

Panorama

Los retos de compliance⁽¹⁾ (cumplimiento) en el año 2019

Cada nuevo año hacemos nuevos propósitos y nos fijamos metas y objetivos por cumplir. El riesgo de cumplimiento se ha convertido en uno de los más importantes en el mundo, y en nuestros países aún no se considera como un factor determinante para el desarrollo de los negocios. Sin embargo, deberían denominarse riesgos de incumplimiento, pero la literatura sobre la materia, tanto en inglés como en español, hablan de riesgos de cumplimiento.

(1) *Compliance*, es la función que tienen las empresas u organizaciones para establecer los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo. Según el Comité de Basilea, cumplimiento es: "una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos "leyes, reglas y estándares)".

Este año, los riesgos de fraude, corrupción, soborno, lavado de activos y financiación del terrorismo deben cumplir con regulaciones más estrictas en todos los países que los convierten en áreas de mayor monitoreo y seguimiento en 2019, para cumplir con los plazos estipulados por la regulación, para evitar sanciones y multas muy elevadas y no afectar el riesgo reputacional de las compañías. Nuevos estándares como ISO 31000 sobre Gestión de Riesgo (Versión 2018), ISO 37001 del 2016 sobre Sistema de Gestión contra el Soborno, ISO 19600 de 2014 sobre Sistema de Gestión de *Compliance* (Cumplimiento), COSO 2017, la actualización de la estructura de la Gestión de Riesgos Empresariales (ERM Framework: *Enterprise Risk Management*), etc., deben ser implementados por las compañías para blindar sus negocios, operaciones, sus transacciones y a sus empleados.

De acuerdo con la encuesta de riesgo corporativo 2017 de Kroll, los principales riesgos son: seguridad cibernética, riesgo de fraude, y riesgo de cumplimiento.

El riesgo por cambios normativos y mayor escrutinio regulatorio, sigue representando una fuente importante de incertidumbre entre la mayoría de las organizaciones, de

acuerdo con la encuesta de Protiviti, “Perspectivas Ejecutivas sobre los Principales Riesgos para 2018”. Cincuenta y nueve por ciento (59%) de los encuestados calificaron este riesgo como de “*impacto significativo*”. Este fue el mayor riesgo general en los cuatro años anteriores en que se hizo esta encuesta.

Los gobiernos continúan aumentando sus expectativas con respecto a la ética corporativa y a los programas de cumplimiento. La profesión de cumplimiento se ha desarrollado mucho en los últimos años y cada día existen más profesionales especializados o certificados por las asociaciones de cumplimiento mundiales o nacionales. A medida que más personas se vinculan a esta área, las organizaciones dedicadas a su verificación continúan desarrollando capacitación sobre la materia, lo que inevitablemente lleva a una mayor innovación y a mejorar las capacidades de los profesionales. A su vez, los fiscales, policías judiciales, jueces y los reguladores del gobierno, están aprendiendo más sobre el cumplimiento, desarrollando más las expectativas y las soluciones potenciales que plantean los gobiernos.

Los profesionales en esta materia están entusiasmados y quieren avanzar en mejorar los modelos de cumplimiento porque también comprenden los verdaderos costos del soborno y la corrupción en la sociedad actual. Esto también significa que hay una gran sed de aprendizaje e implementación de los mejores programas en esta área.

A raíz de los grandes escándalos de corrupción y soborno conocidos, muchos países han aprobado leyes antisoborno y anticorrupción en los últimos cinco años, sin desconocer las normas expedidas en España y Perú sobre cumplimiento penal que deben ser adoptadas por las empresas complementando los modelos de gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo existentes, no en vano ya no se habla del derecho penal económico, sino del *criminal compliance*⁽²⁾.

Estados Unidos ha liderado la mayoría de los esfuerzos de aplicación de la ley debido a la función desarrollada por la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) como una de las primeras contra la corrupción en el mundo (1977)

(2) *Criminal compliance*, entendido como una política de adopción de disposiciones de la ley penal que incentiva a las empresas a establecer y mantener programas de cumplimiento para impedir, y en el mejor de los casos prevenir, actos delictivos e infracciones reglamentarias en relación con la empresa.

y su aplicación también ha sido la más agresiva. Durante los últimos cinco años, más o menos, el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) han trabajado para capacitar a un grupo de fiscales de diferentes países del mundo en técnicas y tácticas de aplicación de la ley para combatir el flagelo internacional del soborno y la corrupción.

El impacto más obvio de esta capacitación fue la cooperación entre fiscales y reguladores, literalmente en todo el planeta. Se ha visto una mayor cooperación internacional en las investigaciones y un reparto de las sanciones económicas en varios casos. Esto ha llevado a que muchas multas anticorrupción sean compartidas por varios países desde el 2016. Esto incluye a Odebrecht/Braskem, con \$ 2.600 millones de dólares compartidos entre los Estados Unidos, Suiza y Brasil; Petrobras con \$ 1.780 millones de dólares compartido entre los Estados Unidos y Brasil; Telia Company, con \$ 965 millones de dólares compartidos por los Estados Unidos y Suecia; Alstom, con \$ 814 millones de dólares compartidos entre los Estados Unidos y Suiza; Rolls-Royce, con \$ 809 millones de dólares compartidos entre el Reino Unido, Estados Unidos y Brasil; VimpelCom, con \$ 795 millones de dólares compartidos entre los Estados Unidos y los Países Bajos; y SocGen, con \$ 585 millones de dólares compartidos entre los Estados Unidos y Francia.

La excesiva expedición de leyes y regulaciones por parte de los gobiernos hace que cada día sea más necesario la creación de un área de cumplimiento al interior de las organizaciones para verificar que las leyes, normas y regulaciones sean cumplidas a cabalidad por las compañías. Así mismo, la alta gerencia debe cambiar la perspectiva sobre estas áreas, que son consideradas como un gasto innecesario y no como una inversión para blindar las operaciones de la entidad.

(3) Es importante no confundir esta figura de *Compliance Officer* con el oficial de cumplimiento de LAFT para efectos de la prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo que existe en nuestros países.

En varios de nuestros países se ha establecido la figura del *Compliance Officer* (Oficial de Cumplimiento⁽³⁾) copiando la misma figura que tienen los países anglosajones, sin embargo, inició con la aplicación al modelo de Prevención de Lavado de Dinero y Financiación del Terrorismo (PLDFT) y ahora les ha dado paso a los modelos ABC (*Anti Bribery and Corruption / Anti Soborno y Corrupción*).

Un oficial de cumplimiento en la cultura anglosajona es un empleado que ayuda a la compañía a mantener políticas y procedimientos para permanecer dentro del marco regulatorio de la industria o del país donde desarrolla sus negocios. Entre sus funciones está la de diseñar o actualizar políticas internas para mitigar el riesgo de que la entidad incumpla las leyes y regulaciones, y liderar auditorías internas de procedimientos.

Un oficial de cumplimiento debe tener un conocimiento profundo de la compañía y de dónde pueden ocurrir posibles incumplimientos regulatorios. Es esencial que el oficial de cumplimiento comunique efectivamente los principios éticos clave y las regulaciones de cumplimiento de la compañía.

Así mismo, debe trabajar con las unidades de negocios y la administración para garantizar que se implementen planes de contingencia apropiados que establezcan pautas sobre cómo responder a una posible infracción.

Sin embargo, se necesita la responsabilidad, entereza y personalidad del *Compliance Officer* (Oficial de Cumplimiento) para hacer cumplir por parte de la alta gerencia, las funciones que le fueron establecidas, así como la asignación de los recursos físicos, tecnológicos, humanos y financieros. Recientemente, el *Compliance Officer* del Deutsche Bank AG renunció porque no le aprobaron el personal solicitado, solamente 6 meses después de haberse posesionado. Peter Hazlewood renunció debido a una disputa interna sobre el tamaño del presupuesto y del número de personas de su grupo, de acuerdo con el periódico Wall Street Journal.

El *Compliance Officer* no puede pasar desapercibido en las decisiones que toman las compañías. Debe ejercer un rol muy importante como la “*conciencia misma*” de la entidad al desarrollar las operaciones.

En Colombia, por ejemplo, aunque la mayoría de las personas lo desconoce, la Ley 964 del 2005, conocida como la Ley del Mercado Público de Valores, en su artículo 21, estableció la obligación para los comisionistas de bolsa de nombrar un **contralor normativo**⁽⁴⁾ (que es la figura que más se asemeja a la de *Compliance Officer* de la cultura anglosajona). Este

(4) El contralor normativo designado en la Ley 964 del 2005 es diferente al oficial de cumplimiento designado por la regulación para vigilar el Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

funcionario es nombrado por la junta directiva de la entidad y dentro de sus funciones incluye:

“a) Establecer los procedimientos para asegurar que se cumpla con las leyes, reglamentos, estatutos y, en general, toda la normatividad y medidas internas de buen gobierno corporativo, códigos de ética, buena conducta y transparencia comercial que tengan relación con las actividades de la entidad;

b) Proponer a la junta directiva el establecimiento de medidas para asegurar comportamientos éticos y transparencia en las actividades comerciales y personales de sus funcionarios y terceros relacionados, prevenir conflictos de interés, garantizar exactitud y transparencia en la revelación de información financiera, evitar el uso indebido de información no pública;

c) Informar y documentar a la junta directiva de las irregularidades que puedan afectar el sano desarrollo de la sociedad;

d) Las demás que se establezcan en los estatutos sociales” (el subrayado es nuestro).

Además, en el párrafo del mismo artículo, se estableció:

“Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación para que otras entidades sometidas a inspección y vigilancia deban contar con un contralor normativo”.

El gobierno colombiano espera hacer uso de este párrafo de la ley para incluir nuevos sujetos obligados de contar con un contralor normativo.

Al interior de las organizaciones se debe generar una verdadera “cultura de cumplimiento” que se irradie desde la alta gerencia hasta el último de los empleados. Es necesario que las empresas reconozcan constantemente que la promoción de una cultura de la ética es rentable y es un control eficaz para mitigar el riesgo por mala conducta de sus empleados. Las empresas deben dedicar más recursos para desarrollar valores corporativos apropiados, transmitirlos y reforzar su importancia en toda la organización. Los altos ejecutivos deben

dedicar más atención a la comunicación de la importancia de la cultura corporativa, y las entidades deben buscar mecanismos innovadores para incorporarla en los gerentes de nivel medio y los empleados de todo nivel.

A veces cuando se habla de la cultura de cumplimiento, los empleados dicen que todas las empresas tienen “sus secretos”, que todos lo saben pero que nadie está dispuesto a hablar de ello, no solo por temor a represalias, sino porque dichos “secretos” forman parte de la cultura o el ADN de la compañía. En nuestro mundo de cumplimiento contra la corrupción y el soborno, esos “secretos” abundan.

Cualquier organización haría bien en comenzar a hablar sobre el tema de los secretos, reconociendo primero que existen. Esa conversación no debe limitarse al personal del área comercial. Debería incluir funciones de soporte, desde finanzas hasta logística, desde recursos humanos hasta operaciones, de modo que los empleados se sientan inspirados para ser embajadores de ética e integridad. Siempre habrá impedimentos para hablar. *“Quejarse en esta organización es inútil y sin sentido, porque nada cambia”*, pensarán algunos. O existe el miedo a la retribución personal y profesional. O perder a los amigos de la empresa. O un pensamiento simple: no es de mi incumbencia. Por eso, es hora de hablar.

En un reciente caso de fallas de los programas de cumplimiento, en noviembre del 2018, según Bloomberg, Socié Générale SA, el tercer mayor banco de Francia resolvió el caso de las violaciones de sanciones con las autoridades estadounidenses tras llegar un acuerdo de procesamiento diferido con fiscales federales y aceptar el pago de US\$1.340 millones a los reguladores de Nueva York y Washington. El banco reconoció haber violado las leyes de sanciones de Estados Unidos contra Cuba, Irán y Sudán desde 2003 hasta 2013. La ausencia de una infraestructura global y efectiva de cumplimiento de sanciones, y la falta de supervisión de la gerencia de la empresa permitieron a los empleados de Socié Générale ignorar el alcance y la aplicabilidad de las leyes que rigen las sanciones económicas.

El máximo responsable del banco dijo: *“Reconocemos y lamentamos las deficiencias que se identificaron”*, SocGen

“ya ha dado varios pasos importantes en los últimos años y ha dedicado recursos significativos” para mejorar sus programas de cumplimiento de normas a fin de eliminar la evasión de sanciones y el lavado de dinero. SocGen resolvió otras dos investigaciones estadounidenses, relacionadas con sobornos en Libia y la manipulación de las tasas de interés, por un total de US\$ 1.300 millones en junio del 2018.

Sin embargo, en nuestros países nos falta desarrollar esa cultura de cumplimiento. Por el contrario, y ante una escasa y superficial supervisión por parte de los reguladores, las compañías se han acostumbrado a copiar los programas de cumplimiento de otras (lo que se conoce como “*fake compliance*” o “*paper compliance*”). Cuando los reguladores buscan la existencia de un programa de cumplimiento efectivo, se encuentran con la evidencia de lo contrario. Desafortunadamente, esta es también la actitud de los empleados de las unidades de negocios que no están bien educados en el papel de un programa de cumplimiento con las mejores prácticas de la industria. Se necesita no solo diseñar, desarrollar e implementar un programa de cumplimiento, sino que verdaderamente ese programa sea eficaz. Cuando dichos programas se crean con el único fin de generar una apariencia de legalidad y cumplimiento en la organización, sin considerar las particularidades de la empresa, lo que generará por el contrario es que nadie tome en serio el programa, porque no se identifica con él y además, no puede ser eficaz en la prevención y control de los delitos.

Por el contrario, si vemos la función de cumplimiento como una que le agrega valor a la compañía, y no solo como una exigencia de sus grupos de interés cercanos, generará un estímulo para los inversionistas y, en consecuencia, una mejora en la rentabilidad y la reputación de la organización. Según un estudio de E&Y, el 97% de los inversionistas institucionales toman sus decisiones tras analizar el gobierno corporativo de la compañía. Esto es tan importante que ya fue considerado en el nuevo código británico de gobierno corporativo⁽⁵⁾. En este código se establecen los estándares más altos de gobierno corporativo para promover la transparencia y la integridad en los negocios que atraerán inversiones en el Reino Unido a largo plazo, beneficiando a la economía y a la sociedad en general,

(5) Ver en: <https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.PDF>

según lo expresa el mismo código. Para nuestros países que están todo el tiempo buscando inversión extranjera, esto es fundamental, porque esa debe ser la línea para seguir en el buen gobierno corporativo y significará una importante ventaja competitiva para las empresas.

Otro problema, es que algunos profesionales de cumplimiento simplemente no saben cómo configurar la auditoría y el monitoreo dentro del marco de su programa de cumplimiento. Deberíamos preguntarnos:

¿Cómo podemos medir la efectividad global del programa de cumplimiento de la organización?

¿Cómo sabemos si lo que proponemos en la política y el procedimiento se traduce en acción?

¿Con qué frecuencia nosotros, como profesionales del cumplimiento, comunicamos un mensaje de un “trabajo bien hecho” a otros empleados cuando vemos que su comportamiento y conducta promueven los objetivos contenidos en nuestros programas de cumplimiento?

La auditoría y el monitoreo son funciones esenciales que pueden desempeñar un papel vital para responder estos interrogantes de una manera efectiva.

Capítulo aparte merece el establecimiento de verdaderos programas de capacitación en estos temas de cumplimiento a todos los empleados sin excepción, incluyendo todas las contrapartes de la compañía (clientes, proveedores, empleados, socios, miembros de junta directiva, terceros relacionados, proveedores de *outsourcing*, entre otros). Estas capacitaciones deben ser prácticas, reales, con identificación de casos específicos donde se analice la situación presentada, las lecciones aprendidas, las multas o sanciones y la afirmación expresa que *“la compañía no tolerará actos, operaciones o situaciones que incumplan la ley o las regulaciones de los países en los que opera”*.

Recomendaciones:

De acuerdo con lo anterior, el reto del *Compliance Officer* (diferente al oficial de cumplimiento de LAFT) es exigir,

basándose en la regulación existente, que la alta gerencia destine los recursos físicos, económicos, tecnológicos y humanos para el desarrollo de sus funciones, y así mismo, el cumplimiento “*sin excepciones*” de la regulación, de las leyes y de las normas para blindar jurídicamente sus operaciones, transacciones y empleados por la responsabilidad que eso conlleva.

En cuanto a capacitación, el compromiso debe ser garantizar que esta sea efectiva y establecer la metodología para verificar dicha efectividad. La capacitación no debe realizarse simplemente porque es una obligación de la ley o la regulación. En caso de ser necesario, se deben contratar expertos externos o firmas especializadas en estos temas para garantizar este compromiso. Muchas veces, el mismo mensaje expresado por el *Compliance Officer* no tiene la misma efectividad que el expresado por el experto externo.

También es necesario que el *Compliance Officer* y su equipo se capaciten en los nuevos estándares internacionales y que hagan uso de las mejores prácticas de la industria, para garantizar que los modelos implementados en la compañía estén a tono con esos estándares y prácticas internacionales.

Uno de los aspectos importantes a ser considerados en 2019, es la política hacia los denunciantes (*whistleblowers*⁽⁶⁾) y las recompensas dadas a ellos por las entidades regulatorias como la *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos - SEC que batió récords en los valores otorgados a los denunciantes en 2018 y que también emprendió una campaña contra las cláusulas de retaliación en los contratos de trabajo por las denuncias hechas por los empleados a los organismos reguladores. Las empresas deben establecer líneas éticas que atiendan las denuncias de todas las contrapartes y de la comunidad en general (no solo de los empleados), las que deben ser atendidas por compañías externas, preferiblemente en países extranjeros, que garanticen el debido proceso, la transparencia, la imparcialidad la no retaliación y la confidencialidad.

(6) Un *whistleblower* o denunciante es una persona que expone cualquier tipo de información o actividad que se considere ilegal, no ética o no correcta dentro de una organización. La información de presuntas irregularidades puede clasificarse de muchas maneras: violación de las políticas o normas de la empresa, leyes, regulaciones, así como fraude, corrupción y soborno.

Los programas de cumplimiento deben implementarse con un Enfoque Basado en Riesgo (RBA - *Risk-Based Approach*).

Las empresas deben asignar los recursos físicos, económicos, tecnológicos y humanos suficientes como lo establece la ley que le permitirán gestionar estos riesgos adecuadamente.

Se deben monitorear las relaciones con terceros muy antiguos. Con el tiempo, el perfil de riesgo y el cumplimiento de un tercero pueden cambiar significativamente y esto debería generar un escrutinio adicional.

Un enfoque de sentido común y basado en el riesgo debe garantizar que se lleve a cabo un nivel adecuado de diligencia debida en los proveedores de mayor riesgo, y se debe implementar un proceso de escalamiento simple para garantizar que las infracciones potenciales se investiguen y traten de manera proactiva.

Juan Pablo Rodríguez C.

Abogado Penalista

Escritor, conferencista y consultor internacional

Certificate on Governance, Risk Management and Compliance Professional (GRCP) y GRC Fundamentals de Open Compliance and Ethics Group (OCEG), 2016

Presidente y Socio de Rics Management

www.ricsmanagement.com

jrodriguez@ricsmanagement.com

René M. Castro V.

Contador Público, Magister en Contabilidad y Auditoría de Gestión

Escritor, conferencista y consultor internacional

Certificate on Financial Services and Market Regulation, London School of Economics, 2016

Certificate on Corporate Compliance and Ethics, New York University, 2015

Vicepresidente & Socio Rics Management

www.ricsmanagement.com

rcaastro@ricsmanagement.com