International Chamber of Commerce
Policy and Business Practices

CCI AUDITORÍA LEGAL ANTI-CORRUPCIÓN SOBRE TERCEROS: GUÍA PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

DOCUMENTO DE POLITICAS

Documento preparado por la Comisión sobre Responsabilidad Corporativa y Anti-Corrupción de la CCI.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE
The world business organization

Derechos de autor © 2015 Cámara de Comercio Internacional (ICC)

Todos los derechos reservados

Traducción al español realizada por ICC México y ICC Espana, asi que por el bufete Von Wobeser & Sierra

ICC mantiene todos los derechos de autor y demás derechos de propiedad intelectual sobre esta obra

No obstante lo anterior, ICC promueve su reproducción y difusión bajo los siguientes términos y condiciones:

- ICC debe ser citada como fuente y titular de los derechos de autor. De igual manera, el título del documento, los signos © Cámara de Comercio Internacional (ICC), y la fecha de publicación deben ser mencionados.
- Para realizar cualquier modificación, adaptación o traducción de esta obra, para cualquier uso comercial de ésta y cualquier uso que pueda implicar que otra organización o persona es la fuente de ella o está asociada con ella, debe obtenerse autorización expresa y por escrito de ICC.
- La obra no podrá ser reproducida o publicarse o ponerse a disposición en sitios web excepto a través de un enlace a la página web relevante de ICC (no al documento).

El permiso se puede pedir a ICC en ipmanagement@iccwbo.org

Introducción

¿Por qué las pequeñas y medianas empresas necesitan esta Guía?

Las pequeñas y medianas empresas con frecuencia reciben procedimientos de auditoría legal de grandes empresas multinacionales. Estos requerimientos pueden ser abrumadores y en ocasiones, las empresas sienten que no cuentan con suficientes recursos para satisfacer dichas exigencias. El objetivo de esta guía es analizar esas preocupaciones y motivar a las pequeñas y medianas empresas para que se comprometan en los procesos de auditoría legal creando objetivos alcanzables y adecuados .

Esta Guía permite que una compañia pueda:

- Conocer y tener confianza en sus contrapartes;
- A través de dicho conocimiento y confianza, alcanzar las condiciones para una inversión responsable;
- Evitar enjuiciamentos y daño reputacional o financiero por encontrarse involucrado en un asunto de corrupción;
- Desarrollar una marca ética;
- Proporcionar seguridad a socios comerciales, particularmente a grandes organizaciones, de que son una compañía ética.

Las PyMES, de la misma manera, deben desarrollar fuertes mecanismos y procesos anticorrupción, de ética y de cumplimiento para asegurar minimizar el riesgo de corrupción y adherirse a estándares internacionales anticorrupción. Comprensiblemente , muchas PyMES se encuentran abrumadas por las extensas legislaciones anticorrupción y por los complejos procedimientos de ética y cumplimiento vigentes para las grandes empresas multinacionales. Sin embargo, el cumplimiento y la ética no necesariamente deben ser a gran escala, ni estar apoyadas por un departamento legal en específico. Existen vías accesibles por las cuales las pequeñas empresas pueden protegerse al manejar mejor sus riesgos de corrupción. La auditoría legal es un elemento clave para un simple pero eficiente programa de ética y cumplimiento.

El objetivo de esta guía es establecer qué es la auditoría legal, por qué es necesaria, cuándo es necesaria y cómo puede ser implantada en una empresa para protegerse del riesgo de corrupción de la mejor manera posible.

Proporciona consejos prácticos acerca de cómo las PyMES pueden llevar a cabo procesos de auditoría legal sobre terceros de manera económica, al realizar servicios a su nombre. Analiza los riesgos de corrupción asociados al tratar con terceros proveedores, contratistas y consultores tanto nacionales como internacionales y en como esos riesgos pueden ser manejados.

Esta herramienta también asistirá a las PyMES al crear un procedimiento efectivo de auditoría legal que se enmarque , en términos generales, en un programa ético y de cumplimiento. Para las PyMES que no tienen instaurado ningún procedimiento ético y de cumplimiento puede ser considerado como un buen punto de arranque. Esta Guía puede ser utilizada por cualquier PyME de cualquier tamaño (inclusiso empresas muy pequeñas) o industria y puede ser adaptada de manera que los procesos de auditoría legal esten diseñados en función de las necesidades específicas e industria en la que la compañia opera.

La adopción de esta Guía por las PyMES proporcionará seguridad a futuros clientes y puede ser utilizada como evidencia de un compromiso general de cumplimiento y así mismo los beneficios comerciales no deben ser subestimados.

¿Por qué las PyMES deben realizar auditoría legal sobre terceros?

La corrupción es "el abuso del poder conferido para la obtención de una ganancia privada" y es "el mayor obstáculo que se interpone ante el desarrollo económico y social alrededor del mundo".[1] Tanto en el ámbito de los negocios como en el sector público, la corrupción se utiliza para inducir a una de las partes a actuar de forma impropia a cambio de alguna ventaja. Puede tomar la forma de extosión, soborno o solicitud de soborno,[2] mordidas, regalos lujosos e invitaciones así como donaciones a partidos políticos y a entidades sin ánimo de lucro. Es universalmente condenada e ilegal en la mayoría de las jurisdicciones y el alcance de las legislaciones anticorrupción nacionales e internacionales como su observancia y ejecución van en aumento.

La corrupción cuesta a las economias billones cada año y obstaculiza el crecimiento económico. La corrupción es insidiosa y erosiona no sólo las economías nacionales, sino también la rentabilidad de los negocios individuales.

Tanto las compañias que operan a nivel internacional, o que están considerando expandir su negocio a jurisdicciones extranjeras y aquellas que operan a nivel nacional requieren constantemente que terceros les proporcionen servicios. Es esta implicación de erceros la que presenta significativos riesgos de corrupción debido a que la compañia tiene poco control sobre las acciones de los terceros, pero crucialmente, puede ser sujeto a responsabilidad por los sobornos pagados por esos terceros. Por esta razón, es imperativo que todas las empresas se aseguren de conocer los antecedentes de los terceros con los que contratan con el fin de minimizar los riesgos de contratar con un tercero corrupto.

La auditoría legal es clave para manejar los riesgos de corrupción asociados al contratar con terceros. Es un proceso de investigación de sus antecedentes. Esto será particularmente necesario cuando uno considera contratar los servicios de un agente u otro intermediario que pueda tener la tentación de pagar sobornos con el fin de obtener negocios y de ese modo obtener más fácilmente una comisión.

Muchas empresas internacionales cuentan con procedimientos éticos, anticorrupción y de cumplimiento que incluyen la auditoría legal. Efectivamente, las pequeñas empresas son a las que constantemente se les requiere que respondan a esa exigencias, pero muchas PyMES no tienen sus procedimientos internos anticorrupción y de cumplimiento y, en consecuencia, no realizan una auditoria legal a los terceros con quien susciriben contratos .

Las compañias que se involucran activamente en auditoría legal y procesos de anticorrupción, de ética, y cumplimiento son las que se benefician de las ventajas comerciales que estos mismos brindan. Principalmente, las compañias que tienen procedimientos anticorrupción reducen el costo

[1] Negocio limpio es Negocio bueno, publicación conjunta de la Camara de Comercio Internacional, Transparencia Internacional, el Pacto Global de las Naciones Unidas y la Iniciativa de Alianza contra la Corrupción del Foro Económico Mundial.

[2] "El acto de preguntar o tentar a otro a cometer soborno" http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/corruption-explained/

de hacer negocios, ya que la corrupción es una pérdida no sólo para las economías nacionales, sino también para las microeconomías de los negocios.

Las compañias pueden esperar otros beneficios comerciales al implicarse activamente en prácticas anticorrupción, tales como:

1. Asegurarse de que el tercero:
   a) Tiene las habilidades y la experiencia necesaria para proporcionar los servicios para los cuales se les contratará;
   b) Es un socio comercial de prestigio y confianza con una buena trayectoria;
   c) Actúa de buena fe y es poco probable que su intención sea defraudar;
   d) Cobra un precio justo de mercado por sus servicios (una compañia que paga sobornos puede, en ocasiones, cobrar más por sus servicios con el fin de crear un fondo ilícito para pagar sobornos);
2. No está asociado con proveedores de dudosa reputación;
3. Estar más y mejor preparado para lidiar con los requerimientos de la auditoría legal de grandes compañias, así como ser más atractivo como futura contraparte;
4. Tener ventaja competitiva sobre los competidores que no están involucrados en procedimientos de ética y cumplimiento, y por consiguiente, convertirse la opción preferida por los clientes.

En términos generales, las PyMES aún no han sido el objetivo de la justicia y por ello no han tenido la urgente necesidad de implantar procedimientos de cumplimiento anticorrupción. Esta situación está cambiando ya que ahora las agencias que velan por el cumplimiento de la ley, no sólo están investigando y procesando a las grandes empresas multinacionales, sino que también las PyMES con presencia internacional han comenzado a estar bajo los reflectores de la justicia .

En particular, las fiscalías de los Estados Unidos, el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Valores tienen cada vez más recursos para realizar investigaciones a las compañias.

De acuerdo con un proceso realizado recientemente, la Comisión de Valores de los Estados Unidos (SEC) emitió la siguiente advertencia: “Esto es una llamada de atención para las pequeñas y medianas empresas que buscan entrar en mercados de alto riesgo y expandir sus ventas internacionales. Cuando una compañia toma la decisión estratégica de vender sus productos en el extranjero, debe asegurarse de que sus controles internos son adecuados y operan de forma eficiente.”

Sección 1 – Principios Básicos

La Ley

Para los propósitos de esta Guía, no es necesario detallar la abundancia de legislaciones[3] nacionales e internacionales de lucha contra la corrupción. Será suficiente destacar los siguientes puntos esenciales:

- En diversas jurisdicciones, el soborno y la corrupción son penalizados dentro de la legislación local y en términos generales se prohibe el soborno respecto a funcionarios publicos. El soborno comercial,es decir, cuando no se ve implicado funcionario público, es también un delito en la mayoría de las jurisdicciones.

- El soborno y la corrupción de funcionarios públicos o que se encuentran en posiciones influyentes, es la más común y la más dañina forma de corrupción. Por ejemplo, el soborno es muy común dentro de la contratación pública. Éste es el principal objetivo de las legislaciones internacionales, específicamente el soborno de "funcionarios públicos extranjeros".

> La OCDE define a un "funcionario público extranjero" de la siguiente manera:
>
> *"funcionario público extranjero" hace referencia a cualquier persona que ostenta un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, que haya sido designado o electo; o cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo un organismo público o una empresa pública; y cualquier oficial o agente de una organización pública internacional."*[4]

[3] Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas en contra de la corrupción del año 2003, la Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica, la Convención Anti Soborno 1999, la Ley de Estados Unidos en Contra de Prácticas Corruptas en el Extranjero 1977 (FCPA), la ley del Reino Unido en Contra de Sobornos, la Convención Interamericana en Contra de la Corrupción, adoptada por miembros de la Organización de Estados Americanos en 1996, y el Consejo Europeo Criminal y Civil 1999.

[4] (a) "servidor público extranjero" significa cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional;
Art. 1.4.a. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997
http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
a) Por "agente público extranjero" se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección ; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública;
«BOE» núm. 46, de 22 de febrero de 2002, páginas 7155 a 7159
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-3593

- La legislación anti-corrupción internacional tiene un alcance extraterritorial, y esto se refleja en que las compañias que operan en jurisdicciones diferentes a la suya pueden potencialmente ser enjuiciados bajo su ley local .

- Por ejemplo, esto significa que una compañia que opera principalmente en Europa y que se encuentra involucrada en un caso de corrupción en Europa, pero que cotiza en los mercados de valores de Estados Unidos, puede ser perseguida en Estados Unidos bajo la ley de Estados Unidos[5] por ese delito .

[5] Ley en Contra de Prácticas Corruptas en el Extranjero 1977. (FCPA)

¿Qué es la auditoría legal?

La auditoría legal es un término utilizado para describir la investigación de los antecedentes de un tercero con el cual una empresa se plantea establecer relaciones comerciales . Es el proceso que consiste en examinar los antecedentes de un potencial socio comercial con la finalidad de de evaluar y mitigar los riesgos de corrupción.[6] El objetivo es asegurarse de que los riesgos de corrupción se encuentren identificados, y como como ya se describió, también proporciona un beneficio comercial. Al realizar la auditoría legal, una compañia puede averiguar si existen o no riesgos de corrupción al contratar con el potencial socio comercial, mitigar cualquier riesgo identificado (ver sección 3) y posteriormente tomar una decisión fundamentada acerca de celebrar o no cualquier contrato . En el contexto de la auditoría legal, los riesgos reciben el término de "señales de alarma" y estos mismos términos serán utilizados a lo largo de esta Guía.

La auditoría legal no es un ejercicio de marcar casillas (tick box exercise) sino un proceso comparativo y razonado . Cualquier "señal de alarma" que se detecte debe ser considerada en el contexto de la industria y jurisdicción en la que opera el tercero. Las PyMES no necesariamente deben considerar las "señales de alarma" como un impedimento en la contratación con potenciales socios. Una atenuación de riesgos directa y rentable para hacer frente a las "señales de alarma" puede, en ocasiones, ser instaurada y esto permite el progreso de la negociación y de manera simultánea protege a la compañia. Cualquier "señal de alarma" identificada debe ser valorada por personal experimentado de la compañia que tenga experiencia en esa industria y jurisdicción con facultades para realizar un juicio cuidadoso.

La auditoría legal puede ser llevada a cabo de diversas maneras, dependiendo del grado de profundidad y detalle y esta Guía establecerá diversas formas de abordarla . Para cualquier compañia el medio más efectivo para llevar a cabo una investigación de antecedentes sobre un tercero es acercarse directamente y formularle una serie de preguntas cuidadosamente preparadas . Esto puede realizarse personalmente, y en algunas circunstancias será prudente hacerlo asi. también puede realizarse de forma virtual, dependiendo de los recursos disponibles. Un cuestionario estándar puede ser utilizado para dotar de estructura a la entrevista (ver anexo B). Si no es posible llevar a cabo una entrevista personal, o de forma virtual, el cuestionario puede ser envíado al tercero y puede realizarse una evaluación sobre las respuestas escritas, a las cuales se dará r seguimiento con el tercero. Las respuestas a las preguntas no sólo proporcionarán la información que la empresa está buscando, sino que de igual manera proporcionarán una idea acerca de la actitud que el tercero tiene hacía la corrupción y su conocimiento sobre la legislación anticorrupción internacional vigente. El Anexo B de la presente Guía es un cuestionario recomendado que pretende ser universal, y consecuentemente, pueda ser envíado a cualquier tercero con el que una compañia busque contratar (o bien con terceros ya contratados).

La auditoría legal no se realiza de forma aislada y desempeña un papel fundamental para fortalecer los principios éticos bajo un programa de cumplimiento. Los componentes típicos de un programa de ética y cumplimiento son los siguientes:

[6] La auditoría legal es también una evaluación de otros riesgos de negocio como: conflictos de interés, riesgos de crédito, fraudes, marcas y violación de derechos de autor. Esta conducta puede en ocasiones ser poco honesta e indicar un potencial riesgo de corrupción. Esta guía se enfoca en el combate a la corrupción, por lo que no menciona los otros riesgos.

- Un Código de Conducta, incluyendo las Políticas Anticorrupción necesarias.
- Compromisos del nivel más alto.
- Capacitación del personal.
- Apreciación de potenciales riesgos de corrupción.
- Un programa de denuncias.
- Monitoreo y análisis interno.
- Instalación de un cargo de ética y cumplimiento, con un empleado de tiempo completo o de medio tiempo.

Aunque esta Guía no asesorará acerca de todos los aspectos de ética y cumplimiento antes mencionados, es conveniente hacer notar que muchos de esos aspectos pueden ser fácilmente logrados e implantados por cualquier compañia. Por ejemplo, una política interna anticorrupción no necesita ser extensa ni gravosa . Los empleados encargados de la contratación con terceros, no necesitan recibir una formación exhaustiva e sobre la ley; ellos simplemente necesitan saber lo que la compañia necesita.

¿Por qué es necesaria la auditoría legal?

Tal vez la razón más importante para que una compañia realice una auditoría legal es asegurarse de que no está involuntariamente realizando negocios con personas vínculadas con actividades corruptas. Esto se abarca también a las cadenas de suministro y por lo tanto, si un tercero subcontrata servicios, la compañía debe asegurarse, ya sea por una previsión contractual o por el uso de sus influencias, que el tercero está realizando la debida auditoría legal con el nuevo subcontratista.

La razón por la cual las compañías pueden ser responsables por las acciones de terceros responde a que las leyes internacionales buscan prevenir que las empresas paguen sobornos de manera indirecta a través de intermediarios. Esta forma de conducta fue prevista por los legisladores y, por lo tanto, la legislación internacional pretende asegurarse de que una compañia no eluda el enjuiciamiento mediante su implicación en actividades corruptas a través de un tercero. Por ejemplo, la Ley en Contra De Prácticas Corruptas en el Extranjero de Estados Unidos del año de 1977 (FCPA) impone responsabilidad no sólo a las compañias con conocimiento de actividades corruptas, sino también a aquellas que deliberadamente evitan tal conocimiento al "ignorar deliberadamente" o al poseer "desconocimiento injustificado " cuando la compañia hubiera debido haber tenido dudas sobre la probabilidad de actividades corruptas realizadas por el tercero contratante.[7] En estas circunstancias, y en diversas jurisdicciones, no será defensa para una compañía el alegar que no tenía conocimiento de las acciones del tercero.

Una auditoría legal será crucial para ayudar a una compañía a evaluar si existen riesgos de corrupción asociados a un tercero, antes de iniciar cualquier contratación.

[7] FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (2012), pág. 22

Con la auditoría legal se logrará lo siguiente:

1. Confirmación de que no hay riesgos identificables de corrupción asociados con la contratación de un tercero;
2. Conocimiento actual acerca de los riesgos de corrupción o "señales de alarma" asociadas con el tercero contratante; la oportunidad de evualuar y mitigar esos riesgos al principio (para mayor información ver las secciones 2 y 3) lo que reducirá el riesgo de enjuiciamento por corrupción; y
3. Disminuirá el riesgo de enjuiciamento individual o corporativo por corrupción.

¿ Cuándo se necesita implementar la auditoría legal?

Una evaluación basada en los riesgos

No sería proporcional realizar un proceso de auditoría legal sobre cualquier tercero con el que una compañía esté considerando contratar ya que el alcance de los riesgos de corrupción variarán . Por lo tanto, una evaluación acerca de los riesgos de corrupción debe realizarse con el fin de dirigir la auditoría legal sólo a aquellas contrapartes que representen el mayor riesgo. Esto permitirá un uso más eficiente de recursos limitados.

El riesgo de corrupción de un tercero será determinado sobre la base de factores clave (ver más adelante) y es un proceso comparativo que requiere una valoración . No existe una única fórmula que sea apropiada para todas las industrias y compañias y por lo tanto la compañía debe utilizar su conocimiento y experiencia en el proceso. Esta sección proporcionará a la compañía un conocimiento acerca de los factores a considerar al realizar una evaluación de riesgos y cómo dicho conocimiento puede ser utilizado para determinar si un tercero representa un alto o bajo riesgo de corrupción. El resultado de la evaluación informará a la compañia del alcance necesario de la auditoría legal (a ser discutido en la sección 2).

Es posible crear una herramienta de evaluación de riesgos simple, basada en los factores más relevantes bajo los que opera una industria o compañia, lo que permitirá establecer fácilmente si un tercero representa un riesgo bajo o alto de corrupción. Al final de esta sección se encuentra un ejemplo sencillo de como se puede alcanzar esto.

Una evaluación de riesgos debe incluír los siguientes factores:

1. ¿Es el tercero un funcionario público (incluyendo entidades que sean propiedad o controladas por el gobierno o por un funcionario público) o el tercero tendrá relación con funcionarios públicos para el cumplimiento del contrato?
2. El país en el que la contraparte esta establecida y el país donde los servicios van a realizarse;

3. La Industria;
4. El valor del contrato; y
5. La naturaleza del trabajo o servicios a ser realizados.

1. ¿Es el tercero un funcionario público o el tercero tendrá relación con funcionarios públicos en el cumplimiento del contrato?

Los terceros que presentan el mayor riesgo de corrupción o de percepción de corrupción, son aquellos que son funcionarios públicos, tengan vínculos con funcionarios públicos, o sean susceptibles de interactuar con funcionarios públicos en el cumplimiento de los contratos. Esto se debe a que un funcionario público se encuentra en una posición de influencia y podría usar esa influencia en relación con el contrato o el contrato podría afectar la toma de decisiones del funcionario público. El funcionario público y el tercero podrían estar trabajando conjuntamente, a traves de pagos derivados de corrupción realizados a favor del funcionario público. Aun cuando no exista evidencia de una actividad de corrupción, la simple asociación de un funcionario público puede crear la percepción de una relación de corrupción. Como se hizo notar anteriormente, generalmente, la legislación internacional prohibe expresamente el soborno a funcionarios públicos extranjeros.

En consecuencia, los contratos con terceros que son funcionarios públicos y con terceros susceptibles de relacionarse con funcionarios públicos, son de alto riesgo y siempre debe realizarse un procedimiento de auditoría legal al respecto.

Un funcionario público (extranjero) puede comprender, no limitativamente, lo siguiente:

- Un funcionario o empleado de cualquier gobierno, o cualquier agencia, ministerio o dependencia de gobierno (de cualquier nivel).
- Cualquier individuo actuando bajo una función pública para un gobierno, sin importar su rango o posición.
- Funcionario o empleado de una compañia que pertenezca total o parcialmente al Estado.
- Un partido político o un funcionario de un partido político.
- Un candidato a un cargo público.
- Funcionario o empleado de cualquier oganización internacional pública, tal como las Naciones Unidas o el Banco Mundial.
- Pariente de cualquiera de los mencionados anteriormente.

La categoría de terceros vinculados a funcionarios públicos o terceros susceptibles de relacionarse con funcionarios públicos puede comprender, de forma no limitativa, lo siguiente:

- Gestores: Transportistas, agentes aduanales, mensajeros, gestores de visas o personas que proporcionen servicios similares.
- Agentes Comerciales: Consultores, agentes de negocios u otras personas, incluyendo asociaciones en participación o socios en asociaciones en participación, que ayuden a obtener contratos con el gobierno, concesiones, permisos u otros derechos emitidos por el gobierno.
- Agentes Profesionales: abogados, contadores/auditores, promotores/cabilderos u otras personas involucradas en una profesión para representar a una compañia en negocios con el gobierno (incluyendo la entrega de documentos a órganos de gobierno) o para cabildear/proponer una reforma a la ley.

Una empresa con participación estatal , posee un riesgo adicional porque todos sus empleados son funcionarios públicos. Una compañia será considerada de participación estatal si está controlada totalmente (100%) o parcialmente (50% o más) directa o indirectamente por algún gobierno.[8]

2. El país de origen de la contraparte y el país donde se realizarán los servicios

El factor más representativo es el país de origen de la contraparte y en caso de ser diferente, el país donde actualmente realiza el servicio. Transparencia Internacional publica anualmente su Índice de Percepción de Corrupción (IPC) que ordena los países del mundo en el rango de “muy corruptos” a “muy limpios”. Un enfoque común es separar los resultados del índice entre alto y bajo riesgo y utilizar esto como base de la evaluación de riesgos.

Dependiendo del el resultado alcanzado de alto o bajo riesgo, la compañía necesita evaluar los factores restantes y realizar un juicio comparativo general sobre si es o no necesario realizar un procedimiento de auditoría legal y determinar el alcance del mismo.

3. Industria, valor del contrato y naturaleza del mismo

El valor del contrato debe ser un factor importante a tener en cuenta. Cuanto más valioso sea el contrato existirán más riesgos potenciales asociados , y cuanto más riesgos asociados, más probable será la realización de actividades corruptas.

[8] La compañia puede ser controlada vía la tenencia de acciones con derecho a voto en el nombramiento de los directores o administradores.

La industria en la que opera el tercero también será un indicador importante del riesgo asociado con dicho tercero, pues algunas industrias requieren mayor interacción con funcionarios públicos que otras.

Industrias que son consideradas de alto riesgo:[9]

- Construcción y trabajos públicos.
- Utilidades públicas.
- Propiedad de bienes raices, inmobiliarias, servicios legales y de negocios.
- Petróleo y gas.
- Minería.
- Generación y transmisión de energía.
- Farmacéutica y cuidado de la salud.
- Manufactura o fabricación pesada.
- Pesquera.
- Milicia, armas y defensa.
- Transporte y almacenamiento.
- Telecomunicaciones.
- Servicios al cliente.
- Silvicultura.
- Financieras/Bancarias.
- Tecnologías de la información.
- Espacio aéreo civil.
- Fabricación de energía eléctrica.
- Agricultura.

La naturaleza del contrato puede ser una herramienta útil para determinar los riesgos de corrupción. Por ejemplo, los contratos con agentes de ventas que vendan a funcionarios públicos u órganos del gobierno serán de alto riesgo (por las razones explicadas anteriormente). Mientras que un contrato de servicio de mantenimiento, en el que el trabajo realizado por el tercero deja poco espacio a posibles actividades corruptas, será de bajo riesgo.

Mientras que el objetivo de la auditoría legal puede estar en nuevas contrataciones con entidades con las que la compañía no ha contratado anteriormente, también hay riesgo de corrupción en contratos ya existentes con terceros. Si la auditoría legal no fue implementada desde el principio pueden existir cuestiones desconocidas de la contraparte que involuntariamente involucren a la compañia en un acto de corrupción por no haber realizado la evaluación de su socio de negocios desde el inicio.

Por lo tanto, como parte del proceso de implementación del sistema para determinar riesgos, debe realizarse un inventario de todos los contratos existentes en ese momento. Esto permitirá a la compañía determinar y considerar las actividades ya realizadas por terceros, el tipo del terceros con

[9] Transparencia Internacional, Índice de Fuentes de Sobornos, Informe de 2011 que clasifica a 19 sectores económicos del más propenso al pago de sobornos al menos propenso al pago de sobornos.

los que existen contratos y la exposición o peligro que pueden representar esos terceros. Esta información ayudará a definir los terceros y los contratos que representan el mayor riesgo para la compañía.

Ejemplos de evaluación de riesgos:

- Un contrato con un tercero establecido en un país de bajo riesgo, pero que conlleva el acercamiento o interacción del agente con un funcionario público, será de alto riesgo sin importar el valor del contrato.
- Un contrato en una jurisdicción e industria de alto riesgo, pero que el valor del contrato es bajo, seguirá siendo de alto riesgo. En una jurisdicción que sea de bajo riesgo, el contrato puede seguir siendo de alto riesgo, dependiendo de si existe o no interacción con funcionarios públicos y del riesgo asociado a dicha industria.
- Un contrato en un país e industria de alto riesgo, en ciertas circunstancias puede ser de bajo riesgo, por ejemplo, si la naturaleza de los servicios a realizarse revelan que el riesgo de corrupción es muy poco probable combinado con el hecho de que el valor del contrato sea bajo.

Ejemplo de una herramienta de evalución de riesgos simple:

	País de alto riesgo	**País de bajo riesgo**
Industría de alto riesgo	Alto	Alto
Industria de bajo riesgo	Alto/Bajo	Bajo
Contrato de valor alto	Alto	Alto/Bajo
Contrato de valor bajo	Alto/Bajo	Bajo
Cualquier contrato que involucre funcionarios públicos o que se vincule a ellos (para la definición de funcionario público ver sección 1)	Alto	Alto
RESULTADOS		
Alto = La auditoría legal es necesaria.		
Bajo = La auditoría legal no es necesaria.		
Mezcla entre Alto y Bajo: La auditoría legal es requerida y el alcance de la misma debe ser determinado por la empresa (ver sección 2).		

Sección 2 – Realizando la auditoría legal

¿Cómo realizar una auditoría legal?

La auditoría legal puede ser realizada de forma económica y no es necesario formar a agentes externos. Existen seis pilares fundamentales o esenciales que la implementación de la auditoría legal debe reunir. Este proceso no es tan gravoso como puede parecer. Una gran cantidad de información puede ser recabada del tercero y la evaluación puede realizarse sobre la base de la información proporcionada y del tono y manera en la que la misma fue entregada. Este proceso no consiste en marcar casillas, sino que es un proceso serio y detallado.

Los seis pilares

Los seis amplios temas o pilares de la auditoría legal sobre los que debe obtenerse información de los antecedentes del tercero son:

1. Dueño /Beneficiario real.
2. Antecedentes financieros y pagos de contratos.
3. Aptitud/Competencia del tercero/proveedor.
4. Registros Públicos: historia de corrupción y de noticias adversas.
5. Reputación: consultar referencias comerciales.
6. Ética y el cumplimiento.

1. Dueño/Beneficiario real

Dueño/Beneficiario real (o propietario efectivo) se refiere al individuo o entidad que en último término es propietario, tiene control o derecho sobre cierta compañia. Es crucial que el propietario efectivo del tercero se encuentre identificado, pues el propietario desconocido o no identificado representa riesgo de corrupción. De igual manera, representa riesgo de lavado de dinero y de financiación del terrorismo, pero estos riesgos se encuentran fuera del alcance de esta Guía.

Una compañía debe conocer con quién está contratando y cómo dicha persona realiza sus negocios. Lo anterior no puede saberse a menos que los principales accionistas (aquellos con más del 5% de las acciones - ver abajo) se encuentren identificados. Si no es posible determinar quien es el dueño o beneficiario real, no se conocerá quien es el que efectivamente controla la compañía. Los individuos ocultos representan un riesgo de corrupción, ya que pueden estar involucrados en prácticas de corrupción y esto puede ser la razón por la que l el individuo se esconda.

La propiedad efectiva puede determinarse pidiendo a la contraparte las inscripciones registrales de la compañía necesarias en su jurisdicción. La documentación proporcionada por el tercero que demuestra que se es dueño o beneficiario debe ser verificada de manera independientemente. Las inscripciones registrales de una compañía constituyen la manera más efectiva de determinar al dueño real de dicha compañía o empresa. Los documentos registrales confirmarán si la entidad o compañía existe y quien controla a la misma.

La documentación aportada por el tercero que no haya sido verificada oficialmente de forma precisa no proporcionará o probará la propiedad efectiva. En ocasiones, las compañías facilitarán una lista de los miembros del consejo de administración y pretenderán que esa es una prueba de quienes son los propietarios. Si no hay forma de saber si dicha información es cierta, se deberán realizar repetidos requerimientos solicitando la documentación y las inscripciones registrales de la compañía.

Al identificar a los propietarios de una entidad, es importante que todos los individuos que ostentan una participación accionarial significativa sean identificados, pues tienen y/o tendrán el control sobre el negocio. Habitualmente, todos los accionistas que cuenten con el 5% o 10% (o más) deben ser identificados. Cualquier accionista con menos del 5% tendrá una influencia limitada en las operaciones de la sociedad y, por lo tanto, no representa un riesgo significantivo de corrupción.

Si un tercero, se muestra renuente a proporcionar información, podríamos estar frente a una “señal de alarma”. Se debe actuar con precaución respecto de terceros en que su participación accionarial se encuentra registrada en una ”jurisdicción con pocas obligaciones de divulgación”. Mientras puede haber muchas compañias que operen de forma legal y ética en dichas jurisdicciones, se recomienda precaución, pues aquellas con intenciones criminales pueden usar los requerimientos de la “jurisdicción con pocas exigencias de divulgación” en beneficio propio .

También, dependiendo de cada jurisdicción, pueden existir otras maneras para determinar la propiedad efectiva a través de fuentes abiertas. Por ejemplo, puede haber información disponible proveniente de la agencia gubernamental que controla las inscripciones registrales de las compañías, y éstas pueden estar disponibles en línea, por publicación, o en persona. La página de internet del tercero también puede proporcionar información útil con respecto a los propietarios de la empresa, aunque esta información no estará verificada y, por lo tanto, no será vínculante.

Si se encuentran dificultades al determinar la propiedad efectiva y el tercero es renuente a proporcionar dicha información, da motivos para no proporcionarla, o proporciona documentación pretendiendo que sea tomada como evidencia de propiedad efectiva, cuando realmente no lo es, esto se considerará “señal de alarma” y se recomienda precaución. Se podría considerar instruír a investigadores externos para que determinen quién es el propietario efectivo.

2. Antecedentes Financieros y Pagos de Contratos

Los antecedentes financieros de un tercero pueden ser útiles para determinar si existen riesgos de corrupción (y lavado de dinero). La forma más simple es solicitar a la contraparte sus últimascuentas anuales o declaraciones financieras.

Las cuentas anuales o declaraciones financieras del tercero proporcionarán una información formal de sus actividades financieras. Debe asegurarse que la declaración o cuentas anuales haya sido elaborado por un auditor/contador de buena reputación y que dichas cuentas sean suficientemente

detalladas. Una evaluación básica puede realizarse sobre si las cuentas anuales del tercero son consistentes y proporcionales al tamaño de la empresaño, a los servicios que realiza, a la industria en la que opera y de qué modo se posiciona en el mercado.

No es necesario realizar un análisis detallado de los registros financieros como si se estuviera auditanto a la compañía, simplemente se deben buscar discrepancias o pagos que puedan parecer inusuales o inconsistentes.

Estos son algunos ejemplos:

- ¿Existen pagos que no son transparentes, donde no está claro a quién se dirige el pago o por qué? Ejemplo: Existen pagos abstractos o no específicos tales como “gastos de consultoría”
- ¿Hay algo inusual en la frecuencia de los pagos?
- ¿Hay algo inusual en el valor de los pagos?
- También se deben considerar los gastos, particularmente si son excesivos. Esto puede ser un indicador de sobornos.
- ¿Las tarifas del tercero han sido proporcionales a los servicios prestados?

Las cuentas anuales del tecero también pueden proporcionar detalles del dueño o beneficiario y esto puede ser contrastado con las inscripciones registrales de la empresa (ver arriba, Propiedad Efectiva).

Internet también puede ser una herramienta útil para determinar si ha habido noticias adversas relacionadas con las actividades financieras de la compañia. Esta información también permitirá realizar una evaluación sobre la viabilidad financiera de la sociedad que dependiendo del contrato, puede ser un asunto importante, aunque no necesariamente relacionado con la corrupción (ver historia de la corrupción abajo). Las investigaciones en revistas comerciales a través de Internet también pueden ser útiles para determinar el estado financiero del tercero. De forma más general, una evaluación también puede realizarse comprobando si la presencia en Internet del tercero es proporcional al tamaño de dicho tercero y de los servicios que ofrece.

En la auditoría legal también es importante considerar las remuneraciones y, en particular, las cuotas de éxito (success fees) que pueden generar riesgos de corrupción. En efecto, una entidad o individuo puede estar llevado a incurrir en sobornos con el fin de cumplir con los objetivos requeridos si esto conlleva el cobro de cuotas de éxito. Se debe actuar con extema precaución si el tercero propone estas cuotas condicionadas al éxito ya que puede ser un indicador de la intención de pagar sobornos o crear un fondo ilícito con el cual se vayan a realizar dichos pagos.

De igual forma, la ubicación de la cuenta bancaria que el tercero proponga para los pagos también debe ser tenida en consideración. Las sociedades o individuos propensos a cometer actividades corruptas, en ocasiones dirigen o canalizan el dinero derivado de dichos actos ilícitos a cuentas bancarias situadas en jurisdicciones diferentes de de donde la empresa opera o está establecida con el objetivo de de ocultar los fondos ilícitos y evitar la detención. Una vez más, se debe proceder

con extrema precaución si un tercero sugiere una cuenta bancaria en una jurisdicción extranjera, y esto exigirá una investigación más a fondo sobre el tercero.

3. Aptitud/Competencia del tercero/proveedor

Un riesgo significativo de corrupción existirá con aquellos terceros que ofrecen un servicio para el que no son competentes para prestarlo, especialmente cuando se relacionen con funcionarios públicos. Esto responde a que el funcionario público y el tercero pueden estar trabajando de forma conjunta, realizando de manera corrupta pagos a favor de dicho funcionario público. Las compañías también deben estar alerta ante la percepción de corrupción cuando estén relacionadas en virtud de un contrato con funcionarios públicos extranjeros. Con el fin de mitigar el riesgo de actividades corruptas reales y la percepción de corrupción, es crucial que exista una justificación comercial clara para establecer una relación comercial con un tercero. El Portal Anticorrupción en los Negocios puede ser utilizado como referencia en este tema.[10]

La compañia debe considerar lo siguiente:

Acaso el tercero tiene:

1. ¿Experiencia en la industria y en el país donde los servicios serán prestados?
2. ¿Tiene la experiencia y aptitudes necesarias para proporcionar los servicios requeridos en el contrato?
3. ¿Proporcionó un presupuesto competitivo para el trabajo?
4. ¿Tiene presencia en el mercado del país donde serán prestados los servicios?
5. ¿Ha sido recomendado por un funcionario público?
6. ¿Ha requerido pagos urgentes o comisiones inusualmente altas?
7. ¿Ha requerido pagos en efectivo para un tercero o para ser realizados en otro país?
8. ¿Ha dicho que conoce a la "gente indicada" para asegurar el contrato?[11]
9. ¿Ha sido electo de forma transparente?

Finalmente, ¿existen suficientes razones de negocio para celebrar el contrato con este tercero? En particular, ¿son necesarios los servicios?

Los pasos anteriores minimizarán el riesgo de contratar con un tercero por las razones equivocadas y de igual manera, en caso de que se realicen preguntas sobre la legitimitad del contrato, la justificación de negocio para dicha selección será clara.

[10] El Portal Anticorrupción en los Negocios es un portal que contiene información comprensible acerca de la corrupción e instrumentos acerca de como evitarlo, lo anterior, sin cargo alguno. Página de Internet: http://www.ganintegrity.com/the-business-anti-corruption-portal/

[11] Esto puede ser un indicio de que el servicio que ofrece no está basado en su experiencia profesional.

4. Registros Públicos: Historia de Corrupción y Noticias Adversas

Un paso fundamental en la auditoría legal es encontrar o descubrir cualquier noticia adversa asociada con el tercero y, en particular, descubrir si existen antecedentes de negocios realizados de forma poco ética o corrupta, o cualquier otra actividad criminal o investigación/averiguación de los mismos.

La investigación debe realizarse para descubir si existe algún tipo de información de público conocimiento/dominio que sugiera antecedentes o historial de dicha actividad corrupta. Esta investigación puede ser realizada por medio de simples búsquedas en internet.

Búsquedas en internet pueden ser realizadas sobre información pública disponible, como la siguiente:

- Búsquedas generales por internet en medios de comunicación, incluyendo noticias locales y nacionales.
- Blog FCPA[12]
- Revistas Comerciales.
- Listados de casos en tribunales y cortes de justicia.

Términos de búsqueda sugeridos:

Nombre del tercero y:

- “corrupción”
- “soborno”
- “condena”
- “investigación”
- “alegatos”
- “acusación”
- “delito”/ “delincuente”
- “mordidas”/”astillas”/”sobres”/”sobornos”
- “comentarios de los clientes”

[12] www.fcpablog.com/

Para búquedas más detalladas , cuando se trate de terceros de alto riesgo, existen diversas fuentes públicas disponibles que pueden ser consultadas:

- Sitio de Internet del Departamento de Justicia (EEUU)[13]
- Sitio de Internet de la Comisión de Valores de EU (EEUU)[14]
- Sistema del Premio de Gestión (SAM)[15]
- Oficina de control de Activos Extranjeros (OFAC) Lista Nacional de Personas Especialmente Designadas y Bloqueadas (SDN)
- Departamento de Comercio de EEUU, Buró de la Industria y Seguridad, Lista de Partes en Cuestión[16]
- La Oficina de Fraudes Serios (Reino Unido)[17]
- Listado de firmas inhabilitadas por el Banco Mundial[18]
- Lista del Banco Europeo de Entidades Inelegibles[19]
- Acción Externa de la Unión Europea, Lista Consolidada de Personas, grupos y entidades sujetas a sanciones financieras de la UE[20]
- Interpol – Noticias o avisos rojos[21]
- Lista de Inhabilitamiento y Sanciones- Los gobiernos respectivos tendrán información disponible en línea.

Un recurso útil para descubrir la historia del tercero puede ser mediante una entrevista frente a frente (si se considera práctico) o algo similar (como una llamada por teléfono) y en esa entrevista preguntar directamente al tercero sobre su historia y antecedentes. Esta entrevista puede ser realizada al inicio de la auditoría legal y también puede ser útil para descubrir si existe cualquier tipo de "señal de alarma" relacionada con actividades poco éticas o corruptas, o con cualquier otro tipo de actividad delictiva.

Si se identifican "señales de alarmaseñales de alarma" relacionadas con una actividad irregular, esto no necesariamente significa que no se puede contratar con dicho tercer y en ocasiones será posible tomar acciones que mitigen o disminuyan el riesgo. Mitigar el riesgo puede significar descubrir más

[13] www.justice.gov/
[14] www.sec.gov/
[15] https://www.sam.gov/
[16] http://www.bis.doc.gov/complianceandenforcement/liststocheck.htm
[17] www.sfo.gov.uk/
[18] http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTPPSPANISH/EXTPROCURINSPA/0,,contentMDK:20942264~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:2242580,00.html4
[19] http://www.ebrd.com/ineligible-entities.html
[20] http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/consol-list/index_en.htm
[21] http://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Notices

información para entender y cuantificar mejor el riesgo y en muchas ocasiones esto puede obtenerse directamente de la misma compañía. Por ejemplo, puede ser que el tercero o un empleado suyo hayan sido condenados por corrupción hace años y desde que el tercero despidió a dicho individuo, se implantó un programa anticorrupción y de cumplimiento. Asímismo, si existe evidencia de una fuerte y "positiva actitud de los directivos" y una fuerte cultura de ética y de cumplimiento. En este caso, la "señal de alarma" puede ser considerada como mitigada. La mitigación de riesgos es desarrollada con más detalle en la sección 3.

5. Reputación: Consulta de Referencias Comerciales

La reputación de un tercero está claramente vinculada a la historia de la compañia y a la existencia de alguna noticia adversa, pero la reputación debe ser considerada de una forma más general. El medio más correcto para evaluar la reputación de un tercero es buscar referencias entre aquellos con los que ha trabajado previamente. Puede solicitarse que proporcionen referencias de forma verbal o escrita. Si son verbales debe guardarse una grabación de dicha conversación.

La compañia debe asgurarse que aquellos que proporcionen referencias respondan a las siguientes preguntas:

1. ¿Desde cuándo conoce al tercero?
2. ¿En qué esfera o términos conoce al tercero?
3. ¿Ha experimentado algún problema con el tercero?
4. ¿Se ha preocupado de algún riesgo de corrupción respecto al tercero?
5. ¿Está al tanto de cualquier juicio o actividad delictiva del tercero o cualquiera de sus empleados?
6. ¿Considera que el tercero es honesto en sus relaciones de negocios?
7. ¿Tiene conocimiento de alguna vinculación del tercero con funcionarios públicos u órganos de Gobierno?
8. ¿Sabe si alguno de los empleados del tercero, o bien sus familiares, tienen alguna vinculación con funcionarios públicos u órganos de Gobierno?

Para terceros que son sociedades nuevas y no tengan relaciones existentes puede que no sea posible obtener referencias. En esos casos, debe realizarse una investigación de los antecedentes de los socios o accionistas y las búsquedas generales de notificaciones adversas serán fiables .

6. Ética y el Cumplimiento

A lo largo de los procesos éticos y de cumplimiento se debe realizar una evaluación sobre cómo el tercero aborda la auditoría legal y las preguntas a realizar. Será posible realizar una evaluación sobre la actitud de la sociedad frente a la auditoría legal y de forma más genérica respecto de su ética al hacer negocios. Existen ciertos indicadores positivos sobre este tema que deben ser tomados en cuenta a lo largo del proceso.

Los indicadores clave son los siguientes:

- ¿Tiene el tercero su propio programa de ética y de cumplimiento vigente? Si lo tiene, esto proporcionará confianza de que se toma el asunto seriamente. Si no existe un programa interno de ética y cumplimiento se debe preguntar directamente sobre cómo el tercero pretende manejar los posibles riesgos de corrupción. En particular, se le puede preguntar cómo maneja los regalos y las invitaciones a compromisos en los que intervienen intermediarios del Gobierno.
- ¿Tiene el tercero su propio procedimiento de auditoría legal vigente? Si utiliza a subcontratistas, ¿cómo evaluará y dirigirá los riesgos que estos pueden representar? Será imperativo que una compañia se asegure de realizar auditoría legal a subcontratatistas que realizan trabajos del contrato para el que l el tercero ha sido contratado (ver estándares de seguridad para más detalles)
- ¿Se encuentra el tercero vinculado a un procedimiento de ética y cumplimiento en el que existe cierta cultura directiva? Es decir queexiste apoyo en el programa de cumplimiento y anticorrupción desde los directores de la empresa. Esto brindará un indicador sobre la importancia que tiene la ética y el cumplimiento para el tercero.
- De forma similar, si existe renuencia del tercero a involucrarse en el programa de auditoría legal, a proporcionar información, o si existe poca transparencia en cualquier etapa, puede indicar riesgo de corrupción y falta de comunicación y conocimiento .
- Se le puede pedir al tercero que proporcione sus políticas anticorrupción vigentes y las exigencias de la formación anticorrupción que reciben sus empleados. Este es un buen indicador de “cultura directiva positiva”
- La compañía puede compartir sus políticas internas anticorrupción y asegurarse de que el contrato incluya una clásula que exija que el tercero cumple con los requisitos contenidos en dichas políticas. La respuesta del tercero y sus comentarios sobre estas políticas también proporcionarán información útil acerca de su cultura.
- En el caso de que existan “señales de alarma” sobre la actitud o el conocimiento de los requisitos anticorrupción, que no sean significativos, pero que impiden que las negociaciones progresen, la compañia puede ofrecer formación anticorrupción al tercero. Esto puede ser útil para mitigar “señales de alarma”.

Sección 3- Qué hacer con el resultado

El siguiente paso de la auditoría legal es analizar los resultados de las investigaciones realizadas; esto puede realizarse a través de una de las maneras siguientes :

1. Fueron identificadas “señales de alarma” que deben ser resueltas o mitigadas;

   o

2. No se identificaron “señales de alarma” a lo largo de la auditoría legal y la negociación puede proseguir.

Si no se identificó ninguna “señal de alarmaseñal de alarma” a lo largo de ninguna etapa de la auditoría legal, entonces la compañía puede proceder con la negociación, en la confianza de que se han tomado las acciones razonables para revisar el riesgo de corrupción del tercero. Idealmente, la decisión de proceder debe ser tomada por personal de la compañia no involucrado de forma directa en el contrato, y que pueda tomar una decisión imparcial. Al hacer el juicio, todas las etapas deben ser consideradas y comparadas cuidadosamente en relación con la cultura que el tercero demostró a lo largo del proceso.

Si se detectaron “señales de alarma”, entonces es crucial que se realice un trabajo más exhaustivo antes de contratar con el tercero. Las “señales de alarma” deben ser resueltas o mitigadas. En muchas circunstancias, el medio más correcto para resolver una “señal de alarma” es contactar al tercero y solicitarle que proporcione más información para clarificar la cuestión detectada por la auditoría legal. En particular, se le debe preguntar al tercero sobre las medidas que ha instaurado para prevenir que la misma actividad suceda de nuevo.

Si las “señales de alarma” no pueden ser resueltas, entonces se deben tomar acciones para mitigar los riesgos. En ocasiones, los riesgos pueden ser mitigados con simples acciones de sentido común, como en los siguientes ejemplos:

Acusación o Condena Previa por Corrupción:

- Si una "señal de alarma" se relaciona con una acusación previa o con alguna condena por corrupción, esto no necesariamente significa que el progreso de la negociación no sea posible. Efectivamente, muchas compañias mejoran significativamente sus procedimientos anticorrupción y de cumplimiento llegando a acuerdos con las autoridades por violaciones a la Ley Anti Sobornos; en algunos casos tal mejora puede ser una condición de dichos acuerdos.
- Si la actividad corrupta es histórica (con algunos años de antiguedad) y se han instaurado procedimientos de ética y cumplimiento para combatir las circunstancias que conllevaron a la corrupción, tal como el despido de empleados relevantes, entonces la "señal de alarma" se puede considerar como no relevante.
- Si existe preocupación de que siga existiendo falta de cumplimiento de las Leyes Anticorrupción por parte del tercero (aún sin intención corrupta), aunque la cuestión histórica haya sido debidamente resuelta, la compañía puede solicitar, como condición del contrato, que se proporcione formación anticorrupción a los empleados relevantes.
- De forma similar, la compañía puede imponer una condición al contrato consistente en que el tercero adopte una política anticorrupción aprobada por una Organización No Gubernamental reconocida.

Investigación de actividades corruptas

- Si las "señales de alarma" se relacionan con una investigación histórica sobre actividades corruptas, en en la que no hubo condena , entonces puede considerarse mitigada dicha "señal de alarma", aunque sería prudente buscar información sobre las circunstancias y antecedentes de la investigación. Una compañía puede, de igual forma, imponer condiciones para reducir riesgos de corrupción, tales como: formación y políticas anticorrupción; esto debe ser reforzado mediante disposiciones contractuales.
- De forma similar, si una investigación está en marcha, no necesariamente impide avanzar en la negociación del contrato, pero se debe actuar con especial ciudado con las respuestas del tercero a la investigación: ¿Están relacionadas la investigación y/o acusaciones con los servicios que la compañía pretende prestar en otros los paises? Otra consideración relevante será la siguiente: ¿Está siendo la compañía abierta y transparente? ¿Se está involucrando en la investigación y está buscando tomar remediar las cuestiones identificadas?
- Puede ser que la "señal de alarma" sean rumores infundados que no han sido investigados formalmente por las autoridades, ni por las fiscalías, ni probados en la corte, tribunal, o juzgado. Bajo estas circunstancias, es posible proceder con el contrato, pero es recomendable monitorear si la situación cambia.

Señal de alarma" relacionada con la conducta de un empleado específico

- Una "señal de alarma" relacionada con un empleado en específico puede ser un caso de error en la identidad y esto siempre debe tenerse en mente. Se le debe dar especial importancia a los nombres de los individuos que pueden ser comunes en cada jurisdicción. En este caso, la "señal de alarma" puede ser mitigada verificando la identidad del empleado y comparándola con la información proporcionada por la publicación en cuestion**.**

Los otros pasos en el proceso de auditoría legal y en particular el cuestionario pueden proporcionar la suficiente comodidad para mitigar una "señal de alarma" y permitir el progreso de la negociación sin tener que invocar el tema con el tercero. Cuando no sea posible, o cuando las acusaciones sean más serias, será necesario buscar los comentarios de la contraparte.

Las compañías deben confiar en la experiencia y conocimiento del negocio e industria que sus altos directivos poseen. Un conocimiento profundo de la industria puede ayudar a evaluar los riesgos identificados y descifrar si se deben o no mitigar; de la misma manera que ayudará a concebir soluciones de sentido común. Idealmente, la decisión de mitigar los riesgos debe ser tomada por un alto directivo que no esté involucrado directamente en el contrato.

****Antes de contactar al tercero con motivo de alguna "señal de alarma" se debe considerar la nota de precaución de la siguiente tabla:***

Precaución al acercarse al tercero con noticias adversas

En circunstancias en las que sea sumamente necesario solicitar los comentarios del tercero, dicho acercamiento debe realizarse con cuidado y diplomacia, pues en potencia existe un riesgo de difamación. Si este acercamiento se va a realizar, la "señal de alarmaseñal de alarma" debe ser invocada de manera que el tercero no se sienta acusado y de manera que deje muy en claro que la compañía no comparte la opinión de la publicación encontrada, que no se ha tomado una postura formal y que simplemente busca la atención del tercero sobre las noticias adversas, de manera que tenga la oportunidad de comentar.

El enfoque más prudente será concertar una reunión presencial con el tercero y proporcionarle una copia de la publicación, de tal manera que el tercero pueda leerla. Si no resultare posible la reunión presencial , la compañía podría proporcionar los detalles de donde y cómo se encontraron las noticias adversas, como la página de internet, el autor y la fecha de publicación. Al hacer esto, el tercero puede entonces encontrar la publicación y envíar sus comentarios vía correo o teléfono. Se recomienda buscar asesoría legal sobre difamación si existen preocupaciones sobre este paso. Esta información no es una asesoría jurídica sobre difamación, simplemente es una recomendación.

En circunstancias en las que las “señales de alarma” son serias, de tal manera que no puedan ser mitigadas por las acciones mencionadas anteriormente yexista una preocupación incesante al respecto, si la compañía dispone de los recursos financieros necesarios, esta podría formar r a un proveedor externo para que realice la auditoría legal. También existen suscripciones a bases de datos , conforme a las cuales, si una compañia tiene los recursos, pueden ser utilizadas para identificar “señales de alarma” tales como la aparición del tercero en listas de sanciones o en investigaciones de actividades ilícitas.[22]

Sección 4 - Estándares de Protección

De acuerdo con la auditoría legal, cuando una decisión haya sido tomada para proceder con las negociaciones, se deben tomar las acciones de protecccón más exhaustivas antes de tomar la decisión de contratar con el fin de asegurarse que la compañia se encuentra suficientemente protegida.

Supervisión Independiente

La compañia se debe asegurar que existe supervisión independiente del proceso de auditoría legal. Debe existir una rendición de cuentas independiente y un alto directivo que no esté involucrado directamente en el contrato debe supervisar el proceso. El empleado que ha propuesto el contrato puede no ser capaz de evaluar objetivamente la información recopilada por la auditoría legal y, en consecuencia, tomar una decisión parcial. Dependiendo de los recursos con los que cuente la compañía, puede ser apropiado conferir dicha función al directivo que se encargue de vigilar la ética y el cumplimiento.

Cláusulas Anticorrupción del Contrato

La compañía debe asegurarse que el contrato contenga las cláusulas anticorrupción que requieren que el tercero cumpla las leyes anticorrupción aplicables, y esto puede proporcionar protección. Para más orientación refiérase a la clásula anticorrupción de la CCI.[23]

Auditoría legal en la cadena de suministro

Los riesgos asociados al contratar con un tercero para que realice servicios en nombre de la compañía se mantienen bajo la cadena de suministro. Esto significa que una compañia puede ser responsable por las acciones de un subcontratista, que el tercero haya contratado, que se encuentre involucrado en una actividad corrupta. Si un tercero va a subcontratar servicios, a los cuales está obligado por el contrato, se debe realizar la auditoría legal sobre el subcontratista. El alcance de la auditoría legal dependerá del tamaño del tercero y el subcontratista.

[22] Por ejemplo, Consultoría Mundial, Cumplimiento Mundial, y el Riesgo-Cumplimiento de Dow Jones
[23] http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Anti-corruption-Clause/

La compañía debe asegurarse de que exista una cláusula dentro del contrato que obligue al tercero a solicitar permiso para subcontratar. Si los servicios son subcontratados se debe realizar una auditoría legal al subcontratista. Dependiendo del tamaño del tercero, con el fin de protegerse a sí misma, la compañía puede ayudar en la auditoría legal sobre el subcontratista. Esto dependerá del análisis sobre los riesgos asociados con el subcontratista, que haya realizado la compañía y de los recursos disponibles. Dependiendo de la naturaleza de los servicios que deba prestar y el alcance del contrato, el subcontrista puede tener un rol limitado y entonces la auditoría legal puede ser directa y requerir de pocos recursos. El caso de que una gran parte del contrato esté siendo subcontratada, puede ser una "señal de alarma" por sí mismo y requerir investigación por parte de la compañía.

Monitoreo/"Monitoring"/Supervisión

Aunque el tercero se haya comprometido a prestar los servicios, la auditoría legal no está completa. Se debe realizar una investigación y una supervisión incesante al analizar las actividades del tercero. La compañía debe continuar monitoreando al tercero en todo momento.

Una manera simple, pero efectiva, de hacerlo es mantener r un diálogo continuo con el tercero en cuanto a posibles riesgos de corrupción. En la práctica, puede ser un elemento de la agenda como parte de una rutina comercial en la forma de manejar las reuniones. Otro método económico será solicitar documentación clara al tercero por los servicios solicitados, previo a que se realice el pago, o que se tenga el derecho contractual a hacerlo. Las facturas deben ser analizadas y aprobadas por un empleado cualificado y adecuado. Se deben hacer consideraciones acerca de si existe algo inusual en el requerimiento de pago, o si la cantidad es proporcional con los servicios prestados y es acorde con el contrato original. Si se detecta cualquier "señal de alarmas" el pago no debe realizarse hasta tanto la "señal de alarma" sea mitigada o resuelta.

En circunstancias en las que un contrato es por períodos prolongados, dependiendo del alcance del riesgo, (como se identifica a través del proceso de auditoría legal original) puede ser necesario actualizar el proceso de auditoría legal. La compañía determinará la frecuencia de la misma. La auditoría legal debe ser más frecuente para contratos que conllevan riesgos mayores, dependiendo de las circunstancias y recursos disponibles.

Gestión de los Registros y custodia

Es vital que cada etapa del proceso de auditoría legal se encuentre claramente documentada, de manera que exista evidencia clara de los pasos que la compañia ha tomado para mitigar los riesgos asociados al contratar con terceros. Si surge alguna cuestión en el futuro, tal como que un tercero sea acusado de actividades corruptas vínculadas al l cumplimiento de su trabajo para la compañía, la compañía será capaz de demostrar que todos los pasos razonables fueron tomados para evitar verse implicada en dicha actividad. Esto proporcionará una defensa en el caso de que el tercero sea enjuiciado dependiendo de la ley aplicable en la jurisdicción y en la circunstancia en particular. Aun si no es una defensa expresa, es probable que sea un factor poderoso de mitigación.

Los documentos de la auditoría legal, como muchos otros registros , pueden ser guardados de forma electrónica, pero deberán ser guardados en la compañía durante un período de tiempo suficientemente largo. Las investigaciones sobre corrupción pueden tomar años desde que se

inician hasta que concluyen. Además , muchas no comienzan hasta años después de que la actividad ocurrierra. Un período de tiempo de 10 años es recomendable, pero este periodo debe ser determinado por la compañia, y puede depender de sus recursos, así como de sus políticas de privacidad. Efectivamente, en algunas circunstancias puede ser necesario obtener asesoría legal en relación con las políticas de privacidad locales.

Los siguientes principios deben ser recordados:

- La compañia necesita mantener los documentos escritos que evidencien que la auditoría legal ocurrió y que cualquier riesgo posible fue identificado y mitigado de la mejor manera posible.
- Los documentos deben ser retenidos o almacenados por un periodo de tiempo significativo; esto puede depender de la ley local, políticas de la empresa y de los recursos.
- Si no existen documentos , no habrá forma de probar que la auditoría legal efectivamente ocurrió.

Anexo A

Este documento es una herramienta para ser utilizada de forma interna por los empleados de la compañía responsables de realizar la auditoría legal y de asegurarse que cada etapa del proceso haya sido completada. Es una lista de verificación para ser utilizada en cada momento de la auditoría legal. De igual manera, sirve como un documento resumido que confirma los resultados y las conclusiones de la auditoría legal.

Anexo B

Este documento es el cuestionario, descrito a lo largo de esta Guía, que debe ser enviado al tercero como parte del proceso de auditoría legal. Si van a realizarse entrevistas con el tercero (ya sea de forma virtual o presencial) puede ser utilizado como base para dotar de estructura a la entrevista.

Auditoría Legal: Guía para Pequeñas y Medianas Empresas

Anexo A

Cuestionario Interno de Auditoría Legal

Detalles del tercero

1. Nombre del futuro tercero.
2. Contacto del futuro tercero.
3. Actividad de la compañía
4. Tamaño del futuro tercero (es decir ¿aproximadamente cuántos empleados tiene?

Riesgo

1. ¿En qué país está establecido el tercero?
2. ¿En qué país se ejecutará el contrato?
3. ¿Cuál es el valor del contrato?

Funcionarios Públicos

1. ¿Es el tercero una entidad de participación estatal o es parcialmente propiedad del Estado? En caso de serlo, por favor proporcione detalles y considere que los empleados son funcionarios públicos.
2. ¿Alguno de los propietarios, directivos, funcionarios, o cualquier empleado del tercero son o alguna vez fueron funcionarios públicos? En caso de serlo, por favor proporcione detalles.
3. ¿Alguno de los propietarios, directivos, funcionarios o cualquier empleado del tercero tiene algún familiar, o algun tipo de asociación con funcionarios públicos? En caso de serlo, por favor proporcione detalles:

Dueños o beneficiarios reales

Obtenga de la compañia la documentación o registros y responda lo siguiente:

1. ¿Con la documentación proporcionada, se han verificado a los dueños o beneficiarios reales de la entidad? En caso de no ser así, diríjase a la entidad para obtener más información.
2. ¿La documentación proporcionada de manera independiente demuestra la propiedad? Por favor, tome en cuenta que la documentación facilitada por la entidad puede no ser fiable, pues no es información independiente o imparcial.
3. ¿Han sido identificados todos los accionistas que tienen participación accionarial significativao (típicamente el 5% o más) con el porcentaje confirmado de propiedad? Por favor, inserte los detalles abajo.

Antecedentes Financieros

Obtenga los últimaos cuentas anuales del futuro tercero y responda lo siguiente:

1. ¿Fueron las cuantas anuales elaboradas por un auditor respetable?
2. ¿Ha identificado el auditor alguna cuestión como las siguientes?
    i. Pagos repetidos hechos a un tercero no identificado o a un tercero identificado pero por razones poco claras;
    ii. Un pago significativo hecho a un tercero no identificado o a un tercero identificado pero por razones poco claras;
3. ¿Acaso el ingreso y el beneficio son proporcionales al tamaño de la entidad?
4. ¿Cuál es la ubicación de la cuenta bancaria?

Justificación de negocios para el contrato

1. ¿Qué servicios serán realizados por el tercero?
2. ¿Por qué se requieren esos servicios?

Competencia del tercero

1. ¿Qué experiencia, cualificaciones y habilidades tiene el futuro tercero para realizar las actividades del contrato?
2. ¿Cómo se eligió al tercero potencial?

Historia de corrupción y de noticias adversas

1. ¿Hay alguna evidencia o historial de corrupción? (o condenas), En caso de haberlo, por favor explique.
2. ¿Existe alguna acusación de corrupción o investigaciones por corrupción?
3. ¿Hay alguna evidencia de cualquier noticia adversa relacionada con el tercero?

Reputación

1. Obtenga tres referencias satisfactorias de las actuales contrapartes del futuro tercero.
2. Realice las siguientes preguntas clave:
    a) ¿Desde hace cuánto tiempo conoce al tercero?
    b) ¿En qué ámbito conoce al tercero?
    c) ¿Ha experimentado algún problema con el tercero?
    d) ¿Ha tenido alguna vez preocupaciones por corrupción respecto al tercero?
    e) ¿Está al corriente de alguna acusación o actividad criminal en contra del tercero o de alguno de sus empleados?
    f) ¿Considera honesto al tercero en sus relaciones de negocios?
    g) ¿Sabe si el tercero tiene alguna vinculación con funcionarios públicos u órganos del gobierno?
    h) ¿Sabe si alguno de los empleados del tercero o los miembros de su familia tienen alguna vinculación con funcionarios públicos o agencias de gobierno?
3. Asegúrese de preguntar a aquellos que faciliten las referencias si tienen preocupaciones por corrupción o por falta de comportamiento ético.
4. Por favor, realice un resumen de las tres referencias

Cultura de Cumplimiento

1. ¿Cómo ha respondido el futuro tercero al proceso de auditoría legal? (positivamente o de forma renuente)
2. ¿se ha mostrado en algún momento evasivo?
3. ¿Ha existido alguna dificultad para obtener la información requerida del tercero?

* * * *

Anticorrupción

Auditoría Legal: Guía para Pequeñas y Medianas Empresas

Anexo B

Cuestionario Anticorrupción para ser envíado al tercero

Detalles de la compañia

Nombre del Individuo/sociedad

Domicilio legal

Fecha de constitución

Ciudad, País, Código Postal, Número de teléfono, Correo electrónico, Sitio de Internet de la compañia

Detalles de la cuenta bancaria incluyendo ubicación

Denominaciones previas u otros nombres comerciales

Compañías afiliadas (Incluyendo subsidiarias)

Actividad o actividades de la compañia

País donde se ejecutará el contrato

País en donde se encuentra su centro principal de negocios

Relación con nuestra compañia

Por favor, explique ¿cómo ha surgido el contrato propuesto? ¿Tiene alguna relación existente con nuestra compañia?

¿Cómo ha sido seleccionada su empresa para este contrato?

Contrato Propuesto

¿Cuál es la naturaleza del contrato propuesto, esto es, contrato de prestación de servicios, contrato de depósito, contrato marco?

Servicios a ser prestados

¿Desde hace cuanto tiempo, usted y su compañia han prestado los servicios de este contrato?
Por favor, describa su experiencia y aptitudes para prestar el servicio.

Contratos Previos

¿Ha tenido una relación de negocios previa con nuestra compañia? En caso de ser así:

a) Por favor, describa el o los contratos
b) Facilite la fecha de los contratos
c) ¿Quiénes son sus contactos clave en esta compañia para los propósitos de los contratos previos?

Por favor, proporcione detalles de clientes previos o existentes.

Propietarios

Por favos, enumere todos los accionistas o propietarios que tienen un interés financiero en su negocio del 5% o más. (Si un accionista es una sociedad que no cotiza en bolsa, por favor proporcione información precisa y verificada de forma independiente para identificar a los dueños o beneficiarios reales).

Propietario (accionista)	Cargo en la compañia	País donde reside	Porcentaje

Administración y Empleados Clave incluyendo Directores Generales, Directores de Ventas, Directores de Contratos (no accionistas)
Enumere todos los individuos que tienen un cargo de responsabilidad dentro de la compañia

Nombre del empleado o directivo	Título de su trabajo	Cargo o Función

La sección de abajo se relaciona con los funcionarios públicos- por favor, refierase a la siguiente definición para guiarse:
Definición de Funcionarios Públicos (Ya sea nacional o internacional)

Un funcionario público puede significar, (no de forma limitativa)

- *Un funcionario o empleado de cualquier gobierno, agencia, ministerio, o departamento de gobierno (de cualquier nivel).*
- *Cualquier individuo actuando en una función oficial para un gobierno, sin importar su rango o posición.*
- *Funcionario o empleado de una compañia total o parcialmente del Estado.*
- *Un partido político o un funcionario de un partido político.*
- *Un candidato a un cargo público.*
- *Funcionario o empleado de una organización pública internacional, como las Naciones Unidas o el Banco Mundial*
- *Familiar directo de cualquiera de los anteriores*

La OCDE define al "funcionario público extranjero" como cualquier persona que ostenta un cargo legislativo, administrativo o judicial para un país extranjero, ya sea que haya sido designado o electo; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para una agencia pública o empresa pública; y cualquier oficial o agente de una organización pública internacional.

Propietarios (accionistas), Directivos, Empleados que son Funcionarios Públicos (incluyendo cualquier representante de la compañia)
¿Alguno de los propietarios (accionistas), directivos o empleados son funcionarios públicos? En caso de ser así, por favor detalle.

Nombre	Título del Trabajo	Actividad e Influencia en el día a día del negocio	Cargo Oficial	Deberes Oficiales

Relaciones de la compañía con el Gobierno y con Funcionarios Públicos.
¿Realiza algún trabajo para el gobierno?

Si la respuesta fue sí ¿Podría esto causar algún conflicto de interés con sus funciones en favor de la compañia bajo el presente contrato?

¿Con el fin de realizar las actividades del contrato necesita relacionarse con funcionarios públicos?

Si la respuesta es sí, por favor, proporcione detalles y explique el alcance de la relación que su compañia tiene con los funcionarios públicos.

¿Su compañía hace donaciones a partidos políticos? En caso de ser así, por favor proporcione detalles y explique.

Familiares que son funcionarios públicos
¿Alguno de los propietarios (accionistas), directivos, o empleados tienen parientes que son funcionarios públicos? En caso de serlo, por favor detalle:

Nombre del empleado y Título de Trabajo	Actividad e Influencia en el día a día del negocio	Nombre del familiar y Relación	Cargo Oficial del familiar	Deberes Oficiales del familiar

¿El familiar tiene algún tipo de influencia en relación con el negocio de la compañia? Por favor, proporcione detalles:

¿Existe riesgo o percepción de que el familiar pueda influir en los negocios de su compañia o este contrato? Por favor, proporcione detalles:

Conciencia de Anticorrupción

¿Puede explicar lo qué es la corrupción?

El índice de Corrupción de Transparencia Internacional [2011] categoriza a (mencione el País) como el número (mencione el lugar) de 178 paises. ¿Cree usted que esto es justo? Por favor, explique

¿Conoce las leyes internacionales anticorrupción?

¿Puede dar ejemplos de leyes internacionales anticorrupción?

¿Existen leyes similares en su país?

¿Tiene alguna pregunta sobre las políticas anticorrupción de su empresa?

Cumplimiento

¿Su compañía dispone de su propia política anticorrupción y su propio programa ético y de cumplimiento? Por favor, proporcione detalles:

¿Han sido formados sus empleados sobre las prácticas anticorrupción? En caso de ser así, por favor proporcione detalles (incluyendo frecuencia)

¿Su compañía tiene otro tipo de comunicación sobre la corrupción?

Anticorrupción – Investigaciones y Acusaciones
¿Han existido investigaciones o acusaciones por corrupción a su compañía o a cualquier empleado o representante de la compañia? En caso de ser así, por favor, proporcione detalles.

Si la respuesta fue sí, por favor señale que acciones correctivas llevo a cabo su compañia.

¿Alguno de sus subcontratistas ha sido en cualquier ocasión sujeto de investigaciones o acusaciones relativas a corrupción? En caso de ser así, por favor, proporcione detalles.

Si la respuesta fue sí, por favor, señale que acciones correctivas llevó a a cabo su compañía.

* * * * *

La Camara de Comercio Internacional (CCI)

Sobre la Cámara de Comercio Internacional (ICC)

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales formuladas por la ICC.

La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

www.iccwbo.org

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE
33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris, France
T +33 (0)1 49 53 28 28 **F** +33 (0)1 49 53 28 59
E icc@iccwbo.org www.iccwbo.org