

**Título:** Derecho Comparado

**Autor:** Cerutti, Juan Carlos

**Publicado en:**

**Cita Online:** 0003/401850

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La necesidad de un orden contable y legal mundial.- III. Derecho protectorio. La nulidad del despido. La estabilidad absoluta del trabajador denunciante.- IV. Conclusión

## I. INTRODUCCIÓN

En el mundo de hoy es sabido que la corrupción es un fenómeno perceptible tanto en los países desarrollados como en los menos favorecidos económicamente.

La definición de corrupción es lo que hace compleja su medida y sanción, ya que por su propia naturaleza es difícil de definir. El término que la denomina procede del verbo latino "rumpere", implicando así una conducta que supone la ruptura de algo, puede ser cierto código moral o social, o cierta norma legal o administrativa. Una definición de corrupción que ha tenido bastante éxito entre los autores procede del Código Penal indio (actual Código Penal de la India), según el cual es culpable de corrupción aquella persona que siendo o teniendo la expectativa de ser funcionario, acepta, obtiene, acuerda aceptar o intenta obtener de otra persona para él o para cualquier otro alguna gratificación como consecuencia o recompensa por hacer o abstenerse de hacer algún acto oficial o por mostrar o abstenerse de mostrar en el ejercicio de sus funciones oficiales, favor o trato desfavorable hacia alguna persona o por prestar o abstenerse de prestarle algún servicio [\(1\)](#).

Por su parte, el fraude parece más sencillo de definir, como sinónimo de engaño, "frustrar la ley o los derechos que ella otorga. Burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley. Acto cumplido intencionalmente con la finalidad de perjudicar intereses ajenos en beneficio propio (vgr., ocultación, malversación, venta en fraude de los acreedores)" [\(2\)](#)

La corrupción y el fraude son parte de las noticias con las que en forma cotidiana nos inundan los medios de comunicación, o que vivimos en forma directa o indirecta.

Esta práctica se ve en forma más frecuente en las actividades propias de los Estados y sus funcionarios, tanto a nivel interno como en su relación con empresas privadas, comúnmente llamados "contratistas del Estado".

Pero esta percepción ha cambiado diametralmente: desde los inicios del siglo XXI hemos asistido a distintas situaciones de corrupción interna y fraude en grandes empresas multinacionales, siendo los más relevantes casos los de Enron [\(3\)](#) y WorldCom [\(4\)](#), entre otros.

Estos casos introdujeron a nivel mundial la necesidad de establecer reglas claras de comportamiento interno a fin de evitar que el fraude, que hasta hoy se veía o se creía que prevalecía en las relaciones con el Estado y/o sus entes descentralizados, se viera replicado en comportamientos internos en las empresas multinacionales, tanto en su relación interna como con los proveedores y subcontratistas.

A modo de ejemplo, se ha constatado la subcontratación de servicios a familiares de gerentes o directores de sedes regionales, así como el funcionamiento en paralelo de sistemas de facturación por servicios no prestados, o que son adquiridos a valores sobreelevados en términos del mercado.

A estas prácticas se le sumó lo que en su momento se denominó la "contabilidad creativa", en donde se veían acompañados estos fraudes internos con la "complicidad" de las auditorías externas y/o estudios contables de gran envergadura (vgr., Arthur Andersen (5)).

No debemos olvidar el máximo exponente en donde Enron aparece con balances positivos dada una situación que de ninguna manera reflejaba la realidad de la empresa, con lo que se había valido durante un largo período de tiempo a fin de ganar dinero en la bolsa de NYC, así como una mejor posición estratégica a fin de aprovechar negocios o ganar licitaciones públicas.

En esta inteligencia, hubo duros cuestionamientos a los conceptos contables y su supervisión a nivel mundial.

## II. LA NECESIDAD DE UN ORDEN CONTABLE Y LEGAL MUNDIAL

A los fines del presente trabajo debo concentrar las hipótesis y el planteo en aquellas empresas que cotizan en la bolsa de valores de Nueva York (Wall Street) y que tienen sucursales y/o empresas subsidiarias alrededor del mundo. Es bueno señalar que dentro de la Comunidad Económica Europea también se están aplicando normativas similares.

En el año 2002, y luego de arduas discusiones entre el mundo del derecho y la contabilidad por tratar de encontrar una forma objetiva de medir las ganancias, pérdidas y buenas formas de gobierno corporativo de las multinacionales, lo que haría más confiable para los inversores y por ende el sostén a futuro de las compañías, el planteo de una ley (acta) que reformara distintos aspectos legales -tanto contables como penales y civiles- que hicieran posible este anhelo de un buen, confiable y mejor gobierno de estas empresas se fue consensuando.

Así, en el año 2002 se sanciona la ley federal en los Estados Unidos denominada "Sarbanes-Oxley Act" (Sarbanes-Oxley Act, 2002, pub. L., n. 107-204, 116 Stat. 745), la cual toma el nombre del senador Paul Sarbanes (demócrata) y el congresista Michael G. Oxley (republicano), con el propósito de apuntalar la confianza de los inversores y la transparencia en los valores de las compañías que ven reflejados los precios de sus acciones en la bolsa de comercio.

Si bien esta ley es de directa aplicación en Estados Unidos, su normativa ha sido extendida a todas las empresas subsidiarias y/o sucursales que las multinacionales posean en otros países. En la Comunidad Económica Europea se han establecido normas que la reflejan, y a varias compañías que tienen su origen en países distintos de Estados Unidos pero cotizan en Wall Street se las obliga a su inserción como normativa de gobiernos internos.

Esto se ha hecho por vía de documentación interna (vgr., Códigos de Ética o reglas de comportamiento y seguimiento de fraudes). En nuestro país algunas compañías han establecido como normativa interna las Reglas Sox (6). Así se han estandarizado la forma y los medios para medir los valores y evitar el fraude en perjuicio de la compañía y sus inversores.

Entre otros aspectos que estableció esta norma, debemos destacar la necesidad de:

- La creación del Public Company Accounting Oversight Board (comisión encargada de supervisar las auditorías de las compañías que cotizan en bolsa).

- El requerimiento de que las compañías que cotizan en bolsa garanticen la veracidad de las evaluaciones de sus controles internos en el informe financiero, así como que los auditores independientes de estas compañías constaten esta transparencia y veracidad.

- Certificación de los informes financieros por parte del comité ejecutivo y financiero de la empresa.

- Independencia de la empresa auditora. Lo cual es de fundamental cumplimiento a fin de evitar la complicidad de compañías contables con la empresa/funcionario que realiza el fraude.

- El requerimiento de que las compañías tengan un comité de auditores completamente independientes, que supervisen la relación entre la compañía y su auditoría. Este comité de auditores pertenece a la compañía, no obstante los miembros que lo forman son completamente independientes de la misma. Esto implica que sobre los miembros que forman el comité de auditores recae la responsabilidad de confirmar la independencia.

- Prohibición de préstamos personales a directores y ejecutivos.

- Transparencia de la información de acciones y opciones de la compañía en cuestión, que puedan tener los directivos, ejecutivos y empleados claves de la compañía y consorcios, en el caso de que posean más de un 10% de acciones de la compañía. Asimismo, estos datos deben estar reflejados en los informes de las compañías, los cuales como forma de buen gobierno y transparencia se suelen publicar en los sitios de internet de las compañías.

- Endurecimiento de la responsabilidad civil, así como las penas, ante el incumplimiento de la ley. Se alargan las penas de prisión, así como las multas a los altos ejecutivos que incumplen y/o permiten el incumplimiento de las exigencias en lo referente al informe financiero.

- Protecciones a los empleados en caso de fraude corporativo. La OSHA (Oficina de Empleo y Salud de los Estados Unidos) [\(7\)](#) se encargará en menos de 90 días de reinsertar al trabajador; se establece una indemnización por daños, la devolución del dinero defraudado, los gastos en pleitos legales y otros costes.

Y es en este último punto donde nos queremos detener a analizar su posible aplicación como derecho interno en nuestro país.

En Europa también existe la OSHA [\(8\)](#), en la cual se establecen las distintas formas de buen gobierno corporativo y los diferentes tipos de sanciones que conlleva el desviarse de la política de transparencia y seguridad del inversor.

### III. DERECHO PROTECTORIO. LA NULIDAD DEL DESPIDO. LA ESTABILIDAD ABSOLUTA DEL TRABAJADOR DENUNCIANTE

Es el trabajador interno de la empresa que comete fraude o corrupción el que en general lo descubre y denuncia. Debemos decir que en este caso es relevante el nivel del empleado que descubre y denuncia la mala práctica de la multinacional, que en general se sitúa en estratos medios y superiores de las empresas.

Así como en cualquiera de las ramas del derecho y la vida, el que denuncia en general corre con un miedo a ser discriminado o reprendido por su denuncia; mucho más lo es aquel que lo hace contra sus jefes inmediatos y/o mundiales, ya que es evidente que sin un Código de Ética interno que esté debidamente supervisado en forma externa, esta denuncia no arribará a otro puerto que al despido y/o discriminación y/o prácticas de mobbing contra el empleado denunciante.

Los costos del fraude empresario son medidos en miles de millones de dólares anuales, por lo que se torna relevante la protección del denunciante.

Así, la secc. 806 de la ley Sox ha establecido rígidas y terminantes reglas de comportamiento empresario frente a la denuncia de fraude por parte del trabajador.

Éstas indican que:

1. Deberán establecer medios seguros para que el empleado pueda denunciar al auditor en forma directa, sin pasar por sus jefes locales y/o internacionales, la práctica de fraude empresario. En nuestro país existen las compañías auditoras con números telefónicos tipo "0-800", a los cuales se puede acceder de forma anónima a realizar una denuncia ([www.resguarda.com](http://www.resguarda.com)).

2. Ninguna compañía, o un funcionario, empleado, contratista, subcontratista o agente de tal compañía, puede quitar el cargo, degradar, suspender, amenazar, hostigar o de alguna otra manera discriminar a un empleado en términos o condiciones de empleo debido a un acto legítimo hecho por el empleado:

"(1) Por proporcionar información, producir información a ser proporcionada o de otro modo ayudar en una investigación referente a una conducta que el empleado razonablemente cree constituye una violación de las seccs. 1341, 1343, 1344 o 1348, un reglamento o regulación de la Comisión de Intercambio de Valores, o alguna cláusula de la ley federal referente a fraude contra los accionistas cuando la información o asistencia es proporcionada o la investigación es conducida por:

"(A) una agencia o ley federal reguladora,

"(B) un miembro del Congreso o un Comité del Congreso, o

"(C) una persona con autoridad supervisora sobre el empleado (u otra persona que trabaje para el empleador que tiene autoridad para investigar, descubrir o poner fina la mala conducta); o

"(2) para presentar, hacer que sea presentado, testificar, participar o de otro modo ayudar en un procedimiento presentado o a ser presentado (con conocimiento del empleador) referente a una alegada violación de las seccs.

1341, 1343, 1344 o 1348, un reglamento o regulación de la Comisión de Intercambio de Valores, o alguna cláusula de la ley federal referente a fraude contra accionistas.

"(b) Aplicación de acción

"(1) En general. Una persona que alega retiro del cargo u otra discriminación por una persona en violación de la subsecc. a puede buscar su desagravio bajo la subsecc. c, por:

"(A) presentando una queja a la Secretaría de Trabajo, o

"(B) si la Secretaría no ha emitido una decisión final dentro de 180 días después de la presentación de la queja y no hay ninguna muestra de que el atraso se debe a mala fe del demandante, presentar una acción de ley para nueva revisión en la corte distrital apropiada de los Estados Unidos, la cual tendrá jurisdicción sobre tal acción sin considerar el monto en controversia".

Como se ve en el pto. 2, el cual he transcrito textualmente, por lo normado por la ley (acta) Sox, la estabilidad del empleado privado que denuncia fraude es absoluta, no puede ser despedido, ni variadas sus condiciones laborales sin que dichos cambios resulten nulos de nulidad absoluta.

Como pauta novedosa, introduce en el contrato individual del personal de este tipo de compañías privadas un tipo de estabilidad que no está consagrado en absoluto, ni es materia de convención colectiva alguna, y sólo comparable en la actualidad a la estabilidad absoluta del empleado público, recientemente consagrada por el fallo de nuestro máximo tribunal (Corte Sup.) en "Madorrán v. ANA" [\(9\)](#), o la estabilidad sindical.

A esa altura debemos analizar por qué entendemos que "introduce en el contrato individual del personal de este tipo de compañías privadas", y esto lo entendemos así ya que analizando la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976, ALJA 1976-A-128), en su art. 1 enumera las fuentes de regulación de la relación y del contrato de trabajo, y sin que la misma sea taxativa ha enumerado que entre ellas se encuentran "la voluntad de las partes" y "los usos y costumbres".

La doctrina es conteste en entenderlo así: Vázquez Vialard [\(10\)](#) calificaba como fuente del contrato de trabajo a los "negocios laborales individuales" o acuerdos concertados entre las partes y los "usos y costumbres", siendo los primeros de ellos en hábitos o prácticas regularmente mantenidas en una comunidad o profesión, y la segunda de ellas además supone el elemento objetivo que quienes las aceptan consideran que constituye una norma obligatoria. Asimismo, por su parte, Grisolia [\(11\)](#) distingue fuentes clásicas o generales y fuentes propias o específicas. En cuanto a estas últimas les pertenecen lo que denomina "los reglamentos de empresas y los usos de empresas". A los reglamentos de empresas o acuerdos internos dice textualmente que "por medio del reglamento de empresa el empresario puede organizar la prestación laboral y reglamentar cuestiones referidas a las conductas del personal en el trabajo, que establezcan obligaciones y prohibiciones propias de la actividad o de la forma habitual de efectuar tareas"; por otra parte, al referirse a los "usos de empresas" los denomina "usos frecuentes y generalizados de la empresa respecto de su personal, referidos a la forma de prestar las tareas, la organización del trabajo, las conductas a asumir en determinadas ocasiones, etc."

A su vez, la jurisprudencia ha sido conteste en afirmar que "Tanto los reglamentos de empresa como las costumbres y usos empresarios constituyen una expresión de la voluntad del empleador como fuente de creación

de obligaciones" (C. Nac. Trab., sala 2ª, 17/5/1996, "Gómez, Oscar v. Autolatina S.A. s/cobro de salarios").

Por otro lado, la compensación (indemnización) que establecen las Reglas Sox es mayor que la establecida por la LCT., no sólo la nulidad y la obligación de reincorporar al trabajador despedido, sino que además le permite reclamar la reparación integral en términos de daños y perjuicios además de los salarios caídos.

La ley (acta) Sox establece textualmente:

"(c) Remedio

"(1) En general. Un empleado que prevalece en alguna acción bajo la subsecc. b.1 tendrá derecho al desagravio necesario por ser un empleado íntegro.

"(2) Daños compensatorios. El desagravio por una violación bajo el párr. 1º incluirá:

"(A) reincorporación con el mismo estado de antigüedad que el empleado habría tenido, si no fuera por la discriminación;

"(B) el pago del monto atrasado, con interés;

"(C) compensación por daños especiales como resultado de la discriminación, incluyendo costos de litigio, honorarios de expertos y honorarios razonables de abogados.

"(d) Derechos retenidos por el empleado. Nada en esta sección será considerado para disminuir los derechos, privilegios o recursos de un empleado bajo cualquier ley federal o estatal o bajo cualquier convenio de negociación colectiva...".

#### IV. CONCLUSIÓN

Como señaláramos ut supra, es dentro del mundo globalizado donde las empresas multinacionales llegan a tener el poder económico y las proporciones de pequeños o medianos Estados Nacionales, o al menos provinciales, por lo que las mismas deben regirse por sistemas normativos internos unívocos y transparentes, para que el sostén de éstos -los inversores- y sus clientes puedan establecer lazos sólidos y duraderos.

El enorme avance que hoy tenemos en cuanto a sistemas de comunicación y de transporte se refiere hace que debamos propender a reglamentar los derechos de quienes integran estas corporaciones, desde sus empleados hasta los contratistas y subcontratistas.

En nuestro país hemos visto avanzar a pasos agigantados los derechos de los trabajadores en general -algunas veces con mejor tino que otras-; en este caso se trata de un doble desafío, y es el de sostener el sistema comercial de mercado globalizado y el deber de protección de los trabajadores que se vean involucrados en su afán de defender la corporación contra los malos comportamientos que pueden hacer desaparecer, de un día para otro, el empleo de miles de trabajadores.

Hasta la fecha no existen en nuestros tribunales planteos de despidos discriminatorios invocando la aplicación de las Reglas Sox, pero debemos admitir que la combinación de esta normativa interna con más la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (de carácter supralegal, art. 75 , inc. 22, CN. [LA 1995-A-26]) deben ser consideradas por las empresas a fin de realizar un buen gobierno transparente que beneficie no sólo a los inversores sino también al sistema en general, impidiendo que se introduzcan prácticas fraudulentas propias de algunos Estados en lo que es el sustento del sistema económico mundial.

NOTAS:

(1) Goode, Richard, "Government finance in developing countries", The Brookings Institution, Washington, 1984, p. 310.

(2) "Diccionario jurídico", t. II, Ed. Abeledo-Perrot, p. 172.

(3) Enron Corporation fue una empresa de energía con sede en Houston, Texas, que empleaba cerca de 21.000 personas hacia mediados de 2001 (antes de su quiebra). Una serie de técnicas contables fraudulentas, apoyadas por su empresa auditora, la entonces prestigiosa Arthur Andersen, le permitieron a esta empresa estar considerada como la séptima empresa de los Estados Unidos, y se esperaba que seguiría siendo empresa dominante en sus áreas de negocio. En lugar de ello, se convirtió en el más grande fraude empresarial de la historia y en el arquetipo de fraude empresarial planificado. Enron solicitó protección por bancarrota en Europa el 30 de noviembre y en Estados Unidos el 2/12/2001.

(4) WorldCom era una empresa muy importante de telecomunicaciones localizada en Estados Unidos que en julio de 2002 se declaró en quiebra. Que ésta no haya ocurrido antes fue gracias a los prestamistas que la mantenían a flote; algunos de éstos eran J. P. Morgan Chase, Citigroup y General Electric. A la hora de presentar la quiebra, WorldCom debía 74 millones de dólares en intereses vencidos, y consiguió una línea de crédito de hasta 2000 millones de dólares de un consorcio de prestamistas.

(5) Entre los asesores externos de Enron Corporation se destaca el estudio Arthur Andersen LLP, sentenciado el sábado 16/6/2002 en los tribunales federales de Houston por obstruir la justicia, destruir y alterar documentos vinculados con el colapso y las irregularidades de Enron Corporation. Fueron sentenciados a pagar una multa aproximadamente de U\$S 500.000, y además se privó al estudio de sus funciones para auditar firmas registradas en la bolsa de valores. Arthur Andersen fue el quinto estudio más grande de asesores financieros, con más de 7000 profesionales, cientos de socios, filiales y divisiones enteras, además de 700 clientes, de los cuales 76 eran cotizantes en la cartera Standard & Poor's 500.

(6) Por ejemplo, Global Crossing de Argentina S.A. lo ha establecido como normativa interna en su Código de Ética; Toyota y Telefónica S.A., a nivel mundial, haciendo referencia a su aplicación en la Argentina.

(7) Se puede encontrar gran información de la aplicación de esta acta en la página de internet en español de la OSHA: <http://www.osha.gov/as/opa/spanish/index.html>.

(8) <http://osha.europa.eu>.

(9) La Corte Sup. estableció recientemente en el fallo "Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de

Aduanas s/reincorporación" , del 3/5/2007, que "La reinstalación del agente injustificada o incausadamente segregado prevista en el art. 14 bis guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por violaciones de aquellos reprochables a los Estados" (publicado en RDLSS 2007-24-2179, LNOL 1/406351 o 1/406369).

"El pensamiento inspirador del art. 14 bis fue proveer a la estabilidad efectiva del empleado público vinculada a la carrera administrativa, el que no se compadece con la interpretación conforme a la cual no se habría establecido la garantía de estabilidad en sentido propio -que excluye por principio la cesantía sin causa justificada y sin debido proceso-, dado que si no hubiera sido así habría sido suficiente el pasaje anterior relativo a la protección contra el despido arbitrario, que no es otra cosa que la estabilidad en sentido impropio" (publicado en JA 2007-II-156 , del 6/6/2007, LNOL 1/1018065 o 1/1018140).

(10) Vázquez Vialard, Antonio, "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", t. 1, Ed. Astrea, 1992, ps. 123/124.

(11) Grisolia, Julio A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" , t. 1, Ed. LexisNexis.