07/05/2019

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos actualiza la Guía de Evaluación de Programas de Compliance Corporativo

Su objetivo es ayudar a los fiscales a determinar si el programa era o no efectivo en el momento de la comisión de la infracción

El **Departamento de Justicia de los Estados Unidos** ha actualizado la ***Guía de Evaluación de Programas de Compliance Corporativo,*** un documento cuyo objetivo es a **yudar a los fiscales** a tomar decisiones informadas acerca de si el programa de cumplimiento de la organización enjuiciada era **efectivo en el momento de la comisión de la infracción**, con el fin de determinar cómo será la resolución, multa monetaria en su caso y las obligaciones de cumplimiento.

El departamento reconoce que el programa de cumplimiento corporativo debe ser **evaluado en el contexto específico** de una investigación criminal y el perfil de riesgo de cada empresa y las soluciones para reducir sus riesgos justifican una evaluación particularizada. En consecuencia, se realiza una determinación individualizada en cada caso. Sin embargo, señala **preguntas comunes** que un fiscal debe preguntarse en el momento de evaluar un programa corporativo de cumplimiento.

¿Está el programa de cumplimiento de la corporación bien diseñado?

En esta cuestión hay que tener en cuenta si el programa está diseñado de manera adecuada para lograr la **máxima eficacia en la prevención y la detección de infracciones** cometidas por los empleados. En consecuencia, los fiscales deben examinar "la amplitud del programa de cumplimiento", asegurándose de que no sólo es un mensaje claro de que la mala conducta no se tolera, sino que se trata también de que las políticas y procedimientos garanticen que el programa de cumplimiento está bien integrado en las operaciones y mano de obra de la empresa.

Evaluación de riesgos

El punto de partida para evaluar si el programa de cumplimiento está bien diseñado es entender el negocio de la empresa, cómo ha identificado, evaluado y definido ésta su perfil de riesgo y el grado en que el programa dedica escrutinio y recursos adecuados a la variedad de riesgos.

Los fiscales deben considerar, entre otros factores, la ubicación de las operaciones de la empresa, el sector de la industria, la

competitividad del mercado, el panorama de la regulación, los clientes potenciales y socios comerciales, transacciones con gobiernos extranjeros, los pagos a funcionarios extranjeros, el uso de terceros, regalos, viajes y gastos de representación, y las donaciones de caridad y políticos.

A partir de aquí, los fiscales deberán hacerse una serie de preguntas en relación al proceso de gestión de riesgos como, por ejemplo, qué metodología ha utilizado la empresa para identificar, analizar y abordar los riesgos particulares. Asimismo, será importante detectar si el programa se actualiza y revisa periódicamente.

Políticas y procedimientos

Los programas de cumplimiento deben contener políticas y procedimientos que den contenido y validez a las normas éticas. Como cuestión preliminar, los fiscales deben examinar si la empresa tiene un código de conducta que establezca, entre otras cosas, el compromiso de la empresa y que, además, sea accesible a todos los empleados.

Los fiscales deberán preguntarse sobre el diseño y la implementación de las nuevas políticas y procedimientos y sobre la actualización de éstos. Deberán analizar la exhaustividad en los esfuerzos que ha realizado la empresa para la supervisión y aplicación de esas políticas y procedimientos, así como la accesibilidad que tienen los empleados y terceros a estas.

Capacitación y comunicaciones

Otra característica distintiva de un programa de cumplimiento bien diseñado es la adecuada formación a medida y las comunicaciones.

Los fiscales deben evaluar las medidas adoptadas por la empresa para garantizar que las políticas y procedimientos se han integrado en la organización, en particular mediante la formación continua y la certificación de todos los directores, funcionarios, empleados pertinentes y, en su caso, agentes y socios de negocios.

Los fiscales, en definitiva, deben examinar si el programa de cumplimiento se está difundiendo a, y comprendido por, empleados en la práctica con el fin de decidir si el programa de cumplimiento es verdaderamente eficaz.

Estructura de información confidencial y proceso de investigación

Para que un programa de cumplimiento esté bien diseñado es importante la existencia de un mecanismo eficiente y confiable por el cual los empleados anónima o confidencialmente puedan informar de las alegaciones de una violación del código de conducta, políticas de la empresa, o que se sospecha o se tiene la certeza de una mala conducta real de la empresa.

Los fiscales deberán preguntarse si la empresa tiene ese mecanismo de denuncia anónimo, cómo se informa de él a los empleados, si se utiliza, cómo determina la empresa las denuncias que merecen de una mayor investigación, qué medidas toma la empresa para garantizar que las denuncias son independientes, anónimas y objetivas, etc.

Gestión de Terceros

Los fiscales también deben evaluar si la sociedad conoce la reputación de sus socios de terceros y de las relaciones, en su caso, con funcionarios extranjeros, y la lógica de negocio para la necesidad de la tercera parte de la transacción. Por ejemplo, un fiscal debe analizar si la compañía ha asegurado que los términos del contrato con terceros describen específicamente los servicios a realizar, que el tercero está realizando realmente el trabajo, y que su remuneración es proporcional al trabajo que se está proporcionado en esa industria y la región geográfica. Los fiscales deben evaluar más a fondo si la empresa participa en el seguimiento permanente de las relaciones con terceros, ya sea a través de la actualización de la diligencia debida, capacitación, auditorías, y/o certificaciones de cumplimiento anuales por el tercero.

Fusiones y adquisiciones

El grado en que una empresa somete a sus objetivos de adquisición a un escrutinio adecuado es indicativo de si su programa de cumplimiento es, tal como se aplica, capaz de cumplir con eficacia sus controles internos y corregir la mala conducta en todos los niveles de la organización.

Los fiscales deberán preguntarse cómo ha sido la función de cumplimiento integrado en la fusión, adquisición y proceso de integración o cuál ha sido el proceso de la empresa para el seguimiento y la remediación de mala conducta durante el proceso de diligencia debida.

¿Está siendo implementado el programa de manera efectiva?

Incluso un programa de cumplimiento bien diseñado puede ser incorrecto en la práctica si su aplicación es laxa o ineficaz. Los fiscales son instruidos para **investigar específicamente si un programa de cumplimiento es un "programa de papel" o uno "implementado, revisado, y, en su caso, de una manera eficaz."**

Compromiso de la Alta Dirección y Medio

Más allá de las estructuras de cumplimiento, políticas y procedimientos, es importante para una empresa crear y fomentar una cultura de la ética y el cumplimiento de la ley. La eficacia de un programa de cumplimiento requiere un compromiso de alto nivel mediante la dirección de la compañía para poner en práctica una cultura de cumplimiento de la parte superior.

Los principales líderes de la compañía, como la junta de directores y ejecutivos, deben marcar la pauta para el resto de la empresa. Por ello, los fiscales deben examinar el grado en que la alta dirección ha articulado las normas éticas de la compañía, lo ha canalizado y si los ha difundido de manera clara y sin ambigüedades.

Algunas de las preguntas que los fiscales deberán hacerse en el momento de evaluar el compromiso de la alta dirección y media, son las siguientes:

- ¿Cómo los líderes de alto nivel, a través de sus palabras y acciones, han incentivado o desincentivado el cumplimiento?
- ¿Cómo han modelado el comportamiento adecuado a los subordinados?
- ¿Qué acciones concretas han tomado para demostrar liderazgo en los esfuerzos de cumplimiento y remediación de la empresa?
- ¿Qué acciones llevan a cabo los altos directivos y los mandos medios para demostrar su compromiso con el cumplimiento?

Autonomía y Recursos

Como cuestión preliminar, los fiscales deben evaluar cómo está estructurado el programa de cumplimiento. Además, los fiscales deben abordar la suficiencia del personal y de los recursos dentro de la función de cumplimiento, en particular, si los responsables de cumplimiento tienen: (1) la antigüedad suficiente dentro de la organización; (2) los recursos suficientes, es decir, el personal para llevar a cabo eficazmente el requisito de auditoría, la documentación y el análisis; y (3) suficiente autonomía de gestión, tales como el acceso directo a la junta directiva o comité de auditoría de la junta.

Los fiscales deberán preguntarse quién hace el informe de la función de cumplimiento, si ésta está a cargo de un director de cumplimiento designado u otro ejecutivo dentro de la empresa y si esa persona tiene otras funciones dentro de la empresa, si el personal de cumplimiento y control tiene la experiencia y calificaciones apropiadas a sus responsabilidades, etc. Además, será importante saber con qué frecuencia se reúne el oficial de cumplimiento con la alta dirección y de qué manera se garantiza la independencia y autonomía del personal de cumplimiento y control. En el caso que las funciones de cumplimiento estén externalizadas, deberá analizarse quién es el responsable, si se han externalizado todas o parte de las funciones de cumplimiento y cómo se ha evaluado la eficacia del proceso externalizado.

Incentivos y medidas disciplinarias

Otra característica distintiva de la aplicación efectiva de un programa de cumplimiento es el establecimiento de incentivos para el cumplimiento y medidas disuasorias en caso de incumplimiento. Los fiscales deben evaluar si la empresa tiene procedimientos

disciplinarios claros en su lugar, las hace cumplir coherente en toda la organización, y asegura que los procedimientos sean proporcionales a las violaciones. También deben evaluar el grado en que la empresa transmite a sus empleados que la conducta no ética no será tolerada y traerá consecuencias rápidas, independientemente de la posición o el título del empleado que se dedica a la realización de dicha conducta.

Con respecto a esto, los fiscales deberán preguntarse sobre quién participa en la toma de decisiones disciplinaras, si para cada mala conducta se siguió el mismo proceso, si hay casos similares que fueron tratados de manera desigual y, si es así, cuál es el motivo, de qué manera la empresa incentiva el cumplimiento y el comportamiento ético, o cómo se determina la compensación, entre otras.

¿Funciona a la práctica en la empresa el programa de cumplimiento?

Al evaluar si el programa de cumplimiento de la empresa fue efectivo en el momento de la mala conducta, **los fiscales deben considerar si y cómo se detectó la falta de conducta, los recursos que se han establecido para investigar sobre la sospecha de mala conducta, y la naturaleza y la minuciosidad de los esfuerzos de recuperación de la empresa.**

Para determinar si el programa de cumplimiento de una empresa está funcionando de manera efectiva en el momento de la decisión de carga o resolución, los fiscales **deben considerar si el programa ha evolucionado con el tiempo para hacer frente a los riesgos de cumplimiento existentes y cambiantes.** Los fiscales también deben considerar si la compañía llevó a cabo un análisis de la causa adecuada y honesta para comprender tanto lo que contribuyó a la mala conducta y el grado de corrección necesario para prevenir eventos similares en el futuro.

Mejora continua, periódica de pruebas y revisión

Un sello distintivo de un programa de cumplimiento efectivo es su capacidad para mejorar y evolucionar. En consecuencia, los fiscales deben considerar si la compañía ha participado en esfuerzos significativos para revisar su programa de cumplimiento y asegurarse de que no está demasiado cargado.

Algunas preguntas que deberán hacerse los fiscales, entre otras, será cuál ha sido el proceso para determinar dónde y con qué frecuencia se llevará a cabo una auditoría, cómo se llevaran a cabo éstas, con qué frecuencia se han realizado evaluaciones de auditoría interna, etc. El fiscal podrá cuestionar acerca de las pruebas de control, las actualizaciones en evolución o la cultura de cumplimiento.

Investigación de mala conducta

Otra característica distintiva de que un programa de cumplimiento está trabajando de manera efectiva es la existencia de un mecanismo que funcione bien y financiado adecuadamente para las investigaciones oportunas y exhaustivas de todas las denuncias o sospechas de mala conducta por parte de la empresa, sus empleados o agentes.

Análisis y remediación de cualquier mala conducta subyacente

Por último, un sello distintivo de un programa de cumplimiento que está trabajando efectivamente en la práctica, es el grado en que una empresa es capaz de llevar a cabo un análisis de las causas de la mala conducta reflexiva y oportuna y adecuadamente remediar a abordar las causas fundamentales.

Los fiscales que evalúan la eficacia de un programa de cumplimiento son instruidos para reflexionar sobre “la extensión y generalización de la conducta criminal; el número y el nivel de los empleados de las empresas implicadas; la gravedad, duración y frecuencia de la mala conducta; y las medidas correctivas adoptadas por la corporación, incluyendo, por ejemplo, medidas disciplinarias contra los últimos infractores descubiertos por el programa de cumplimiento antes, y revisiones de los programas de cumplimiento corporativo a la luz de las lecciones aprendidas.

Deberán saber cuál ha sido el análisis de las causas de la mala conducta, quién participó en el análisis, si las políticas o procedimientos que deberían haber prohibido la mala conducta, se pusieron en práctica con eficacia, cómo se financió la mala conducta, qué procesos podrían haber prevenido o detectado el acceso indebido a esos fondos, etc. Y, respecto la remediación a

ello, qué cambios específicos tiene la compañía para reducir el riesgo de que los mismos o similares no vuelvan a ocurrir.