



Universidad de San Andrés

Departamento de Ciencias Sociales

Maestría en Política y Economía Internacionales

CICLO: 2015/2016

**Título: “La regulación privada transnacional como
herramienta para combatir la corrupción en
Latinoamérica entre el 2011 y el 2016” – El caso de
Argentina, Brasil, Chile y México**

Autora: Carolina Andrea Echevarria

Director: Guillermo Jorge

Buenos Aires, 27 de diciembre, 2019

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS
MAESTRÍA EN POLÍTICA Y ECONOMÍA INTERNACIONALES
CICLO: 2015/2016

Título: “La regulación privada transnacional como herramienta para combatir la corrupción en Latinoamérica entre el 2011 y el 2016” – El caso de Argentina, Brasil, Chile y México

Autora: Carolina Andrea Echevarria

Director: Guillermo Jorge

Buenos Aires, 27 de diciembre, 2019

Resumen

La corrupción es una problemática global que genera desigualdad social y pobreza. Los grandes escándalos de corrupción que comenzaron a salir a la luz hace 20 años, han demostrado que trabajar para rebatirla es responsabilidad tanto del sector público como del privado. Debido a que la corrupción es un fenómeno que atraviesa las fronteras, se desarrollaron normativas y metodologías que buscan controlarla en el plano transnacional.

El objetivo de la presente tesis es determinar el impacto de las regulaciones privadas transnacionales en la lucha contra la corrupción en América Latina mediante la comparación de los casos de Argentina, Brasil, Chile y México. Para ello, se realizó un análisis de las normativas públicas y privadas existentes, una encuesta a empresas en los cuatro países seleccionados y entrevistas a expertos en la temática.

Los resultados evidencian que las regulaciones privadas transnacionales funcionan como un complemento a las normativas públicas, fortaleciéndolas y facilitando la implementación de herramientas de prevención de la corrupción en el sector privado como los programas de Compliance. Sin embargo, aún existen muchas organizaciones con programas ficticios cuyo único fin es dar cumplimiento a ciertas normativas (públicas o privadas). Teniendo en cuenta los resultados obtenidos, se realizaron recomendaciones específicas con el objetivo de lograr la implementación efectiva de programas de Compliance que realmente generen cambios culturales y estructurales en la lucha contra la corrupción en la región Latinoamericana.

San Andrés

Índice

| | |
|---|-----------|
| Índice de Gráficos | 04 |
| Índice de abreviaturas y acrónimos | 05 |
| Introducción | 06 |
| Capítulo I: Marco teórico | 09 |
| Sección I.1: Corrupción y prevención de la corrupción. Definiciones y aplicación en el sector privado | 09 |
| Sección I. 2: Regulación privada internacional. Definición y aplicaciones | 12 |
| Capítulo II: Marco Metodológico | 19 |
| Capítulo III: Regulación anticorrupción | 22 |
| Sección III.1: Regulación pública en Chile, Brasil, Argentina y México | 22 |
| Subsección III.1.a: Normativa chilena..... | 22 |
| Subsección III.1.b: Normativa brasilera..... | 24 |
| Subsección III.1.c: Implementación y enforcement de las normativas chilena y Brasilera..... | 26 |
| Subsección III.1.d: Legislación incipiente de Argentina y México..... | 28 |
| Sección III. 2: Regulación privada..... | 30 |
| Subsección III.2.a: Regulación privada internacional..... | 30 |
| Subsección III. 2.b: Regulación privada local..... | 32 |
| Apartado III.2.b.1: Chile..... | 33 |
| Apartado III.2.b.2: Brasil..... | 34 |
| Apartado III.2.b.3: Argentina..... | 35 |
| Apartado III.2.b.4: México..... | 36 |
| Capítulo IV: Programas de Compliance. Estado y motivaciones | 38 |
| Sección IV.1: Características de la muestra..... | 38 |

| | |
|---|---------------|
| Sección IV.2: Variables y resultados..... | 39 |
| Sección IV.3: Análisis de Resultados..... | 43 |
| Subsección IV.3.a: Existencia de programas de Compliance..... | 43 |
| Subsección IV.3.b: Robustez de los programas de Compliance..... | 45 |
| Apartado IV.3.b.1: Certificaciones..... | 46 |
| Subsección IV.3.c: Implementación de TPR en cadenas de valor..... | 49 |
| Subsección IV.3.d: Implementación efectiva de programas de Compliance..... | 51 |
| Apartado IV.3.d.1 Problemas estructurales en América Latina | 52 |
| Apartado IV.3.d.2 Factores internos en las empresas..... | 55 |
| Conclusiones y recomendaciones: cambios sistémicos en la lucha contra la corrupción en América Latina..... | 59 |
| Bibliografía..... | 62 |
| Anexos..... | 68 |



Universidad de
San Andrés

Índice de tablas y gráficos

| | |
|--|----|
| Gráfico III.1: Tamaño de las empresas encuestadas..... | 38 |
| Gráfico III.2: Tipo de programa de Compliance según tamaño de las empresas encuestada..... | 39 |
| Gráfico III.3: Motivaciones de las empresas encuestadas para implementar un programa de Compliance..... | 40 |
| Gráfico III.4: Empresas con Certificación según país..... | 41 |
| Gráfico III.5: Solicitud de programas de Compliance por parte de clientes..... | 41 |
| Gráfico III.6: Solicitud de programas de Compliance por parte de clientes según país..... | 42 |
| Gráfico III.7: Tipo de programa de Compliance de las empresas encuestadas a las cuales sus clientes les solicitaron la implementación de un programa de Compliance..... | 42 |

Universidad de
San Andrés

Índice de abreviaturas y acrónimos

| | |
|--|--|
| AHK Argentina – Cámara de Industria y Comercio Argentino-Alemana | IFC – Corporación Financiera Internacional |
| ACC – Association of Corporate Council | IDW - Instituto Alemán de Auditores Públicos |
| AMCHAM – American Chamber of Commerce | IFPMA – International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations |
| BID – Banco Interamericano de Desarrollo | IMF – International Monetary Fund |
| CAC – Cámara Argentina de Comercio | ISO – Organización Internacional de Normalización |
| CMIC – Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción | MACN – Maritim Anti-corruption Network |
| CAEME – Cámara Argentina de Especialidades Médicas | OEA – Organización de Estados Americanos |
| CCE – Consejo Coordinador Empresarial | OECD – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos |
| CGU – Contraloría General de la Unión de Brasil | ONU – Organización de Naciones Unidas |
| CNEP – Cadastro Nacional de Empresas Punidas | PACI - Principles for Countering Bribery |
| COPARMEX – Confederación Patronal de la República Mexicana | PyME – Pequeña y mediana empresa |
| DOJ – Departamento de Justicia de los Estados Unidos | SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas |
| FAO – Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura | SOFOFA – Sociedad de Fomento Fabril |
| FCPA - Foreign Corrupt Practices Act | TPR – Regulación Privada Transnacional |
| FSC - Forest Stewardship Council | UCEMA – Universidad del CEMA |
| ICC – International Chamber of Commerce | UIA – Unión Industrial Argentina |
| | UNCAC – United Nations Convention against Corruption |

Introducción

La corrupción es una problemática global que impacta en el desarrollo y la desigualdad social en todo el mundo. A pesar de conocer su impacto, de ser objeto de una gran cantidad de estudios y de las medidas que se desprenden para rebatirla, se estima que, en la actualidad, su costo anual alcanza entre 1.5 y 2 trillones de dólares por año (IMF 2016). Si bien al hablar de corrupción se tiende a pensar que se trata de un problema propio del sector público, son numerosos los casos que involucran al sector privado, especialmente en cuestiones de soborno. Durante los últimos años, distintas empresas multinacionales se vieron envueltas en escándalos de corrupción, generalmente en países que no son los de su origen y donde las regulaciones son más débiles. Teniendo esto en cuenta, el sector público comenzó a generar regulaciones transnacionales -como el Foreign Corrupt Practices Act (1977) o el UK Bribery Act (2010) - que penan a las empresas también por su accionar en el extranjero. Sin embargo, la aplicación internacional de las regulaciones públicas no tuvo el éxito esperado debido a la escasa coordinación internacional entre países, la falta de *enforcement* y la información judicial dispar. Dentro de este contexto, también se pueden observar falencias en la normativa pública latinoamericana. Según un Informe del Banco Interamericano de Desarrollo sobre corrupción en América Latina no ha habido mejoras significativas en materia de anticorrupción durante las últimas dos décadas (Engel et Al. 2018), por lo que el control de la corrupción y el Estado de Derecho siguen siendo deficientes en toda la región. “Si bien los principales casos de corrupción han revelado la capacidad de algunas instituciones de lucha contra la corrupción para ofrecer una respuesta eficaz – especialmente fiscales y jueces de unos pocos países-, el panorama general ha demostrado un fracaso en la prevención de la corrupción en la región” (Engel et Al. 2018 pág. 11). Según el Barómetro de Corrupción para América Latina y el Caribe de Transparencia Internacional, el 62% de los encuestados considera que el nivel de corrupción aumentó en sus países (Pring, 2017). Incluso en aquellos como Chile y Brasil cuyas normativas contra la corrupción son más antiguas, los encuestados fueron aún más críticos con una percepción de aumento de la corrupción de un 80%.

Las regulaciones privadas transnacionales (TPR, por sus siglas en inglés) en materia de anticorrupción nacieron, precisamente, como una respuesta ante la falta de cooperación internacional del sector público. A través de incentivos jurídicos, el Estado delegó al sector privado la responsabilidad de monitorear el cumplimiento de algunos estándares de corrupción en su cadena de valor (desde FCPA hasta la normativa brasilera fomentan que las empresas

controlen los programas de Compliance de sus terceros). Es por ello por lo que el sector privado, principalmente las empresas multinacionales que deben cumplir con regulaciones transnacionales en diferentes países, las han implementado, por ejemplo, a través de cláusulas contractuales con socios ubicados en países menos regulados.

En cuestión de anticorrupción, las TPR son útiles, especialmente en países donde la aplicación de la ley no es tan efectiva o -directamente- no existe ninguna normativa pública que siga los estándares internacionales de transparencia. En el caso de América Latina, tienen lugar ambas situaciones: tanto falta de regulación como la aplicación ineficiente de ciertas regulaciones existentes. A pesar de esta situación irregular de la región, América Latina constituye una gran fuente de negocios para las empresas internacionales que deben, por un lado, cumplir con las normativas de aplicación extraterritorial de sus países de origen y, por el otro, trabajar con actores locales que no siempre siguen los mismos estándares de anticorrupción. Debido a que la mayor parte de las normativas de sus países de origen castigan a las empresas por las actividades de sus socios de negocios o representantes en el exterior, éstas extienden dichos estándares a sus socios de países donde la regulación anticorrupción se encuentra por debajo de los estándares internacionales. De esta manera, tanto las TPR como las regulaciones privadas locales pueden ser una herramienta útil para complementar los esfuerzos estatales y nivelar los estándares de transparencia en los negocios.

La presente tesis busca indagar, por primera vez, el rol que tienen las TPR en la lucha contra la corrupción dentro del sector privado de América Latina como complemento o en ausencia de leyes domésticas. Es preciso destacar que el objetivo no es presentarlas como una solución aislada, sino analizar su impacto como un complemento de las normativas públicas existentes. Para ello, se tomará el período comprendido entre 2010 -cuando se realizó la primera “Guía de Buenas Prácticas Sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)-. y 2016 -fecha de inicio de la presente investigación y en la cual Argentina todavía no tenía una normativa de responsabilidad penal de la persona jurídica y México estaba recién iniciando su implementación. Este recorte temporal nos permitirá comparar países con una regulación ya implementada, como lo son Chile y Brasil, con países sin regulación o una regulación incipiente como lo son Argentina y México. Sin embargo, se utilizará también bibliografía de los años 2017, 2018 y 2019 para enriquecer el análisis.

El presente trabajo toma como punto de partida la implementación de técnicas de investigación combinadas. A partir del uso de métodos cuantitativos -como encuestas a

empresas-, y técnicas cualitativas -como entrevistas y observación de documentos-, se buscará comprender el impacto de las TPR en la reducción de la corrupción en el sector privado. Tanto la normativa pública internacional como los estándares privados han reconocido a los programas de Compliance como una herramienta efectiva para prevenir la corrupción en el sector privado. Es por eso que nos referimos a impacto como el aumento de programas robustos de Compliance. En la encuesta cuantitativa se consultará a las empresas específicamente sobre la implementación de dichas medidas indagando sobre la motivación para llevarlas a cabo. Como complemento, en las entrevistas se profundizará en la implementación efectiva de dichos programas de Compliance especialmente en las cadenas de valor.

El primer capítulo brindará el marco teórico de aplicación de las TPR en la normativa anticorrupción. En el segundo capítulo se puntualiza el marco metodológico utilizado. En el tercero, se hará un sumario de la regulación público y privada existente en cuatro países seleccionados de América Latina, analizando como fue su implementación hasta el momento. A lo largo del cuarto capítulo se evaluará el estado de situación en materia de Compliance y prevención de la corrupción en empresas, a partir de los resultados de una encuesta realizada en la región. Este análisis cuantitativo será acompañado por un conjunto de entrevistas acerca de la implementación de programas de Compliance. El trabajo de campo permitirá comparar la implementación de programas de Compliance en países con una normativa anticorrupción para el sector privado con aquellos donde todavía no existe, entendiendo cuales fueron las motivaciones principales según los tipos de empresas que analizaremos. Considerando que el objetivo es el análisis del impacto de las TPR, las empresas encuestadas están lógicamente vinculadas a instituciones o empresas que implementan TPR. Por último, se presentarán las principales conclusiones y propuestas de acciones a futuro o temáticas a investigar para lograr cambios sistémicos en la región de América Latina.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

Sección I.1: Corrupción y prevención de la corrupción. Definiciones y aplicación en el sector privado

Aunque la promulgación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) tuvo lugar en el año 1977, fue recién con los escándalos internacionales de Enron en 2001 y Worldcom en 2002 que la corrupción comenzó a ocupar los principales espacios de las agendas gubernamentales y de los medios de comunicación.

De acuerdo con Transparencia Internacional, “la corrupción es el abuso del poder encomendado para obtener un beneficio privado” (Transparency International). Si bien en la literatura existen diversas definiciones de corrupción¹, la presente tesis utilizará la de Transparencia Internacional ya que es una de las más amplias contemplando diversos tipos de corrupción. Esta definición incluye tanto aquella que ocurre entre los sectores público y privado, como así también aquella que ocurre directamente entre privados.

Los anteriormente mencionados escándalos de corrupción generaron la toma de medidas concretas dentro de las empresas y los gobiernos involucrados. Por un lado, los gobiernos afectados implementaron nuevas normativas de índole sancionatoria (a FCPA se le sumó la normativa canadiense en 1999 y UK Bribery Act en 2010), mientras que las empresas afectadas trabajaron internamente en la lucha contra la corrupción y su prevención con el objetivo de limpiar su imagen y evitar que un nuevo escándalo pudiera volver a golpearlos. Los programas de Compliance se convierten en una de las medidas más utilizadas por las empresas para prevenir la corrupción. Asimismo, los programas de Compliance aparecen por primera vez como un elemento atenuante en los United States Sentencing Guidelines, generando aún más incentivos en las empresas para prevenir la corrupción interna.

Las empresas comienzan entonces a implementar programas de Compliance motivadas por los costos que genera la corrupción, la pérdida de reputación por los escándalos en un mundo cada vez más globalizado y las ventajas competitivas que trae una competencia leal y en igualdad de condiciones con otras empresas.

¹ Otras definiciones globalmente aceptadas son, por ejemplo, la del Banco Mundial “El abuso de un cargo público para un beneficio privado”; o la del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo “El mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco”. Sin embargo, ambas requieren la participación del sector público y por lo tanto la autora decidió aplicar una definición más amplia incluyendo también la corrupción solamente entre privados.

Un buen programa de Compliance debería buscar que la empresa no solo cumpla con la normativa vigente, sino que también promueva el cumplimiento de los valores de la organización (Morales Oliver & Saccani, 2018). Si bien no existe una única regulación o forma de implementar un programa de Compliance, es posible analizar algunos elementos básicos comunes a cualquier sistema de Compliance. La OCDE definió en su guía de buenas prácticas en el año 2010 por primera vez, desde un organismo internacional, los elementos principales. En la actualidad sin embargo se fueron desarrollando estándares más exigentes. Según los estándares internacionales actuales se pueden determinar como principales elementos de un programa de Compliance los siguientes (Morales Oliver & Saccani, 2018):

- Compromiso de la alta dirección.
- Análisis de riesgos.
- Código de conducta y políticas anticorrupción.
- Controles.
- Capacitación y difusión.
- Mecanismos de detección y sanción.
- Institucionalización.
- Documentación.

Estos elementos pueden traducirse en medidas concretas que serán tenidas en cuenta en la encuesta realizada para evaluar el estado de situación de los programas de Compliance en los países analizados.

Actualmente, los programas de Compliance, forman parte tanto de normativas internacionales como locales. En primer lugar, se vieron reflejados en reglamentaciones de alcance internacional como los US Sentencing Guidelines -que sirven como guía para los jueces en Estados Unidos- y el UK Bribery Act -como un instrumento que busca disminuir las sanciones aplicables a las empresas-. Los programas se reflejaron también en estándares y guías de buenas prácticas de organismos internacionales como la OECD, la ONU o la OEA. A medida que los países de América Latina comenzaron a promulgar sus propias regulaciones sobre la responsabilidad empresarial por hechos de corrupción, también incluyeron los programas de Compliance -que, según cada normativa, reciben el nombre de Programa de Integridad, Modelo de Prevención de Delitos o Programa Anticorrupción- como incentivos que permiten a las empresas disminuir y hasta eximir las penas. De este modo, la normativa busca poner el foco en las herramientas preventivas a la corrupción que se pueden desarrollar en el sector privado. La prevención, en especial cuando todo el peso de la implementación se

encuentra sobre el sector privado, permite hacer un uso más eficiente de los recursos del Estado.

Tanto en América Latina como en el resto del mundo, la mayor parte de las regulaciones hace responsable a las empresas no solo por el accionar de sus empleados, sino por el de los terceros que la representan; y en muchos casos, también por sus socios de negocios. Este elemento es sumamente importante si consideramos que alrededor del 90% de los casos que son judicializados por el DOJ en Estados Unidos, son debido a casos de corrupción a través de terceros (FCPA Blog). Esta responsabilidad fomenta que los programas de Compliance se extiendan a las cadenas de valor como una exigencia de los clientes a sus proveedores, de los socios de negocios internacionales a los locales, o de las casas matrices a sus filiales y representantes en distintos países. Por ello el trabajo con la cadena de valor, que muchas veces se realiza a través de TPR, es sumamente relevante para la efectividad del programa de Compliance. Esta cuestión también será retomada en la encuesta y las entrevistas.

Actualmente los programas de Compliance sirven como una experiencia que se transmite del ámbito privado a la esfera pública o la sociedad civil. Existe allí una oportunidad para que el sector privado asesore al sector público en materia de riesgos, o que el sector público delegue en reguladores privados, aprovechando la experiencia técnica del mismo en esta temática (Engel, 2018).

Aunque los programas de Compliance son una herramienta efectiva en materia de prevención, solo sirven para resolver la corrupción sistémica si son aplicados por la amplia mayoría de las empresas. Esto se debe a que la corrupción no es un problema que pueda solucionarse de manera individual. La corrupción comenzó a identificarse como una problemática colectiva en la medida que los múltiples hechos de corrupción fueron haciéndose visibles. Un problema de acción colectiva tiene lugar cuando nadie o muy pocos cooperan, ya que desconfían que el resto lo vaya a hacer (Zeballos, 2018). En situaciones de corrupción sistemática, como es el caso de América Latina, se presupone que el resto va a ser corrupto y la cooperación es comúnmente difícil de lograr. Para poder entonces lograr soluciones colectivas, es importante entender las motivaciones del sector privado para cooperar. Dentro del sector privado, las motivaciones para cooperar están vinculadas a la reputación, el desarrollo de negocios o evaluaciones en términos de costo-beneficio (Cafaggi, Renda & Schmidt, 2013). A pesar de que podría decirse que quien realiza un hecho de corrupción obtiene ganancias por el negocio obtenido, la corrupción también es un costo para las

empresas. En los contratos de compras, por ejemplo, representa un incremento promedio del 25% en el costo (Global Corruption Report 2009). La corrupción también produce que las empresas pierdan negocios, en la medida que no ganan las licitaciones quienes realizan la mejor oferta, si no quien paga el mayor soborno. Esta situación trae a las empresas inestabilidad y dependencia de la voluntad del funcionario público, que puede cambiar con cada elección, y beneficiar a otras empresas más allegadas a su partido. Es decir, que las empresas tienen un interés económico para cooperar porque un ambiente de negocios transparente traería una competencia más igualitaria y sustentable en el largo plazo. La dificultad radica en que en el corto plazo, si existe un *freerider*, este podría obtener gran parte del mercado con sobornos que sus competidores se niegan a pagar.

Estos problemas deben resolverse, entonces, mediante un enfoque que entienda a las acciones colectivas como posibles soluciones a la corrupción sistémica. Las acciones colectivas son procesos de cooperación entre diferentes actores para la lucha conjunta contra la corrupción (Global Compact, 2015). Sus distintas formas pueden incluir a actores públicos, privados y la sociedad civil. Las acciones colectivas también pueden tomar forma, por ejemplo, de “Pactos de Integridad”: una herramienta desarrollada por Transparencia Internacional mediante la cual las partes de un acuerdo se comprometen a evitar hechos de corrupción y a cumplir con ciertos estándares de transparencia por la duración del proyecto. Otra forma de acción colectiva - a largo plazo- es la creación de acuerdos de cooperación en sentido amplio, donde diferentes actores de un país o región acuerdan acerca de una estrategia conjunta de lucha contra la corrupción. Similarmente, existen acciones colectivas que toman forma de TPR o regulaciones privadas locales en las que un grupo de empresas de una misma industria se pone de acuerdo en cumplir un código de ética común o estándares de Compliance definidos por los mismos privados. Un ejemplo de una buena práctica en la materia es la Maritim Anti-Corruption Network (MACN) que logró imponer los mismos estándares para todas las empresas miembros, al tratarse de la única organización de anticorrupción específica en la industria marítima. En el sector farmacéutico se puede observar una acción similar para las empresas que forman parte de IFPMA, aunque cabe destacar que no representan a toda la industria, sino a un grupo de empresas internacionales representativas de gran parte de los mercados en los que actúan.

Sección I. 2: Regulación privada internacional. Definición y aplicaciones

En su trabajo sobre los desafíos de las regulaciones privadas transnacionales, Colin Scott define a las TPR como aquellas actividades que establezcan estándares y pautas de monitoreo y cumplimiento, implementadas por actores privados con efectos transfronterizos (Scott 2011). Los reguladores pueden ser representantes del sector privado, organizaciones de la sociedad civil u organizaciones internacionales todos ellos con o sin participación del sector público.

Las TPR pueden proceder de una fuente formal pública, por ejemplo, en los casos que un regulador imponga una certificación que realiza un privado. Así como también pueden provenir de fuentes informales, por ejemplo, una cámara empresarial en donde se acuerdan ciertos estándares obligatorios de Compliance para todos sus miembros. El sector privado también puede convertirse en regulador, tanto en forma individual-, por ejemplo, regulando a su cadena de valor-, como a través de la participación en cámaras sectoriales, acciones colectivas o asociaciones civiles (Cafaggi, Renda & Schmidt, 2013). El elemento clave para poder definir las como regulaciones privadas, ya sean transnacionales o locales, es que sean implementadas por actores privados.

Según explican Cafaggi, Renda & Schmidt, las TPR surgen por cuatro motivos. En primer lugar, para suplir aquellos casos en los que los Estados no consiguen cooperar y regular cuestiones que resultan esenciales para el sector privado. Este es el caso, de organismos y programas de las Naciones Unidas como FAO o el Pacto Global. Las TPR en estos casos tienen menor fuerza sancionatoria ya que su incumplimiento implica solamente costos reputacionales. Es decir, o la expulsión de la empresa de la institución que impuso dicha TPR (por ejemplo, el Pacto Global de Naciones Unidas); o el costo reputacional de no alcanzar los estándares considerados esenciales para la industria (por ejemplo, los estándares para empresas de forestación sustentable del FSC). En segundo lugar, las TPR se desarrollan para avanzar en situaciones y mercados que son demasiado cambiantes y cuyo ritmo no puede seguirlo el Estado. Un buen ejemplo de esto resulta en la protección de datos, donde las plataformas y herramientas digitales evolucionan tan rápido que la regulación vigente deja un vacío legal que es resuelto, en primera instancia, por regulaciones privadas. Dichas TPR tienen poca fuerza sancionatoria. Sin embargo, protegen a las empresas de posibles sanciones legales futuras. El hecho de tener una regulación propia de la industria que resuelva los vacíos legales sirve para prevenir reclamos judiciales futuros vinculados a temas no regulados. Estas TPR tienen también el incentivo de adelantarse a la regulación pública y que luego el estándar privado sea incluido en la regulación nacional o internacional pública. Precisamente el tercer motivo de creación de los TPR es cuando el mismo sector público le solicita al privado la

creación de determinados estándares. Son múltiples las materias en las cuales la experiencia del sector privado es fundamental para poder regular con efectividad y por tal motivo la regulación privada pasa a ser una herramienta esencial del regulador público. El último motivo por el cual nacen las TPR, es para complementar la regulación pública en casos donde los Estados tienen normativas que regulan cuestiones esenciales -como pueden ser temas de anticorrupción- pero carecen del *enforcement* necesario o fallan en la aplicación de dichas normativas en lugares donde no llega su fuerza condenatoria. En este último caso, se delega al sector privado el compromiso de aplicación en otros países e incluso la responsabilidad por sus terceros relacionados. Las TPR son utilizadas así por los Estados como una herramienta para obligar a las empresas a controlar cadenas de valor globales, especialmente en aquellos casos donde los proveedores o representantes se encuentran en mercados con poca o nula regulación. Uno de los principales ejemplos de esta delegación es el de salubridad alimenticia, donde los reguladores en Europa y Estados Unidos dieron responsabilidad y poder a las grandes multinacionales para controlar y regular a su cadena de valor. Durante los últimos años tuvo lugar el mismo fenómeno con las normativas públicas de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción -FCPA, UK Bribery Act, la normativa anticorrupción de Brasil, entre otros casos- que responsabilizan a las empresas por el accionar de sus terceros. Las TPR nacidas como complemento de la regulación pública tienen una fuerza sancionatoria proveniente del sector público, quien incluye sanciones administrativas o penales para aquellas empresas responsables de controlar a su cadena de valor en caso de que no lo hagan. También las empresas multinacionales, responsables legalmente en sus países de origen, suelen incluir sanciones comerciales para aquellos proveedores que no cumplen con los estándares determinados que se incluyen en los contratos junto con el derecho de auditoría y control por parte de la empresa contratante. En el caso de TPR vinculadas a anticorrupción, algunas empresas comenzaron a firmar pactos de integridad, incluso con clientes, que les permiten retirarse del negocio en caso de que el cliente no alcance los mismos estándares de integridad. Durante la presente tesis, esta última fuente de los TPR como delegación del sector público cobran especial relevancia, ya que muestra una primera complementariedad entre ambos tipos normativos.

Aunque en muchos casos las TPR nacen voluntariamente, se vuelven obligatorias cuando son incluidas en contratos o cuando son exigidas por determinados clientes internacionales para cumplir con ciertos estándares. En otros términos, se vuelven obligatorias

para poder concretar determinadas oportunidades de negocio o formar parte de un nuevo mercado.

Los organismos técnicos fueron los primeros en desarrollar regulaciones privadas transnacionales. Uno de los principales organismos de regulaciones privadas transnacionales es ISO, que implementó una estructura muy eficiente para las normativas privadas a través de sus organismos miembros en diferentes países. Rápidamente, ISO se convirtió en el regulador privado más importante a nivel global, lo cual permite una implementación simple y efectiva de las TPR (Bütthe & Mattli, 2013). En diferentes estándares técnicos ISO tiene un monopolio de la regulación privada transnacional siendo el único regulador con suficiente legitimidad.

La problemática de la corrupción resulta demasiado compleja para que pueda abarcarla un solo regulador global (público o privado). Las TPR en materia de anticorrupción nacen precisamente debido a que las regulaciones públicas solas no eran suficientes. Esto se debió en parte, a la falta de *enforcement* internacional, como fue mencionado anteriormente. Pero también se debió a que las regulaciones públicas existentes no eran lo suficientemente específicas para que las empresas privadas tengan claridad sobre como implementarlas. Regulaciones como FCPA les exigían a las empresas ser responsables por sus cadenas de valor internacional pero no les explicaban como hacerlo. Esta situación de falta de claridad de diversas normativas en sus inicios imposibilitó que un solo organismo pudiera colocar un estándar para todos los diferentes tipos de empresas a nivel global, lo suficientemente creíble como para evitar problemas judiciales por hechos de corrupción. En el año 2010 la OECD se convirtió en el primer organismo internacional en materializar la forma en la cual el sector privado podía prevenir la corrupción transnacional. Esto fue a través de un programa de Compliance con ciertos elementos estandarizados en su “Guía de Buenas Prácticas Sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas” (OECD 2010). Sin embargo, a diferencia de otras materias, la OECD no se convierte en un meta regulador sobre la temática, si no que nacieron diversos reguladores locales e internacionales -como pueden ser la Red del Pacto Global, Transparencia Internacional, Cámaras Empresariales, ICC, entre otros- que desarrollan sus propios estándares y regulaciones. A pesar de que estas son, en su mayoría, muy similares entre sí, no logran esgrimir un único estándar global.

ISO intentó convertirse en un regulador ampliamente aceptado para temas de integridad con la ISO 37.001 sobre anticorrupción y ética empresarial. Sin embargo, la misma tuvo una recepción desigual en los diferentes países y, en consecuencia, no alcanzó el impacto de sus otras normativas. Uno de los requisitos principales de las TPR es que los reguladores

deben contar con la reputación suficiente y aprobación del área técnica y científica internacional para poder regular sobre una determinada temática. En materia de Compliance, ISO aún no cuenta con dicha reputación. La cuestión radica en que no es lo mismo regular sobre procesos técnicos que sobre cultura de integridad: su implementación es difícilmente medible y no puede realizarse de la misma forma en que se miden otros procesos certificables. Además, la incipiente experiencia de ISO en materia de anticorrupción generó reticencia entre los expertos entrevistados, principalmente, ante una eventual implementación de dicha certificación como standard internacional de Compliance. Otro ejemplo es el Instituto Alemán de Auditores Públicos (IDW), que publicó en el año 2011 la primera norma técnica sobre Compliance Management Systems -IDW AssS 980-. La misma fue utilizada como referencia para muchas empresas alemanas y europeas a la hora de implementar programas de Compliance. También el British Standard Institute desarrolló una certificación específica para antisoborno y anticorrupción convirtiéndose en uno de los principales reguladores privados del Reino Unido. Tanto las certificaciones alemanas y de Reino Unido no lograr sobrepasar las fronteras europeas. Las certificaciones como tipo de TPR específico para temas de anticorrupción también será analizado en las encuestas y entrevistas, ya que es un modelo que funciona de forma muy eficiente en otras temáticas.

En materia de anticorrupción, diversas TPR incluyen elementos o definiciones diferentes sobre los programas de Compliance. Por un lado, encontramos TPR que provienen de la exigencia del sector público de tener un programa de Compliance para disminuir sanciones. Algunas regulaciones en estos casos definen en la misma legislación o en guías complementarias (en general construidas con el sector privado) elementos esenciales del programa, y luego dejan espacio a las empresas para adaptarlo en sus necesidades. Por otro lado, tenemos las TPR que provienen de organismos internacionales, en las cuales se definen los elementos concretos que requiere todo programa de Compliance. Si consideramos las TPR entre empresas y sus cadenas de valor, también encontramos diversos enfoques. Algunas empresas exigen la implementación de sus mismos estándares y programas de Compliance a sus proveedores. Otras le exigen el cumplimiento de ciertos TPR, como pueden ser el Pacto Global o recomendaciones de Transparencia Internacional, o una certificación específica. Otras empresas dejan a criterio de sus proveedores los elementos que debe tener el programa de Compliance.

Las TPR son una herramienta que funciona cuando existen motivaciones para cooperar. Independientemente de su voluntad, resulta difícil que un único actor tenga las

herramientas necesarias para implementar los tres elementos de una buena regulación privada internacional: la definición de estándares y políticas, el monitoreo y la aplicación. Es por ello por lo que la cooperación entre los sectores público y privado puede lograr una implementación mucho más efectiva de las TPR (Cafaggi, Renda & Schmidt, 2013). Como fue mencionado en la sección anterior, los motivos para cooperar del sector privado provienen de los costos de la corrupción y los beneficios que puede tener un ambiente de negocios equitativo. Sin embargo, no son las mismas motivaciones que tiene el sector público para cooperar y crear una TPR con participación público-privada. En países como los de América Latina, con insuficientes recursos económicos, grandes problemas sociales y extensos territorios, existen múltiples normativas, pero una deficiente implementación de estas. También existe, en muchos casos, una corrupción sistémica en los sistemas judiciales y políticos que se traduce en pocas condenas por corrupción. Si los gobiernos tienen la voluntad política de resolver los problemas de corrupción, pero les falta capacidad y conocimiento, se convierte en una motivación para cooperar con el sector privado u otros organismos de la sociedad civil.

En otras temáticas, como aviación, protección de datos o seguridad alimentaria, se consideraron TPR exitosas a aquellas que fueron incorporadas luego a la regulación pública (Cafaggi 2014). En materia de anticorrupción, ciertos elementos de programas de Compliance que nacieron del sector privado ya fueron incorporados a la regulación pública. Esta incorporación, que se da en las regulaciones de Brasil y Chile, ya demuestra un éxito de las regulaciones privadas. Sin embargo, para poder afirmar que las TPR son realmente efectivas es necesario que disparen un cambio en el comportamiento de quienes desea regular, de manera tal que se cumpla el objetivo principal que busca la regulación (Cafaggi & Renda 2014)². Para analizar entonces el impacto de las TPR en la lucha contra la corrupción en América Latina para la presente investigación, se observará en primer lugar si se implementaron en las empresas programas de Compliance motivados por las TPR (requerimientos de empresas a sus cadenas de valor o motivaciones a cumplir estándares privados). Luego se analizará la robustez de dicho programa, considerando que las TPR son todavía más efectivas si los programas de Compliance no cumplen solamente los elementos mínimos, sino que alcanzan estándares más completos. Por último, con ayuda de las entrevistas, se buscará entender el impacto de estos programas de Compliance, motivados

² Otros autores definen el éxito de las TPR por su cantidad de miembros o empresas que participan. Esta definición no fue la elegida porque es demasiado simplista y puede ser que aquellas TPR poco exigentes que no generen cambios en el comportamiento tengan una gran cantidad de empresas participantes por la facilidad de su implementación (Cafaggi 2014).

por TPR, para conseguir cambios culturales más profundos dentro de las organizaciones y en el entorno en el cual se desarrollan. Este último elemento es sumamente relevante si consideramos los datos del último Barómetro Global de la Corrupción, que indican que entre el 33% y 37% de las personas encuestadas en América Latina considera que la mayoría de los representantes de empresas y banqueros tienen problemas de corrupción. Por tal motivo, los programas de Compliance que no estén acompañados de un cambio cultural real en las organizaciones resultaran insuficientes para solucionar este problema a nivel sistémico, así como para mejorar la percepción negativa de los ciudadanos sobre las empresas.



Universidad de
SanAndrés

CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO

La presente investigación realiza un corte temporal entre el 2010 y el 2016. Esto se debe a que durante la tesis se hará hincapié en los programas de Compliance como la herramienta principal de prevención de la corrupción por parte del sector privado. En el año 2010 se da el nacimiento de la primer TPR que materializa los elementos de un programa de Compliance: la “Guía de Buenas Prácticas Sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas” de la OECD. Por otra parte, se toma el 2016 como fecha de cierre al ser cuando se comienza la realización del presente trabajo, y por encontrarse los países analizados en una situación normativa adecuada para comparar países con regulación pública en la temática y países con regulaciones todavía incipientes o inexistentes.

Los cuatro países seleccionados (Argentina, Brasil, Chile y México) fueron elegidos debido a que muestran distintas realidades que son representativas de las diversas situaciones existentes en América Latina. Se eligieron dos países que cuentan con una normativa anticorrupción específica para el sector privado. Brasil, que tiene una normativa que determina la responsabilidad administrativa de personas jurídicas; y Chile que cuenta con una legislación que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Forman parte del presente estudio también dos países que hasta 2016 no contemplaban, o estaban recién promulgando, normativas con responsabilidad de las personas jurídicas en hechos de corrupción, como es el caso de México y Argentina. Fue recién en 2016 que México lanzó su Sistema Nacional Anticorrupción, que incluye la responsabilidad penal y administrativa de la persona jurídica. México tiene también la particularidad de su cercanía con Estados Unidos, que es uno de los principales reguladores en la materia. En el caso de Argentina hasta finales de 2016 no contaba con ningún tipo de normativa, a pesar de que sí se discutían algunos proyectos de ley. Esta composición de países pretende representar, entonces, los diferentes escenarios que pueden presentarse en la región.

La investigación adopta una técnica de investigación mixta, de elementos cuantitativos y cualitativos. No obstante, el método dominante será la encuesta a empresas de los cuatro países seleccionados de Latinoamérica acerca de sus programas de Compliance y sus motivaciones.

En el próximo capítulo se presentará un análisis de las regulaciones existentes en el sector público y el sector privado, para el cuál se utilizó la técnica de observación documental. Además, se tomó como referencia aquellos acuerdos, guías y lineamientos realizados por

organizaciones internacionales y locales con participación de organismos de los 4 países analizados, o bien, con representación o sede en los mismos. Para operacionalizar la variable del sector público, se observó la normativa existente referida a la corrupción que involucra al sector privado. Para la variable de normativa privada local, se observó la normativa realizada por cámaras o instituciones tanto sectoriales como nacionales e internacionales. Como fuentes en la observación de documentos se utilizaron los boletines oficiales de los cuatro países, acuerdos internacionales privados, como así también guías y lineamientos internacionales existentes en materia de anticorrupción para el sector privado.

Luego en el capítulo IV se enfocará en la encuesta y las entrevistas. Las preguntas de la encuesta pueden separarse en tres secciones. La primera sección incluye una pregunta sobre el país de origen de la empresa. Esta pregunta permitirá evaluar si las regulaciones privadas internacionales tienen la misma injerencia en países con una normativa pública de anticorrupción fuerte que en aquellos sin una reglamentación pública específica. La segunda sección busca evaluar las características de la empresa: su tamaño, si se trata de una empresa multinacional o nacional, o si es proveedora de empresas multinacionales -aspecto relevante debido a que éstas son las principales promotoras de las regulaciones privadas internacionales-. Estas preguntas permiten analizar la influencia de las TPR en los diferentes tipos de empresas. La pregunta vinculada al tamaño de la empresa busca establecer si existe alguna diferencia a la hora de la implementación de programas de Compliance en una gran empresa o una PyME. Identificar empresas pequeñas o medianas con programas de Compliance nos permitirá afirmar si es posible o no para las mismas su implementación. Por otra parte, saber si las empresas encuestadas forman o no parte de la cadena de valor de empresas multinacionales permitirá analizar con las preguntas posteriores si estas tienen programas de Compliance por intereses privados vinculados a requisitos de sus clientes, o por intereses públicos. Finalmente, en la tercera y última sección, se realizan preguntas vinculadas a los programas de Compliance de las empresas y sus motivaciones. Con este apartado se espera determinar si las mismas avanzaron en la implementación del programa de Compliance, como así también la motivación para implementar dichas medidas. Se pregunta específicamente si las firmas implementan alguno de los doce elementos que debe tener un buen programa de Compliance. Como fue mencionado anteriormente, no existe un estándar global sobre sus elementos. Sin embargo, se preguntó sobre elementos concretos del programa de Compliance vinculados a los que fueron destacados en el marco teórico. La presente tesis considerará que un programa de integridad es “débil” en caso de que tenga

implementados hasta cuatro elementos vinculados a los requerimientos mínimos exigidos por las diferentes leyes regionales (código de ética, responsable de integridad y una política vinculada con el sector público)³. Se considerará que un programa de integridad es “medio” en caso de que implementen entre cuatro y ocho elementos -que adiciona a los requisitos de la ley aquellos vinculados a la efectiva implementación como el análisis de riesgos, la capacitación, la comunicación, etc.-; mientras que un programa de integridad “robusto” será aquel que tenga más de nueve elementos -incluidos aquellos más avanzados como las investigaciones internas y las sanciones-. Esta definición de programa robusto, medio y débil fue construida por la autora basado en las recomendaciones internacionales, las legislaciones locales y también las entrevistas con expertos. Además, se busca operacionalizar la variable sobre las TPR que se realizan por parte de empresas multinacionales a su cadena de valor. Es por ello por lo que se pregunta por la solicitud de implementación de medidas de Compliance de parte de sus clientes durante el periodo analizado. Por último, se busca indagar acerca de las motivaciones para implementar el programa de Compliance para luego poder identificar si éstas fueron de índole pública, privada o una combinación de ambos factores.

Para complementar la técnica de encuesta y observación de documentos se realizaron 7 entrevistas a expertos regionales en la temática. Esta técnica permite entender más acabadamente las motivaciones y la influencia, tanto de las TPR como de las regulaciones públicas. También con las entrevistas se buscó indagar sobre la efectiva implementación de programas de Compliance que será un factor adicional para medir el impacto de las TPR. Debido a que el foco de esta tesis está puesto en el sector privado, se priorizó a los representantes de dicho sector, entrevistando para ello a 5 representantes de empresas o estudios jurídicos. La visión del sector privado se complementó con la de 1 representante del sector público y 1 de la sociedad civil. Sumado a lo antes mencionado, se hizo uso de los años de experiencia de la autora de esta tesis, trabajando con PyMEs en la región en el marco del programa “De Empresas para Empresas”⁴ de la iniciativa global Alliance for Integrity.

³ Estos tres elementos aparecen en las regulaciones complementarias y recomendaciones vinculadas tanto al sistema de prevención de delitos exigido por la ley chilena como a los elementos del programa de integridad de Brasil para todo tipo de empresas.

⁴ De Empresas para Empresas es un programa de capacitación para pequeñas y medianas empresas sobre cómo prevenir la corrupción e implementar programas de Compliance. El programa fue desarrollado por Alliance for Integrity, una iniciativa global que busca promover la transparencia en el sector económico.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN ANTICORRUPCIÓN

Sección III.1: Regulación pública en Argentina, Brasil, Chile y México

La regulación pública que sanciona al sector privado y -especialmente a las personas jurídicas- por hechos de corrupción es una medida recomendada por diversos tratados y organismos internacionales como la Convención Anticohecho de la OCDE. Estos tratados y recomendaciones dejan gran margen de flexibilidad a los países para poder definir su implementación según su sistema legislativo y judicial local (Nieto Martín, 2018). Hacia fines de 2016, Chile ya contaba con una normativa anticorrupción y de responsabilidad penal de personas jurídicas, vigente desde 2009, Brasil tenía una normativa con responsabilidad administrativa desde 2013, México lanzaba su Sistema Nacional Anticorrupción y Argentina se encontraba discutiendo a nivel parlamentario su normativa de responsabilidad penal de personas jurídicas. En resumen, Chile ha optado por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Brasil por la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, y México por un sistema mixto, donde se determina tanto la responsabilidad penal como administrativa. Al recomendar normativas que responsabilicen a las personas jurídicas, los tratados internacionales optan por no especificar acerca de qué tipo de responsabilidad debe establecerse. Esto se debe a que no existe un acuerdo de cuanto a cuál es más efectiva. Para aquellos países que ya poseen normativas con responsabilidad penal para las personas jurídicas por otros delitos económicos, será más fácil implementar la misma estructura para hechos de corrupción. En cambio, para países que afirman que los códigos penales solo están dirigidos a personas físicas, el solo hecho de convertir a la persona jurídica en sujeto de sanciones penales, requeriría un cambio dogmático y del sistema judicial tan complejo que podría convertir su aplicación en nula (Bacigalupo y Lizcano, 2013).

Subsección III.1.a: Normativa Chilena

De los cuatro países seleccionados, Chile posee la ley más antigua, sancionada en diciembre de 2009. A través de la Ley 20.393, el país trasandino se convirtió en el primero de América Latina en determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica por hechos de corrupción. La ley chilena no fue desarrollada por escándalos de corrupción o por cambios en las políticas de Estado, sino debido a los compromisos internacionales que asumió el país a partir de la convención de la OECD (Bacigalupo y Lizcano, 2013). La ley incluye como sujetos

alcanzados a las personas jurídicas de derecho privado, excluyendo a las empresas de propiedad estatal.

La ley chilena responsabiliza a las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento a funcionarios públicos y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros. Posteriormente, fue modificada para incluir el delito de receptación, y en noviembre de 2018, tuvo lugar una reforma significativa que incorporó a la administración desleal, negociación incompatible, corrupción entre particulares y la apropiación indebida como nuevos delitos en la ley. Por último, en enero del 2019 se amplió la implementación de la ley para delitos ambientales contemplados en la Ley de Agua y la Ley de Pesca.

Para que las empresas sean punidas los delitos mencionados deben ser cometidos por “sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión” o por “personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados” (Ley 20393 art. 3). Siempre el hecho punido debe ser realizado en beneficio inmediato de la empresa. En este caso la ley chilena, a diferencia de la mayoría de las leyes internacionales, no responsabiliza a un tercero o agente que cometa un hecho de corrupción en favor de la empresa.

Un aspecto fundamental de la normativa chilena es que responsabiliza a las empresas por los deberes de dirección y supervisión. Esto implica que, aunque se haya cometido un delito, quedará eximida de la pena la empresa que actuó con la correcta dirección y supervisión. Para probar esta debida dirección y supervisión se debe demostrar que la empresa tenía implementado un programa de prevención de delitos previo a dicha comisión. Este programa de prevención de delitos es comparable a los programas internacionales de Compliance. El programa, según la normativa, debe tener por los menos cuatro elementos: Un encargado de prevención de delitos; medios y facultades claras para dicho encargado; un sistema de prevención de delitos; y la supervisión y certificación de dicho sistema. A diferencia de otras leyes regionales, como la brasilera, la regulación chilena no hace ninguna aclaración -ni en las normativas ni en regulaciones complementarias- con respecto a si el programa debe ser diferente en el caso de tratarse de una PyME o de una gran empresa.

La normativa incluye en su texto a los reguladores privados como elemento esencial, al prever una certificación emitida por representantes privados, que podrá funcionar como una presunción de cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. Esta es una característica única de la ley chilena que no se repite en ninguna otra normativa. En este caso la legislación hace una delegación explícita a los reguladores privados que luego deberán

estandarizar el proceso de certificación. A pesar de dicha certificación, la evaluación final con respecto a lo adecuado -o no- de los programas de prevención de delitos es realizada por fiscales en una instancia judicial. Hasta la fecha de cierre de este trabajo no se presentaron casos judiciales donde una empresa con un programa certificado de prevención de delitos haya cometido un hecho de corrupción, por lo que no se puede evaluar la efectiva implementación de este aspecto de la norma.

Subsección III.1.b: Normativa Brasileña

En agosto de 2013 se promulgó en Brasil la Ley 12.846 que determina la responsabilidad administrativa y civil para las personas jurídicas que cometan delitos contra la administración pública nacional o extranjera. La ley aplica a todas las empresas comerciales, fundaciones y a las empresas extranjeras que tengan sede en territorio brasileño. Se trató de una reglamentación amplia, que no solo incluye a los delitos de corrupción sino también otros tipos de delitos contra la administración pública. En el caso de Brasil se decidió implementar una regulación administrativa por tener ya implementados los mecanismos de sanciones para empresas a través del fuero administrativo. Otro de los motivos para elegir este sistema fue que al alejarse de la descripción estricta que requiere el tipo penal, los agentes administrativos podrían incluir en el futuro nuevos tipos de corrupción que no fueron tenidos en cuenta al momento de la realización de la norma (Carvalho 2014).

La ley brasileña se aplica con responsabilidad objetiva: es decir que no es necesario demostrar ningún tipo de culpa, siempre que se haya realizado en interés -exclusivo o no- de la empresa. Esto implica que si terceros -con o sin autorización de la empresa- realizaran alguno de los hechos punidos por la ley, la empresa beneficiada recibirá las sanciones estipuladas. A pesar de esta imputación objetiva, la legislación establece diferentes factores que pueden disminuir la sanción, como la implementación de un programa de Compliance (Morales Oliver & Sacconi, 2018). Si bien la ley data de 2013, el decreto 8420/2015 que la regula se promulgó recién en el año 2015. En dicha reglamentación se explicitan los elementos esenciales que debe contener un programa de Compliance, pero también se hace hincapié en que el programa debe estar basado en los riesgos de cada organización. En el decreto reglamentario se define al programa de integridad como un *“conjunto de mecanismos e procedimientos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a*

administração pública” (Decreto 8420/2015 art. 41). Luego, aclara que “*O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica*” (Decreto 8420/2015 art. 41). Podemos extraer entonces algunos elementos clave de la normativa como los procedimientos internos y el código de ética y conducta. Aunque en el artículo 42 se aclara que las empresas serán evaluadas por una serie de 16 elementos de un programa de Compliance, se interpreta por los artículos anteriores que no es obligatoria su implementación completa, sino que depende del tipo de empresa y sus riesgos. También, la regulación les exige una menor cantidad de elementos necesarios de un programa de Compliance para las micro y pequeñas. De esta forma, se intenta evitar que estas implementen programas de Compliance ficticios, que solo sirvan para cumplir con la legislación.

La legislación brasilera tiene también un largo articulado vinculado a los acuerdos de clemencia, en los cuales la empresa recibe atenuantes por colaborar con la investigación judicial. Este elemento incluye reducciones significativas a las penas y fue muy utilizado para resolver diversos casos de corrupción en Brasil.

Adicionalmente a la normativa sancionatoria, el gobierno brasileño desarrolló también un programa de incentivos: el Programa “Empresas Pro-Ética”. El mismo fue desarrollado en cooperación con el sector privado y es coordinado por la CGU. Su objetivo es destacar a las empresas que cumplan con ciertos estándares de transparencia y Compliance. Para participar, las empresas deben, además, formar parte del Pacto de Integridad “Empresa Limpa” del Instituto Ethos y cumplir con ciertos requisitos como no tener deudas impositivas, no figurar en el registro del CNEP, no encontrarse negociando un acuerdo de clemencia previsto por la Ley Anticorrupción, entre otros. El programa reconoce a aquellas empresas que cumplen con todos los elementos que la CGU entiende que debe tener un programa de Compliance completo. También hace devoluciones a los participantes que no consiguieron reunir todas las condiciones requeridas, de manera que estos puedan mejorar sus programas de Compliance en el futuro. Tanto para la creación de la normativa que reglamenta el Cadastro Pro-Ética como para su implementación, la CGU trabajó en conjunto con expertos en la temática del sector privado. En 2019 participaron 373 empresas de diferentes tamaños, aunque solamente 22 alcanzaron los estándares definidos por la CGU.

La normativa no tiene una delegación explícita a TPR, como en el caso chileno, pero si se puede observar una cooperación con el sector privado en programas de incentivos. También promueve la creación de TPR por parte de las empresas haciéndolos responsables

por sus terceros (tanto en Brasil como en el extranjero) y promoviendo entonces la extensión de los estándares de integridad a sus proveedores.

Subsección III.1.c: Implementación y enforcement de las normativas chilena y brasilera

En un escenario ideal de *enforcement*, las regulaciones públicas deberían generar costos suficientes (comerciales, judiciales y reputacionales) para que las empresas cumplan con las normativas y prevengan la corrupción (Schöberlein et al. 2013). Sin embargo, este escenario ideal es casi inexistente. Según los entrevistados, FCPA es la regulación que tiene mayor *enforcement*. FCPA fue la primera normativa en responsabilizar a las empresas por el soborno en el extranjero. Cómo la regulación fue muy efectiva en Estados Unidos, muchas de las normativas que vinieron después siguieron la estructura y los elementos de esta. Según los entrevistados C, D y F las normativas latinas (desde la chilena hasta la mexicana) son una imitación de FCPA. Sin embargo, no tuvieron la misma efectividad. La opinión de los entrevistados es que esto se debe a la falta de adaptación de las misma, la falta de recursos y la burocracia.

Con falta de adaptación nos referimos a que las empresas de América Latina no son iguales a las de Estados Unidos. Las empresas latinoamericanas tienen otras características y cultura. Las motivaciones para cumplir con las normativas son diferentes. La imitación a FCPA sin mayores adaptaciones puede ser uno de los factores de la falta de implementación efectiva de las normativas Latinas. Según el entrevistado D, el éxito de FCPA se debe principalmente a los recursos que tiene el DOJ. Eso hace que las empresas, incluso en otros países por el simple hecho de tener alguna conexión con Estados Unidos, tengan un mayor acatamiento a dicha normativa. Los recursos del DOJ no es equiparable al de sus contrapartes en Brasil y en Chile que cuentan con recursos mucho más acotados. También el DOJ cuenta con un sistema que le permite adaptarse a los cambios en la materia y actualizar su política de *enforcement* constantemente.

En el caso de la normativa chilena, los casos judicializados por corrupción son muy limitados. Hacia 2016 en Chile –a pesar de que la ley fue promulgada en el 2009- solo había 11 casos judicializados de responsabilidad penal de las personas jurídicas -siendo el primero recién del año 2013-. Las críticas a la ley chilena apuntan, principalmente, a las bajas penas y la falta de procedimientos de control a las entidades certificadoras. A pesar de esto, durante el 2019 se aprobó una modificación de la ley que incluye no sólo nuevos delitos en la

responsabilidad penal, sino mayores penas que ayudarían, por lo menos, a resolver la cuestión de la credibilidad de la normativa. Tal como se explica en la entrevista G, fue la falta de casos efectivos lo que produjo una presión parlamentaria conduciendo a la modificación de la normativa. Además, el entrevistado señala que en la mayoría de los casos se firman acuerdos entre la procuraduría y las empresas, lo cual implica que no se llegue a una sentencia judicial. Esto genera en la población la percepción de que la ley no es tan efectiva, aunque si lo es para los fines perseguidos por la normativa y para el personal especializado que trabaja en las empresas. La percepción sobre la efectiva implementación de la normativa es tan importante como las cifras para motivar a las empresas a cumplir con las mismas. Es por eso que una comunicación efectiva de los resultados es esencial para su *enforcement* (Schöberlein et al. 2013). También explica el entrevistado G, que la inclusión en la normativa chilena de la certificación privada, es decir de una TPR, es uno de los factores que ayudan a su *enforcement* y efectiva implementación. Esto se debe a que las empresas tienen claridad de los elementos que requieren para implementar la normativa y las certificaciones las ayudan a cumplirlo.

En Brasil los casos judicializados fueron mayores que en el caso chileno. Es por ello que la percepción de los entrevistados es que su efectividad es mayor. En tres años se aplicaron sanciones a 177 empresas, aunque no todas fueron registradas en el CNEP (Mota Santiago Filho y Díaz Portes, 2018). En efecto, para algunas empresas -sobre todo pequeñas y medianas- el costo reputacional no fue de alto impacto. Sin embargo, el desafío de la ley brasilera es que solo aplica para aquellos casos de corrupción que estén relacionados con la administración nacional, pero no con las administraciones de los diferentes estados. Cada estado puede decidir si implementar o no una normativa local similar. Hasta el momento de cierre de este trabajo, solamente 14 de los 26 estados brasileros implementaron la normativa y apenas 7 de ellos impusieron sanciones a personas jurídicas. En un país tan grande y federal como Brasil, la falta de implementaciones en las diferentes jurisdicciones indica que el universo aplicable de la normativa continúa siendo bajo.

El entrevistado C destaca que la implementación de la normativa es menos efectiva en las PyMEs. Según el entrevistado C se debe a que los casos de empresas punidas que son de público conocimiento es el de las grandes empresas. Las PyMEs tienen la percepción que se persigue principalmente a grandes conglomerados empresariales. Este enfoque en las grandes corporaciones puede deberse a la falta de recursos mencionado anteriormente. A pesar de Brasil tener un sistema de sanción administrativo que permitiría mayor flexibilidad en

adaptarse a los nuevos tipos de corrupción, no se realizaron cambios significativos en la normativa existente.

Subsección III.1.d: Legislación incipiente de Argentina y México

El 27 de mayo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial la creación del Sistema Nacional Anticorrupción Mexicano. Sin embargo, no fue hasta el 18 de julio de 2016 que se publicaron las leyes complementarias al sistema que fueron, a su vez, las que permitieron su implementación. De esta forma, se sancionaron cinco nuevas leyes y se reformó el código penal, junto con la ley orgánica de la Administración Pública Federal. El sistema es uno de los más complejos de la región ya que incluye la coordinación entre distintas autoridades federales y locales, prevé un comité de participación ciudadana conformado por ciudadanos destacados en la temática e incluye, tanto la responsabilidad penal como la administrativa para las empresas.

La Ley General de Responsabilidades Administrativas determina -como su nombre lo indica- la responsabilidad administrativa de personas jurídicas cuando cualquier persona, en su nombre o representación, realice un hecho de corrupción que sea beneficioso para la empresa. Así, responsabiliza a la empresa por los terceros que actúen en su representación. Asimismo, en la normativa se indica que se valorará la implementación de un programa de integridad -junto con algunos elementos mínimos que éste debe incluir- para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Para el desarrollo de estos elementos esenciales se incluyó al sector privado en discusiones con las cámaras empresariales más relevantes del país. La autodenuncia también se encuentra mencionada como un atenuante a las sanciones previstas por la ley. Sin embargo, la normativa no especifica por cuánto ni de qué manera el programa de integridad o la autodenuncia atenuarán las sanciones. Por último, se determinó como agravante el hecho de que los directivos de la organización conozcan el hecho de corrupción y no hayan realizado la correspondiente denuncia.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se estableció con la modificación del código penal, se dispuso de manera amplia para diversos delitos, entre los que se incluyeron los delitos de corrupción. De este modo, se impusieron sanciones a las empresas, tanto si los hechos delictivos fueron realizados por un empleado, como por un tercero en su representación. Las sanciones no son significativas en lo pecuniario, pero sí en lo comercial, sobre todo si se tiene en cuenta la inhabilitación para trabajar con el Estado o la suspensión de actividades. Por último, el código determina que las sanciones pueden ser

atenuadas si la persona jurídica tenía un órgano de control permanente para dar cumplimiento y seguimiento a la normativa aplicable, previo a la imputación.

Al igual que la ley brasilera, la normativa promueve el uso de TPR entre privados al hacer a las empresas responsables por los terceros que actúen en su nombre. Aunque no determina ningún tipo de certificación como el sistema chileno, si determina elementos del programa de integridad como lo hacen las otras dos normativas analizadas.

Hacia fines de 2016 en Argentina no existía aún un régimen de responsabilidad de personas jurídicas para hechos de corrupción. Sin embargo, el 20 de octubre de ese mismo año se presentó una primera propuesta de ley en el Congreso -por parte de la Oficina Anticorrupción- para tipificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para hechos de corrupción. Entre las motivaciones del proyecto de ley argentina se encuentra el cumplimiento con las convenciones firmadas en el marco de la OCDE, especialmente la Convención sobre “Lucha Contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”. Argentina se encuentra obligada a su cumplimiento desde la firma de dicha Convención, a pesar de no ser parte de la OCDE. Sin embargo, los diferentes reportes de los países firmantes sobre la efectiva implementación de la misma daban cuenta de la falta de una ley local que implementara dicho convenio imponiendo -por lo menos- la responsabilidad de las empresas argentinas en situaciones de cohecho transnacional. Sin dicha regulación, resultaba imposible pensar en un ingreso argentino en la OCDE. En efecto, todos los proyectos de ley presentados buscaron -además del cohecho transnacional exigido- regular la responsabilidad en el cohecho a nivel local, tratando de evitar una situación similar al caso peruano⁵.

Aunque tanto en Argentina como México para el 2016 los regímenes de responsabilidad empresarial eran incipientes, ambos países contaban con sanciones penales para las personas físicas que cometieran hechos de corrupción. Lo que podría considerarse como un posible factor para prevenirla. Sin embargo, dichas normativas carecen de credibilidad debido a la impunidad. Según el Índice Global de Impunidad de 2017, México es el cuarto país del mundo con mayores índices de impunidad (Fundación Universidad de las Américas Puebla, 2018). Los hechos de corrupción son uno de los más impunes, especialmente los cometidos por funcionarios públicos ya que solo 8 de cada 100 faltas

⁵ En abril de 2016 Perú promulgó una ley de responsabilidad administrativa a las empresas peruanas por cohecho internacional. Dicha regulación fue sumamente criticada por la poca cantidad de empresas a la que se aplicaría dicha norma y porque exigía un comportamiento en el extranjero, pero no en el ámbito nacional. Finalmente, antes de su entrada en vigencia, se implementó un decreto que expandió su alcance a situaciones de cohecho local.

cometidas son sancionadas (Impunidad Cero). Según los datos de la OECD en 18 años no se ha procesado un solo caso de soborno a funcionarios públicos extranjeros (OECD, 2018) por lo que los incentivos para cumplir con la normativa y con los estándares de transparencia son muy bajos. Los entrevistados mexicanos fueron muy críticos a la hora de hablar de la efectividad que puede traer el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción. Desde la creación de la Ley, su complejidad ha generado una falta de implementación debido a que para su funcionamiento requiere de una serie de figuras relevantes como la del Fiscal Anticorrupción, que fue designada recién en marzo de 2019. Los entrevistados destacaron que las normativas públicas que requieren de la implementación de un sistema integral dependen exclusivamente de la voluntad política para hacer funcionar todos los engranajes necesarios.

Aunque los índices generales de impunidad de Argentina se encuentran dentro de los mejores de América Latina, si se toman los números en materia de impunidad para casos de corrupción, estos son muy desalentadores. Según el Índice de Estado de Derecho, Argentina se encuentra en el puesto 92 de 126 países analizados en asuntos de impunidad de la corrupción política (The world justice project 2015). La falta de casos judicializados de corrupción y condenas firmes es uno de principales factores que desmotivan a las empresas a la hora de implementar programas de Compliance.

Sección III. 2: Regulación privada

Subsección III.2.a: Regulación privada internacional

Con la promulgación de normativas y lineamientos como la estadounidense FCPA en 1977 - que pena tanto a las personas jurídicas como físicas por el soborno en el extranjero- y las US Sentencing Guidelines en 1984, el sector privado comenzó a estar en el centro de la escena en términos de corrupción. Paralelamente al desarrollo de la normativa pública abordada en el capítulo anterior, comenzaron a desarrollarse regulaciones privadas con el objetivo de complementar la regulación pública.

La ICC fue la primera institución privada internacional que en 1977 lanzó las “Reglas de Conducta para Combatir la Extorsión y el Soborno”. De acuerdo con la ICC, la guía pretende ser un elemento de auto-regulación que fije los estándares acerca de cómo hacer buenos negocios en materia de anticorrupción (ICC, 2011). Las reglas y estándares promovidos por la ICC no tienen ninguna restricción para su implementación, ni un sistema que pene de modo alguno a las empresas que no cumplan con dichas recomendaciones. No obstante, han

funcionado como incentivos positivos para que las empresas alcancen estándares de integridad. Según una encuesta realizada por la Humboldt Viadrina School of Governance, el 74% de las empresas considera que los incentivos son tan importantes como las sanciones a la hora de motivar a las empresas para luchar contra la corrupción (Humboldt Viadrina, 2012).

Aunque la ICC fue pionera en el desarrollo de TPR, fue recién con el comienzo del nuevo milenio que se fortalece la idea de que la gobernanza debe ser compartida entre el sector público y privado y que esta conlleva al desarrollo de diferentes normativas privadas en diversos ámbitos, entre ellos, el de la lucha contra de la corrupción. En julio del 2000 nace el Pacto Global de Naciones Unidas que, en el marco de la ONU, crea un espacio para que las empresas apoyen voluntariamente los nueve principios de Derechos Humanos, laborales y ambientales. Durante la reunión anual del 2004 las mismas empresas decidieron adicionar un décimo principio que es el de lucha contra la corrupción. Desde la inclusión de este principio el Pacto Global ha ido desarrollando diferentes guías, recomendaciones y herramientas prácticas. Sin embargo, tampoco determina una consecuencia específica en caso de no cumplir con las recomendaciones. Si bien las empresas deben presentar, año tras año, un informe de avances en temas vinculados a los 10 principios, no se les exige alcanzar estándares específicos en materia de prevención y lucha contra la corrupción.

En 2004 un grupo de CEOs que participaban activamente en el World Economic Forum presentaron los Principios para Contrarrestar Sobornos (PACI). La iniciativa fue promovida directamente por empresarios de diferentes industrias y aunque tampoco plantea un mecanismo específico de exclusión en caso de incumplir con los principios, sí determina la posibilidad de separar a empresas que incurran en hechos de corrupción (World Economic Forum, 2016).

En el año 2010 se elaboró la primera guía práctica de la OECD sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento. Fue la primera vez que un organismo internacional conformado por Estados desarrollara una guía específica en materia de anticorrupción para el sector privado, con recomendaciones prácticas que se convirtieron, rápidamente, en un estándar internacional. A diferencia de los estándares antes mencionados la guía práctica del OECD tuvo mayor recepción entre el sector privado por aplicarse a cualquier empresa que formaba parte de los países miembros de la OCDE o querían hacer negocios con otras empresas de dichos países. También se difundió entre las empresas de aquellos países que aspiraban a formar parte de la OCDE. Además, la guía fue la primera en contar con elementos concretos y específicos sobre lo que debe contener un programa de Compliance.

A partir de 2011 comenzaron a desarrollarse también normativas privadas para sectores específicos. Una de las primeras fue MACN, lanzadas por empresas del rubro marítimo que postularon una serie de principios en materia de anticorrupción a ser cumplidos por todos sus miembros y que, a su vez, comenzaron a realizar acciones a través de sus cadenas de valor internacionales. La iniciativa, surgió incentivada por la UK Bribery Act ya que no contempla excepciones a los pagos de facilitación, una de las principales formas de corrupción que enfrentan las empresas del rubro. Posteriormente logró consolidarse como una herramienta efectiva de cooperación y auto regulación del sector privado. Otro de los sectores más desarrollados es el farmacéutico que, a través del Código IFPMA de Buenas Prácticas, establece normas para la promoción ética de los medicamentos. El Código fue elaborado en 1981 en representación de la industria farmacéutica de investigación con el objetivo de lograr un enfoque de autorregulación global. Si bien fue actualizado en diversas ocasiones, fue la del año 2012 la más extensa debido a que incluyó regulaciones vinculadas a terceros. IFPMA cuenta, además, con cámaras miembros de distintos países alrededor del mundo, entre ellos los cuatro analizados en la presente tesis. Estos miembros se encuentran obligados a cumplir con este código y a implementarlo entre sus socios locales, es decir, las empresas farmacéuticas.

Siguiendo estos ejemplos, distintas cámaras sectoriales internacionales de rubros como la construcción o el energético comenzaron a disponer códigos de ética e imponer estándares de anticorrupción para todos sus miembros. A medida que los estándares sectoriales fueron afianzándose, comenzaron a imponerse sistemas de exclusión basados en denuncias realizadas a través de canales internos de cámaras sectoriales u observadores neutrales. Desafortunadamente, estos sistemas se encuentran generalmente en cámaras que agrupan empresas multinacionales, pero son difíciles de encontrar en cámaras que agrupan solamente empresas locales.

En materia de certificación, en el año 2016 se lanzó la ISO 37.001 con el objetivo de dar lineamientos y estándares en materia de Compliance. Como fue mencionado en el Capítulo I, muchos de los entrevistados consideraron desafiante certificar en materia de Compliance. Esto se debe a que no es un proceso estable y concreto como otros procesos certificables de la compañía, sino que debe evaluarse la cultura de integridad de cada empresa en particular. Esta regulación tuvo una recepción dispar en los países de América Latina.

Subsección III. 2.b: Regulación privada local

Las regulaciones privadas locales son normativas que promueven cámaras sectoriales locales para sus miembros en un determinado país. Se excluyeron del presente análisis aquellas transnacionales analizadas en la sección anterior (las desarrolladas por organismos internacionales que tienen representaciones en diferentes países -como pueden ser las redes del Pacto Global de Naciones Unidas o los capítulos locales de ICC-).

Apartado III.2.b.1: Chile

Debido a la trayectoria de la normativa chilena, las entidades empresariales adoptaron rápidamente estándares y principios rectores para sus empresas miembros. En primer lugar, las federaciones gremiales determinaron principios generales a seguir por todos sus miembros. La Confederación de la Producción y el Comercio realizó una primera declaración en la cual presentó una serie de principios éticos y se comprometió, a través de todas sus entidades miembros, a realizar los esfuerzos necesarios para implementarlos. La Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) adoptó, por ejemplo, una carta ética con 19 principios y lineamientos a los que sus empresas deben adscribir. Sin embargo, no determina ningún elemento sancionatorio en caso de que algún miembro los incumpla. La Cámara de Comercio de Santiago desarrolló un código de buenas prácticas en el comercio utilizando como fuente las normas ISO 26.000 y los lineamientos de la ICC. En este caso, sus asociados pueden adherir voluntariamente a dicho código, sin importar el tamaño de la empresa.

Paralelamente, las entidades sectoriales también comenzaron a desarrollar estándares específicos para las diferentes industrias. La Cámara Chilena de la Construcción, por ejemplo, desarrolló un código de buenas prácticas que determina estándares de integridad, como así también un sistema de prevención de riesgos de corrupción en los diferentes estadios de un proyecto de construcción. El documento cuenta con un mecanismo de control en caso de que algún miembro no cumpla con lo establecido y debiera ser evaluado por la Comisión de Ética y Disciplina. Del mismo modo, fueron desarrollados estándares en otros sectores como la pesca, la industria metalúrgica o el bancario, entre otros.

En Chile se desarrollaron, además, algunos estándares siguiendo una metodología multisectorial. Un claro ejemplo es la Alianza Anticorrupción, creada en mayo de 2012 para lograr una efectiva implementación de la UNCAC y que reúne a representantes del sector privado, público, académico, organizaciones de la sociedad civil y organismos multilaterales. Entre sus diversos objetivos se encuentra también el desarrollo de principios y lineamientos que conviertan a la UNCAC en un documento aplicable a la sociedad chilena.

Se puede observar una mayor cantidad de regulaciones privadas que nacen motivadas por la normativa pública chilena. Esto fortalece la teoría sobre la complementariedad entre las normativas públicas y privadas. Las regulaciones privadas en el caso chileno ayudan también a las empresas a entender y seguir estándares de cámaras sectoriales que sean específicos para su industria y por lo tanto más efectivos. Para aquellas empresas que las certificaciones pautadas en la normativa son muy costosas, las regulaciones privadas de cámaras sectoriales les permiten apoyarse en estos estándares para demostrar que su programa es efectivo. La propagación de regulaciones privadas en diferentes industrias y gremios muestra la relevancia de la temática para el sector privado chileno.

Apartado III.2.b.2: Brasil

En Brasil, las regulaciones privadas locales se dieron, mayoritariamente, en cooperación con el sector público o la sociedad civil. Luego de la promulgación del decreto que regula los elementos que debe contener un programa de integridad, la CGU desarrolló herramientas para su efectiva implementación en colaboración con agentes del sector privado. Junto a SEBRAE desarrollaron, por ejemplo, una guía práctica para empresas pequeñas con el objetivo de guiarlas en la creación de programas de Compliance (SEBRAE, 2015). Esta guía funciona principalmente como un incentivo para las PyMEs para implementar estos programas.

Otras instituciones de la sociedad civil y del sector privado también trabajaron en el desarrollo de estándares sectoriales de integridad. El Instituto Ethos fue uno de las que más presentes en la creación de lineamientos junto a cámaras empresariales. En efecto, hacia 2015 lanzó una iniciativa de estándares de integridad y sustentabilidad para entidades deportivas, a partir de la cual aquellas empresas que apoyaran financieramente a instituciones del deporte firmaron un acuerdo voluntario con reglas y mecanismos de control para entidades deportivas -confederaciones, federaciones y clubes- relativas a su gobernanza y la transparencia de sus inversiones. Las cláusulas de autorregulación fueron desarrolladas por un grupo de empresas vinculadas al rubro y abarcan las áreas de gestión, gobernanza y transparencia para el patrocinio de las empresas a las entidades deportivas. También durante 2017, el Instituto Ethos, FGV Ethics e IFC -miembro del Banco Mundial- lanzaron una iniciativa para promover el fortalecimiento del sector de infraestructura en Brasil. La iniciativa incluyó una acción colectiva de la industria con el objetivo de lograr un desarrollo sostenible a largo plazo. Las empresas firmantes se comprometieron, de este modo, a desarrollar estándares de

transparencia -aunque de implementación voluntaria- para las empresas del sector de la construcción.

Podemos observar en Brasil, como en Chile, un desarrollo mayor en materia de regulaciones privadas sectoriales. También al estar involucrada la sociedad civil en la mayoría de los casos, su implementación es más efectiva ya que cuenta con mecanismos de control y denuncia independientes.

Apartado III.2.b.3: Argentina

En el caso de Argentina, son principalmente las instituciones internacionales quienes promovieron la implementación de principios y estándares privados. Este fue el caso de CAEME -que forma parte de IFPMA- y fue una de las primeras instituciones en implementar y desarrollar un código de conducta propio, adoptando los modelos globales. Otro es el de la Cámara Argentina del Turismo, que adhirió al código de ética mundial del sector promoviendo los mismos estándares internacionales para sus empresas miembros. También los miembros de la Asociación Argentina de Abogados Corporativos (Capítulo Argentina de ACC) se comprometieron a alcanzar estándares de ética, transparencia e integridad. Con el apoyo de la Universidad de San Andrés este acuerdo permite hacer denuncias internas y resolver conflictos. La implementación de sanciones ante su incumplimiento hace mucho más efectiva su implementación. Además, las cámaras binacionales -como AMCHAM o AHK Argentina- implementaron códigos de conducta para promover la implementación de principios éticos entre sus socios.

Los organismos gremiales locales no siguieron las tendencias regionales, por lo que hasta la fecha ni la UIA ni la CAC desarrollaron principios rectores, recomendaciones o guías para sus miembros en materia de ética y anticorrupción. Sin embargo, otras instituciones sectoriales locales sí decidieron avanzar en lineamientos propios, aunque por diversas motivaciones. Luego del llamado “Escándalo de los Cuadernos”⁶ de 2018, la Cámara Argentina de la Construcción comenzó a trabajar en el desarrollo de un código de ética obligatorio para sus miembros y sus delegaciones y voluntario para empresas que formen parte de la cadena de valor del sector. El código impone sanciones a aquellos que no lo cumplan y viene acompañado de campañas de concientización y capacitación para sus socios en distintos puntos del país.

⁶ Investigación judicial en curso, iniciada durante el 2018 ante el juez Claudio Bonadío basada en ocho manuscritos digitalizados entregados por periodistas del diario La Nación. Los cuadernos, escritos por Oscar Centeno, chofer de exsecretario Roberto Baratta, detallaban distintos pagos supuestamente ilegales realizados por empresas al funcionario.

Así como las leyes anticorrupción en Chile y Brasil son una motivación para que el sector privado desarrolle regulaciones propias, la falta de regulación pública en Argentina explica la falta de regulaciones privadas locales. Al existir pocas sanciones, los incentivos para cooperar entre las empresas son muy bajos por lo que llegar a acuerdos sectoriales se vuelve muy difícil. Las empresas e instituciones internacionales juegan entonces un rol fundamental porque promueven la creación de principios y acuerdos sectoriales.

Apartado III.2.b.4: México

Durante 2014 y 2015 instituciones como COPARMEX y CCE trabajaron junto a la sociedad civil para lograr la promulgación del Sistema Nacional Anticorrupción (Meyer & Hinosa, 2018). El sector privado fue en este caso protagonista e impulsor de la normativa pública. Una vez sancionada la nueva normativa, las asociaciones empresariales procuraron brindar herramientas y colocar estándares diferenciados para socios de pequeñas y grandes empresas en materia de integridad y prevención de la corrupción. COPARMEX lanzó una guía práctica para la implementación de programas de integridad, que fue divulgada en todo el país y exigió a sus miembros su efectiva implementación (COPARMEX, 2017). Esta guía es realmente concreta y tienen ejemplos de cada paso de un programa de Compliance. Sin embargo, no existen sanciones en caso de que las empresas miembros incumplan con dicha guía. Similar es el caso de CCE que en el 2015 lanzó su código de ética e integridad empresarial. El código se conforma por diez principios que las empresas deben cumplir. El código es mucho más general que la guía de COPARMEX y tampoco existe ninguna sanción para las empresas u organismos de cúpulas empresariales que lo incumplan. Sin embargo, el CCE buscó dar incentivos en lugar de sanciones para las empresas. Las compañías pueden firmar una “Carta Compromiso” en donde se comprometen a implementar un programa de Compliance basado en los principios del código de ética en los próximos doce meses. Dichos carta es publicada por CCE para destacar a las empresas comprometidas.

Las agrupaciones empresariales no sectoriales tomaron la delantera en México y son la referencia para la mayoría de las empresas. Las instituciones sectoriales no internacionales fueron menos exigentes a la hora de desarrollar regulaciones privadas. En general solo realizan recomendaciones y ponen a disposición modelos de códigos de ética u otros procedimientos vinculados a Compliance específicos para el sector que representan (este es el caso por ejemplo de la CMIC). Estos elementos son solamente recomendados, pero no obligatorios para los miembros.

En el caso de México observamos una gran cantidad de lineamientos y recomendaciones, pero pocos mecanismos de control o sancionatorios. En general, hay muy poca participación de la sociedad civil en el desarrollo de mecanismos conjuntos con el sector privado.



Universidad de
San Andrés

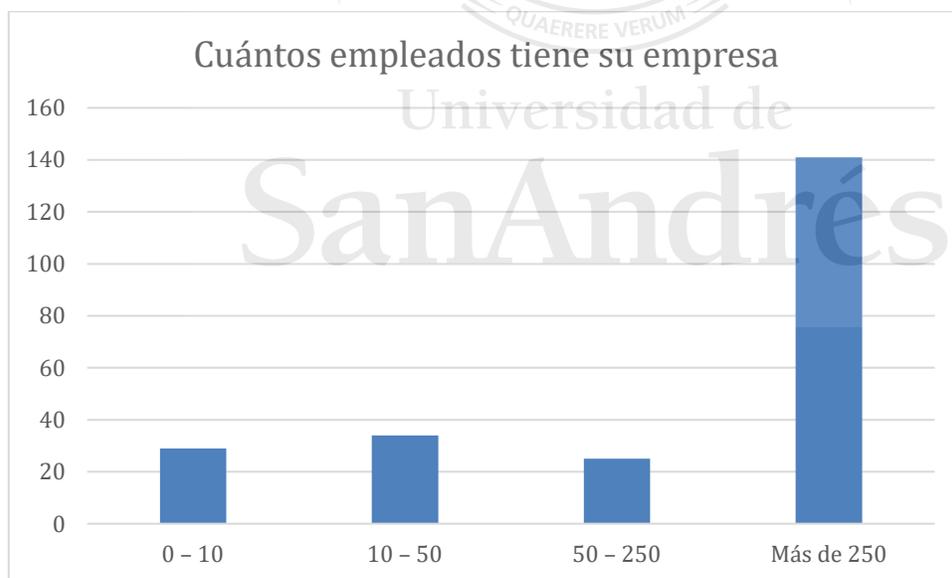
CAPITULO IV: PROGRAMAS DE COMPLIANCE: ESTADO Y MOTIVACIONES.

Sección IV.1: Características de la muestra

Como fue mencionado en el Capítulo II para analizar el estado de implementación y motivaciones de programas de Compliance en el sector privado se realizó una encuesta a empresas. De la encuesta participaron 228 compañías (100 argentinas, 51 brasileras, 45 mexicanas y 31 chilenas). La encuesta es original realizada para este trabajo. Fue enviada a empresas formalmente constituidas que tuvieran alguna relación con reguladores privados (ya sea por formar parte de cámaras empresariales o ser proveedores de empresas multinacionales). Se realizó durante el 2018 y 2019 solicitándole a las empresas participantes que respondan a las preguntas observando la realidad de su empresa entre el 2011 y 2016. La muestra se encuentra compuesta por un número levemente mayor de empresas nacionales (58%) en comparación con las compañías multinacionales (42%).

Gráfico III.1

Tamaño de las empresas encuestadas



Con respecto al tamaño de las empresas, como puede observarse en el gráfico III.1 el 61% cuenta con más de 250 empleados, lo cual les requeriría la implementación de un programa de Compliance robusto para poder afirmar que cuentan con un programa acorde a su estructura. El 39% tiene menos de 250 empleados por lo cual sería suficiente contar con un

esquema de nivel medio que contenga, por lo menos, cuatro de los doce elementos mencionados como estándares internacionales.

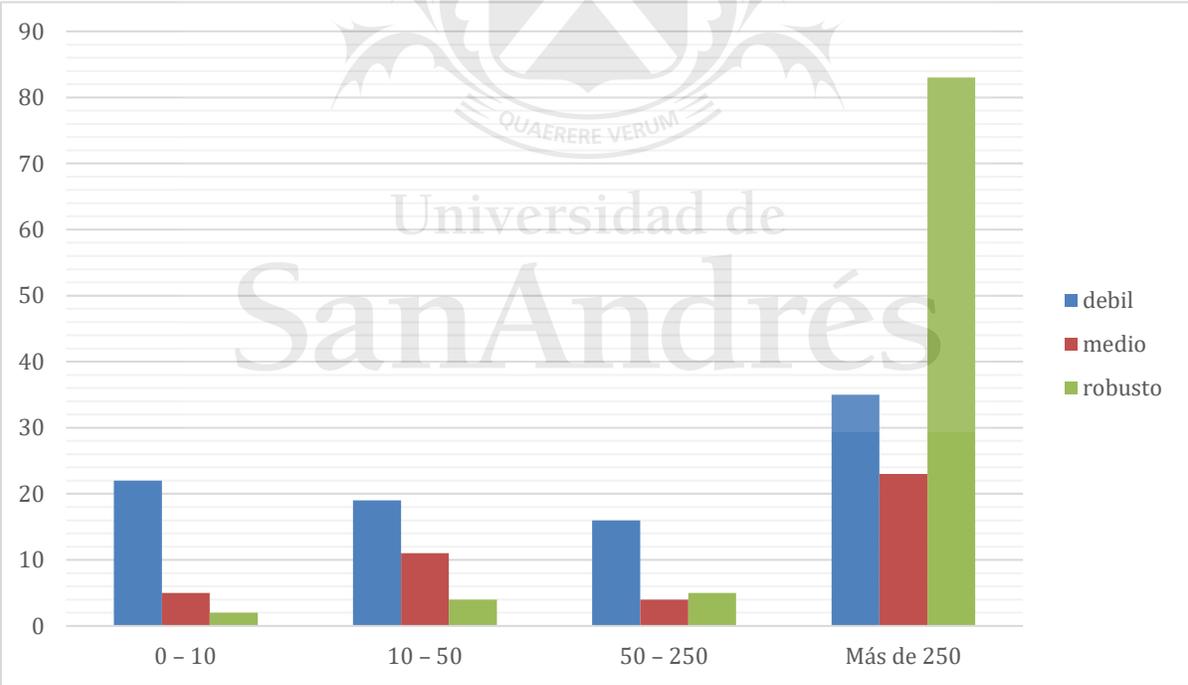
Sección IV.2: Variables y resultados

A lo largo de la encuesta se pregunta sobre la participación de las empresas en cadenas de valor de multinacionales, la implementación de programas diversos elementos del programa de Compliance y las motivaciones para implementar dichas medidas⁷.

La mayoría de las empresas encuestadas cuentan con programas de Compliance. De las 228 empresas solamente 25 respondieron que no habían implementado ninguna medida vinculada a un programa de Compliance -17 de las cuales eran empresas pequeñas de menos de 250 empleados. Como puede observarse en el gráfico III.2 las empresas de mayor tamaño cuentan con programas más robustos que aquellas más pequeñas.

Gráfico III.2

Tipo de programa de Compliance según tamaño de las empresas encuestadas



En el caso de Argentina, el 16% no cuenta con ninguna medida para prevenir la corrupción, cifra similar al caso brasilero que representa el 15%. La cantidad de empresas que no tienen medidas implementadas en Chile es apenas del 3%. Por su parte, México es el único país en el que ninguna empresa respondió no tener medidas de Compliance implementadas. Salvo

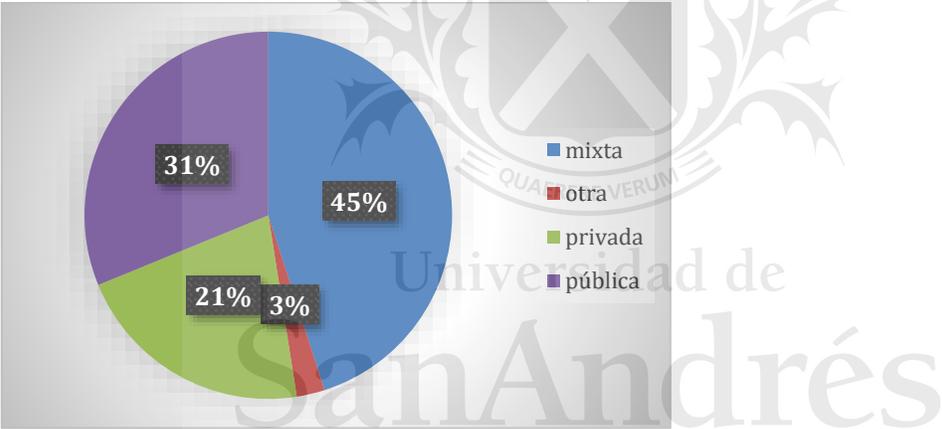
⁷ Todas las preguntas realizadas en la encuesta pueden encontrarse en el ANEXO 3.

una empresa brasileña, todas las empresas a las cuales sus clientes les solicitaron la implementación de un programa de Compliance tienen implementadas por lo menos alguna de las medidas de dichos programas.

Las motivaciones para implementar un programa de Compliance son variadas. En la encuesta se preguntó a las empresas si sus motivaciones eran de índole pública -normativas públicas nacionales o internacionales- o de índole privada -estándares internacionales, estándares nacionales impuestos por cámaras, solicitud de un cliente o conseguir nuevos mercados o negocios-. También se permitió a las empresas agregar otras motivaciones, especialmente para aquellos casos en los que no se encontraran identificadas con ninguna de las opciones. Este fue el caso de cinco empresas que indicaron que las motivaciones eran internas y tenían que ver con los valores y la ética empresarial de sus organizaciones.

Gráfico III.3

Motivaciones de las empresas encuestadas para implementar un programa de Compliance



Según el Gráfico III.3 el 31% de los encuestados respondieron tener motivaciones de índole exclusivamente pública -es decir, relativas a normativas nacionales o internacionales-. En Chile y Brasil, que tienen una normativa pública de responsabilidad empresarial por hechos de corrupción, la misma representa una motivación exclusiva solamente para un 33% y 27%, respectivamente. Los números son muy similares a los dos países que no tienen una regulación pública específica -Argentina 34% y México 29%-.

Solo el 42% de las empresas con motivaciones exclusivamente públicas tienen un programa robusto, es decir que tienen, por lo menos, 8 de 12 medidas de Compliance implementadas. Un 25% tiene un programa medio (entre 8 y 4 medidas de Compliance), lo que deja a un 32% con un sistema de Compliance débil (menos de 4 medidas).

Con respecto a las motivaciones privadas solo el 21% de las empresas encuestadas respondieron que fue su única motivación -ya sea por estándares privados internacionales o

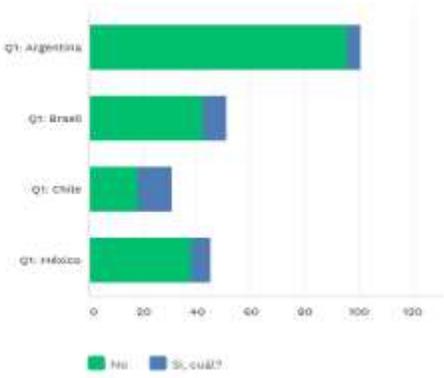
nacionales, solicitudes de clientes o la captación de nuevos mercados-. En Argentina y Brasil existe un porcentaje levemente mayor a la media en motivaciones exclusivamente privadas, ya que representa un 25% en cada uno. En esta esfera, la robustez de los programas es todavía menor: solo el 26% de las empresas que tienen motivaciones exclusivamente privadas tienen programas de integridad robustos. Otro 26% tienen esquemas de Compliance medios, lo que deja a un 48% de las empresas con programas de integridad débiles.

Las empresas con motivaciones mixtas representan un 45% de las empresas encuestadas. La implementación de programas robustos es mucho más alta que con motivaciones exclusivamente públicas o privadas. El 71% de las compañías con motivaciones mixtas tiene un programa de Compliance robusto y el 21% un programa medio. Esto deja solamente a un 8% bajo un esquema de Compliance débil.

Con respecto a las certificaciones, solamente el 14% de las empresas respondió poseer una para sus programas de Compliance. Se destaca el caso de Chile en donde, como puede observarse en el gráfico III.4, el 41% de las empresas cuentan con algún tipo de certificación privada. Brasil es el segundo país con más empresas certificadas, con el 17% de los encuestados. En el caso de México, el 15% de los encuestados cuenta con una certificación. Argentina es el país con menor porcentaje de certificados, siendo solamente del 5%. En el caso de Argentina cuando se pregunta por el tipo de certificación que tienen, la mitad de las empresas declaran que no se trata de una certificación a la institución sino a sus responsables de Compliance, por ejemplo, mediante certificaciones emitidas por la UCEMA o el IAE. Es decir que solamente 2,5% de las empresas argentinas encuestadas cuentan con una certificación de su programa de Compliance. Las encuestas muestran que el 76% de las empresas que tienen una certificación cuentan con un programa de Compliance robusto.

Gráfico III.4

Empresas con Certificación según el país

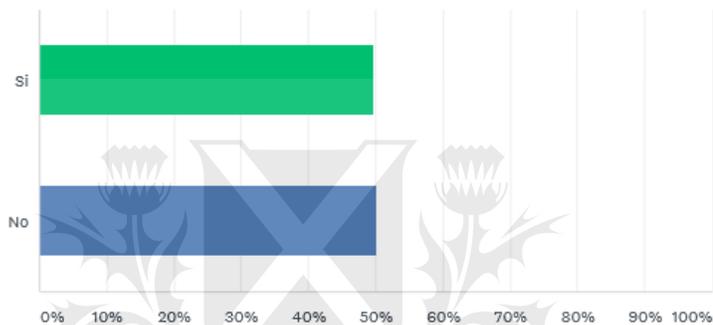


Para analizar la influencia de TPRs que son transmitidas por las empresas a sus cadenas de valor, se preguntó si algún cliente exigió a las empresas la implementación de medidas de Compliance.

Gráfico III.5

Solicitud de programas de Compliance por parte de clientes

Alguno de sus clientes le solicitó entre el año 2011 y 2016 que tenga implementada alguna de las medidas detalladas en la pregunta anterior?



Como se puede observar en el gráfico III.5, un 49% de las empresas encuestadas respondió que sí. Como se puede ver en el Gráfico III.6, al menos un 60% de las empresas de todos los países recibieron -por parte de sus clientes- el pedido de tener un programa de Compliance implementado.

Gráfico III.6

Solicitud de programas de Compliance por parte de clientes según país

Alguno de sus clientes le solicitó entre el año 2011 y 2016 que tenga implementada alguna de las medidas detalladas en la pregunta anterior?

Answered: 126 Skipped: 2

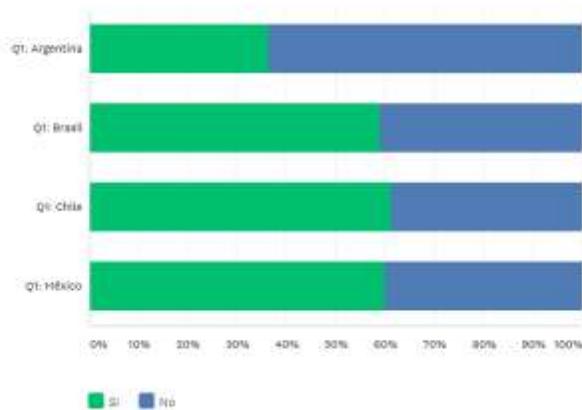
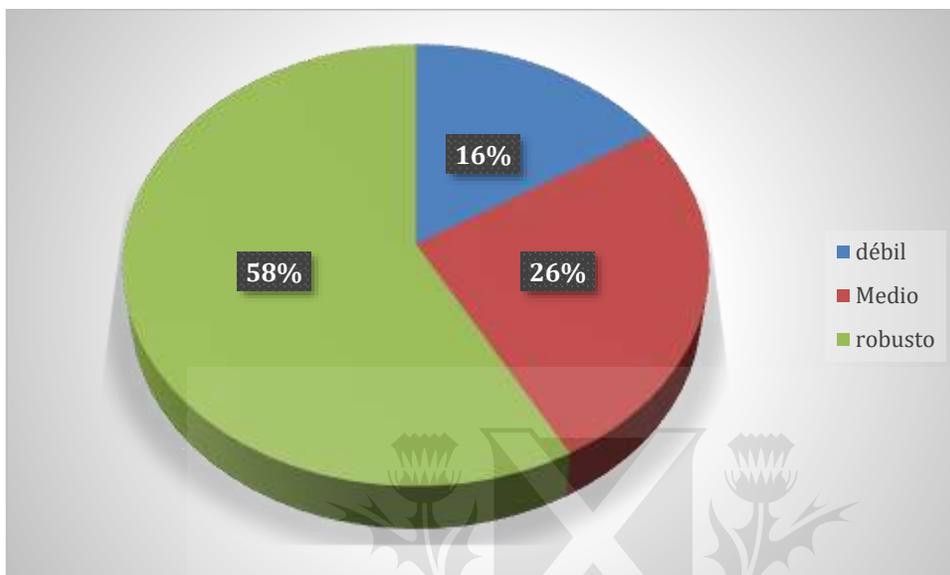


Gráfico III.7

Tipo de programa de Compliance de las empresas encuestadas a las cuales sus clientes les solicitaron la implementación de un programa de Compliance



Si se observa el Gráfico III.7 aquellas empresas a las cuales sus clientes solicitaron su implementación, el 58% tiene un programa robusto y el 26% un programa medio.

Sección IV.3: Análisis de resultados

Subsección IV.3.a: Existencia de programas de Compliance

Durante el año 2012, cuando quien escribe esta tesis comenzó a trabajar en la temática de Compliance e integridad en la Argentina, la misma no se encontraba en la agenda del sector privado nacional. Apenas era relevante para algunas empresas internacionales, especialmente para aquellas que habían sufrido algún escándalo de corrupción internacional. Coordinar reuniones para discutir la temática resultaba una tarea titánica. Las capacitaciones para implementar programas de Compliance tenían que ser gratuitas y en muchos casos no se alcanzaba el número mínimo de participantes para poder realizarlas. La misma situación sucedería en México, durante 2013. Ese mismo año se comenzaron a replicar estas actividades en Chile, donde la temática solo se trataba en las grandes empresas, pero era muy difícil atraer a las capacitaciones a pequeñas y medianas empresas. En el único país en donde la integridad se encontraba en la agenda del sector privado era en Brasil, donde la combinación entre la normativa y los primeros casos de corrupción que salían a la luz lograron poner la temática en escena. Los datos de las encuestas realizadas demuestran que la realidad cambió

ya que casi el 90% tienen programas de Compliance (aunque estos sean más o menos robustos). Los datos cobran mayor relevancia si tenemos en cuenta que la encuesta fue enviada por las mismas cámaras e instituciones con las cuales la autora buscaba la realización de actividades de anticorrupción desde el 2012. Los resultados indican que las empresas, especialmente aquellas medianas y grandes, comenzaron a ocuparse paulatinamente del tema, tanto en países con normativas locales como aquellos que aún no las tenían.

Llama la atención que el porcentaje de empresas sin programas de Compliance es muy similar en Argentina y Brasil (teniendo en cuenta que Brasil posee una normativa pública al respecto y casos de corrupción judicializados). Sin embargo, como se explicará luego, en el caso de Brasil la robustez de sus programas de Compliance serán mucho mayor que la de Argentina (35% en Argentina frente a 47% en Brasil) lo cual demuestra la importancia de la regulación pública como complemento de la privada. En el caso de Chile, observamos un muy bajo porcentaje de empresas que no tienen programas de Compliance. Si tenemos en cuenta que en Chile la normativa pública cuenta con un fuerte componente de TPR debido a la certificación, podemos inferir que este elemento ayuda a su implementación efectiva en las empresas. El caso mexicano, merece un análisis más profundo al ser el único país en el cual ninguna empresa respondió no tener un programa de Compliance (a pesar de no tener una normativa pública ya implementada). Según los entrevistados, el caso mexicano se explica, principalmente, por su relación comercial con Estados Unidos. El entrevistado D explica que la normativa de Estados Unidos que pena el soborno en el extranjero se encuentra muy presente entre las empresas mexicanas. Según el entrevistado la mayoría de las empresas en el país implementan programas de Compliance tratando justamente de cumplir con las expectativas de dicha norma. Esto se debe a que la normativa no solo se aplica a las empresas norteamericanas sino también a aquellas que coticen en la bolsa o que realicen operaciones que de alguna manera pasen por los Estados Unidos, ya sea por el simple uso de una cuenta bancaria en dicho país. Además, la normativa hace responsables a las empresas - que apliquen a la definición antes mencionada - por sus terceros. Es decir que también promueve la aplicación de TPR entre las empresas afectadas y sus proveedores o socios de negocios tanto en Estados Unidos como en el extranjero. Si consideramos que Estados Unidos representa el 76% de las exportaciones mexicanas y el 46,6% de las importaciones (UN Comtrade 2018) se puede observar la relación estrecha de las empresas mexicanas con el mercado de Estados Unidos.

Al observar que a todas las empresas a las cuales sus clientes les exigieron la implementación de un programa de Compliance tienen elementos implementados (salvo una brasilera), podemos destacar el rol relevante de las TPR entre las empresas y sus cadenas de valor.

Subsección IV.3.b: Robustez de los programas de Compliance

Como fue mencionado anteriormente, tener un programa de Compliance es solo una parte del impacto que se quiere analizar. Para que el impacto sea aún mayor los programas deben ser robustos, especialmente para las empresas grandes, o por lo menos medios para empresas más pequeñas. Para analizar el impacto de las TPR y de la normativa privada en los tipos de programa de Compliance se cruzaron las variables de los elementos del programa de Compliance con las motivaciones que tuvieron para implementar dichas medidas.

Cuando analizamos los resultados de aquellas empresas que implementaron programas de Compliance por motivaciones puramente públicas observamos rápidamente que no son suficientes. Especialmente si lo que buscamos es que los programas de integridad sean robustos. Estas cifras demuestran una falta de enforcement de las normativas públicas de Chile y Brasil. La normativa pública por sí sola no es lo suficientemente creíble para el sector empresarial como para generar la implementación de programas de Compliance. Cabe destacar que, en el caso de México, más de la mitad de los que respondieron tener motivaciones públicas se referían, a normativas públicas internacionales, lo que refuerza la teoría de la vinculación con FCPA.

Sin embargo, las motivaciones exclusivamente privadas tampoco son suficientes. Solo en Argentina y Brasil las motivaciones privadas alcanzan un porcentaje levemente mayor entre los entrevistados (25% en cada uno). Esto demuestra una mayor madurez en los conceptos de Compliance entre privados. De acuerdo con los entrevistados, son las cámaras empresariales en ambos países las que determinan ciertos estándares y promueven la integridad entre las PyMEs. Según la entrevistada/o F del sector público argentino, es importante que las cámaras trabajen en la temática de integridad y anticorrupción, determinen estándares y lleven las necesidades del sector privado al sector público. La comunicación con cámaras empresariales le permite al sector público relevar con pocos interlocutores las necesidades de diferentes sectores y tipos de empresas.

Si lo que observamos es la robustez de los programas de Compliance, las regulaciones privadas solas no alcanzan para obtener resultados satisfactorios teniendo casi la mitad de las

empresas con motivaciones exclusivamente privadas programas débiles. Estos casos demuestran que cuando las normativas privadas no vienen acompañadas de un apoyo para su implementación (por ejemplo que provengan de una normativa pública que las promueve), su *enforcement* es demasiado débil. Si comparamos Brasil y Argentina, que son los países con mayor cantidad de empresas con motivaciones exclusivamente privadas podemos observar diferencias significativas. En el caso de Argentina el 57% tiene un programa débil y en el caso de Brasil el número es mucho menor alcanzando el 45%. Como fue analizado en el capítulo anterior las regulaciones privadas brasileras son desarrolladas en su mayoría con el apoyo o del sector público o de la sociedad civil como observador neutral e independiente. Estos mecanismos de control y cooperación con el sector privado promueven la implementación de programas más robustos, demostrando nuevamente la importancia de la complementariedad con la normativa pública o al menos con entidades de la sociedad civil.

Si se considera a las empresas que cuentan con motivaciones mixtas, observamos un aumento considerable de programas de Compliance robustos. El número de empresas con programa débiles es mínimo (menos del 10%) mientras que el de empresas con programas robustos supera el 71%. Las encuestas demuestran entonces que para que los programas sean robustos las empresas necesitan incentivos y sanciones tanto públicas como privadas. Se interpreta de los resultados, que los diferentes tipos de normativas no son excluyentes, sino complementarias. Aquellos países que tienen normativa pública cuentan con porcentajes de programas de Compliance robustos mayores (67% Chile y 47% Brasil frente a solo un 35% en Argentina). La excepción sería México que cuenta con un 53% de empresas con programas robustos lo que puede ser justificado debido a su cercanía con Estados Unidos y su normativa pública FCPA. Si medimos el impacto entonces en programas de Compliance robustos, la combinación de TPR con normativa pública es la herramienta más efectiva. La normativa privada suplementa, fortalece y apoya a la normativa pública para lograr su efectiva implementación. Si bien tener un programa de Compliance robusto no asegura que éste sea aplicado efectivamente, la motivación de cumplir con un programa más completo -por su cantidad de elementos- acerca a los actores a su efectiva implementación.

Apartado IV.3.b.1: Certificaciones

Las certificaciones son el tipo de TPR más común, sobre todo en cuestiones ambientales y de calidad. Sin embargo, debido a los resultados de las encuestas, es posible afirmar que no se trata de una práctica frecuente en materia de integridad.

La excepción se da en el caso de Chile (41% de empresas certificadas) donde la propia normativa pública recomienda a las empresas tener una certificación de su programa e incluso tiene un registro de agentes certificadores. Ambos entrevistados chilenos indicaron que la certificación fue muy efectiva para lograr una concreta y ágil implementación de la ley de responsabilidad penal por hechos de corrupción. Esto facilitó la comprensión de las empresas con respecto a los procedimientos que debían implementar y cómo debían hacerlo. Sin embargo, durante la entrevista G se sostuvo que el sistema requiere mejoras. Esto se debe, entre otras cosas, a que todavía no fue confirmada su fuerza probatoria en caso de llegar a un juicio por corrupción y a que no existe una regulación específica sobre la metodología que debe utilizarse en la certificación. Actualmente están siendo investigadas empresas que, a pesar de contar con la certificación de sus programas de prevención de delitos, sufrieron casos de corrupción. La resolución de dichos casos sentará un precedente crucial sobre el rol de las certificaciones. Por otro lado, el Registro de Entidades Fiscalizadoras de Modelos de Prevención de Delitos no realiza un control de calidad de las entidades fiscalizadoras. Es por eso que muchas certificadoras, en el afán de conseguir nuevos contratos, certifican empresas que tienen una gran cantidad de observaciones. A pesar de las falencias del sistema, los entrevistados chilenos coinciden en que, si se mejoran los controles y las exigencias, el sistema de certificaciones es necesario para la efectiva implementación de la ley.

Brasil es el segundo país con más certificaciones (17% de empresas certificadas) a pesar de que la normativa brasilera no hace referencia a ningún tipo de certificación. Sin embargo, existe en el país el “Cadastro Pro-Ética” mencionado en el Capítulo III. Casi la mitad de las empresas que, de acuerdo con la encuesta, contaban con una certificación se referían, precisamente, al “Cadastro Pro-Ética”. Sin embargo, al consultar a los entrevistados sobre la efectividad de dicho sello la respuesta no fue unánime. Una de las empresas internacionales que se encuentra en Brasil respondió que no tiene utilidad alguna. Para el entrevistado, el sello solo sirve para que las empresas que en algún momento tuvieron un hecho de corrupción ahora puedan limpiar su imagen, pero su efectividad sigue siendo nula. En la entrevista D se consideró que es una buena herramienta ya que quita el conflicto de interés que generan las certificaciones privadas y brinda los instrumentos para aquellas empresas que quieran alcanzar los estándares internacionales en materia de Compliance.

Al tratarse de una certificación exclusivamente pública, su problema es la capacidad del estado para ejecutarlo. El número de empresas que pueden ser evaluadas y asesoradas es sumamente limitado, especialmente en un país como Brasil, no solo por la cantidad de

empresas existentes, sino por su extensión territorial. Por otro lado, debido a que los estándares son los mismos, tanto para grandes como para pequeñas empresas, son las grandes firmas las más propensas a alcanzarlos.

El porcentaje de certificados en México es similar al de Brasil, a pesar de no existir en la normativa ninguna referencia a certificaciones, como así tampoco a algún tipo de certificación pública. De hecho, las certificaciones mencionadas tampoco provienen de organismos internacionales como ISO u otros similares. Durante la entrevista D se destacó que las nuevas normativas en América Latina -especialmente en México- fueron las culpables de una serie de estafas a las PyMEs en donde se les venden programas de integridad “enlatados” con el único objetivo de aprobar las certificaciones. Luego las mismas organizaciones cobran sumas excesivas por la certificación que las PyMEs pagan con la esperanza de estar protegidas ante cualquier hecho de corrupción. Este tipo de certificaciones comenzaron a venderse incluso mucho antes de la promulgación de ley local en México, justamente con el lema de preparar las PyMEs para la normativa venidera.

En Argentina el porcentaje de certificados es sumamente bajo. Esta tendencia fue validada por los entrevistados de Argentina que se mostraron sumamente críticos a cualquier tipo de certificación, destacando especialmente el conflicto de interés que pueden generar las certificaciones otorgadas por organismos privados.

A pesar de que todos los entrevistados del sector público, privado y de la sociedad civil, concluyeron que es importante determinar estándares que sean construidos en cooperación con todos los actores, no hubo unanimidad en cuanto a la efectiva utilidad de las certificaciones, tanto privadas como públicas. En general, los entrevistados de Argentina, Brasil y México se manifestaron en contra o por lo menos críticos a la certificación privada de los programas de Compliance. Los motivos de esta postura fueron, por un lado, la falta de efectividad de la certificación y, por el otro, el conflicto de interés que pudiera generar. La falta de efectividad fue sostenida ya que la cultura no puede medirse, como sí puede hacerse con procesos ambientales u operativos. Los entrevistados destacaron que las certificaciones generan una falsa sensación de seguridad y un programa de Compliance que solo se ve reflejado en el papel. Los entrevistados también destacaron el conflicto de interés que puede producir pagar por una certificación de Compliance. Este se produce porque quien es proveedor de la empresa como certificador quiere mantener a la misma como cliente promoviendo así la certificación de la empresa en algunos casos sin los requisitos necesarios. Sin embargo, los entrevistados de Chile mencionaron que esto puede ser compensado con

mayores controles públicos y exigencias de calidad y transparencia a las empresas certificadoras.

Debe destacarse que los resultados de las encuestas nos demuestran que las certificaciones tienen un efecto en la robustez de los programas de Compliance. El 76% de las empresas certificadas tiene un programa robusto por lo que no debería descartarse su utilización.

Subsección IV.3.c: Implementación de TPR en cadenas de valor

Debido a los resultados, se puede sostener que las TPR aplicadas por las empresas a sus cadenas de valor son una práctica generalizada en el sector privado, más allá de que exista o no una normativa local que lo exija. Recordemos que a alrededor del 60% de las empresas de Chile, México y Brasil les fue solicitado por sus clientes la implementación de programas de Compliance. La excepción es Argentina, donde el porcentaje de empresas a las cuales les solicitaron programas de Compliance alcanza solo un 35%. En este caso, los encuestados lo vinculan con que al no haber una normativa pública que responsabilice a las empresas por sus terceros las empresas le exigen el cumplimiento de estándares de Compliance solo a los proveedores de mayor riesgo motivados principalmente por las consecuencias reputacionales. Estos resultados refuerzan la necesidad de tener una normativa pública que fomente la creación de TPR responsabilizando a las empresas por sus terceros. En Brasil proviene de la normativa pública que así lo promueve en su responsabilidad, en México se explica por la relación con Estados Unidos debido a FCPA y en Chile, aunque la normativa no lo responsabiliza, las certificaciones privadas sí lo incluyen entre los elementos para obtener la certificación. En todos los casos donde encontramos TPR aplicados de las empresas a sus cadenas de valor hay una relación estrecha entre la normativa pública.

La importancia de este tipo de regulación privada se observa en primer lugar en la implementación de programas de Compliance. Como fue mencionado anteriormente, todas las empresas a las cuales les fue solicitado por su cliente tener un programa de Compliance, tienen el mismo implementado a excepción de un caso. Sin embargo, también se destaca que este tipo de TPR promueve programas robustos y medios. Aunque el porcentaje de programas de Compliance robustos es menor que en las empresas con motivaciones mixtas, observamos en este caso solamente un 12% de empresas con programas débiles.

Según la experiencia práctica de la autora esta motivación es especialmente importante para las PyMEs. Cuando los requerimientos de Compliance están vinculados a un

negocio, cuando se convierten en un requisito -tanto para un contrato con el Estado o con clientes privados- es cuando se implementan en las empresas más pequeñas, con menores recursos. Lo mismo reportaron durante las entrevistas los representantes del sector privado: si las necesidades de negocio no se encuentran alineadas con Compliance, este último tiende a desaparecer o convertirse en un mero proceso en papel. Es decir que este tipo de TPR no solo ayuda a alcanzar programas más robustos sino también a su efectiva implementación.

Cabe destacar que las entrevistas mostraron algunas debilidades del modelo de TPR que pasa de las empresas hacia su cadena de valor. En todos los casos los entrevistados de empresas reconocieron que para la mayor parte de los proveedores todavía no se solicitaba de manera obligatoria ningún tipo de elemento de un programa de Compliance. En el caso de la firma a la que pertenece el representante en la entrevista A, por ejemplo, solo se solicitaban requisitos de integridad a aquellos proveedores realmente críticos para el negocio o que presentaban un riesgo muy elevado. Incluso en estos casos, la empresa reveló que no siempre sus medidas eran efectivas, pero que no tenían otra opción ya que no encontraban proveedores adecuados para realizar el trabajo. Según los entrevistados, la falta de proveedores técnicamente adecuados produce en muchas empresas la resignación de los requisitos de integridad para avanzar con los negocios. Este es uno de los dilemas más comunes, especialmente en América Latina, donde se encuentran diferentes monopolios, nichos específicos o zonas alejadas en donde las opciones se reducen a uno o dos proveedores aptos.

Para aquellos proveedores que, por el tipo de negocio que realicen -por ejemplo, un despachante de aduana-, por la relevancia que tenga para el negocio -provee materia prima esencial para la producción- o el posible riesgo reputacional -es un distribuidor que representa a la compañía en el extranjero-, un hecho de corrupción tenga un alto impacto se toman medidas adicionales vinculadas a Compliance. De acuerdo con los entrevistados, en estos casos se realiza un *due diligence* profundo, se imponen cláusulas contractuales más estrictas y se trata de contratar a aquellos proveedores que tengan medidas de Compliance implementadas. También se realizan controles y capacitaciones que promuevan la instrumentación efectiva de los programas. Las grandes empresas multinacionales realizan un seguimiento mucho más cercano a los programas de Compliance y acompañan a sus proveedores clave en su desarrollo en caso de que no los tengan. Sin embargo, estos representan una pequeña parte de los miles de proveedores que forman la cadena de valor de grandes empresas.

La mayoría de los entrevistados admitió que en la cadena de valor es en donde se encuentran los mayores desafíos y que es muy difícil -debido a la capacidad de las empresas- asegurar una efectiva implementación. En la entrevista D se sostuvo que en el trabajo con la cadena de valor existen tres reacciones posibles del proveedor y que son representativas de la masa empresarial en la mayoría de los países de la región. Por un lado, el 20% de los proveedores decide firmar el código de ética sin mirarlo dos veces y con el pleno conocimiento de que no lo cumple. Este 20% representa mayormente a empresas locales que no trabajan mucho con multinacionales. Por otro lado, hay un 40% que son escépticos, pero tienen la intención de realizar ciertos cambios. Si bien en un principio pueden ser un poco reacios, aprovechan el conocimiento y lo terminan viendo como algo positivo. Son sobre todo aquellos proveedores que tienen una cartera de clientes variadas que incluye tanto empresas grandes como PyMEs locales o hasta el mismo gobierno. Por último, hay un 40% que lo entienden como un valor agregado en sus negocios y buscan aprender y trabajar junto a su cliente en el desarrollo de programas de Compliance efectivos. En general son otras empresas grandes o multinacionales. Aunque la empresa de la entrevista D no tenga una política que priorice a quienes tengan programas de Compliance por sobre los que no, intentan buscar empresas de mayor porte que puedan asegurarles ciertos estándares, no solo de Compliance sino también de calidad.

Subsección IV.3.d: Implementación efectiva de programas de Compliance

La encuesta realizada solo permite analizar la parte escrita de los programas de integridad. Como fue mencionado, medimos el impacto de las TPR utilizando tres criterios: en primer lugar, en la medida que logren la implementación de programas de Compliance; en segundo lugar, en relación a la robustez de los mismos; y por último, con las entrevistas y la experiencia de la autora se busca determinar si los programas de Compliance están generando cambios culturales dentro de las organizaciones. Cuando se habla de la lucha contra la corrupción en América Latina se hace referencia a un cambio cultural y social que debe darse en todas las organizaciones. En algunos casos los elementos formales son un primer paso para luego avanzar con un cambio cultural. Según la experiencia práctica con PyMEs de la autora, los elementos formales ayudan a entender qué significa, cuánto cuesta y cuán viable es implementar un programa de Compliance. Una vez convencida la gerencia de la PyME de la importancia de su implementación y de los beneficios que puede traerle un programa de Compliance, son ellos los que comienzan a predicar con el ejemplo y llevan la cultura de

integridad al resto de la organización. Otros casos comienzan impulsados por valores propios de la organización, que luego se traducen en un programa de Compliance formal. Ambos elementos son centrales y necesarios. La empresa de la entrevista D destacó la importancia incluso de comenzar por el cambio cultural y luego implementar los procesos formales de un programa de Compliance. La empresa entrevistada comenzó como una empresa familiar que destacaba la integridad como uno de sus valores centrales. En este caso fue sencillo crear su programa de Compliance ya que solo conllevó transformar en procesos y estructuras concretas una cultura ya existente.

Apartado IV.3.d.1 Problemas estructurales en América Latina

La falta de impacto de los programas de Compliance que no consiguen impulsar cambios culturales puede deberse a factores externos que acontecen en la región. En América Latina, la corrupción no es una problemática que afecte a un país en particular, sino que es un problema regional, aunque hasta el momento haya sido analizado como una problemática local de cada país (World Economic Forum). Si se observan los grandes escándalos de corrupción de la región en los últimos años, siempre involucra a empresas con esquemas de corrupción en diferentes países. La falta de coordinación en la estrategia de la lucha contra la corrupción es, precisamente, lo que permite esquemas de corrupción repetidos en diferentes países. Según los entrevistados y la experiencia de la autora tres problemas estructurales principales de corrupción en la región son: el esquema de financiamiento de partidos políticos, la falta de independencia judicial y la falta de credibilidad en las normativas.

Tal como lo explica la presidente de Transparencia Internacional, el sistema de financiamiento de partidos políticos es la fuente principal de los conflictos de corrupción en la región (Ferreira Rubio, 2017). El problema es que cuando surge un escándalo, se desarrolla una nueva normativa que no es suficiente ni integral, sino que busca apaciguar a la prensa. Estas reformas parciales terminan siendo permeables a nuevas formas de violación de las normativas. En la mayoría de los países de América Latina se cuenta con un sistema de financiación mixto que combina financiamiento público con privado. El primero, termina siendo utilizado por el partido que se encuentra en ejercicio del poder para expandir ese financiamiento desviando fondos públicos hacia su campaña. Este tipo de financiamiento público también suele ser insuficiente, aspecto que genera casi la obligación para los partidos de buscar financiamientos privados (Alconada Mon, 2018). En muchos países como Argentina, los financiamientos privados se encuentran restringidos por parte de las empresas, lo que

termina generando un sistema ilegal por parte de estas firmas, totalmente oculto a la población. Las donaciones se ven motivadas, muchas veces, no por una intención de financiar los sistemas políticos, sino a cambio de favores, contratos y recursos públicos una vez que el partido llegue al poder. Este problema estructural quedó al descubierto con el caso Odebrecht en donde la empresa -para asegurarse contratos- no sólo financiaba al partido que iba primero, sino al segundo y al tercero por lo que se garantizaba, a través del financiamiento de todos los partidos con posibilidades de ganar, los contratos futuros. Este tipo de corrupción y esquemas de sobornos a través de financiamientos políticos se da incluso en empresas con sistemas de Compliance robustos, lo que muestra una implementación inefectiva de dichos sistemas.

El segundo problema estructural de América Latina tiene que ver con la insuficiente independencia judicial. En las entrevistas A y C se sostiene que el problema de la falta de implementación efectiva de los programas de Compliance es la impunidad propia de un sistema judicial que no es independiente y se mueve siguiendo la agenda política de turno. Salvo casos muy específicos, en ciertos sectores o ciudades en particular, América Latina tiene grados muy bajos de independencia judicial (Burgos Silva, 2003). Esta falta de independencia se debe a los sistemas implementados para la designación de jueces y a la conformación de los organismos de control judicial. La consecuencia de dicha imparcialidad es la percepción por parte de las empresas, la sociedad y el mismo sector político de que los juzgados se mueven de acuerdo a la agenda política existente. En el caso de Brasil, tanto los entrevistados como las PyMEs con la que la autora trabaja son escépticas con la verdadera implementación de la normativa debido al uso político que se hace de la lucha contra la corrupción. Muchas PyMEs consideran que no importa cuán protegidas estén por sus programas de Compliance, puesto que en caso de que ocurra un hecho de corrupción, las consecuencias van a depender del momento político en el que se encuentre el país. Si debido a factores vinculados a la impunidad o a la conveniencia política se cree que los programas de Compliance nunca serán evaluados es probable que entonces su implementación sea solamente ficticia y no genera cambios culturales dentro de la organización.

También encontramos el problema de que las normativas públicas locales carecen - muchas veces- de credibilidad. Esto se debe en parte a la impunidad, aunque también a la réplica a las normativas extranjeras. Desde su creación, todas las reglamentaciones y proyectos de ley vinculados a la responsabilidad empresarial por delitos de corrupción se basan en las normativas europeas y de los Estados Unidos. Todos los entrevistados del sector privado destacaron en la normativa brasilera y mexicana son una réplica de FCPA. Solo en el

caso chileno se destacó la certificación como un elemento diferenciador pero el resto sigue los mismos lineamientos. Los mismos entrevistados reconocieron que eso centra la atención en los criterios que utiliza el DOJ, en lugar de las nuevas normativas locales. Si bien es cierto que normativas internacionales como FCPA son efectivas y representan los estándares internacionales, fueron creadas para países económica y socialmente diferentes a América Latina y las soluciones que funcionan en ciertas regiones, pueden no tener el mismo impacto en otras. Esta tendencia normativa promueve que las empresas, especialmente PyMEs, consideren que los programas de Compliance son solamente para las empresas internacionales y que no se aplican a su realidad. Todos los entrevistados destacaron que, incluso con la voluntad política, las normativas por sí solas no logran la credibilidad esperada en la región por la experiencia anterior de muchas normativas que solo existen en papel pero nunca se aplican. En las entrevistas se hizo hincapié en el rol de la sociedad civil para marcar aquellos casos en los que la ley no es efectiva o para reclamar estándares más exigentes para las empresas. La credibilidad de las normativas pública es importante, especialmente si son la fuente o promotoras de TPR. Es decir, es necesaria una normativa pública creíble para que se genere la motivación empresarial de reclamar la implementación de programas de Compliance efectivos a sus cadenas de valor.

Los desafíos locales que fueron mencionados (la falta de transparencia en los sistemas de financiamientos de partidos políticos, la falta de credibilidad en la normativa y la impunidad) promueven la creación de un modelo de éxito para las empresas en las cuales la corrupción es un factor necesario para conseguir el éxito empresarial. Este modelo se ve fortalecido, además, con la aparición de las empresas multilatinas, es decir, que nacieron en un país latinoamericano pero que actualmente tienen sedes y negocios de manera exitosa en otros países, dentro o fuera de la región (Aguilera, 2016). Aunque las empresas multilatinas no son muchas, el impacto que tienen las acciones de estas como ejemplo para otras empresas de la región, es sumamente relevante. Dichas empresas son destacadas como historias de éxito en materia de crecimiento económico y negocios. Los inicios de dichas empresas -en muchos casos como empresas familiares- y su desarrollo -que se realiza en ambientes con los problemas estructurales mencionados en el párrafo anterior- le otorgan ciertas características y dinámica de trabajo específicas (Ciravegna & Brenes, 2016). El problema principal es que muchas de estas empresas multilatinas no son conocidas por el público en general ni por empresarios que no trabajan en el rubro. Se vuelven conocidas, precisamente, cuando se

desatan escándalos de corrupción, lo que reafirma la idea de que la corrupción es la manera de internacionalizarse y acceder a nuevos negocios por parte de dichas empresas.

Por otro lado, una parte de las multilatinas se encuentran vinculadas al Estado por ser -o haber sido en el pasado- empresas estatales, o por recibir beneficios fiscales o regulatorios para promover el crecimiento de industrias nacionales (Aguilera, 2016). Esta dependencia del Estado y su necesidad de expandirse conllevan un riesgo de corrupción muy alto para mantener esas mismas condiciones, o intentar obtenerlas, en una estrategia de internacionalización. Así como demuestra la sistematización del esquema de corrupción de Odebrecht o el escándalo de corrupción de LATAM. Los escándalos recientes no implican que todas las multilatinas hayan desarrollado una estrategia de internacionalización vinculada a la corrupción. Sin embargo, la comunicación excesiva en los medios y el impacto que tienen estos escándalos en el inconsciente colectivo latinoamericano, promueven el mensaje de éxito equivocado. Si el modelo a seguir en América Latina es expandirse a través de la corrupción, los programas de Compliance tendrán un rol solamente formal.

Apartado IV.3.d.2: Factores internos en las empresas

La efectividad de los programas de Compliance puede verse también afectados por factores dentro de las empresas y sus cadenas de valor que promueven o impidan los cambios culturales que quieren lograr. Según la experiencia de la autora y los entrevistados se destacaron dos factores que impiden la implementación de programas efectivos: la falta de adaptación de los estándares internacionales y la falta de alineamiento entre Compliance y el negocio (especialmente con el sector de compras). Por otro parte dos factores que pueden promover su implementación efectiva son las historias de éxito de empresas que superaron escándalos de corrupción y la utilización de herramientas de *Behavioral Compliance*.

Como fue mencionado, no existe una normativa privada unánime que defina todos los elementos que debe tener un programa de Compliance. Sin embargo, diversos TPR intentaron agruparlos formando diversos estándares internacionales. Todos los estándares locales que aplican las empresas están basados en dichos TPR. El mismo problema que observamos en la normativa pública, puede replicarse en la normativa privada al implementar de manera casi literal estándares desarrollados inicialmente para otros países o tipos de empresas.

Esta replica de estándares puede generar, en primer lugar, una divergencia entre la expectativa e implementación de los programas de Compliance en las casas matrices y lo que llega del mismo a las sedes extranjeras. Una forma de implementar regulaciones privadas

internacionales es que las grandes empresas internacionales tengan medidas de Compliance obligatorias para sus sedes en el extranjero y para sus proveedores. El problema con esta forma de implementación de programas de integridad es, por un lado, el desafío que presenta la aplicación de los mismos estándares a países diferentes entre sí y, por el otro, la degradación de la efectividad de las directrices internacionales, al llegar desde las sedes centrales al exterior. Según los entrevistados del sector privado, cuando se conciben los estándares internacionales en la casa matriz, se tiene el compromiso de la alta dirección y se diseñan para su implementación en empresas similares, es decir, oficinas locales en el exterior. Sin embargo, al llegar a las sedes en el extranjero no siempre cuentan con el mismo compromiso de la alta dirección local, o no cuentan con el mismo presupuesto para su desarrollo y los gerentes generales se enfrentan a problemas locales complejos. La falta de proveedores técnicamente adecuados, mencionada anteriormente, se presenta con mayor frecuencia en filiales que en las casas matrices. Las empresas locales no cuentan en todos los casos con el mismo compromiso de la gerencia para desestimar un proveedor -y perder negocios- por no alcanzar determinados estándares internacionales. Si esa flexibilización de los estándares se da entre las normativas de la casa matriz y sus filiales en el extranjero, es de esperar que el traspaso de dichos estándares a los proveedores o distribuidores locales sea todavía más difícil. Los proveedores locales podrían, por ejemplo, no contar con el conocimiento, la estructura o la capacidad para implementar las medidas exigidas por su cliente. Es por eso que luego firman los códigos de conducta de proveedores, aun sabiendo que no van a ser capaces de cumplirlo, pero necesitan de ese negocio para subsistir. Muchas empresas proveedoras de multinacionales tienen una dependencia absoluta para con estas. Si Compliance no tiene un rol proactivo en explicar los beneficios de la integridad y trabajar con sus proveedores para alcanzar dichos estándares, la aplicación difícilmente será efectiva.

Una mayor dificultad presenta la implementación de TPR efectivas en las PyMEs. Las diferencias culturales y de funcionamiento de una empresa pequeña -sobre todo en lo que refiere a regalos y hospitalidades, relacionamiento con funcionarios públicos y conflictos de interés- varían considerablemente dependiendo del lugar geográfico en donde se encuentre la organización. Incluso, no es lo mismo referirse -en un mismo país- a empresas del interior que a aquellas que se encuentran en las capitales. En ciudades pequeñas, por ejemplo, los conflictos de interés son un problema mucho más frecuente y que difícilmente pueda resolverse directamente eliminando el conflicto. Con respecto a su estructura, no siempre pueden implementarse los mismos estándares o controles. Una de las recomendaciones más

simples en materia de prevención de la corrupción es, por ejemplo, el principio de cuatro ojos, que recomienda que por lo menos dos personas revisen los procesos riesgosos para tratar de impedir que se oculten hechos de corrupción. En pequeñas empresas que tienen un solo responsable para diferentes procesos financieros o de Recursos Humanos, no es posible incluir a una persona adicional por el simple hecho de tener un control. En el caso de las PyMEs, hacer un análisis de riesgo adecuado antes de implementar estándares de Compliance internacionales es fundamental. Esta medida permite que solamente se implementen aquellos estándares que sean adecuados para la realidad, estructura y riesgos de cada PyME, evitando burocracia innecesaria que vuelve al programa totalmente inefectivo.

La entrevistada E también sostuvo que uno de los mayores obstáculos para que los programas de Compliance generen cambios conductuales tanto en su organización como en los proveedores está en el sector de compras. Si el sector de compras no identifica a Compliance como un aliado, la implementación no será lo suficientemente efectiva. Muchos Compliance Officers son vistos internamente como quienes frenan el negocio, como la policía de la organización. El problema con este rol es que genera una reticencia a realizar consultas a tiempo e, incluso, promueve que se oculte información. En la entrevista E, se afirmó que la mejor forma de revertir esa mirada es involucrarse como Compliance Officer, especialmente realizando visitas a las obras y a los proveedores. El sector de Compliance debe estar totalmente alineado con las necesidades del negocio. En la entrevista F se compartió que la responsable de Compliance acudía al lugar de trabajo de sus proveedores, escuchaba sus necesidades y daba las capacitaciones en la obra, teniendo en cuenta la realidad y los riesgos que percibían los proveedores. En ese caso, los proveedores la comenzaron a ver como una integrante más del equipo y accesible cada vez que se percibiera una situación riesgosa. Esto permitió tomar medidas preventivas y reaccionar correctamente ante hechos de corrupción.

Según diversos entrevistados un factor que sí promueve la implementación de programas de Compliance realmente efectivos son aquellos provenientes de empresas luego de tener un escándalo de corrupción. De hecho, aquellas compañías que sufrieron las consecuencias de un hecho de corrupción son las que actualmente cuentan con estándares reconocidos a nivel global. El proceso que impone FCPA para casos de suma gravedad, y que incluye un observador que acompaña el desarrollo del nuevo programa de Cumplimiento, logró que las empresas se recuperasen más rápido de lo esperado y mejoraran sus estándares. Dichas empresas dan cuenta, posteriormente, de sus historias de éxito y reconocen el costo financiero y reputacional que tuvieron que pagar. En Chile existe solamente un caso en el cuál

una empresa punida tuvo un observador neutral que apoyó el proceso de reforma del programa de Compliance. Esta experiencia tiene, por un lado, un efecto disuasivo para otras empresas que no quieran pasar por la misma situación y, por el otro, motivacional debido a que muestra lo que puede alcanzarse con un programa de Compliance. Debido a lo reciente de las normativas latinoamericanas, las empresas que fueron investigadas en América Latina no cuentan todavía con un proceso de reconstrucción suficiente para ser tomadas como modelos.

Según la experiencia de la autora, otro factor que influye en la implementación de programas efectivos es la incorporación de elementos que promuevan un comportamiento ético. Es decir, evitar tener un enfoque basado únicamente en normativas internas y sanciones. En los últimos años se comenzó a destacar la necesidad de implementar herramientas de *Behavioral Compliance* para lograr la implementación efectiva de estos programas. *Behavioral Compliance* busca entender a Compliance desde el comportamiento humano. En general, es difícil hablar de comportamiento ético dentro de las empresas, porque los funcionarios siempre se consideran éticos a sí mismos (Langevoort, 2015). Sin embargo, comenzar a discutir dilemas éticos o, por lo menos, entender el comportamiento humano detrás de las decisiones éticas puede ser el diferencial necesario para pasar de un Compliance meramente formal a un Compliance efectivo en las empresas. Según la experiencia de la autora, la utilización de herramientas de comportamiento en PyMEs ayudó a disminuir los casos de conflicto de interés en la compañía, lograr un mejor uso de la línea de denuncia y una mayor participación en las capacitaciones voluntarias de Compliance.

San Andrés

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: CAMBIOS SISTÉMICOS EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA

Las estadísticas de percepción de la corrupción, la impunidad y los pocos casos judicializados en la región demuestran que la lucha contra la corrupción en América Latina necesita de cambios sistémicos. Los avances que se observaron en el Capítulo IV en la implementación de programas de Compliance entre las empresas latinoamericanas y el compromiso frente a la temática de la mayor parte de los entrevistados del sector público, privado y de la sociedad civil, indican que existe la voluntad de cambiar la realidad de la región. También demuestran que empresas internacionales -e incluso grandes empresas nacionales y PyMEs- pueden hacer negocios sin corrupción en América Latina, más allá de que exista o no una normativa específica que responsabilice a las empresas por su accionar.

Como fue demostrado en el Capítulo IV podemos concluir que los TPR tienen un alto impacto en la lucha contra la corrupción en América Latina. Llegamos a dicha conclusión principalmente por la robustez de los programas de Compliance en empresas con motivaciones mixtas (que incluyen a los TPR) y también por el efecto en la implementación efectiva proveniente de los TPR aplicados de las empresas en sus cadenas de valor. De esta forma podemos asegurar que el sector privado puede y debe hacer la diferencia utilizando y promoviendo los TPR en materia de anticorrupción. Así queda rebatida la excusa que indica que el sector privado no puede hacer nada por cambiar el estado de situación de la corrupción existentes que es una de las más utilizada por las empresas para mantener el *status quo*.

Se debe destacar que el impacto de las TPR es todavía mayor cuando viene acompañado de una normativa pública nacional o internacional que la promueve. Esto fue demostrado con las diferentes motivaciones que tenían las empresas para implementar programas de Compliance. Las motivaciones mixtas generaban los programas de Compliance más robustos. La normativa pública y privada se vuelven de esta forma complementarias potenciando mutuamente su impacto.

Si estas regulaciones públicas o privadas deben venir acompañada por algún tipo de certificación que ayude a medir los programas de Compliance -o no- depende de cada realidad local. Los empresarios de países en donde la ley no exige una certificación fueron sumamente firmes en que no debía ser implementada, menos aún por el sector privado. Sin embargo, en el caso chileno, la certificación es una TPR valiosa para quienes la utilizan, pero debe ser fortalecida por mayores controles y transparencia de los organismos certificadores.

Se concluye también que todavía es desafiante implementar programas de Compliance que generen cambios culturales y de comportamiento en las empresas y sus cadenas de valor. Existen programas de Compliance exitosos y efectivos, pero el desafío está en convertir soluciones individuales en soluciones sistémicas. Uno de los factores que impide alcanzar la implementación efectiva de programas de Compliance es la mera implementación de normativas públicas o TPR provenientes de otras regiones sin tener en cuenta la realidad de la región en donde problemas estructurales impiden su efectiva implementación. Entre los problemas estructurales que se destacan en el capítulo anterior se encuentra el modelo actual de las empresas exitosas de América Latina que está teñido por escándalos de corrupción. Aunque no es el caso de todas las empresas, debido a la difusión de los casos de corrupción se concluye que la percepción de la población y los empresarios en América Latina es que las empresas multilatinas que son exitosas, especialmente a nivel internacional, tuvieron que mancharse las manos para serlo.

También hay factores internos que impiden la implementación efectiva de programas de Compliance como cuando los mismos no están vinculados directamente con el negocio. El rol del Compliance, como fue destacado en el capítulo IV, debe verse como un aliado al negocio. Los casos de programas de Compliance efectivos se dan siempre y cuando el involucramiento del programa de Compliance esté alineado con la estrategia de negocios de la empresa. Por el contrario, no aparecen cuando Compliance es reconocido como un policía o auditor interno de la organización. Si se combina esta alineación entre Compliance y el negocio con nuevas metodologías como "*Behavioral Compliance*", los programas de Compliance generaran mayores cambios en el comportamiento de sus empleados y las empresas de su cadena de valor.

El análisis de situación de América Latina, así como de las herramientas que se estudiaron en la presente tesis, permite dejar algunas recomendaciones para alcanzar el cambio sistémico y estructural necesario para la región. Además, pretenden ser fuente de futuras investigaciones que comprueben su efectividad a partir de la experiencia práctica.

La primera recomendación consiste en la incorporación de TPR en las normativas públicas de la región. Teniendo en cuenta que gran parte de los hechos de corrupción involucran al sector privado, es necesaria una colaboración entre ambos sectores. La cooperación público-privada debe darse tanto en la creación de la reglamentación -para entender en profundidad los riesgos, experiencia y situación de las empresas multinacionales, grandes empresas nacionales y PyMEs- como en su posterior implementación. La regulación

pública debe fomentar expresamente regulaciones privadas, ya sea a través de una definición específica (como el caso chileno) o responsabilizando a las empresas por su cadena de valor. En el caso que se proponga una regulación privada específica se debe sin embargo minimizar los conflictos de intereses con los reguladores privados a través de controles públicos o la inclusión de la sociedad civil.

Las regulaciones privadas, por otra parte, deben tener en cuenta la realidad de las PyMEs y tener elementos flexibles que permitan su implementación efectiva en empresas con realidades y estructuras diferentes.

También, es necesario que los reguladores públicos y privados de América Latina aprovechen las buenas prácticas existentes considerando la coyuntura local. Aprender de las experiencias de países que se encuentren más avanzados en la investigación del comportamiento puede lograr cambios concretos en la región. El objetivo tanto, para la importación de normativas como para la implementación de nuevas metodologías y estándares, siempre debe ser lograr una adaptación específica integral, que tenga en cuenta la cultura y realidad local. Los procesos de consulta pública, la inclusión de profesionales locales expertos en políticas públicas y un análisis profundo de los riesgos de corrupción que afectan a cada país deben ser utilizados para minimizar las desventajas que trae la expropiación literal de una normativa extranjera.

Por último, se recomienda al sector público, privado y la sociedad civil la difusión masiva de modelos de negocios en los cuales la integridad es parte esencial de su historia de éxito. Entre las multilatinas, algunas entrevistadas para esta investigación, se encuentran historias de éxito acompañadas de valores éticos como bandera. También existen entre las PyMEs casos de éxito de empresas familiares que -gracias a su integridad- lograron mejorar la eficiencia de sus procesos, conseguir mayores y mejores negocios y ser sustentables en el tiempo. Para cambiar la mentalidad y la cultura local es indispensable cambiar los viejos modelos por nuevos, en donde la integridad sea la herramienta clave para el éxito. Los casos existen, pero hasta el momento son identificados como excepciones dentro de un sistema que no permite su crecimiento. Por eso es esencial su difusión para que funcionen como fuente de inspiración de cada vez más empresas en América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía citada

Fuentes primarias

Alliance for Integrity. 2018. *Preventing Corruption in the supply Chain. How companies can address challenges*. Berlin: Alliance for Integrity

Congreso Nacional de Chile. 2009. *Ley 20.393: Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos que indica*. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: www.leychile.cl

COPARMEX. 2017. *Guía Práctica para la implementación de políticas de integridad empresarial*. Ciudad de México: COPARMEX

Global Compact. 2015. *A practical Guide for Collective Action against Corruption*. New York: Global Compact

International Chamber of Commerce (ICC). 2011. *ICC rules on combating corruption*. Paris: International Chamber of Commerce.

International Monetary Fund (IMF). 2016. *Corruption: Cost and Mitigating Strategies*. Washington: IMF

Morales Oliver, Gustavo & Sacconi, Raúl. 2018. *Tratado de Compliance*. Buenos Aires: Thomson Reuters

Nieto Martín, Adán. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Nieto Martín, Adán, ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

OECD. 2010. *Guía de Buenas Prácticas Sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas*. Paris: OECD

OECD. 2018. *Implementing the OECD Anti Bribery Convention Phase 4 Report: Mexico*. Paris: OECD

Presidencia de la República de Brasil. 2015. *Decreto Nro. 8420: Reglamento de la ley 12.846 del 01 de Agosto de 2013 sobre la responsabilidad administrativa de personas jurídicas por la*

práctica de actos contra la administración nacional o extranjera. Disponible en página web de Planalto: www.planalto.gov.br

Servico Brasileiro de apoio as micro e pequenas empresas (Sebrae). 2015. *Integridade para pequenos negócios. Construa o país que desejamos a partir da sua empresa*. Brasilia: Sebrae

Fuentes secundarias

Aguilera, Ruth, Luciano Ciravegna, Alvaro Cuervo-Cazurra & Maria Alejandra González-Perez. 2017. Multilatinas and the internationalization of Latin American firms. *Journal of World Business* 52 (4) 447-460.

Alconada Mon, Hugo. 2018. *La Raíz (de todos los males)*. Buenos Aires: Planeta

Bacigalupo, Silvina & Lizcano, Jesús. 2013. *Responsabilidad penal y administrativas de las personas jurídicas en delitos relacionados a la corrupción*. Madrid: Programa EuroSocial

Burgos Silva, Germán. 2003. *Independencia judicial en América Latina: ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?* Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA.

Büthe, Tim & Mattli, Walter. 2013. *The new global rulers: the privatization of regulation in the world economy*. Princeton: Princeton University Press

Cafaggi, Fabrizio & Renda, Andrea. 2014. *Measuring the Effectiveness of Transnational Private Regulation*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2508684>

Cafaggi, Fabrizio, Andrea Renda & Rebecca Schmidt. 2013. Transnational Private Regulation. En *International Regulatory Cooperation: Case Studies, Vol. 3: Transnational Private Regulation and Water Management*. OECD, ed Paris:OECD Publishing.

Cafaggi, Fabrizio. 2014. *A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement*. Rome: Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

Carvalho, Modesto. 2014. La nueva ley anticorrupción Brasileña. *Tribuna de Actualidad*. Universidad de Salamanca, Vol 2 (37-45).

Ciravegna, L., & Brenes, E. R. 2016. Learning to become a high reliability organization in the food retail business. *Journal of Business Research*. Elsevier, vol. 69(10): 4499-4506

Fundación Universidad de las Américas Puebla. 2018. *La impunidad sub nacional en México y sus dimensiones*. Puebla: Fundación Universidad de las Américas Puebla

Impunidad Cero, "Responsabilidad Administrativas en el Sistema Nacional Anticorrupción", Luis Darío Ángeles Gonzales, <https://www.impunidadcero.org/articulo.php?id=61&t=responsabilidades-administrativas-en-el-sistema-nacional-anticorrupcion> (consultado en 04/09/2019)

Langevoort, Donald C. 2015. *Behavioral Ethics, Behavioral Compliance*. Georgetown: Georgetown University Law Center

Meyer, Maureen y Hinojosa, Gina. 2018. *El sistema nacional anticorrupción de México: una oportunidad histórica en la lucha contra la corrupción*. Ciudad de México: Wola

Mota Santiago Filho y Díaz Portes. 2018. *Um panorama da aplicação da Lei Anticorrupção nos estados brasileiros*. São Paulo: Jota

Organización de los estados americanos, "Los sistemas de financiamiento político en América Latina: Principales Tendencias", Delia Ferreira Rubio, <https://reformaspoliticas.org/reformas/financiacion/delia-ferreira-rubio/> (consultado en 04/09/2019)

Philipps Zeballos, Andy. 2018. *Corrupción como problema de acción colectiva: Hacia un enfoque más ajustado para pensar la reforma institucional en América Latina*. Politai: Revista de Ciencia Política 09 (17): 176-211.

Pring, Coralie & Veruschi, Jon. 2019. *Barómetro Global de la Corrupción América Latina y el Caribe 2019. Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de Corrupción*. Berlín: Transparency International.

Pring, Coralie. 2017. *Las personas y la Corrupción América Latina y el Caribe*. Berlin: Transparency International

Schöberlein, Jennifer, Biermann, Sven, Wegner, Sebastian. 2012. *Motivating business to counter corruption. A Global Survey on Anti-corruption incentives and sanctions*. Berlin: HUMBOLDT-VIADRINA School of Governance

Schöberlein, Jennifer, Biermann, Sven, Wegner, Sebastian. 2013. *Motivating business to counter corruption. A practitioners Handbook on anti-corruption incentives and sanction*. Berlin: HUMBOLDT-VIADRINA School of Governance

Scott, Colin, Fabrizio Cafaggi, and Linda Senden. 2011. The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation. *Special Issue: The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates on the Journal of Law and Society* 38.1 (2011): 1–19.

The FCPA Blog, “Wanted: Third-party management that’s truly ‘preventive’”, Sviatlana Pisaryk, <https://fcpablog.com/2019/5/31/wanted-third-party-management-thats-truly-preventive/> (consultado el 06/06/2020)

The world Justice Project. 2015. *The WJP Rule of Law Index*. Washington: The world justice project

Transparency International, “What is Corruption”, Tranparency International, <https://www.transparency.org/what-is-corruption/-define> (consultado el 10/10/2017)

Transparency International. 2009. *Global corruption report 2009: corruption and the private sector*. Cambridge: Cambridge University Press

UN COMTRADE, “UN Comtrade Database 2018”, UN COMTRADE, <https://comtrade.un.org/> (consultado en 08/06/2020)

World Economic Forum, “Los retos de corrupción en América Latina y como enfrentarlos”, World Economic Forum, <https://es.weforum.org/agenda/2018/03/los-retos-de-la-corrupcion-en-america-latina-y-como-enfrentarlos/> (consultado el 15/03/2019)

Bibliografía general

Biegelman, Martín T. & Biegelman, Daniel R. 2011. *Building a world-class Compliance program: best practices and strategies for success*. Hoboken: John Wiley & Sons, Inc

Cafaggi, Fabrizio y Renda, Andrea. 2012. Public and Private Regulation Mapping the Labyrinth. *CEPS Working Document*. No. 370 (10): 1-38.

Cafaggi, Fabrizio. 2013. The regulatory functions of transnational comercial contracts: new architectures. *Fordham international law journal*. Vol. 36 (6): 1557-1618

Cafaggi, Fabrizio. 2014. *A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement*. Rome: Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

Cafaggi, Fabrizio. 2015. The many features of Transnational Private Rule-making: unexplored relationships between custom, *jura mercatorum* and global private regulation. *University of Pennsylvania Journal of International Law*. Vol. 36 (4) Art 2.

Casar, María Amparo. 2016. *Anatomía de la Corrupción*. Ciudad de México: Mexicanos contra la corrupción y la impunidad.

Grundmann, Stefan, Florian Möslin y Karl Riesenhuber. 2015. *Contract Governance Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*. Oxford: Oxford University Press.

Jota, "em 4 anos, implementacao da Lei Anticorrupcao nos estados ainda é 'tímida'", Guilherme Pimenta, https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/as-claras-2-0/lei-anticorrupcao-estados-timida-05102018 (consultado el 01/02/2019)

Kennedy, David. 1999. The International Anti-Corruption Campaign. *14 Conn. J. Int'l L.* 455. Harvard Library, <https://dash.harvard.edu/handle/1/31886532>

Maritime Anti-Corruption Network, "About us", Maritime Anti-Corruption Network, <http://www.maritime-acn.org/about-macn/> (Consultado el 05/09/2018)

Mayer, Frederick y Gereffi, Gary. 2010. Regulation and Economic Globalization: Prospects and Limits of Private Governance. *Business and Politics*. Vol 12 (3) Art 11, <http://www.bepress.com/bap/vol12/iss3/art11>

Nueva Sociedad, "Las multilatinas y la captura corporativa del estado", Francisco Durand, <https://nuso.org/articulo/las-multilatinas-y-la-captura-corporativa-del-estado/> (consultado 15/03/2019)

Vélez Fernández, Giovanna Fabiola. 2019. *La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción*. Miraflores: Procuraduría pública especializada en delitos de corrupción del ministerio de justicia y derechos humanos.

World Bank Institute Working Group. 2010. *Collective Action in the fight against Corruption*. Washington: World Bank

World Economic Forum. 2016. *Partnering Against Corruption Initiative Global Principles for Countering Corruption*. Geneva: World Economic Forum.



Universidad de
SanAndrés

ANEXOS

Anexo 1 – Transcripción de entrevistas realizadas

Anexo 2 – Base de datos encuesta

Anexo 3 – Preguntas realizadas en la encuesta



Universidad de
San Andrés