

REPORTE SOBRE ÉTICA Y COMPLIANCE. PRIMER SEMESTRE 2020.

RECOMENDACIONES DE LA OA EN LA PANDEMIA – LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES – LOS NUEVOS DOCUMENTOS DEL DOJ DE LOS ESTADOS UNIDOS.

LA SÍNTESIS

Es ineludible señalar que el primer semestre de este año se ha encontrado marcado, en forma casi monopólica, por la crisis mundial resultante de la pandemia originada por el COVID -19 que ha atravesado todo el ámbito del derecho por múltiples razones, por lo cual, es casi imperativo comenzar por la incidencia de esta problemática en las cuestiones anti-corrupción.

Dentro de este marco dado por pandemia, el efecto inmediato fue que todas las administraciones públicas, en diverso grado, según la política sanitaria elegida por cada uno de los Estados se lanzaran, con mayor o menor celeridad, a satisfacer las necesidades públicas resultantes. Es claro que la urgencia y la necesidad definen de hecho un desbalance de los términos de negociación de los contratos en general el cual, en particular, afecta las contrataciones públicas, generando riesgos éticos y eventuales dificultades jurídicas.

En este orden, y en una especie de reacción en cadena, se sancionaron en diversos países ordenamientos jurídicos de contrataciones públicas de emergencia, que alivianaron los procesos intentando dar flexibilidad en la contratación.

Se ha discutido doctrinariamente la verdadera necesidad de esta normativa, tanto en el ámbito nacional como internacional, ya que el mismo marco legal de contrataciones administrativa existente en la mayoría de los países, permite de por sí la contratación de emergencia. La aparición de los primeros inconvenientes en varios estados, incluso entre nosotros, mereció que la Oficina Anticorrupción se expidiera efectuando recomendaciones, como veremos más abajo.

Ya fuera de la emergencia, cabe destacar que en este semestre hubo novedades importantes en el ámbito de la normativa anti-corrupción, que seguirán teniendo efecto finalizada esta situación excepcional, algunas de las cuales destacaremos dentro de este breve reporte.

En primer lugar, estamos asistiendo en este tiempo a la consolidación del incremento de cooperación internacional para la lucha contra la corrupción, que ha dado lugar en esta primera etapa del año, a la aplicación de sanciones por parte de tres jurisdicciones en forma coordinada, respecto a una de las más importantes empresas de fabricación de aeronaves, siendo éste, el mayor caso de los últimos años.

Adicionalmente, ha habido importantes cambios en el ámbito de la FCPA ya que el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DoJ) conjuntamente con la *Securities Exchange Commission* (SEC) continuó mejorando las políticas de aplicación de la FCPA mediante la revisión de la Guía de Evaluación de Programas de Compliance y la segunda edición de la guía por todos conocida *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, (Guía FCPA). Seguidamente nos referiremos a estas cuestiones.

RECOMENDACIONES DE LA OA SOBRE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA PANDEMIA

Como mencionáramos, la urgencia generó la aparición de los primeros inconvenientes vinculados a anti-corrupción ya en las primeras semanas de lucha contra la pandemia. En consecuencia, la OA aprobó en mayo de este año mediante Resolución RESOL_2020_5-APN-OA # (la Resolución OA N° 5/2020) un informe que se adjuntó a dicha resolución como Anexo I, con recomendaciones y lineamientos para los organismos del Sector Público autorizados a contratar mediante procedimientos de excepción conforme las disposiciones de Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. DECNU-2020-260-APN-PET (Decreto N° 260/2020) y DECNU-2020-287-APN-PTE (Decreto N° 287/2020)¹ a los fines

¹ De acuerdo lo establecido por el Decreto N° 287/2020, se extendió la facultad de efectuar contrataciones de emergencia a las jurisdicciones y organismos incluidos en los incisos a y b del artículo 8 de la Ley N° 24156. Ver además la Decisión Administrativa N° DECAD-2020-409-APN-JGM (Decisión Administrativa N° 409/2020 y reglamentada mediante las

de advertir sobre los riesgos vinculados a corrupción existentes y a efectuar recomendaciones sobre cuáles eran las prácticas que resultaba conveniente seguir para asegurar la transparencia y la integridad.

La Resolución OA N° 5/2020 comenzó por recordar el marco de la contratación de emergencia señalando a los diversos organismos que la normativa dictada en virtud del COVID-19 era específica para solucionar únicamente los problemas generados la pandemia, en caso que no se pudieran utilizar los canales de contratación habituales.

Para paliar los riesgos éticos y jurídicos que pudieren surgir en la implementación de emergencia, hizo hincapié, entre otras cuestiones, en la utilización de las herramientas establecidas para la identificación de conflictos de intereses², como así también la posibilidad de solicitar a la compañías la acreditación de la existencia de un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personar Jurídicas, conforme lo establece el artículo 24 de esa ley mediante la presentación declaración jurada prevista en el Anexo III del 1169/2018.

Para una información más extensa ver

www.estudio-ofarrell.com/etica-publica-y-contratacion-de-emergencia/

www.argentina.gob.ar/noticias/covid-19-recomendaciones-para-fortalecer-la-integridad-y-transparencia-en-las

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN COMPLIANCE Y CORRUPCIÓN

El 31 de enero de este año se anunció que el gigante de la industria aeronáutica Airbus SE llegó a un acuerdo con el Departamentos de Estado y de Justicia de los Estados Unidos (DoE y DoJ), la Oficina de Fraudes Graves (*Serious Frauds Office* o SFO) del Reino Unido y la Fiscalía Nacional Financiera (*Parquet National Financière* o PNF) de Francia, con relación a

Disposiciones ONC N° DI-2020.48-APN-ONC#JGM, DI-2020-53-APN-ONC#JGM y DI-2020-55-APN-ONC#JGM (Disposiciones ONC Nros. 48/2020, 53/2020 y 55/2020).

² Decreto 202/2017.

una serie de actividades efectuadas en violación de las normas relativas a corrupción de los tres países referidos, mediante asociados comerciales y a errores graves en la presentación de documentación relacionada con la venta de armamento. El monto de los acuerdos ascendió a 3.9 mil millones de dólares, siendo así el caso más importante a la fecha, relacionado con corrupción a nivel global.

Sin perjuicio de su altísimo monto, este caso tiene importancia por varias razones. En primer lugar, muestra el resultado de la cooperación entre los países en la lucha anticorrupción y un incremento de actividad de las autoridades anti-corrupción europeas y, principalmente, de las autoridades francesas. Para lograr estos resultados, tanto el Reino Unido como Francia debieron desarrollar las Autoridades de Aplicación y las herramientas jurídicas necesarias siguiendo estas últimas las diseñadas en los Estados Unidos, como los conocidos, entre otros, *Deferred Prosecution Agreements* (Acuerdos de Acusación Penal Diferida - DPA). A estos efectos, el Reino Unido ha dictado legislación específica³ para recibir en su sistema jurídico este tipo de acuerdos. Por su parte, Francia procedió de igual forma⁴, denominándose esta clase de convenios como *Convention Judiciaire d'Intérêt Public* (Convención Judicial de Interés Público -CJIP). Además, este caso marca la aplicación práctica de la política del DoJ para evitar la duplicación y acumulación de penalidades que tiene como fin incentivar la colaboración internacional y la participación de los distintos países en la persecución y sanción de estos ilícitos⁵.

Otra cuestión que resulta interesante del caso es que, una vez más, los sobornos fueron efectuados mediante un esquema de representantes o asociados comerciales en el extranjero, lo cual muestra la importancia de realizar un intenso escrutinio mediante auditorías e informes de *due diligence* de terceros, en este tipo de estructuras comerciales y de representación en las organizaciones, lo que se incrementa cuando estas estructuras son de considerable tamaños y tienen una gran extensión geográfica.

³ Ver *Crime and Courts Act* (2013) en www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted

⁴ Ver la Ley 2016-1691, del 9 de diciembre de 2016 llamada Ley Sapin II en www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id

⁵ *Coordination of Corporate Resolution Penalties*

Finalmente, como surge del mismo caso, se reafirma la extraterritorialidad de la normativa y de la competencia de los jueces y fiscales en las cuestiones anti-corrupción internacionales. En este sentido, debe tenerse presente que los ilícitos se cometieron en Asia, Africa y América del Sur y que la compañía, si bien poseía subsidiarias en Francia y en el Reino Unido, estaba constituida y tenía su domicilio en los Países Bajos. Es importante también destacar que a los efectos de la sanción, no se tomó en cuenta a las subsidiarias, sino a la controlante de todo el grupo empresario.

Para mayor información ver:

<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa/cases/airbus-se>

<https://www.sfo.gov.uk/2020/01/31/sfo-enters-into-e991m-deferred-prosecution-agreement-with-airbus-as-part-of-a-e3-6bn-global-resolution/>

<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/CP%20PNF%20CJIP%20Airbus%2030%20janvier%202020.pdf>

<https://www.airbus.com/company/corporate-governance/governance-framework-and-documents.html#Orga>

LAS NUEVAS DIRECTRICES DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

En junio de este año la *Criminal Division* del DoJ revisó la guía para los fiscales relacionada con la evaluación de la efectividad de los programas de *compliance* o de integridad⁶.

⁶ *Evaluation of Corporate Compliance Programs*

En primer lugar, se amplió una de las tres preguntas básicas⁷ que los fiscales deben efectuarse para verificar la efectividad, que es la referida a si el programa de integridad de una compañía determinada está bien aplicado. En este aspecto, el foco se coloca ahora en ver si la organización anti-corrupción interna: a) tiene recursos adecuados tanto monetarios para la implementación de auditorías, entrenamientos, desarrollo y control, como operativos mediante, entre otras cuestiones, el acceso a la información de la compañía, para realizar los seguimientos y pruebas de los sistemas de control necesarios para detectar las actividades impropias y b) si tiene suficiente autoridad dentro de la compañía para lograr sus objetivos (*empowerment* - empoderamiento).

Por otro lado, se puso el énfasis en que los fiscales para evaluar correctamente los programas de integridad deben entender los fundamentos y razones utilizados por la compañía para su diseño. Es decir, el programa debe estar debidamente justificado, expresándose la razón y las causas de las decisiones estructurales tomadas para la elaboración del programa. Al igual que lo establecen los lineamientos de la OA, entre nosotros, en una forma efectiva y breve, debe ser un programa “que se pueda explicar”⁸.

En este orden de ideas, las compañías deben estar preparadas para exponer sobre los recursos otorgados al programa respecto de la periodicidad, método y profundidad de los programas de capacitación, mediciones sobre su resultado, causas que llevan a una compañía a la contratación con terceros de tareas de intermediación, etc.

Muy recientemente, el Departamento de Justicia publicó la nueva edición del documento la Guía FCPA que incluye la evolución desde 2012 hasta la fecha, incluyendo la nueva jurisprudencia y acuerdos con el DoJ y la SEC. Además, efectúa una síntesis de las distintas políticas aplicables por el DoJ y la SEC para facilitar la comprensión y la aplicación de la normativa anti-corrupción entre ellas: (i) La política de enjuiciamiento de Compañías o CEP (FCPA *Corporate Enforcement Policy*); (ii) la política sobre selección de monitores

⁷ Las otras dos preguntas básicas, llamadas *fundamental questions* en el documento arriba mencionado son: (i) ¿está bien diseñado el programa de integridad de la compañía? y (ii) ¿Funciona en la práctica el programa de integridad de la compañía?

⁸ Ver www.argentina.gob.ar/transparencia-e-integridad-en-personas-juridicas/lineamientos-para-la-implementacion-de-programas-de

(*Selection of Monitors in Criminal Division Matters*); (iii) la coordinación de sanciones aplicables a compañías, cuya aplicación se vio últimamente en el caso Airbus (*Coordination of Corporate Resolution Penalties o Anti-Piling On Policy*); (iv) la guía de evaluación de programas de integridad (*Criminal Division's Evaluation of Corporate Compliance Programs*).

Entre las cuestiones que ha modificado la nueva Guía FCPA se pueden señalar las siguientes:

- 1) Una exposición más extensa sobre los eventos que gatillan la jurisdicción extraterritorial de los Estados Unidos en estos casos, en particular sobre aquellas personas y compañías que no son emisores de títulos negociables en los Estados Unidos ni tampoco pueden ser consideradas un *domestic concern*. En especial, se trata la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito Federal en el caso *United States vs. Hoskins*, con relación a la aplicación de la FCPA a ciudadanos extranjeros que representan a compañías estadounidenses.
- 2) Se aclara el concepto de *instrumentality* de un gobierno extranjero, según lo establecido en el caso *United States vs. Esquenazi*, entendiéndose por tal a aquella entidad que el gobierno extranjero trata y considera como propia.
- 3) Se clarifican las responsabilidades por las relaciones entre compañías controladas y controlantes, como así también las relativas a la responsabilidad de la sociedad sucesora en caso de adquisición, fusión o absorción de sociedades.
- 4) Entre los muchos precedentes incluidos en la nueva guía están las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos en los casos *Kokesh vs SEC* sobre prescripción de las acciones por penalidades e indemnizaciones civiles y el muy reciente caso *Liu vs SEC* relativo a las limitaciones en el recorte de beneficios (*disgorgement*) que se efectúa en el caso de procesos civiles iniciados por esta agencia.

- 5) En lo que hace a programas de integridad, se agregaron extensas consideraciones sobre reportes internos, mejora continua de los programas de integridad e investigaciones internas.
- 6) Se actualiza todo lo referido a los principios que guían la aplicación de la normativa por parte de la SEC y del DoJ y se detallan varios ejemplos relativos a las circunstancias que dan lugar a la declinación del ejercicio de las acciones judiciales por parte de esos organismos.

La Guía FCPA, Segunda Edición, se puede encontrar en:

<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>



Eduardo J. Calvo

CalvoE@eof.com.ar