

De Programas de Cumplimiento a Sistemas Administrativos de Cumplimiento: Convergencia internacional y estandarización

Gobernanza se ha considerado hasta cierto punto una materia esotérica. Las definiciones son generalmente ambiguas y basado en situaciones particulares. Las opiniones están frecuentemente divididas. Hay, quizás, un mayor acuerdo en que constituye una mala gobernanza. Malas decisiones resultan en resultados pobres y para identificar cuál es la causa del fracaso, en su especificidad, es quizás más fácil que establecer un estándar para la mejor práctica. En este extraordinariamente artículo informativo, sus autores Daniel Bühr y Claudia Seitz provee una guía a la evolución de los estándares de cumplimiento y demostrar como el alcance ha sido influido por una fluidez regular de instrucciones, guías, regulaciones y derechos, para ahora impactar el concepto de gobernanza mismo. Ver la evolución de estándares, sean vinculantes o no (fundamental o secundario), es para ver el papel de la Junta, sus deberes y responsabilidades han crecido. Aunque parezca abrumador, el sabio director de junta sería sensato para intentar distinguir la madera de los árboles.

Por Daniel Lucien Bühr y Claudia Seitz

Traducido por: Sophie Lizarazu y Paloma Carrillo

Desarrollo del cumplimiento de corporación moderna

Fue el escándalo de Watergate en 1972 que dio claridad en la corrupción de los políticos por las corporaciones estadounidenses. Entonces en 1975 se conoció que los constructores Lockheed de los aviones militares estuvo sobornando sistemáticamente a políticos extranjeros y gobiernos oficiales para ganar tratos para sus aviones militares y comerciales, causando repercusiones como la resignación del presidente italiano del momento, el arresto del Primer Ministro Japonés y el escándalo de Franz Josef Strauss. Estos eventos llevaron al Acto de Prácticas Corruptas Extranjeras de EEUU (FCPA), aceptado en 1977, haciéndolo un crimen en EEUU (probablemente por primera vez mundialmente) para compañías y otros trabajadores sobornar políticos extranjeros y gobiernos oficiales. Las semillas de cumplimiento corporativo fueron plantadas.

La crisis económica reveló que muchas compañías no tenían cultura ética ni de cumplimiento.

A mitades de los 80, el gobierno estadounidense se dio cuenta que sus contratos adquisitivos de defensa eran corruptos, fraude y mala gestión. Presidente Ronald Reagan nombró una comisión de consultores que concluyó que los contratistas de defensa tenían que publicar unos códigos éticos e imponerlos rigurosamente. Por consecuencia, los contratistas de defensa emprendieron, bajo la Iniciativa de Defensa Industrial, para evitar serias infracciones sistemáticas del derecho para adoptar programas de cumplimiento. Durante los 90s, estos esfuerzos fueron imitados progresivamente por corporaciones industriales principales fuera del sistema de defensa.

Desde los finales de los 80, los EEUU urgió a otros estados OECD ilegalizó los sobornos de oficiales extranjeros en un intento para prevenir competiciones distorsionadas para el detrimento de la economía estadounidense. Esta internalización de la lucha para combatir la corrupción y el incremento de esfuerzos para combatir el blanqueo de dinero en la industria financiera causaron conglomeraciones internacionales al principio del siglo 21 para empezar a combatir el problema 'americano' de cumplimiento y empezar a contratar los primeros oficiales de cumplimiento. Los mayores casos de carteles en los primeros años de este siglo, como el cártel de las vitaminas, convenció a compañías principales que adherirse a las leyes basadas en el código de conducta deberían ser garantizadas por compañías y sus administradores. Sin embargo, aun esta realización extendida, instancias de mala praxis fueron revelados en compañías que contrataron directivos de cumplimiento/conformidad.

En los 2000, industrias y compañías financieras líderes fueron multados billones de dólares por infracciones sistemáticas cometidas durante años, incluso algunas estuvieron al borde del colapso debido a su cumplimiento ineficiente. Desde 2007, la crisis financiera reveló que muchas compañías no tenían la cultura ética ni de cumplimiento, además que su virtud corporativa más importante era maximizar beneficios. Los graves casos de mala praxis que han sido revelados en los últimos años han causado que administradores de alto rango pongan mayor énfasis en la conducta ética y de cumplimiento, reforzar los departamentos de cumplimiento y sustituir programas de cumplimiento con sistemas administradores de cumplimiento extendido.

Los instigadores del movimiento de cumplimiento internacional

LEGISLADORES Y AUTORIDADES

Los casos de mala praxis y las violaciones de leyes mencionadas con anterioridad, llevaron a nuevas leyes y regulaciones, principalmente en los sectores de banca y mercados de capital, que incluso las compañías extranjeras que querían hacer negocios en EEUU tenían que cumplir. Por ejemplo, la Guía de Sentencia Federal (FSG) emitida por la Comisión de Sentencia de los Estados Unidos (USSC) entró en vigor en 1991 y en el despertar de varios escándalos financieros, estos han sido considerablemente reforzados durante los últimos años. Las versiones más recientes de estas guías proveen un resumen de los componentes de un programa efectivo de cumplimiento. Al mismo tiempo, proveen a compañías con instrucciones para construir una estructura apropiada de cumplimiento y formar un punto de referencia universal para evaluar programas corporativos de cumplimiento con propósito de sentencia. Aunque el FSG fuese solo previsto como guías *no-vinculantes*, fueron utilizadas regularmente por los tribunales en EEUU con el fin de sancionar. Compañías extranjeras que cotizaron en la bolsa o haciendo negocios en EEUU están tan legalmente obligados por la FSG como compañías americanas. Otras leyes de EEUU relevantes para el cumplimiento son el Acto *Sarbanes-Oxley (SOA)* y el Acto de Prácticas de Corrupción Extranjera (FCPA). Bajo la sección 406 de la SOA, cualquier compañía listada en la bolsa de EEUU, independientemente de donde tengan los cuartos generales, tienen que informar a la Comisión de Seguridad e Intercambio (SEC) aun habiendo publicado un código ético para los administradores principales en los sectores de finanzas y contabilidad. Los dos la SOA y la FCPA estipula en detalle la necesidad de poner un sistema auditoria interna para asegurar el cumplimiento con la ley.

Siguiendo los ejemplos de los EEUU, legisladores y autoridades en Europa también han puesto leyes, particularmente relacionadas con el anti-soborno y derecho de la competencia. Por ejemplo, las autoridades británicas de la competición, las oficinas de Comercio Justo en Reino Unido, publicó su *Paquete de Conformidad* en junio de 2011 que provee medidas para compañías de leyes de la

competencia de cumplimiento. El cuerpo Frances *Autorité de la Concurrence* el 10 de febrero de 2012 también publicó guías en programas de derecho de competencia de cumplimiento, la Comisión de EU recientemente puso énfasis en la importancia de las políticas de cumplimiento como parte de derecho de la competencia y del gobierno británico estableció un Acto de Soborno de UK de 2010 como parte de su lucha contra la corrupción.

ASOCIACIONES DE COMERCIO

El problema de cumplimiento también fue dirigido por asociaciones de comercio y profesionales. Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) el 22 abril de 2013 presentó un *Manual de Cumplimiento Antimonopolio* que describe las estructuras de cumplimiento, procesos y desafíos relacionados desde una perspectiva corporativa. Para pequeñas y medianas empresas y compañías que aún no tiene programa de cumplimiento, el Manual contiene instrucciones describiendo los componentes básicos de los programas de cumplimiento.

En la lucha contra la corrupción, la ICC había publicado recomendaciones desde 1997, *Reglas de Conducta para combatir la Extorsión y el Soborno por la ICC*, eso llevó a organizaciones internacionales y nacionales para abordar el problema. Desde entonces el ICC publicó un gran número de guías, como las *Reglas para Combatir la Corrupción por ICC*.

CÓDIGOS DE CORPORACIÓN GOBERNATIVA

Códigos de corporación gubernativa internacional establecen unos principios importantes de cumplimiento. Por ejemplo, los *Estándares Listados* en la bolsa de Nueva York requirió a las compañías tener códigos éticos y de conducta, además de estándares y procesos para imponer estos códigos efectivamente; también mencionan que el comité de auditoría debería ayudar a la junta directiva a asegurarse que la ley es cumplida por la compañía y requiere que las compañías establezcan atribuciones y obligaciones de Mediador para los que los empleados puedan reportar infracciones sin ningún miedo de sufrir represarías.

Basándonos en el principio que los líderes de los negocios son parte de un delicado y efectivo control de riesgos, el *Código corporativo de Gobierno de Reino Unido (UK Code)* recomienda que la junta directiva audite su riesgo de administración y sistemas de auditoría interna al menos una vez al año y confirme su efectividad a los accionistas. La auditoría debería incluir todos los aspectos importantes: financiero, operativos y de cumplimiento. Con respecto al comité de auditoría, el Código de Reino Unido menciona que esos comités deberían hacer los términos de referencia disponibles al público y describir su trabajo en el reporte anual. El comité de auditoría debería asegurarse de que los empleados puedan reportar confidencialmente las inquietudes sobre probables mala praxis y si estos reportes han sido investigados independientemente y una acción apropiada se ha llevado a cabo.

El Código Suizo menciona específicamente que la Junta de Directores debería adoptar medidas para asegurarse del cumplimiento con los estándares aplicables.

Similarmente, *Código Suizo de la práctica idónea para el Gobierno Corporativo (Código Suizo)* y las *Guías de Información sobre el Gobierno Corporativo* en la bolsa suiza (SIX Regulación de intercambio) requiere que la junta de directivos reporte al menos una vez al año si los principios de cumplimiento son suficientemente conocidos por la compañía en general, y si son puesto en práctica consistentemente. La versión enmendada de 2014 del Código Suizo específicamente menciona que la Junta de Directivos debería tomar medidas para asegurarse del cumplimiento con los estándares aplicables, que incluye seguir con las reglas de práctica más óptimas. El *Código Suizo* de 2014 hace referencia a los “Fundamentos de la Administración Efectiva de Cumplimiento” que define los cinco elementos básicos de cumplimiento efectivo. Estos incluyen:

- Compromiso activo y responsabilidad de la Junta de Directivos y la administración ejecutiva para el sistema administrativo de cumplimiento;
- Asegurarse que la estructura establecida de la organización implemente efectivamente los códigos de conducta;
- Implementar procesos y programas de cumplimiento;
- Implementar incentivos y sanciones apropiadas; y
- Auditorías regulares del sistema administrativo de cumplimiento para asegurarse de su efectividad.

El *Código de Corporativa Gubernamental Alemana (Deutscher Corporate Governance Kodex)* requiere que la junta de administración informe regularmente a la junta de supervisión, rápidamente, y por completo de cualquier problema relevante para la compañía y concerniendo al riesgo de divulgación, riesgo de administración y de cumplimiento. Adicionalmente, la junta de supervisión debería establecer un comité de auditoría para monitorear la efectividad del sistema interno de auditoría y de cumplimiento.

En resumen, los códigos corporativos de gobernanza reflejan los requisitos legales nacionales y, en general, establecen que la junta de directivos es responsable de la auditoría interna, el riesgo y el cumplimiento administrativo y estos tienen que ser efectivos y proporcionales al riesgo. La junta directiva puede delegar el funcionamiento del día a día de la compañía al equipo de administración. Aun así, no puede delegar su responsabilidad del diseño, supervisión y efectividad del sistema administrativo de cumplimiento para asegurar que cumple con la ley. Este sistema consta de un código ético y de conducta, los procedimientos necesarios para poner el código en práctica efectivamente y un cuerpo de reportes que sus trabajadores pueden contactar confidencialmente y sin miedo a sufrir represalias.

ORGANISMOS INTERNACIONALES

La lucha contra la corrupción ha sido un problema a nivel internacional. En una economía global, el riesgo de corrupción se extiende más allá de las fronteras nacionales. Cualquier lucha efectiva contra la corrupción, entonces, requiere colaboración internacional. Uno de los documentos de cumplimiento más importantes del derecho internacional es la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)*, el cual entró en vigor el 16 de septiembre de 2005. Es el primer instrumento legal internacional vinculante para la lucha contra la corrupción. La *Convención* requiere convenios para penalizar y sancionar los varios tipos de corrupción y cooperar en la lucha internacional contra la corrupción.

Aparte de la UNCAC, la OECD hizo un borrador de un acuerdo internacional, el *Convenio para Combatir el Soborno de Oficiales Extranjeros Públicos en las Transacciones de Negocios Internacionales de OECD* (OECD Convención Anti-soborno), que fue ratificado el 15 de febrero de 1999. La *Convención* requiere que los estados con convenio impongan sanciones por sobornar a oficiales públicos extranjeros, incluyendo políticos, y prohibir deducciones fiscales de los sobornos. La intención de la *Convención anti-soborno de OECD* es que los Estados que sean Miembros castiguen consistentemente los casos de soborno de oficiales extranjeros públicos. El objetivo es la extensión de estándares que ya se han aplicado en algunos Estados individuales a otros en un intento de luchar contra la corrupción y crear campo de juego de nivel.

Además, la organización *Internacional de Transparencia (TI)*, una organización caritativa, políticamente independiente, no gubernamental ha tomado la lucha global contra la corrupción. Hasta ahora, la organización *Internacional de Transparencia* publicó un *Índice de Percepción de Corrupción (CPI)* anual. El CPI está basado en un análisis anual que clasifica países según qué tan corruptos los políticos y funcionarios parecen ser. El índice es frecuentemente utilizado como una contribución para identificar el riesgo de corrupción que enfrenta una compañía.

ESTANDARIZACIÓN A NIVELES NACIONAL E INTERNACIONAL

En 1998, *Estándares de Australia* publicó el primer programa de estandarización de cumplimiento nacional a nivel mundial, el *Estándar Australiano en el Programa de Cumplimiento (AS 3806)*. Desarrollado en 1995, en la iniciativa de la Comisión del Consumidor y Competencia Australiana en cooperación con negocios, los estándares intentaron dar a organizaciones públicas y privadas una estructura para diseñar, introducir y mantener un programa de cumplimiento efectivo. La versión revisada en 2006, AS 3806-2006 se convirtió en la base para el *Estándar Internacional 19600- Sistema de Administración de Cumplimiento de la Organización Internacional de Estandarización (ISO)*.

Además del *Estándar Australiano 3806*, hay otros estándares de sistematización nacional administrativo de cumplimiento, por ejemplo, el *estándar Austriaco ONR 192050 – Sistemas de Administración de Cumplimiento*. Estándares también han sido establecidos que describen los procesos para auditorías *Sistemas de Administración de Cumplimiento (CMS)*, por ejemplo, el *Estándar de Auditoría Alemana 980- Principios para auditoría apropiada CMS*.

El objetivo de los estándares para CMS es para proveer guías o requisitos mínimos para que las organizaciones públicas y privadas para que puedan diseñar, introducir, aplicar e improvisar el CMS efectivamente. Los estándares harán que la evolución comparativa sea más fácil. Una comparación material de los estándares existentes que muestran que apenas hay una diferencia aparente entre los varios principios de buen gobierno, organización y los procesos del CMS efectivo. Para futuras referencias, debería ser considerablemente más fácil para todas las organizaciones regularizar sus programas de cumplimiento o el CMS con la mejor práctica internacional.

Principios de los sistemas administrativos de cumplimiento efectivos

EL CUMPLIMIENTO COMO INTEGRACIÓN ADMINISTRATIVA DE CALIDAD

Si creemos los encuentros de las autoridades regulatorias, la crisis financiera reveló fallos graves en los valores éticos y los sistemas de cumplimiento en un gran número de empresas. Seis bancos

principales de EEUU han pagado más de 100 billones de dólares en multas, daños y costos judiciales en los últimos seis años.

*Organizaciones a nivel nacional e internacional están
abordando la cuestión de administración de cumplimiento
efectivamente.*

El último contratiempo en la administración de cumplimiento ha hecho llegar a la conclusión que para aplicar efectivamente el cumplimiento en un ambiente corporativo debería depender de administración de calidad holística y disciplinaria. El concepto “previo” de cumplimiento administrativo, conforme los riesgos principales de una empresa pueden ser dirigidos por medios de programas de cumplimiento independiente bastante técnicos, ahora es cuestionado y es remplazado cada vez más por un concepto de un sistema integrado de calidad administrativa de cumplimiento, compañías han utilizado este enfoque por 15 años.

El estándar administrativo de calidad más conocido es ISO 9001, que es parte de la serie ISO 9000 de estándares de sistemas de administrativos de calidad. ISO 9001 es aplicado por 1 millón de compañías por el mundo. Bajo el ISO 9000, una administración y operación exitosa de una organización requiere que sea dirigida y operada sistemáticamente y con transparencia. Los principios importantes de administradores de calidad son la creación de las condiciones adecuadas por la administración, el involucramiento de todos los implicados, un proceso y un enfoque orientado hacia el sistema, mejoras continuas, y un enfoque factual al tomar decisiones. Cuando una organización desarrolla su programa de cumplimiento individual a un sistema administrativo de cumplimiento, se necesita un cambio radical en términos de profesionalidad y efectividad en su cumplimiento administrativo. Todas las organizaciones, sea por ejemplo una universidad, autoridad del gobierno, una asociación comercial, o un negocio comercial, necesitará en el futuro introducir un sistema de cumplimiento administrativo si quieren cumplir con los requisitos para conseguir las prácticas idóneas.

ELEMENTOS PARA “LA PRÁCTICA ÓPTIMA” DE SISTEMAS ADMINISTRATIVOS DE CUMPLIMIENTO

Basándonos en los principios generales para una administración de calidad junto a las los estándares y guías autoritativos administrativos de cumplimiento, la práctica idónea del sistema organizativo de cumplimiento administrativo se consigue siguiendo estos requisitos:

- Una cultura de valores éticos y el cumplimiento de la ley, emplear valores y principios de negocios aplicados por el cuerpo de gobierno y administración dentro de los ideales de gobernación de cumplimiento.
- Una política escrita de cumplimiento que recoge los objetivos de cumplimiento dentro de una empresa, describe las responsabilidades de la junta de directivos, ejecutivos administrativos, y los empleados, explica cómo la función de cumplimiento es organizada y cuál es su papel, y regular su independencia, su autoridad dentro de la organización y sus recursos.
- El completo análisis sistemático del riesgo de cumplimiento.
- La organización y procedimientos del CMS, incluyendo los riesgos específicos relacionados con programas del cumplimiento que son parte del CMS por completo.

El CMS de práctica idónea puede ser ilustrado de esta manera:

LA CULTURA DE ÉTICA Y CUMPLIMIENTO CON LA LEY BASADO EN

- Valores de la organización
- Código de conducta, y
- Buen cumplimiento de gobernación

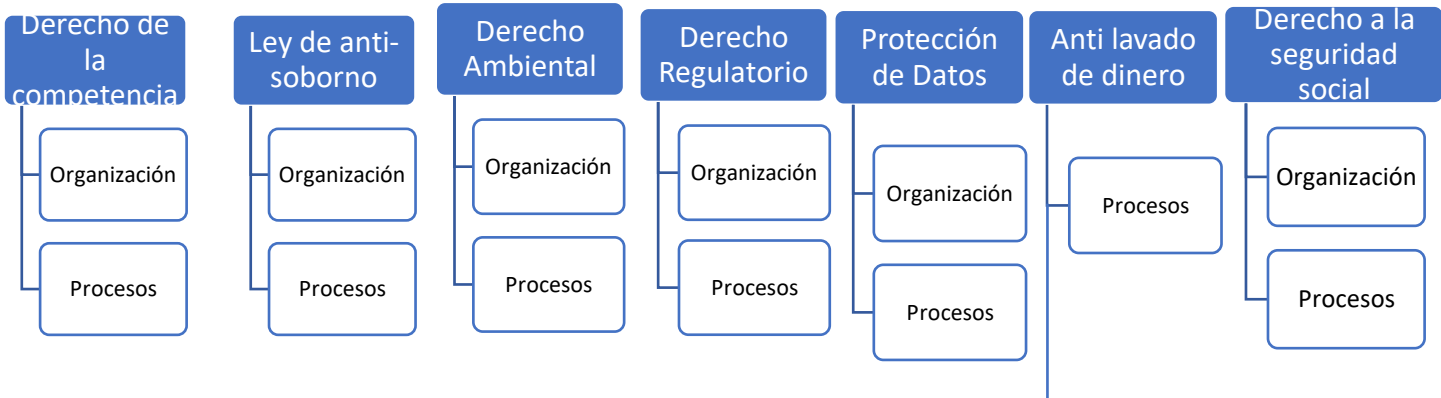
Políticas de cumplimiento
RECOGIENDO STRATEGIAS, OBJETIVOS, GOBERNACIÓN, ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

RIESGO DE AUDITORÍA INICIAL Y RIESGO DE ADMINISTRACIÓN CONSTANTE

SISTEMA DE ADMINSITRACIÓN DE CUMPLIMIENTO – ESTATUTOS:

- Organización
- Procesos
- Programas de cumplimiento

PROGRAMAS DE CMS



Monitorización regular del CMS
La monitorización regular del CMS y su efectividad medida contra los mejores estándares de práctica y tener en cuenta los cambios de condiciones. Reconocer las mejoras necesarias.

Mejoras
Mejoras continuas y desarrollar constantemente el CMS para asegurar que sea apto para su objetivo y efectividad.

EL CUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD ORGANIZATIVA DE LA COMPAÑÍA

Las medidas de organización y sus procesos, son elementos del CMS que aseguran que el cuerpo gubernativo de la organización, su administración y los empleados en general se adhieran completamente a las leyes aplicables y regulaciones. En Alemania, por ejemplo, el Código Corporativo de Gobernación dice específicamente que el cumplimiento es la responsabilidad de la administración. Aunque el Código Corporativo de Gobernación de Alemania es mandatoria solo para compañías que cotizan en el mercado de valores, obligaciones y responsabilidades organizacionales también son una preocupación para sociedades no cotizadas. En práctica, más y más medianas compañías están introduciendo sistemas de cumplimiento sin ser mandatorio para ellas, simplemente porque es la mejor práctica y usualmente es un requisito de los consumidores a quién suministran. Bajo la ley Alemana y Suiza, por ejemplo, una liability organizativa existe cuando la compañía es acusada de no haber tomado precauciones necesarias y apropiadas para evitar conductas criminales por los empleados. En Suiza, la junta de directivos de una compañía pública limitada está sujeta al cumplimiento de la ley de la compañía. En este respecto, la junta de directivos tiene la responsabilidad institucional y supervisa siguiendo el derecho civil. Además, la compañía tiene liability criminal si algún defecto organizativo causase que serios actos criminales fueran cometidos dentro de la compañía (ej. Corrupción o lavado de dinero). Si los empleados de la compañía que han cometido los actos criminales no puede ser identificado, la responsabilidad criminal cae sobre el cuerpo gubernamental, en otras palabras, en una compañía pública limitada en la junta de directivos y la administración ejecutiva.

CONCLUSIÓN

Los requisitos para las compañías se adhieran a las leyes es ahora conocido y reconocido por todo el mundo bajo el término de 'cumplimiento'. Legisladores, autoridades, comercios y asociaciones profesionales y organizaciones a nivel nacional e internacional abordan la cuestión administrativa de cumplimiento efectivo. El sector de cumplimiento se está desarrollando rápido: en los 80s y los 90s, los primeros programas de cumplimiento fueron introducidos en negocios. En su momento, fueron considerados suficientes. Normalmente estaban compuestos por medidas limitadas y no reconocían lo que hoy en día se considera como un riesgo legal y reputacional, pero fueron el comienzo del desarrollo hacia una cultura de valores, ética y de cumplimiento con la ley en los negocios. Los mayores escándalos de contabilización durante la burbuja del dot-com y la crisis financiera que presenciamos desde 2007 llevó a la introducción de sistemas integrales de administración de cumplimiento en todas las organizaciones, es decir sistemas gubernamentales, sistemas no gubernamentales y organizaciones internacionales, adicionalmente a compañías. Los prerequisites para este desarrollo eran que los principios de una administración efectiva de cumplimiento deberían, en conjunto, ser constitutivos e indisputables en todo el mundo. Esto ha resultado en sistemas de estandarizaciones administrativas de cumplimiento. La práctica idónea de cumplimiento significará que en el futuro compañías (y otras organizaciones también) realicen administraciones de calidad de cumplimiento sistemáticamente de acuerdo con estándares reconocidos basados en una cultura ética y de cumplimiento con la ley. Esto será acompañado por el certificado independiente de sistemas administrativos efectivos de cumplimiento, particularmente debido a que grandes corporaciones requieren certificados de cumplimiento de sus proveedores. Estos esfuerzos de sistemas de cumplimiento administrativos por compañías son un componente esencial de administradores diligentes y la clave a un negocio exitoso a largo plazo.