

Perspectivas de directores ejecutivos de finanzas: Ley de prácticas de corrupción en el extranjero: Algunas claves para evitar violaciones



En 2004, el Departamento de Justicia (DOJ) de Estados Unidos de América acusó a dos individuos y cobró \$11 millones de dólares en multas por violaciones a la Ley de prácticas de corrupción en el extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés). En 2009 y 2010, el DOJ sentenció a más de 50 personas y recabó casi \$2 mil millones por concepto de multas. Con el uso de tácticas similares a las operaciones encubiertas para efectuar arrestos federales contra narcotraficantes y operativos contra la mafia, el DOJ está aplicando con mayor severidad esta ley, lo que en consecuencia plantea que los CFO's tomen en consideración de manera importante el cumplimiento proactivo de la misma.

Esta necesidad no existe solo en los Estados Unidos. El DOJ ha dado a conocer que tiene la intención de coordinarse con muchos de los lineamientos y principios consignados en la Ley contra Sobornos de 2010 del Reino Unido (RU), la cual entra en vigor este verano. Esta ley amplía la definición de corrupción para abarcar no sólo la corrupción de funcionarios gubernamentales, sino también la corrupción comercial, es decir, actividades corruptas entre entidades privadas o no gubernamentales. Bajo esta ley, las compañías que realicen cualquier forma de negocio en ese país están sujetas a sus disposiciones, por lo tanto, cualquier empresa estadounidense con operaciones en el Reino Unido que haya participado en actividades corruptas relacionadas con el comercio o el gobierno en cualquier parte del mundo, incluyendo los Estados Unidos, podría ser procesada en el propio Reino Unido.

En este artículo sobre Perspectivas de los directores ejecutivos de finanzas se analizan las implicaciones emergentes de una aplicación más rigurosa de la Ley de prácticas de corrupción en el extranjero y la necesidad de un cumplimiento internacional de anti-corrupción.

Corrupción: múltiples razones para la prevención

Las leyes contra la corrupción y las prácticas de cumplimiento más estrictas en combinación con estrategias de negocios evolutivas, convierten el lanzamiento de iniciativas anti-corrupción en elementos cruciales para los CFO's. Además de protegerse contra riesgos de reputación, a continuación se ofrecen otros motivos por los que es conveniente aplicar dichas iniciativas:

Mayores multas y costos de cumplimiento

Las multas por transgresiones derivadas de actos de corrupción van en aumento. De manera específica, los métodos para calcular multas se dirigen hacia múltiples basados en la restitución de las utilidades obtenidas de las actividades de corrupción implícitas. Por ejemplo, si un empleado ofrece un soborno de \$1 millón para conseguir un contrato de \$20 millones con un margen de 50%, el gobierno puede exigir a la compañía que restituya la utilidad de \$10 millones sobre el contrato y pague hasta tres veces esa suma en multas. En años recientes, esta acción ha resultado en multas por más de mil millones de dólares en casos importantes. Puesto que se trata de una fuente de fondos atractiva para los gobiernos, estas multas pueden conducir a medidas de cumplimiento más frecuentes y agresivas.

Además de multas más cuantiosas, los costos de investigación y defensa de alegatos derivados de la Ley están incrementándose. Es común que los costos de investigación en casos incluso pequeños, varíen entre USD\$1 millón y USD\$10 millones, y en casos más grandes que excedan potencialmente la suma de \$50 millones. Lo que es más, los CFO's pueden tener que establecer reservas a fin de contemplar multas, así como dar a conocer la existencia de investigaciones en los reportes periódicos para la SEC (Comisión de Valores y Bolsa de Estados Unidos). Ambos escenarios son problemáticos y pueden derivar en complicaciones, como la divulgación prematura al DOJ y a terceros, acciones de los grupos de interés o, incluso, multas más elevadas.

Las estrategias de globalización pueden incrementar los riesgos

En la actualidad, muchas compañías buscan el crecimiento en mercados emergentes. Sin embargo, varios de estos mercados representan también puntos críticos para actos potenciales de corrupción que pueden ser parte de la cultura empresarial, a pesar de considerarse una acción ilegal. En estas situaciones, la competencia y otras presiones pueden motivar a los empleados locales a adoptar prácticas incompatibles con los valores y las normas de la empresa matriz multinacional. Sin una mayor transparencia en las operaciones locales, una extensa vigilancia ni sensibilidad acerca de la manera en que se realizan los negocios en la actualidad, la expansión en los mercados emergentes puede representar riesgos más grandes que la mayoría de las compañías están dispuestas a aceptar como parte de su apetito normal por el riesgo.

Terceras compañías: La ceguera no es una excusa

En muchos mercados, tanto emergentes como establecidos, las compañías suelen utilizar terceras compañías a fin de ayudarse a comenzar operaciones, efectuar trámites con dependencias gubernamentales locales para obtener licencias, permisos, etc., u operar como canal de ventas. Estas negociaciones significan que gran parte de los riesgos vinculados con la corrupción están ahora ligados a los canales de ventas de terceros y otras actividades relacionadas. Sin embargo, de acuerdo con la ley, si un tercero realiza algún acto de corrupción, puede afectar adversamente a la compañía principal.

Como se demuestra por algunos convenios recientes, las autoridades administrativas gubernamentales correspondientes pueden actuar contra la compañía principal, aún cuando no participe directamente en la actividad de corrupción pero se beneficie de la misma. Lo anterior se basa en la premisa de que los terceros raramente actúan sin conocimiento de alguien más, por lo general, un vendedor local que se encuentre en sitio. Además, en esta era

de mensajes de texto y correos electrónicos, es muy probable que sea descubierta cierta evidencia que demuestre que un empleado o gerente de la compañía estaba enterado o sospechaba que un contrato particular se obtuvo por medio de alguna actividad corrupta, como el pago de sobornos. No es de extrañarse que las autoridades encargadas ahora utilicen argumentos legales como "ceguera premeditada" o "con conocimiento razonable de causa o esperado" como parte de sus procesos. En adición, existe mayor conciencia respecto de países, culturas o actividades empresariales que pudieran tener un mayor grado de riesgo relacionado con la corrupción, haciendo más difícil que las compañías aleguen que no tenían un conocimiento razonable al respecto. Un caso específico en la ley es el riesgo de responsabilidad del sucesor, que surge de la actividad de fusión y adquisición. Estas actividades suelen ameritar una revisión muy específica y detallada de la información de terceros y proveedores de servicios que están siendo heredados, a fin de ayudar a mitigar el riesgo de que la compañía pudiera ser acusada posteriormente de algo en lo que no participó ni sobre lo cual tenía conocimiento.

Manejo de riesgos de corrupción

Muchas compañías suelen colocar en una balanza su apetito por el riesgo y los costos de cumplimiento. Sin embargo, al momento de establecer iniciativas contra la corrupción, los CFO's deben considerar las siguientes acciones y herramientas, así como no depender exclusivamente del temor de ser atrapados como el único factor disuasivo.

Los controles internos y la capacitación a empleados quizá no sean suficientes

Las compañías no pueden confiar exclusivamente de los controles y procesos internos típicos para detectar y prevenir actividades de corrupción. Después de todo, cuando las personas intentan llevar a cabo actividades ilegales como el pago de sobornos, por lo general, procuran ocultar esa actividad. Pueden utilizar documentos falsos, "fraccionar" transacciones, contratar a terceros para mantener "enlodados" los fondos, etcétera. Sin embargo, los controles internos se basan en la premisa fundamental de la integridad de la documentación y en un efectivo proceso de aprobación en todo momento. Si esta presunción demuestra ser imprecisa, los controles internos normales no detectarán las actividades ilegales.

Plantéese estas preguntas: ¿Confía en los controles internos correctos y eficaces para prevenir y detectar actividades de corrupción? ¿O está esperando que el problema se manifieste por sí mismo, sospechando que probablemente ya está ahí? Esta última opción es un enfoque reactivo que, por desgracia, suele ser muy común.

De manera similar, los programas de capacitación contra la corrupción, aunque útiles en brindar información a los empleados sobre las consecuencias personales y organizacionales de la corrupción, no resultan suficientes para prevenirla. La capacitación contra la corrupción no sólo tiene que ser “digerible” para todos los empleados, sino que debe alcanzar a ese pequeño grupo que puede “evadir” las políticas de la compañía. En consecuencia, se debe considerar una supervisión y un proceso de aprobación de transacciones más efectivos y basados en la “la realidad del negocio” tanto de la compañía principal como de los terceros.

La vigilancia y el conocimiento de terceros son importantes

Más allá de los procesos de control internos, puede ser necesaria una supervisión adicional. Un mayor monitoreo automático de correos electrónicos, datos y operaciones incrementa la probabilidad de identificar problemas que pueden investigarse de manera más minuciosa y prevenirse en sus primeras etapas (véase el reciente artículo de Perspectivas de los directores ejecutivos de finanzas, Denuncias después de la reforma Dodd-Frank: Nuevos riesgos, nuevas respuestas). La vigilancia visible y enfocada, y los programas de investigación también pueden demostrar el compromiso de una compañía con sus esfuerzos anti-corrupción.

La evaluación de los riesgos de terceros es crucial

Por último, resulta importante realizar evaluaciones de riesgos eficientes y adecuadas, así como revisiones previas de la información de terceros que actúan en representación de la compañía. Sin embargo, puesto que la mayoría de las grandes empresas tratan con cientos y miles de terceros en todo el mundo, es difícil desplegar un nivel uniforme de revisión previa de la información o, incluso, realizar una selección correcta a la cual dirigirse con base en un modelo. Las soluciones y los niveles de evaluación basados en riesgos diferenciados fundamentados en contextos y culturas locales pueden ayudar a su personal de finanzas, de auditoría interna y de cumplimiento a emprender revisiones más precisas de los riesgos de terceros. Como siempre, los CFO’s tendrán que decidir la manera de asignar el escaso personal y los recursos para el cumplimiento de las inversiones.

Por desgracia, para cualquier empresa multinacional, es muy probable que alguna forma de corrupción se esté ya realizando en nombre de la compañía. Así mismo, la probabilidad de que las autoridades correspondientes descubran esa actividad antes que la misma compañía es cada vez mayor, en especial, dado el número de medios que estas autoridades emplean para descubrir las actividades,

como los soplones o la investigación directa. En caso de que usted detecte algún problema relacionado con la corrupción, trabaje con su abogado para optar por la mejor respuesta. Esto puede requerir la participación del Consejo de Administración, la divulgación voluntaria a las autoridades, e investigaciones de auditorías externas, aun cuando no se haya establecido todavía la principal preocupación.

Sin embargo, si un problema es expuesto y establecido, las autoridades correspondientes prefieren cada vez más designar a un supervisor para que vigile las actividades correctivas de cumplimiento de una compañía. Un supervisor, por lo general un abogado externo, comprueba si la compañía cuenta con procesos y controles anti-corrupción adecuados y eficaces en toda la organización. Aunque el supervisor depende del gobierno, la compañía asume los costos, los cuales pueden fácilmente alcanzar millones de dólares al año. Ninguna compañía disfruta tener a un supervisor y al gobierno indagando sobre sus hombros; resulta más eficiente por mucho, implementar procesos proactivos y correctivos de mitigación de riesgos e instalar sistemas anti-corrupción enfocados en la vigilancia y el cumplimiento con la intención de evitarse ser supervisado en primera instancia.

Los cambios continuos en las prácticas de aplicación de la ley y la creciente regulación enfocada a su cumplimiento global, obligan a los CFO’s a garantizar el cumplimiento de la Ley de prácticas de corrupción en el extranjero y leyes similares contra la corrupción. La atención proactiva y la inversión por parte de los CFO’s en métodos eficientes dirigidos a prevenir las actividades de corrupción no sólo resulta prudente, sino rentable.

www.deloitte.com/mx

Deloitte se refiere a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, sociedad privada de responsabilidad limitada en el Reino Unido, y a su red de firmas miembro, cada una de ellas como una entidad legal única e independiente. Conozca en www.deloitte.com/mx/conozcanos la descripción detallada de la estructura legal de Deloitte Touche Tohmatsu Limited y sus firmas miembro.

Deloitte presta servicios profesionales de auditoría, impuestos, consultoría y asesoría financiera, a organizaciones públicas y privadas de diversas industrias. Con una red global de firmas miembro en más de 150 países, Deloitte brinda su experiencia y profesionalismo de clase mundial para ayudar a que sus clientes alcancen el éxito desde cualquier lugar del mundo en donde operen. Los aproximadamente 170,000 profesionales de la firma están comprometidos con la visión de ser el modelo de excelencia.

Limitación de responsabilidad

Esta publicación sólo contiene información general y ni Deloitte Touche Tohmatsu Limited, ni sus firmas miembro, ni ninguna de sus respectivas afiliadas (en conjunto la "Red Deloitte"), presta asesoría o servicios por medio de esta publicación. Antes de tomar cualquier decisión o medida que pueda afectar sus finanzas o negocio, debe consultar a un asesor profesional calificado. Ninguna entidad de la Red Deloitte, será responsable de la pérdida que pueda sufrir cualquier persona que consulte esta publicación.