

Debida diligencia hacia terceras partes

El artículo 23.VI de la Ley enumera entre los elementos “Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial”.

Este elemento tiene una significativa importancia en la medida en que la Ley responsabiliza a las personas jurídicas por la acción de cualquier persona física – con independencia de si es un integrante de la organización o un tercero, posea o no un vínculo formal– con tal de que la acción se cometa en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica.

En tanto resulta más difícil imponer pautas de comportamiento y controlar a aquellos que no poseen con la organización una relación de subordinación jerárquica directa, es especialmente importante que existan políticas específicas para:

- Conocer a las contrapartes con las que opera. Es necesario contar con información sobre las características y los vínculos de los terceros, incluida su reputación comercial y la relación, si la hay, con funcionarios locales o extranjeros. El grado de escrutinio debe aumentar en la medida en que sean mayores las alertas.
- Asegurar una adecuada comprensión de la lógica de la relación que se entabla con los terceros. Deben ser claros su rol y su necesidad, las condiciones del servicio y los términos de pago. Además, se debe controlar que el tercero realmente esté realizando el trabajo por el que se lo contrató y que su compensación sea acorde con la labor.
- Transmitir adecuadamente a los terceros las políticas de integridad de la organización y exigirles su cumplimiento. A tal efecto, tanto vale extender las políticas propias (en tanto resulten adecuadas y comprensibles para el tercero) como poseer y comunicar políticas específicas para partes relacionadas (en tanto sean, en lo relevante, consistentes con las propias). Lo realmente esencial es que éstas definan y modelen con claridad las pautas éticas de actuación en los negocios.
- Controlar las acciones que realizan los terceros en aquellas actividades que pueden ser percibidas como actuación en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica según su significado habitual en el contexto de los negocios que se llevan a cabo.

Será adecuada una política de terceras partes en la medida en que la persona jurídica pueda demostrar que obró diligentemente, cubriendo y analizando todas las señales de alerta y buscando en todas sus transacciones, dentro de lo posible, que sus partes relacionadas respetaran la Ley y se comportaran de manera íntegra.

Dado que no se puede controlar a todos los terceros en todo momento, lo esperable es que se desplieguen medios razonables, acorde al contexto y a las propias capacidades, para expresar con claridad y firmeza un mensaje íntegro y luego reafirmar su cumplimiento a través de controles priorizados por riesgo, de mayor o menor intensidad según las características de los terceros y su perfil de riesgo, recalibrando luego según las alertas que se desplieguen en la medida en que dicha supervisión se lleva a cabo.

Terceras partes a controlar

Sin perjuicio de las particularidades de cada relación y las características de la actuación en nombre de la compañía de cualquier persona física o jurídica, suelen ser consideradas contrapartes relevantes a los efectos de aplicar debida diligencia las siguientes:

- Filiales.
- Socios en Uniones Transitorias.
- Distribuidores.
- Agentes.
- Representantes comerciales.
- Intermediarios.
- Gestores.
- Lobistas.
- Contratistas.
- Consultores.
- Despachantes de aduana.
- Proveedores.
- Prestadores de servicios.
- Clientes.

La enumeración del artículo 23.VI de la Ley menciona expresamente a algunos de los listados arriba, siendo claro que no se trata de una enumeración exhaustiva sino una reseña ejemplificativa de la amplia categoría “terceros o socios de negocios”.

Es imposible de antemano definir todas las partes relacionadas posibles para todas las industrias y geografías. Será la propia organización la que deba detectar (y para ello será decisiva su evaluación previa de riesgos) qué personas físicas y/o jurídicas que actúan en su nombre, representación o interés y requieren una atención más diligente.

Para poder priorizar los controles es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que no todos los terceros de una organización tienen que estar sujetos a acciones de debida diligencia (lo que no quiere decir que las personas jurídicas no deban tener procedimientos generales para todos sus terceros, sino que justamente merced a esas políticas será posible seleccionar en cuales focalizar la diligencia).

Las organizaciones de gran magnitud pueden llegar a relacionarse con cientos de terceros y en esos casos una debida diligencia que abarque a todos ellos implicaría costos muy elevados. Es necesario hacer un filtro para determinar qué terceros representan un mayor riesgo para la persona jurídica.

Como parte de esa evaluación inicial, la persona jurídica puede considerar aspectos tales como:

- ¿El tercero actúa en una actividad, industria o ubicación geográfica con mayores riesgos de corrupción?
- ¿Va a realizar servicios en nombre de la organización o va a estar autorizado a representarla frente a terceros?
- ¿Es posible que el tercero deba contactarse con funcionarios públicos cuando representa a la persona jurídica?
- ¿Es posible que el tercero influya en las decisiones o en la conducta de otros para el beneficio de la persona jurídica?

La respuesta positiva a alguna de estas preguntas bien puede colocar al tercero dentro del alcance de acciones concretas de debida diligencia de la persona jurídica.

Al mismo tiempo, una vez identificados los terceros alcanzados es necesario segmentarlos de acuerdo a los distintos niveles de riesgo y que las exigencias y las acciones de control que se desplieguen guarden consistencia con esa distinción.

En un primer momento se puede considerar un mayor nivel de alcance y un menor nivel de intensidad y agudeza. Luego, esos factores pueden ser combinados en sentido inversamente proporcional en ulteriores niveles de control. En esa dinámica se pueden practicar acciones tales como:

- un simple cuestionario de llenado voluntario con carácter de declaración jurada conteniendo información general descriptiva de los ejes antes mencionados;
- un control sobre las características, trayectoria, reputación y antecedentes de algunos terceros considerando, junto a la información provista por el tercero, fuentes alternativas;

- establecer pautas de seguimiento o monitoreo periódico sobre ciertos tipos de terceros con alertas intermedias;
- desplegar una debida diligencia reforzada (que indague con mayor profundidad sobre los antecedentes del tercero) y efectuar auditorías de cumplimiento de los deberes éticos por parte de los terceros catalogados como de más alto riesgo;
- proceso de aprobación interna con múltiples áreas o personas intervinientes a mayor riesgo de tercero identificado.

Es de esperar que el tipo de análisis a aplicar a los terceros alcanzados por la evaluación inicial, con la debida priorización propia de cada caso, contemple aspectos tales como:

- Estructura y funcionamiento.
- Composición del negocio del tercero.
- Reputación.
- Vínculos y relaciones.
- Posibles conflictos de intereses.
- Solvencia financiera.
- Idoneidad técnica/profesional.
- Trayectoria.
- Existencia de un Programa o políticas anticorrupción.

Una buena política de terceros debe de definir una base mínima de suficiencia para sostener la relación. O a la inversa, un nivel de riesgo tal que indique, para los casos más serios, la conveniencia de interrumpir o no mantener relaciones con ciertos terceros.

También debe indicar cuándo establecer suficientes mitigaciones o controles si el nivel aceptable de exposición a riesgo (o la ausencia de sustitutos convenientes) sostienen la vocación de trabajar con un tercero riesgoso.

Indicadores de alto riesgo de la relación con los terceros

Estos son posibles indicadores de un alto nivel de riesgo en la relación de la persona jurídica con terceros:

- aparición de su nombre o razón social en listas de inhabilitados de organismos internacionales o similares (debarment lists);
- problemas reputacionales identificados a partir de búsquedas en Internet;
- investigaciones previas por presuntas violaciones de leyes anticorrupción en Argentina o el extranjero;
- escasa o nula experiencia en el sector industrial relevante;
- ausencia de datos públicos relevantes sobre su actividad y trayectoria (por ejemplo, no posee una página web cuando su dimensión o giro de negocios haría razonable que la tenga);
- resistencia a proporcionar información sobre su actividad ante requerimientos iniciales formulados por la persona jurídica;
- participación en el capital de funcionarios o familiares de funcionarios;
- vínculos con funcionarios o miembros relevantes de la clase política;
- requerimiento por el tercero de compensaciones basadas en el rendimiento o variables de acuerdo a ítems de difícil elucidación;
- ofrecimiento por el tercero de garantías de éxito respecto de la posibilidad de ganar o mantener contratos con el sector público;
- requerimiento por el tercero de que los pagos se le hagan por medios inusuales (como pagos indirectos) o que dificulten la identificación del destinatario final;
- requerimiento por el tercero de compensaciones en forma de contribuciones políticas o caritativas;
- requerimiento por el tercero de permisos discrecionales o amplios para manejar asuntos en ciertos ámbitos geográficos;
- reticencia del tercero a que se incorporen cláusulas anticorrupción en los contratos;
- dificultad para identificar al beneficiario final de la organización;
- carencia de un domicilio comprobable;
- multiplicidad de actividades comerciales de carácter difuso e incompatibles entre sí;
- accionistas o socios con participación societaria en gran cantidad de empresas de diversa naturaleza y actividad, no compatible con la formación profesional de estas personas;
- facturación apócrifa o vinculación con facturas apócrifas;
- condenas judiciales relevantes.

Como parte de la debida diligencia hacia terceros, la persona jurídica podrá exigir la inclusión de determinadas cláusulas y garantías en sus acuerdos contractuales. En esa línea, podrá incluir previsiones tales como:

- compromiso del tercero con el cumplimiento del Programa y las políticas de integridad de la organización y/o con la legislación aplicable;
- delimitación precisa de la capacidad del tercero para actuar en nombre de la persona jurídica y/o mantener interacciones con funcionarios;
- constancia por escrito de que los terceros (y/o sus integrantes relevantes) han leído y aceptan cumplir las obligaciones del Programa;
- extensión de los controles y la capacitación del Programa;
- cláusula que proporcione amplio acceso de control a los registros relevantes de los terceros;
- cláusula que obliguen al tercero a mantener registraciones contables precisas y un sistema efectivo de controles internos;
- cláusula que obligue al tercero a informar activa y periódicamente sobre sus actividades en representación de la organización;
- rescisión del contrato y penalidades en caso de violaciones a las reglas del Programa o la legislación aplicable;
- exigencia de cooperar con cualquier investigación interna de la organización o coadyuvar a la cooperación de ésta ante investigaciones de autoridades públicas.

Es recomendable (especialmente en organizaciones de grandes dimensiones y en relación con terceros de mayor riesgo) que la supervisión de los terceros sea continua, para lo que pueden considerarse opciones tales como actualización periódica de la evaluación de riesgos del tercero, capacitaciones para los terceros, auditorías periódicas/aleatorias a ciertos terceros, revisiones frecuentes de los pagos, etc.

Además, es esperable que políticas como las reseñadas no descansen únicamente en la actividad del responsable de cumplimiento o un responsable único, sino que se integren orgánicamente en los procesos habituales que determinan la necesidad de vincularse con cada tercero. Los procedimientos estarán bien diseñados y tendrán mayores chances de ser efectivos si aquel sector de la persona jurídica responsable de la relación con el tercero es el primero en atender a los riesgos y asegurar el despliegue del monitoreo, sin perjuicio de la intervención adicional de las áreas de control interno para los casos más serios o delicados.

Es importante destacar que la actividad asociada a este elemento es costosa y, por ende, deben ser especialmente consideradas la dimensión y capacidad económica de la organización al evaluarse su carácter adecuado. Será necesario graduar las

expectativas de control respecto de una PYME o una organización sin fines de lucro. En esos casos, bien puede esperarse que la firmeza en la transmisión de las políticas sea clara, sin que puedan esperarse luego esfuerzos sostenidos para controlar su cumplimiento por el tercero como los que podría realizar una gran empresa. Esto sucederá especialmente con organizaciones pequeñas que operan en relación con una amplia gama de terceros o a los que les toque trabajar con partes a las que resulte difícil (por el peso relativo en una discusión de negocios) imponer condiciones.

Finalmente, ha de considerarse que (incluso en grandes organizaciones con políticas de debida diligencia extendidas y sofisticadas) los mejores controles pueden fallar. Frente a casos en los que la comisión de delitos ha involucrado la participación decisiva de terceras partes, es esperable que la responsabilidad de quien se valiera de éstos no sea evaluada por el resultado sino por la calidad y seriedad de los medios desplegados. Para que tal evaluación sea posible, las acciones de debida diligencia deben encontrarse adecuadamente registradas y documentadas, pues sólo así es posible determinar si los esfuerzos de control han sido suficientemente serios y cuidadosos.

Debida diligencia hacia terceros. Cuestionario de corroboración:

- i) ¿Existe una política de debida diligencia con relación a terceros? ¿En qué consiste? ¿Se extiende a todos los terceros?
- ii) ¿Cuál fue la razón para el uso de los terceros en cuestión?
- iii) ¿La persona jurídica exige a los terceros que respeten las reglas de su Programa? ¿El mensaje es claro y directo? ¿Fue suficientemente transmitido y comunicado? ¿Su incumplimiento tiene previstas consecuencias contractuales?
- iv) ¿Cómo supervisa su cumplimiento? ¿Posee controles? ¿Están segmentados por niveles de riesgo? ¿En base a qué criterio? ¿Cuáles son los supuestos que determinan la no vinculación o su cese?
- v) ¿Cómo se integran las acciones de debida diligencia en los procesos habituales de la organización tales como ventas, selección de distribuidores y representantes comerciales, compras, contratación de servicios, pagos, etc.?
- vi) ¿Qué clase de alertas detectó la compañía en base a su monitoreo de terceros? ¿Qué acciones adoptó frente a esas alertas? ¿En cuántos casos se determinó la interrupción de las negociaciones o la suspensión, reformulación, cancelación o no renovación de un vínculo con un tercero?