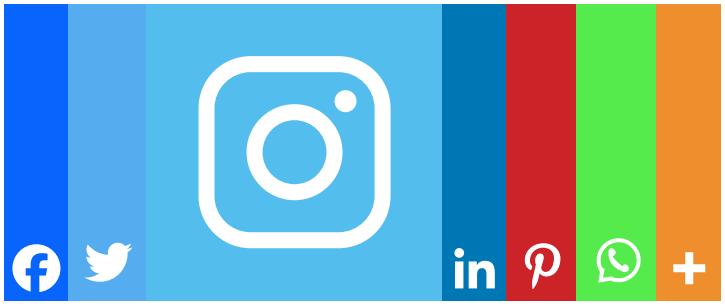
Spread the love



Reflexiones sobre el cumplimiento de los deberes de vigilancia y control por parte de los Consejos de Administración. ¿Que deben hacer los miembros del Consejo de Administración en caso de sospecha de infracciones por parte de la sociedad, o de sus directivos? ¿investigar internamente, realizar una investigación con expertos externos o callar?

La práctica y comentarios recientes, Códigos de Buen Gobierno e incluso alguna jurisprudencia como la comentada en anteriores entradas (ver etiqueta «Gobierno Corporativo») están recomendado implementar procesos de supervisión rigurosos y aumentar la participación del Consejo en la gestión del riesgo, en el cumplimiento normativo y la puesta en marcha / supervisión de controles internos. Prevenir, ciertamente, mejor que corregir; pero si no fue posible lo primero bien conviene, incluso en el momento poner en práctica protocolos de investigación y de gestión de crisis, así como establecer canales para la presentación de informes a la junta general; o a comités de control (que puedan constituirse), así como mejorar la capacitación de los miembros del consejo en materia de control .Aunque una investigación independiente no siempre será necesaria, rehuirla puede tener efectos negativos (agravar el daño, prolongar las malas prácticas, etc.). Un Consejo conocedor podrá adoptar las medidas necesarias para prepararse para futuros casos y actuar con rapidez y con criterio para minimizar el daño potencial a la sociedad, a sus accionistas y a sus empleados. **Llamamos aquí la atención sobre el hecho de que en EEUU tanto el Departamento de Justicia como la SEC han señalado que la puesta en marcha de investigaciones internas independientes constituyen un elemento relevante de cooperación, reconocido en esa jurisdicción a efectos de aminorar la eventual responsabilidad corporativa e individual de los administradores y**

consejeros; y que en muchas ocasiones constituye además una obligación legal.

- Algunas legislaciones, imponen expresamente a los directores la obligación de supervisar la gestión de riesgos, los controles internos y el cumplimiento legal, de forma que el incumplimiento de esa obligación podría dar lugar a la exigencia de responsabilidades.
- Además los inversores y los reguladores requieren mecanismos robustos de control interno, que los administradores estén en todo momento informados de la marcha y actividades sociales, permanezcan libres de conflictos de intereses y actúen de forma reflexiva. Con este fin, se están destilando prácticas útiles para evidenciar el cumplimiento de los deberes fiduciarios, desde la creación de un registro de decisiones, a la puesta en marcha de un mecanismo de asesoría jurídica independiente que contribuya a la puesta en marcha de buenas prácticas en materia de gestión de investigaciones externas o de avisos de los supervisores, alertas de las auditoras, denuncias quejas o sugerencias de los accionistas, etc.

Por lo que respecta a la elección de nombrar una asesoría independiente (y determinar sus competencias), o apoyarse en Comités Internos u otras Instancias societarias (servicio jurídico, Consejo, Comité de auditoría, etc), habrá que determinar, en base a la naturaleza del problema si corresponde encargar al servicio jurídico corporativo, o bien si es apropiado nombrar expertos externos.

- Por lo general, el servicio jurídico interno debe supervisar y realizar investigaciones de menor gravedad, y las que respondan a acusaciones o alegaciones de calado deben, al menos, ser directamente supervisadas por el Consejo o por un Comité del mismo que pueden requerir apoyo externo e independiente.
- Al margen de supuestos de menor envergadura, para ser considerada verdaderamente independiente y evitar cualquier sospecha de sesgo favorable a la alta administración, la investigación debe ser realizada por técnicos externos, por ejemplo bufetes que no hayan representado anteriormente a la empresa y que , a cambio de que deba familiarizarse con esta (lo que puede implicar retrasos), realizará un intenso

escrutinio.

- En el caso de que se convoque un Comité especial -interno- que supervise las investigaciones, puede resultar pertinente solicitar informes externos, y confidenciales para ese comité, evitando posibles conflictos de interés con la alta dirección. Y, si a lo largo de la investigación surgen sospechas de que algún miembro de ese Comité estuviese afectado, deberá ausentarse de las reuniones pertinentes y limitarse el acceso a la documentación al respecto
- Junto a la gravedad de la posible infracción, es relevante verificar las competencias y nivel jerárquico en la empresa de los involucrados. Por ejemplo, si se sospecha que un miembro del Consejo o de la alta dirección está implicado en el comportamiento supuestamente ilegal, puede ser necesario establecer un comité especial de directores independientes, o bien, previa ponderación, cabe determinar que el comité de auditoría interna existente sea suficiente para verificar los hechos.

Una de las primeras cuestiones que habrá de abordarse es la relativa a la posible concurrencia de conflictos de intereses. Además, la decisión debe ser revisada a medida que la investigación avanza, sobre todo si se hacen evidentes nuevos hechos que modifiquen la naturaleza de la investigación.

Es importante:

- poner fin a cualquier conducta ilegal, y hacerlo lo antes posible.
- determinar el alcance de la infracción,
- y comprobar si afecta a otros actores (cómplices, coautores, etc).
- considerar la posibilidad de una acción disciplinaria,
- implementar cambios en el programa de cumplimiento, y mejorar los controles internos.

Finalmente**, habrá que determinar la necesidad de la divulgación de los organismos reguladores, auditores o el público en general.**

- En el caso de que se produzcan retrasos en la revelación de información cuya comunicación esté prescrita, ello puede servir de base para un eventual litigio contra los administradores o contra la propia sociedad.
- Si la revelación no es requerida en derecho, habrá que decidir (mejor de forma colegiada) si revelar voluntariamente resultados, tanto a los reguladores como al mercado y al público.
- Seguramente habrá tensión entre los miembros del Consejo, algunos pueden mostrarse favorables a la divulgación completa e inmediata de todos los hechos para demostrar las mejores intenciones de la compañía como un buen ciudadano corporativo. Otros pueden preocuparse por el daño a la reputación, los efectos sobre las transacciones de capital o de deuda en curso, el litigio de seguimiento, o una caída significativa en el precio de las acciones. Estos debates deben orientarse, no sólo en virtud de criterios económicos o de conveniencia, sino también y sobre todo, conforme a derecho.
- Por lo que respecta a la revelación voluntaria de información a los reguladores, al revelar la mala conducta al regulador, el Consejo está poniendo de alguna forma la empresa al albur de posibles sanciones. Debe ser creíble de forma que el regulador no ponga en duda la legitimidad de la investigación, y efectuarse de modo que se intente minimizar sanciones asociadas con los incumplimientos identificados. La cooperación con la justicia (Autoridades de mercado, autoridades de la competencia, etc.) permiten minimizar las sanciones (por ejemplo a través de programas de clemencia), no obstante, no está exenta de riesgos (la información revelada puede finalmente servir de base para el inicio de acciones en una jurisdicciónndistinta, o por parte de otra autoridad que no forma parte del programa de clemencia, o incluso impulsada por los accionistas).