para recuperar el prestigio del sector público resulta, necesario incorporar el *compliance*?

1-Acercamiento a la figura del *compliance*

⁴ Sacristán Estela y Ratti Mendaña Florencia S., “Procedimiento administrativo y acceso a la información pública”. Procedimiento administrativo, T.IV, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 869-908.

⁵ CSJN Fallos 337:1108. También Fallos 337:256; 339:680; 339:827 y sus citas.

⁶ CSJN "Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986" (2019)

Se agolpan los conceptos de cumplimiento, riesgo, imagen empresarial, prevención, sanción, contingencia, programa, fraude, conflicto de intereses, gobernanza, buena administración, etc. frente a los problemas que genera la corrupción, demostrándonos que el núcleo central que genera la expansión de aquella figura es ni más ni menos que la eficacia de los valores éticos que deben regir la actuación del ser humano. Es decir lo novedoso parece no ser tan nuevo, ni lo antiguo ser tan viejo, encontrándonos en una especie de **“eterno retorno”**.

Surgida del mundo anglosajón y de los sectores regulados como el de las telecomunicaciones y el financiero, se impuso como una forma de asegurar la confiabilidad y reputación de las empresas.

En EEUU grandes escándalos de corrupción y financieros que afectaron a importantes compañías (*Escándalo Lockheed Corporation, sobre soborno a altos funcionarios extranjeros*) obligó al dictado de la *Foreign Corrupt Practices Act o FCPA (19.12.1977)*. Como resultado de las investigaciones de la SEC (U.S. Securities and Exchange Commission) más de cuatrocientas compañías admitieron haber realizado pagos cuestionables a oficiales de gobiernos extranjeros, políticos y partidos políticos: desde el soborno de altos funcionarios públicos extranjeros para asegurar algún tipo de acción favorable por un gobierno extranjero, hasta “pagos de facilitación” dirigidos a funcionarios de gobiernos con el objeto de acelerar o diligenciar trámites, etc⁷.

En la FCPA, que tuvo como objeto recuperar la confianza perdida en el sistema de negocio -por la conducta corrupta de los funcionarios y empresarios- se previó un sistema anti-soborno y fijó requerimientos y prohibiciones en materia de libros y registros.

Otro instrumento importante, fue el Informe COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), cuyo objetivo consistió en establecer

⁷ Carlos M. González Guerra y María José Tamagno, “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”; Rodolfo G. Papa, “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”; Guillermo Vidal Albarracín, “La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos de corrupción de terceros: el caso del despachante de aduana”. Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria (Directores Nicolás Durrieu y Raúl Sacani) La Ley (Suplemento Especial) Buenos Aires, 2018, pp. 1-8; 9-20 y 99-104 respectivamente.

marcos de actuación y facilitar orientación sobre la gestión empresarial, el control interno y la prevención del fraude⁸.

Ahora bien, de los estudios doctrinarios y profesionales del *compliance* no es factible arribar a una noción uniforme, aunque todas reconozcan un denominador común: el cumplimiento normativo.

Mientras algunos doctrinarios lo identifican directamente con la responsabilidad penal de las empresas y con la función del oficial de cumplimiento⁹, otros entienden que es una noción que va más allá de la regulación legal (específicamente de la Ley 27.401) al tratarse de una materia que “mira a la compañía y a los negocios en todos sus niveles de manera transversal y holística”. Además, no se limita a los temas de corrupción, ya que se trata de una cultura, enfoque coincidente en la doctrina penal.

A su vez, identificado con el cumplimiento, se lo entiende en su forma más amplia como la combinación de los procesos que permiten a una empresa garantizar el respeto por los valores y la ética, establecidos por la organización y reunidos en los llamados programas de cumplimiento¹⁰

Como señala Thomas Rotsch, catedrático de la Universität Augsburg y el CCC- Center for Criminal Compliance, el concepto protagonizó una carrera vertiginosa, pues pocos años atrás todavía era gran parte desconocido.

Para este dicho profesor se trata de la “conformidad a Derecho” (*gesetzmäßig*) y por lo tanto de un “evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente”.

A partir de ello, se plantean varios interrogantes: si el *Compliance* describe algo distinto a una mera perogrullada; si se trata de un concepto de moda vacío en su contenido cuya trascendencia es falsa; si supone en realidad solo medidas de marketing destinadas a

⁸ Ivanega, Control Público, Cap. IV.

⁹ Rodríguez Estévez Juan María, “El *criminal compliance* como fundamento de imputación penal corporativa”. *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria* (Directores Nicolás Durrieu y Raúl Sacani) La Ley (Suplemento Especial) Buenos Aires, 2018, p. **85/97**

¹⁰ Thiboud Tomás, “La toma de decisiones en *compliance*” y Cabrero Ramón, “El rol del Oficial de Cumplimiento en la práctica”. *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria* (Directores Nicolás Durrieu y Raúl Sacani) La Ley (Suplemento Especial) Buenos Aires, 2018, pp.237-246; 247-258 respectivamente.

potenciales destinatarios de normas con la intención de desconcertarlos y “ganar grandes cantidades de dinero”. Con independencia de la necesidad de recurrir a anglicismos y de la evidencia de que la actividad profesional no se ejerce de forma gratuita, considera que aquella describe un fenómeno novedoso¹¹.

A esta altura, resulta indiscutible que el análisis principal de esta figura está concentrado en el ámbito del derecho penal: el denominado *Criminal Compliance* plantea problemas específicos, por ejemplo, el examen de cómo evitar la responsabilidad penal obliga a tomar en consideración a la empresa en su conjunto -es decir trabajadores y cúpula directiva- y a comprender que la anticipación de tal responsabilidad no puede sencillamente predecirse siempre con la necesaria seguridad. A su vez, el hecho que con ella quiera evitarse el castigo y que por ende, preverse comportamientos futuros, constituye un inmenso problema práctico para el asesoramiento en *Compliance*¹².

Con una base pragmática, aparece frente a la necesidad de controlar los riesgos generados por la actividad empresarial, realidad que obliga a la implementación de programas de cumplimiento que ayudan al Estado y al derecho penal en el control de la criminalidad. El planteo desde ese ángulo es bastante más complejo, en la medida que el análisis de la criminología de grupo, los niveles de una organización defectuosa generan el análisis del *criminal compliance* como una herramienta dogmática de imputación corporativa. Sin embargo, cabe destacar que la figura comentada se vincula con la correcta organización interna de la empresa, con el objeto de prevenir y detectar hechos delictivos, de forma tal que pueda ser exonerada de la sanción o ver disminuía la pena¹³.

En el marco descripto, aparecen como medidas de prevención los llamados “programas de integridad”.

Producto de la decisión empresarial de prevenir, detectar y en su caso sancionar la comisión de delitos, estos programas constituyen un mecanismo que exigido por el

¹¹ Rotsch Thomas, “Criminal Compliance”, Traducción a cargo de Ivó Coca Vila, Universidad Pompeu Fabra. Revisión a cargo del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas. InDret Revista Análisis Del Derecho, Barcelona 2012, p.1/13.

¹² Ibidem. También Ontiveros Alonso Miguel, “¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx> (último acceso 22/04/19)

¹³ Rodríguez Estevez, “El *criminal compliance* como fundamento de imputación penal corporativa”, p.92

Estado, permite a las empresas adecuar su organización y funcionamiento conforme a la normativa legal.

La falta de integridad y de ética en las organizaciones, son las causas principales de la implementación de programas especiales que se dirigen a prevenir, detectar y solucionar los problemas que acarrearán comportamientos contrarios a las normas externas e internas.

Si bien estos programas tienen un impacto positivo, como herramientas para reducir los riesgos de situaciones vinculadas a la corrupción, deben ser lo suficientemente sólidas e integrales para prever todas las contingencias legales que pueden producirse en el ámbito de la empresas (incumplimientos a normas tributarias, contables, laborales, daños a terceros, sanciones administrativas).

Coincidimos en que aquellos programas no aseguran la ausencia de incumplimiento, pero sí buscan dificultar razonablemente que ellos ocurran¹⁴.

2- El Oficial de cumplimiento

El temor de las empresas a que dichos incumplimientos originaran sanciones, pérdidas financieras o de reputación fue el que generó el intenso movimiento y desarrollo del *Compliance* que, instalado en los ámbitos privados, llevó a la formación de grupos de expertos que tratan aspectos legales, contables, de organización y métodos, de auditoría e incluso de planificación de políticas públicas¹⁵.

El Oficial de Cumplimiento, tomó un marcado protagonismo con el objeto de asegurar tanto el riguroso cumplimiento normativo como para fijar cimientos éticos para que la empresa desarrolle un negocio sustentable en mercados competitivos. Su labor consistirá en definir las particularidades propias de la organización, ponderando el negocio que desarrolla, el riesgo y los valores éticos que se buscan promover y cuidar. No se trata de un trabajo estático sino de permanente dinamismo para diseñar y mejorar las herramientas para atender las nuevas complejidades¹⁶.

¹⁴ Morales Oliver Gustavo, "Programas de *compliance* anticorrupción: Aspectos complejos, legislación comparada y consecuencias". *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria* (Directores Nicolás Durrieu y Raúl Sacani) La Ley (Suplemento Especial) Buenos Aires, 2018, pp.200-209.

¹⁵ Campos Acuña Concepción, "¿Es necesario un *Compliance Officer* en el sector público?" https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/14/legal/1518633304_622585.html (último acceso 23/04/19)

¹⁶ Cabrero, "El rol del Oficial de Cumplimiento en la práctica", pp. 247-258.

Se suele criticar que muchas veces se utilizan a los expertos en *compliance* (o a sus procesos y reglas) para obtener el “deber ser” o para tomar la mejor decisión que logre posicionar a la empresa con un rol de mayor responsabilidad o de conciencia humana. Sin embargo, las decisiones que se adopten en este sentido, no pueden depender de una sola persona, sino que deben ser la expresión de una real cultura empresarial. Por ello, el *Oficial de Cumplimiento* debe ser facilitador de decisiones por sobre decisiones finales, es decir ser consejero pero independiente para lograr opiniones objetivas. La empresa que depende de él para tomar una decisión, muestra que no ha trabajado en forma debida en la creación de aquella cultura interna en la cual todos los empleados pueden comprender lo que es o no correcto. Bajo este criterio se considera que “es más útil un *compliance officer* que trabaje en la generación de cultura logrando transmitir el mensaje a otros que luego se transformen en embajadores de esas decisiones correctas, antes que ser un empleado que se limite a ser juez o policía dentro de la empresa o el único con capacidad entrenada de discernir entre lo correcto o incorrecto”¹⁷.

Dentro de la obligación del oficial de cumplimiento, está la de promulgar valores, enseñar políticas y ayudar a los empleados en un marco de transparencia y buena comunicación. Por ende, debe ser criterioso, con capacidad de análisis de riesgos, constituir una guía, asesorando en valores éticos que serán los que sostengan las decisiones que la empresa adopte¹⁸.

En tal marco, otro aspecto interesante a considerar es la independencia que debe tener dicho Oficial.

Si bien se trata de un aspecto que tratamos oportunamente respecto al control interno en el Sector Público Nacional¹⁹, las cuestiones allí abordadas son trasladables a quien se desempeña en el ámbito empresarial, pues si aquel debe tomar decisiones vinculadas al funcionamiento de la empresa, evaluar situaciones y comportamientos de empleados y directivos, analizar riesgos, debe reunir condiciones de independencia, neutralidad y objetividad suficientes para alejarse de influencias que puedan afectar su función.

¹⁷ Thibaud Tomás, “La toma de decisiones en *compliance*”, pp. 237/244

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ivanega, Control público, pp.127-153.

En ese sentido, la ponderación del papel que cumple conlleva a valorar la jerarquía y la autonomía que debe tener para ser eficaz²⁰.

3-Integridad en los planes de acción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Las normas ISO 37001:2016

El Plan de acción OCDE-LAC sobre integridad y anticorrupción producto de la Tercera Reunión de Alto Nivel del Programa regional de la OCDE para América Latina y el Caribe celebrada en Lima en octubre de 2018, titulada "Integridad para el buen gobierno: de los compromisos a la acción" tuvo por objeto apoyar a los países de esas regiones, en el diseño e implementación de estrategias que conviertan en acciones concretas al "Compromiso de Lima" adoptado en la Cumbre de las Américas y las prescripciones de las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la corrupción y la Convención contra el soborno de la OCDE.

Las herramientas incluidas en dicho Plan que posibilitarán la concreción de acciones son: a) el diálogo sobre políticas (redes de políticas regionales) en las que representantes de los gobiernos, organismos internacionales y la sociedad civil debaten experiencias e intercambian prácticas; b) revisiones o estudios de políticas; c) adhesión a instrumentos legales que fijan principios y que orientan a los responsables de las políticas y decisiones; d) apoyo a la implementación mediante asesoramiento y asistencia sobre políticas específicas; e) notas de políticas y/o publicaciones regionales.

En forma expresa se pretende buscar la motivación de "acciones tangibles" con la intención de "avanzar en un esfuerzo coordinado para mejorar la confianza en las instituciones públicas en toda la región, aumentar la rendición de cuentas de los Estados hacia sus ciudadanos, y establecer una cultura de integridad entre los sectores público, privado y la sociedad en general".

Ese Plan de Acción de la Integridad para el Buen Gobierno en América Latina y el Caribe, tiene diez objetivos concretos cuyo logro implican la aplicación de medidas específicas. Tales fines son: 1) mitigar el riesgo de captura de políticas; 2) mejorar la eficiencia, la eficacia y la apertura de la administración pública; 3) establecer bases para un servicio civil ético y receptivo basado en el mérito; 4) reforzar el control y la auditoría internos y

²⁰ En ese sentido, Cabrero, "El rol del oficial de Cumplimiento en la Práctica", pp.250/252.

externos; 5) mejorar la confianza en el sistema mediante mecanismos de ejecución eficaces; 6) prevenir la corrupción en la contratación pública; 7) desarrollar capacidades a escala subnacional para promover políticas de integridad articuladas; 8) promover el buen gobierno corporativo y de integridad en las empresas públicas; 9) promover una responsabilidad compartida con el sector privado para crear una cultura de integridad; 10) un marco institucional integral coherente impulsa las políticas de integridad y corrupción.

Tres instrumentos de la OCDE resultan fundamentales para comparar y evaluar la situación de los países en el marco del sector público, resultando herramientas esenciales en la construcción de los objetivos antes señalados. Son las Recomendaciones sobre: la integridad pública; las directrices de la OCDE para la gestión de conflictos de intereses en el servicio público y los principios de transparencia e integridad en los grupos de presión. Nos detendremos en la primera.

El primer aspecto a destacar es el reconocimiento de que la creación de un mayor número de normas, así como la observancia más estricta y cumplimiento más firme, poseen una eficacia limitada.

El segundo punto que resulta de interés es la afirmación de que “la integridad es uno de los pilares fundamentales de las estructuras políticas, económicas y sociales y, por lo tanto, es esencial para el bienestar económico y social, así como para la prosperidad de los individuos y de las sociedades en su conjunto”.

Reconoce la OCDE que los riesgos en materia de integridad están presentes en las interacciones entre el sector público y el privado, la sociedad civil y las personas físicas, en todas las fases del proceso político, incluyendo la elaboración de políticas públicas. Tal interconexión exige un enfoque integrador, que abarque al conjunto de la sociedad a la hora de mejorar la integridad pública y reducir la corrupción en el ámbito del sector público;

En síntesis, las Recomendaciones a los países miembros y adherentes giran alrededor de tres ejes principales: el desarrollo de un sistema coherente y global en materia de

integridad pública y de una cultura de integridad pública, y la posibilidad de una rendición de cuentas eficaz²¹.

Otra norma que cobra importancia en la materia, es la ISO 37001:2016.

Se trata de un Sistema de gestión contra los sobornos, diseñada para ayudar a una organización a establecer, implementar, mantener y mejorar un programa de cumplimiento contra el soborno, que incluye medidas concretas que deben aplicarse con base en las buenas prácticas internacionalmente reconocidas.

El soborno es definido como: oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier valor (que puede ser de naturaleza financiera o no financiera) directamente o indirectamente, e independiente de su ubicación, en violación de la ley aplicable, como incentivo o recompensa para que una persona actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona.

La norma que puede ser implementada en organizaciones pequeñas, medianas, grandes de los sectores privados, públicos, y organizaciones no gubernamentales, incluye requisitos tales como:

- ✓ Implementar una política y un programa anti-soborno.
- ✓ Comunicarlas a todo el personal pertinente y socios de negocios (de empresas conjuntas, subcontratistas, proveedores, consultores, etc.)
- ✓ Capacitar adecuadamente al personal.
- ✓ Designar a un Director/Responsable/Comité de cumplimiento para supervisar el programa.
- ✓ Evaluar los riesgos de soborno, incluyendo la diligencia debida.
- ✓ Adoptar medidas razonables y proporcionadas para asegurar que las organizaciones controladas y socios hayan implementado controles anticorrupción apropiados.
- ✓ Verificar que el personal cumpla con la política anti- soborno.
- ✓ Controlar obsequios, donaciones y beneficios similares para asegurarse de que no tienen un propósito corrupto.

²¹ <https://www.oecd.org/latin-america/regionalprogramme/Integridad-para-el-buen-gobierno-en-America-Latina-y-el-Caribe-Plan-de-Accion.pdf> (ultimo acceso 23/04/19)

- ✓ Implementar controles financieros apropiados, de adquisiciones y otros controles comerciales con el fin de ayudar a prevenir el riesgo de soborno.

Es indudable que la conformidad con este documento no garantiza que el soborno no haya ocurrido o no vaya a ocurrir, pues el riesgo no es posible eliminarlo por completo. Lo que permite ese documento es ayudar a la organización a adoptar medias razonables y proporcionales para prevenir, detectar y enfrentar el soborno²².

V- “COMPLIANCE” EN EL SECTOR PÚBLICO NACIONAL (SPN). LA LEY 27.401

1- Ley 24.156

Para analizar la efectividad del “compliance” en el SPN, es necesario identificar su contenido. Según la Ley 24.156 (artículo 8) tal sector está formado por:

a) Administración Nacional (Administración Central y los Organismos Descentralizados, incluyendo a las Instituciones de Seguridad Social),

b) Empresas y Sociedades del Estado: Empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta y todas otras organizaciones empresariales en las que el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias,

c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluso las entidades públicas no estatales en las que el Estado nacional tenga el control de las decisiones,

d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional.

El amplio contenido del SPN, lleva al planteo de un primer interrogante: ¿La pretensión de implementar el sistema de *compliance* se limita exclusivamente a los sujetos comprendidos en el inciso b) del transcripto artículo 8?

²² <http://www.iso.org/obp>

La respuesta tendrá que tener en consideración que, si bien el SPN es una noción elaborada a partir de criterios de la Administración Financiera y del presupuesto público, se encuentra conformada por organismos, instituciones y entes de diversa naturaleza.

Si se parte de los orígenes y los objetivos del *compliance* la aplicación debería promoverse en el ámbito de las empresas y sociedades estatales, sin perjuicio de las incertidumbres que nos produce su compatibilización con los sistemas de control de la ley 24.156

2- Ley 27.401 -Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Esta especie de vorágine por justificar la aplicación de técnicas y mecanismos que - aparentemente novedosas- genera un orden empresarial ajustado al cumplimiento de normas, tuvo un particular empuje con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas.

Uno de los antecedentes más citados por la doctrina especializada es el de España, que en el año 2010 con la modificación del Código Penal, posibilitó la atribución esas responsabilidades.

Las personas jurídicas se convirtieron penalmente responsables por los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta por sus representantes legales y administradores, incluyendo a quienes estando sometidos a su autoridad hayan podido realizar los hechos por no haber ejercido sobre ellos el debido control.

Una reforma posterior introdujo la modificación de que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad cuando: a) hubiese adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; b) la supervisión de esas medidas estuviere a cargo de un órgano interno con una cierta autonomía (salvo en el caso de las pequeñas empresas); c) el delito se haya cometido eludiendo por los autores tales medidas y d) no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de control.

De esta forma, el *compliance* a través de leyes especiales se convirtió en obligatorio para poder evitar la responsabilidad penal, dada la importancia que tuvieron las investigaciones judiciales aludidas.

En el campo de la prevención contra la corrupción, produjo un impacto sustancial al introducirse determinadas exigencias en la regulación de las contrataciones administrativas.

En la República Argentina, desde de marzo de 2018 rige la Ley de Responsabilidad Penal para las Personas Jurídicas Privadas, de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, que hubieran cometido, directa o indirectamente, con su intervención, en su nombre, interés o beneficio, y/o a través de terceros sin atribuciones para obrar en su representación, los siguientes delitos:

- cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional,
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,
- concusión,
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y/o
- balances e informes falsos agravados.

El nuevo sistema implica que no resulta necesaria la declaración de culpabilidad de una persona humana, por un delito cometido en el marco de su organización interna, para la atribución de responsabilidad penal contra una persona jurídica, pues basta con que se acredite que dicho ilícito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos.

Las penas aplicables son multas de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; la suspensión total o parcial de actividades, por un máximo de diez años; la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos; la disolución y liquidación 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; la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. La acción penal prescribe a los seis años de la comisión del delito.

Sin embargo, quedan exentos de pena aquellos que espontáneamente hayan denunciado un delito previsto en la ley, hubieren implementado un sistema de control -denominado programa de integridad- y supervisión adecuado, y devuelvan el beneficio indebido obtenido.

Respecto del programa de integridad o “compliance” lo relevante es que debe contener un conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos que promuevan la integridad, supervisión y control, orientado a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.

Específicamente tiene que incluir reglas y procedimientos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.

Ese programa, es exigible para poder contratar con el Estado Nacional en los casos de requerir, por su monto, la aprobación de un funcionario con rango no menor a Ministro, y cuando los contratos se encuentren regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328, y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

Otra medida prevista es la “colaboración eficaz” (también regulada por la mencionada Ley 27.301 aunque cuando en ésta comprende todos los delitos) consistente en acuerdos entre la persona jurídica y el Ministerio Público Fiscal, a través del cual aquella se obliga a cooperar a través de la relevación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes, o el recupero del producto o las ganancias del delito. Su celebración implica el pago de una multa, cuyo monto equivale a la mitad del monto mínimo previsto como sanción. Dicho acuerdo debe, además, ser homologado judicialmente.

En resumen, como lo indica la exposición de motivos del proyecto de esa ley, que enviara el Poder Ejecutivo Nacional, se busca promover que las personas jurídicas a través de la implementación de políticas y procedimientos internos detecten incumplimientos dentro de su estructura, para ajustar sus objetivos internos a una cultura de integridad y de prevención de los delitos contra la corrupción²³.

VI-A MODO DE CONCLUSIÓN

El abordaje de la transparencia pública desde el acceso a la información y medidas de prevención, encuentran su núcleo en la concreción de los derechos del ciudadano.

²³ González Guerra Carlos y María José Tamagno, “Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”, pp.3

Tanto los obstáculos para acceder a la información pública como la ineficiencia de mecanismos para prevenir y sancionar la corrupción, empobrecen al ciudadano en varios sentidos.

Por ello, por un lado postulamos la aplicación de los principios, criterios y modalidades previstas en la ley 27.275, motivo por el cual el acceso al procedimiento administrativo no puede verse obstaculizado con la exigencia de la demostración de un interés específico.

Sin embargo, respecto a la aplicación del “compliance” al SPN no podemos ser tan contundentes. Una serie de incertidumbres se ciernen alrededor de esta figura en dicho ámbito:

- ¿Cómo se compatibiliza con el sistema de control interno?
- ¿Su aplicación reemplaza los criterios fijados por la Ley 24.156?
- ¿Implica nuevas etapas en los procedimientos administrativos?
- ¿Cómo se compatibiliza con las funciones de los servicios jurídicos permanentes?
- ¿El Oficial de cumplimiento reemplaza al auditor interno? ¿Puede asumir éste las funciones de aquel?
- ¿De quién debe depender –jerárquicamente- ese Oficial de Cumplimiento? ¿De la máxima autoridad del organismo? ¿De la Oficina Anticorrupción?
- ¿Cómo debe ser seleccionado? ¿Su situación de revista será la de personal contratado, temporario, o permanente?
- ¿Cómo se garantiza su independencia e imparcialidad?

Estos interrogantes no empañan la real necesidad de aplicar políticas de integridad institucional que permitan evitar y prevenir desvíos en la gestión pública; por el contrario, toda opción para mejorar el funcionamiento estatal y la Administración en particular encuentra sus bases en los principios y derechos constitucionales.

Creemos que no se puede negar que resulta necesaria la incorporación de una política de *compliance* como parte de un sistema de gestión de las instituciones públicas, que tenga por objeto prevenir y luchar contra la corrupción y generar buenas prácticas, de la mano

de la superación de la crisis de valores, el desarrollo basado en el bien común, el impulso de la integridad y la ética pública, de un uso de la tecnología como herramienta²⁴.

Sin embargo, la experiencia nos indica que transpolar figuras como esa, sin reparar que ello puede producir la superposición de trámites y funciones y sin considerar la existencia de una multiplicidad de organismos de control –cuya acumulación en la organización estatal asemeja a una Torre de Babel- puede llevar, lamentablemente, a su fracaso anticipado.

²⁴ Pellicer García José Luis, Herramientas y Propuestas para luchar contra la corrupción en el Sector Público: Ética, Transparencia y *Compliance*, en Revista Internacional de Transparencia e Integridad N°5, setiembre-diciembre 2017. <https://revistainternacionaltransparencia.org/numero-5/> (último acceso 22/04/19).