



Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Teijeira Rodriguez, Mariano. Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 935-948. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21026>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LEGAL COMPLIANCE: CONCEPTUALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN CORPORATIVA

MARIANO TEIJEIRA RODRÍGUEZ*

Resumen

El término anglosajón “Legal Compliance”, y su común uso para designar elementos indiferenciados dentro del Control Interno de las empresas, ha generado y genera dudas acerca de la concreta actividad que éste debe designar, y mayormente, cuál es el marco normativo de actividad que aquél comprende, tanto como de los instrumentos de gestión que la regulación provee. Este artículo tratará de ofrecer una visión conceptual de “Legal Compliance”, a través de un esquema revelador de los conflictos de intereses que se generan en la actividad empresarial y su incardinación en nuevo Derecho Corporativo.

Contenido

1. Legal Compliance: Contabilidad de Gestión y Derecho. – 2. Objeto: Legal Compliance como elemento del Control interno e interacciones. – 3. Sujeto: El oficial de cumplimiento “Compliance officer”. – 3.1. La figura del Asesor jurídico. 3.2. Instrumentos de Gestión. – 4. La responsabilidad – 5. Conclusiones.

1. LEGAL COMPLIANCE : CONTABILIDAD DE GESTIÓN Y DERECHO

La caracterización del legal compliance y su concreta ubicación en diferentes áreas de conocimiento, es una de las cuestiones básicas que se presentan a la hora de enfocar su estudio, por lo que uno de los planteamientos iniciales que debe ser constatado es el porqué de la incardinación de esta materia en el área del derecho mercantil y más concretamente, cuando nos referiremos a su incardinación en el anteproyecto de código mercantil y su nuevo derecho corporativo.

Pues bien, sobre estas bases y un punto de vista puramente lingüístico, hemos de señalar que compliance no es otra cosa que “obediencia”¹ ello indica la existencia de un acto, disposición o acuerdo que debe ser obedecido, lo que unido a la expresión “Legal”, nos lleva de modo claro al entendimiento de legal compliance como aquella actividad (acción) que tiene por objeto, lo ordenado por aquel que lo dicta, y más

* Abogado, Profesor Asociado Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Cambridge dictionarie: *to act in the way that someone else has commanded or wished*. Obediencia. (Del lat. oboedientia). 1. f. Acción de obedecer. Obedecer. (Del lat. *oboedescere, der. de oboedire). 1. tr. *Cumplir la voluntad de quien manda*. Diccionario de la Real Academia Española 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012.

concretamente por el cauce de expresión de aquello que hace surgir la obligación, es decir, una actividad de aquel que goza de imperio, la expresión reguladora del mismo, o de aquello que mediante expresión de la voluntad acordada hace surgir el cumplimiento,² es decir, legal compliance se refiere necesariamente a la actividad de obediencia de la Norma, pactada, impuesta o acordada³, por lo que ontológicamente es una actividad incardinada en el área del Derecho, entendido éste como ciencia que estudia el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden. En este sentido, es correcto aseverar que estamos ante una materia cuyo contenido corresponderá indiscutiblemente al área del Derecho, por constituir una actividad jurídica.

Dicha actividad jurídica, está encaminada al cuidado del cumplimiento de las obligaciones que afectan a la empresa, y está dirigido a proporcionar mecanismos de adhesión y evaluación del cumplimiento como instrumento del mercado, y en tanto, dicho de otro modo, el mercado es, superadas las tesis subjetivista y objetivista (mercader/acto de comercio) el objeto del derecho mercantil, corresponderá necesariamente su conocimiento a éste área específica⁴, cuyo objetivo será el cuidado por el cumplimiento de todas las obligaciones que afectan a la empresa, tanto las normas de aplicación imperativa como las normas que son asumidas voluntariamente por la empresa.

Ello no quiere decir, que en tanto nos estamos refiriendo a una actividad, esto es, a un proceso dinámico, este debería de ser conducido o dirigido mediante el uso de instrumentos de gestión, de ahí su aproximación a la gestión contable (Accounting

² Cada empresa e individuo tiene la obligación de actuar de acuerdo a las leyes establecidas de un territorio determinado. En Critón de Platón, según Sócrates, todos los ciudadanos que pertenecen a un Estado tienen la obligación de obedecer las leyes del Estado. Esta obligación de obedecer la ley deriva de la noción del contrato social, en virtud del cual, los ciudadanos de una sociedad renuncian a sus derechos sobre el Estado y en cambio reciben la paz y la seguridad. En este sentido, el Estado tiene la facultad de crear leyes que rigen las relaciones de los ciudadanos, que éstos están obligados a cumplir por el bien de la sociedad. HOBBS, T., *Leviathan*, TUCK, R. (ed), 1st ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1996; LOCKE, J. (1986), *The Second Treatise on Civil Government*. Prometheus Books, New York, 1986; ROUSSEAU, J.-J., *The Social Contract and other later political writings*, GOUREVITCH, V. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

³ Además del cumplimiento de la ley debido al sentido de la obligación de los ciudadanos a obedecer los mandatos de la ley, que se deriva del contrato social, la gente también obedecen a la ley a través de la percepción de los factores internos y externos. La percepción de los factores internos, o perspectiva normativa, explica el cumplimiento de la ley desde el ángulo de lo que la gente considera como justo y moral. En compromiso normativo personas se sienten personalmente comprometidos con cumplir la ley con independencia de que corren el riesgo de castigo por violar la ley. Compromiso normativo implica moralidad personal o legitimidad. La moralidad personal implica el cumplimiento de la ley, porque los ciudadanos consideran que la ley es justa. Alternativamente, la legitimidad significa obedecer la ley porque los ciudadanos sienten que la autoridad de aplicación de la ley tiene derecho a dictar el comportamiento. En consecuencia, la perspectiva normativa explora normas interiorizadas de la gente de la justicia y la obligación. VEDIA JEREZ, H. *Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*. MARCOS FERNÁNDEZ, F., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (dirs.), Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Getafe, mayo 2014, p. 300

⁴ En este sentido, Casanovas Ysla, se refiere a legal compliance como “función jurídica proactiva” en CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal. Cuaderno 1: Conoce tu organización", en KPMG, p. 7, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno1-Conoce-tu-organizacion.aspx> (consultada por última vez 12 de septiembre 2014)

Management) empero, no deben confundirse los instrumentos de gestión con la materia que se gestiona y que debe ser objeto del conocimiento, que no es otro que el jurídico.

2. OBJETO: LEGAL COMPLIANCE COMO ELEMENTO DEL CONTROL INTERNO E INTERACCIONES

El Control Interno es un componente integral de la gestión empresarial que proporciona una garantía razonable de que se alcanzan los objetivos de aquélla, y se minimizan los riesgos existentes en el desarrollo de negocio; dichos objetivos y riesgos responden a diferentes necesidades en cada momento, y se manifiestan y se relacionan con el grado de eficiencia y eficacia en la ejecución de operaciones, esto es, la evitación de disfunciones operativas que dificultan la optimización de la actividad, tanto como la gradación en la fiabilidad en el uso de la información como categoría de los elementos de control interno en su percepción, interna como externa, así como mediante el adecuado cumplimiento u obediencia del conjunto de normas bajo las cuales deben desarrollarse las operaciones, por tanto, cuando se analiza un objetivo o riesgo particular o concreto éste puede recaer por un indebido control operativo, informativo o normativo, en la responsabilidad de uno o diferentes operadores⁵.

El Control Interno comprende los planes, métodos, políticas y procedimientos utilizados para cumplir la misión, plan estratégico, metas y objetivos de la organización constituyendo la primera línea de defensa en la protección de los activos ayudando a la administración de la empresa y al logro deseado y significativo de una administración eficaz de los recursos⁶

A la hora de determinar cuál es la metodología más adecuada de control interno, los sistemas de revisión y mejora continua presentan áreas de análisis correlativos a las categorías básicas de aquél, de tal modo que, una primera categoría se refiera a la ejecución operativa eficaz y eficiente propia del Gobierno Corporativo; una segunda categoría se identifica con el análisis objetivo del riesgo siempre que su minimización proceda de información fiable de tal modo que sea permisible calcular las bases del riesgo; y finalmente una adecuada evaluación del grado de cumplimiento de la norma (Corporate Governance, Risk management & Compliance).

Es así que el control interno comprenderá tres tipos de metodologías adecuadas a las diferentes categorías, que no son otras que las Metodologías de gestión, aplicables al Gobierno corporativo (Corporate Governance); las Metodologías de cálculo de riesgos

⁵ Circular 5/2013, de 12 de junio, de la CNMV, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. El Control interno es entendido este como : “proceso efectuado por el consejo de administración, la dirección y los demás empleados de la organización diseñado para proporcionar seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: – Eficacia y eficiencia de las operaciones. – Fiabilidad de la información financiera. – Cumplimiento de normas aplicables a la entidad. – Salvaguarda de activos. BOE Núm. 150, Lunes, 24 de junio de 2013, Sec. I. Pág. 47180

⁶ UNITED STATES. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *Standards for internal control in the federal government : 2013 exposure draft : by the Comptroller General of the United States*, GAO-13-830SP, United States Government Accountability Office, Washington, D.C., 2013

esto es, de valoración y cálculo del riesgo de gestión (Risk management); y por último las Metodologías de evaluación, gestión y de políticas reguladoras de las empresas (Legal Compliance).

La Función del Control Interno ⁷se ejecuta ora mediante los procedimientos legales establecidos (por ej. normas sobre auditoria, normas sobre gobierno corporativo, conducta, abuso etc.) ora mediante normas de autocontrol establecidas bajo principios estandarizados que pueden ser Genéricos (p.ej. Gao-13-830sp Standards for Internal Control in the Federal Government) o Específicos para cada modelo organizativo empresarial; y en cualquier caso creados bajo criterio propio.

2.1. Legal Compliance – Gobierno Corporativo

El concepto de Gobierno corporativo –Corporate Governance– va más allá del concepto jurídico, Órgano de Administración y su estatuto jurídico (conjunto derechos y obligaciones establecidos en la norma); Corporate Governance se relaciona con el establecimiento de estrategias reguladoras concretas orientadas a la protección de los operadores vulnerables, cualquier que sea la relación de agencia⁸ contemplada⁹ y que es necesario para determinar y alcanzar los objetivos de la organización, independientemente de que sean estructuras internas (auxiliares del empresario y accionistas por ej.), como externas (clientes, proveedores, administración), en general grupos de interés (Stakeholders).

La imprescindible modernización del derecho de sociedades, debe procurar las modificaciones legales que proporcionen y respondan a las cuestiones básicas planteadas, pues su ausencia, determinará la imposibilidad de alcanzar los objetivo del buen gobierno corporativo deseado, de tal modo que, la tendencia del legislador es elevar las Políticas Empresariales a rango normativo más allá de “Comply or Explain”¹⁰. Tal es así, que no solo se regula la existencia misma de dichas políticas sino también las consecuencias no coercitivas de la falta de cumplimiento sino que se imponen las Metodologías de Gestión de Gobierno corporativo y en consecuencia de

⁷ CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal, Cuaderno 2: El cumplimiento de las normas y su relación con la Gobernanza y la Gestión del Riesgo", en KPMG, p. 9, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno2-Cumplimiento-normas.aspx>

(consultada por última vez el 12 de septiembre 2014)

⁸ La Teoría de la Agencia (Jensen y Meckling, 1976) constata que en general existe una falta de concordancia e intereses entre principal y agente, debido a que el principal está interesado en que sea máximo el producto, utilidad o beneficios de la empresa -la maximización de los ingresos del principal-, mientras que el agente estará interesado en maximizar su renta personal -monetaria y no monetaria-.

⁹ VV.AA., *The anatomy of corporate Law: a Comparative and functional approach*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 26

¹⁰ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO. *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo*. CNMV, Madrid, 14 de octubre de 2013, en CNMV, <https://www.cnmv.es/portal/legislacion/COBG/COBG.aspx> (consultada por última vez el 23 de marzo de 2015)

legal Compliance, verificables mediante la adopción de estándares¹¹ obligatorios, bien conforme a principios acordados que se elevan a rango normativo¹² o bien mediante la instauración de un conjunto normativo¹³. Pues bien, ello se traduce en cualquier caso en obligaciones de cumplimiento (compliance) que deben ser verificadas (Por ejemplo, que de la adopción, adhesión u obligación acordada del principio de información de tenencia accionarial, devenga la obligación de informar por el órgano de administración a los empleados, del hecho y la posibilidad de evaluar el grado de cumplimiento, y adhesión a dicho principio). Es por lo cual, la interacción Legal Compliance-Gobierno Corporativo son elementos interrelacionados en la metodología.

2.2 Legal Compliance - Gestión de riesgos

La gestión del riesgo (Risk Management), como metodología de cuantificación de riesgo, y sistema de medición del impacto de la decisión empresarial, presupone la objetivación del riesgo y la medida de su impacto. Entre los riesgos a evaluar y cuantificar se encuentran los riesgos de cumplimiento.

La gestión de riesgos, es el proceso sistemático de comprender y evaluar el riesgo, siendo sus herramientas esenciales, los canales de información internos y externos, en tanto que éstos son los que permiten cuantificar y delimitar aquéllos, y ello con la finalidad de maximizar las posibilidades de que los objetivos sean logrados, y asegurar que las organizaciones, individuos y comunidades sean sostenibles¹⁴.

La gestión del riesgo, en sí misma considerada, no es más que un proceso de recopilación de información con el que la dirección de la empresa toma sus decisiones estratégicas¹⁵. La gestión del riesgo como disciplina, está sujeta a estándares profesionales de actuación, normas legales, principios y preceptos de autocontrol que deben ser evaluados, y que desde un doble punto de vista engloba la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de información entre los agentes internos de la compañía, y la adecuación del propio órgano gestor del riesgo, a los estándares de su ejercicio, ambos enfocados, a los principios regulatorios de su actuación. La monitorización del riesgo, es un elemento básico del Control Interno, y su obediencia legal un elemento necesario de gradación, lo que determina que la gestión del riesgo sea como el Gobierno corporativo un adicional elemento básico de la metodología de legal compliance.

¹¹ ej. ISO/IEC 38500:2008 applies to the governance of management processes (and decisions) relating to the information and communication services used by an organization.

¹² Ej. "Informe Cadbury" o "Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.

¹³ Ej. Libro verde de la UE 2011

¹⁴ THE INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT, *Building excellence in risk management*, en <http://www.theirm.org/about/risk-management/> (consultada por última vez el 10-09-2014)

¹⁵ SHARON, B., "Operational risk management: the difference between risk management and compliance", en <http://www.continuitycentral.com/feature0243.htm> (consultada por última vez el 10-11-2014)

3. SUJETO: EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO “COMPLIANCE OFFICER”

3.1. La figura del Asesor jurídico

Históricamente, las Asesorías jurídicas de muchas empresas han desempeñado la actividad de Oficina de cumplimiento de la compañía, y ello porque el cumplimiento se considera una actividad legal y regulatoria. Ese hábito sigue siendo común hoy en día, pero la opinión generalizada de los autores y usos empresariales han cambiado sustancialmente en los últimos años, ahora la preferencia, especialmente entre las grandes empresas y en industrias altamente reguladas, es separar la totalidad de las funciones, compliance–asesoría, debido a una creciente conciencia de que el cumplimiento de hoy "a menudo abarca cuestiones muy alejadas del estricto cumplimiento legal o reglamentario," conceptos como, la ética, los valores de la compañía y la integridad empresarial cobran una especial relevancia.¹⁶

En este sentido, es de destacar que a causa del volumen y complejidad de las normas, la adopción en general de sistemas de control interno y sobremanera, la evaluación y control del cumplimiento legal, han dejado de ser una tareas residuales en la actividad empresarial¹⁷ presentando caracteres propios; más, específicamente para los asesores jurídicos de las empresas¹⁸, y esto ha sido así, puesto que el incumplimiento de las normas (en sentido amplio y estricto) ha generado daños económicos y reputacionales en diferentes tipos de empresas, regulada o no, grande o pequeña, y no podemos desconocer tal y como proponemos al principio de este texto, que uno de los objetivos fundamentales de la actividad y metodología de legal compliance es la protección de los activos de la empresa. De hecho en la mayoría de las empresas españolas la función de asesoría y compliance officer se confunden cuando ambas funciones son o deberían ser independientes.

La separación de Actividades "ayuda a garantizar exámenes jurídicos independientes y objetivos"¹⁹ que se yuxtaponen a la propia configuración de la Asesoría como “juez y parte”, evita el conflicto de interés entre el abogado asesor-grupos de interés como parte del órgano de dirección, e incluso el problema de agencia de la figura en conflicto con el propio interés social; cuando el asesor gestiona intereses profesionales que se contraponen a los de la propia corporación, incluso una adecuada separación, reduce costes²⁰, pues independientemente del tamaño de la empresas, las

¹⁶ JAEGER, J. “The Importance of Splitting Legal and Compliance”, *Compliance, Enforcement & Litigation*, Week nº 25, 2011, pp.23-27 y p. 67.

¹⁷ CASANOVAS YSLA, "Serie de Cuadernos...", *op. cit.*

¹⁸ DAVID, A.C., "Diligent Oversight of Legal Compliance: A Four-Step Guide", *The Corporate Governance Advisor*, nº. 5, vol. 16, 2008, pp. 22-25. “Es habitual que en la práctica, los asesores jurídicos de las empresas asuman la condición de supervisores de “compliance” sin una adecuada gestión de previa del control interno de la compañía, de tal modo que, solamente cuando el Riesgo se transforma en siniestro, es cuando la compañía toma consciencia real y efectiva de la función especializada que se requiere de modo preventivo, para que un adecuado compliance tenga virtualidad (Traducción libre Autor)

¹⁹ JAEGER, J., "The Importance of Splitting...", *op. cit.*

²⁰ "Good Compliance Cuts Legal Costs", *Information Management*, nº 1, t. 43, 2009. “Una reciente encuesta de 235 empresas de Estados Unidos por el Grupo de Cumplimiento de Políticas TI (IT PCG)

que siguen mejores prácticas, cuando se trata de cuestiones de cumplimiento, reducen las ineficiencias de los departamentos legales, de este modo se fomenta "un sistema de pesos y contrapesos"²¹ que permite alcanzar con mayor eficacia los objetivos del propio programa de cumplimiento.

La separación de funciones excluye la posibilidad del uso indebido del privilegio de abogado-cliente, por los miembros interesados en la organización, es decir, cuando confluyen las condiciones necesarias para que se produzcan conflictos de agencia, en tanto las asesorías jurídicas forman comúnmente parte del órgano de dirección, léase Secretaría del Consejo²² por ejemplo. Al mismo tiempo si la actividad de cumplimiento es también la de asesoría, toda la actividad relacionada de ésta con aquél va a estar envuelta presuntamente en el privilegio abogado-cliente, de tal modo que las autoridades no pueden acceder a dicha información²³ (por ej. en informe de actividad en materia de protección de datos cuyos procedimientos y estructuras de informe están reglados).

La actividad del responsable de Compliance, a diferencia del Asesor jurídico, presenta un perfil absolutamente diferenciado, toda vez que, en estas estructuras corporativas, su función tiene una base común, que no es otra que, el conocimiento del entorno jurídico general, empero es habitual que aquél se ocupe del ordenado registro y fehaciencia de las operaciones del órgano de administración, tanto como del consejo experto acerca del estricto cumplimiento de la legalidad vigente, asumiendo la defensa y representación de la empresa frente a ataques externos, quedando normalmente fuera de la realidad interna y ética de la compañía, y únicamente actúe sujeto a su código deontológico profesional.

La función del Responsable de compliance, se focaliza en el conocimiento del acervo empresarial (entendido este como base común de derechos y obligaciones nacidos de los principios ético-sociales y objetivos de la empresa); de las normas existentes en aplicación de dichos principios y objetivos; de las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco del interés social y de los actos en materia de

reveló que, siguiendo las mejores prácticas, una empresa con US \$ 25 mil millones en ingresos anuales puede esperar pasar sólo unos 500.000 dólares al año, más de una compañía de \$ 500,000,000 que demuestra las peores prácticas. Aún más interesante, mejores prácticas reducen considerablemente el costo total anual de los honorarios legales y los asentamientos" (*traducción autor*)

²¹ "Good Compliance...", *ult.op.loc.cit.*

²² No en vano la Comisión de Expertos Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Madrid, 14 de octubre de 2013. considera "adecuado incluir la obligación legal de evaluación anual de la actividad del consejo, dejando para el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno la forma en la que se deba realizar.

²³ NIETO MARTÍN. A. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *Diario La Ley*, n.º 8120, Sección Doctrina, 5 Jul. 2013, Año XXXIV. "En Europa el asalto a la información en poder de las empresas se ha producido por una vía mucho más sutil, aunque también cuestionable. El TJUE en el caso AZKO al que ya se ha hecho referencia, ha negado que los abogados internos gocen del secreto profesional STJUE (Gran Sala), Akzo c. Comisión, 14-9-2010, asun. C-550/07 P. Entre los diversos comentarios a la sentencia vid. FERNÁNDEZ PÉREZ P., "¿Cómo casan las limitaciones al secreto profesional de los abogados de empresa y el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas?: Comentario a la Sentencia del TJCE en el caso Akzo Nobel Chemicals y otros: Comisión, de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07)", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 15, 2011; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., «El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, n.º 7685, 2011

Política empresarial, a diferencia del Asesor no tanto por su capacidad consultiva, como por su capacidad de influencia en el órgano de administración e interesados, para obtener el resultado, y mayormente caracterizado por su independencia tanto en la apariencia como en realidad.

Esta diferenciación lleva a plantear cuál debe ser la posición del compliance officer en la estructura y es una pregunta que siempre acompaña a la cuestión del papel del oficial de cumplimiento, y sobre si él o ella es un directivo con funciones operativas, libre de aplicar las ideas, o bien si cumple un papel de un auditor interno con cierta independencia de la alta dirección²⁴. Pues bien, mientras que la posición del auditor es aquella adecuada a la búsqueda de elementos que justifiquen las razones de sus decisiones²⁵ basadas en hechos objetivos, su posición claramente debe ubicarse externamente a la propia corporación, eso sí, conjuntamente con la actividad de auditoría interna que de modo dependiente, participa junto a la visión externalizada, la adecuación de los hechos objetivos justificados a los procedimientos internos. La figura del Compliance officer debe situarse principalmente dentro de la empresa, pues es quien mayormente conoce los principios y valores de la corporación como componente de la misma (aunque externamente pueda obtenerse un objetivo asimilado)

El responsable del cumplimiento debe incardinarse, en la estructura corporativa, junto al órgano de dirección, con plena actuación autónoma, y el mismo nivel que aquéllos que forman parte del control interno, con quienes se correlacionará interactivamente, pues utiliza un mismo lenguaje y mismas herramientas de gestión; y unido al hecho de que como responsable del aseguramiento de que los valores de una organización es siempre parte del proceso de pensamiento y del proceso de toma de decisiones corporativas²⁶, tendremos argumentos suficientes para justificar la citada ubicación en el cuadro corporativo.

En cualquier caso, para propiciar la comprensión y la motivación de los empleados, el plan de cumplimiento diseñado por su responsable deberá también contar con la ayuda de los gestores de todos los departamentos y niveles como sujetos de apoyo en la promoción y aplicación de la cultura empresarial²⁷, y ello porque los responsables del cumplimiento legal son los principales sujetos activos de creación y mantenimiento de ambientes organizativos tendentes a crear culturas, entornos éticos y de formación empleados y líderes éticos respetuosos de la norma²⁸.

²⁴ GODDARD, THOMAS G. "An integral approach to compliance", *Healthcare Financial Management*, t. 54, nº 8, 2000, pp. 41-47

²⁵ TAYLOR, LAURA P. *FISMA compliance handbook*, Syngress Media Incorporated, 2014

²⁶ VV.AA., "Legitimizing the legitimate: A grounded theory study of legitimacy workamong Ethics and Compliance Officers", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v. 123, nº 2, March 2014, pp. 186-205

²⁷ GODDARD, *An integral approach to compliance...*, *op. cit.*

²⁸ En este sentido el grupo de trabajo CHIEF ETHICS & COMPLIANCE OFFICER (CECO) DEFINITION WORKING GROUP *Leading Corporate Integrity: Defining the Role of the Chief Ethics and Compliance Officer (CECO)*, grupo que efectúa una clara y concisa definición del rol de responsable del cumplimiento y cuál deben ser sus funciones "...Business objectives; "Organizational values or standards; Priority of ethics among company leadership; Industry and regulatory environment; Organizational size; History of ethics and compliance violations; Capability of management throughout the organization to respond to ethics issues; Organizational structure; Management style of the senior

La mayoría de las empresas en las que la función Asesoría-Compliance está claramente separada, el oficial de cumplimiento tiene responsabilidades tanto de “Cumplimiento” estricto senso, como “Éticas” toda vez que para lograr los resultados deseados, tanto la ética como el cumplimiento deben ser horneados en la cultura de la organización.

Por lo tanto, aunque la atención a la cultura ética debe ser el primero de los esfuerzos empresariales (ética/cumplimiento), y todos los componentes de la organización deben demostrar periódicamente que se preocupan por la ética, los valores compartidos (incluyendo los valores son igualmente importantes como línea de fondo), deben demostrar su importancia a través de palabras y acciones coherentes, más cierto es, que el responsable de cumplimiento es quién debe velar singularmente por dicho esfuerzo.

3.2 Instrumentos de Gestión

Los sistemas para la gestión del cumplimiento (Compliance Management System-CMS) son los que nos deben permitir alcanzar de forma razonable los objetivos de cumplimiento. Existen estándares reconocidos internacionalmente ²⁹ que nos proporcionan modos de organizar de manera razonable modelos de cumplimiento; dicho estándares cobran actualmente especial relevancia, fundamentalmente como consecuencia de los recientes cambios en las legislaciones en materia de gobierno corporativo (no debemos olvidar las interacciones existentes en materia de control interno y en cualquier caso, puesto que son los administradores quienes deben velar por una adecuada gestión de la organización, y ello sin perjuicio de los problemas de agencia que puedan surgir -de ahí la importancia de la ubicación correcta del Responsable de cumplimiento dentro o fuera del cuadro de mando-, pues es a aquéllos a quienes les incumbe su implantación, y pues la ausencia de dichos planes, puede interpretarse como una evidencia de falta de diligencia y derivación de responsabilidades personales)³⁰, razón por la cual las corporaciones tienen introducido, o están en el proceso de introducción, de los sistemas para aseguraren que su propia conducta no contraviene los requisitos específicos, como las leyes, reglamentos y la aquellos reglamentos propios de la entidad (sistemas de control interno con carácter general).

Los códigos de conducta, como el conjunto de reglas sistematizadoras de la actuación ético empresarial, constituyen los marcos ético y jurídico dentro de los

team; and Informal practices and shared understandings (“the way things really work around here”) at lower levels of the organization.”

²⁹ Por ejemplo IDW AssS 980 del año 2011 *Principios para el correcto desempeño de Contratos de Aseguramiento razonables relacionados con los Sistemas de Gestión de Cumplimiento*

³⁰ CASANOVAS YSLA, A., Responsable por lo que hacen los demás. *Foment del Treball Nacional = Fomento del trabajo*, nº 2129, 2010, pp. 15-16 . La responsabilidad por hecho ajeno, ya presente en las instituciones jurídicas tradicionales, alcanza hoy en día una renovada dimensión que se relaciona estrechamente con la existencia y correcta aplicación de procesos de control interno. se aprecia una tendencia normativa a exigir de los administradores de empresas un deber de vigilancia cada vez más afinado y documentado, so pena de verse involucrados por los daños ocasionados por sus dependientes en base a la culpa in vigilando

cuales se guía cualquier tipo de actividad, Tienen la finalidad de fortalecer la conciencia de la ley y las normas morales como parte integral de las acciones empresariales, y es por ello que su existencia constituye un instrumento hábil de gestión, pues ellos son la pauta de comportamiento base de la Actividad de Compliance, sistematizada, y organizada de tal modo que se constituye en una herramienta, que diseñada y adecuadamente transmitida y comprendida por todos los operadores interesados (stakeholders), constituye una excepcional garantía positivizada de los marcos actuación que servirán de base para valoración del cumplimiento. Así, en el caso de operadores sectoriales regulados, como, por ejemplo, el sector eléctrico, - cuyo negocio se sustenta significativamente en generar confianza en la minimización del impacto medioambiental en los usuarios-, un seguimiento sistematizado de las pautas de actuación ética cobra una especial relevancia, y aquél que debe asegurar su grado de actuación puede gozar de un instrumento sistematizado excepcional que le permite mayormente cumplir los objetivos, máxime cuando incluso dichas reglas, delimitan sistemáticamente las conductas éticas en el mercado³¹

Los códigos éticos son un conjunto de reglas sistematizadas reveladoras de la cultura de la organización. El Código ético no es una mera declaración programática de buena voluntad, sino el conjunto de directrices esenciales con que se dota la organización que deberá hacer cumplir tanto a sus dependientes directos como a los terceros que se relacionan con ella ³², Son, por tanto, un instrumento adicional que permite de modo, ordenado constituir guía de evaluación del grado de adecuación de la corporación en cada momento a la cultura o bagaje que forma parte de la base de actuación del responsable de la valoración.

Los Manuales de operaciones son a diferencia de los códigos, simples instrucciones internas de actuación empresarial que permiten conocer a todos los gestores en qué modo deben ser ejecutadas las operaciones de gestión empresarial desde un punto de vista material u objetivo, permiten que los engranajes de la gestión empresarial funcionen correctamente, y como cualquier manual, será eficaz en la medida en que sirvan de herramienta de aprendizaje para los usuarios. En cualquier caso la falta de conocimiento de su existencia o la indebida formación de los usuarios, o imposibilidad de comprensión de los mismos no asegura que se producirán disfunciones corporativas, cuya valoración es crítica para el responsable del cumplimiento.³³

³¹ MASSAGUER FUENTES. J. "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2011 "...en las condiciones previstas legalmente, la indicación de estar vinculado a un código de conducta hecha por un empresario o profesional inculca a sus destinatarios una expectativa fundada y legítima de cumplimiento de los compromisos asumidos cuya inobservancia defrauda en todo caso esa expectativa y determina que el entendimiento en su momento propiciado por aquella indicación no se pueda corresponder nunca con la realidad de las cosas o, lo que es lo mismo, induzca siempre y fatalmente a error (apreciado, eso sí, en una valoración necesariamente retrospectiva)"

³² CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2013

³³ BARRY, M., GRIMSHAW, J., "Communicating legal compliance effectively" en *Corporate Responsibility Management*, t. 2, nº 4, pp. 34-37. "El fácil acceso a las normas, políticas, procedimientos: Uno de los objetivos de los programas de cumplimiento es que los empleados se integran sin problemas en el cumplimiento de las actividades de trabajo. Eso requiere la accesibilidad adaptada a la forma de trabajar en realidad. Si los empleados no pueden acceder fácilmente a las políticas y procedimientos que rigen el cumplimiento cuando los necesitan, es decir, si el acceso a las políticas y procedimientos se

4. LA RESPONSABILIDAD

“El tono ético de las organizaciones” es un concepto que se relaciona con la cultura de una empresa y la necesidad de observar ciertos estándares éticos en el desarrollo de los negocios, lo que enlaza directamente con el cumplimiento de la legalidad (como una manifestación más de ética)³⁴. Conseguir y mantener el tono ético en la organización es siempre un objetivo recomendable. Cada vez en más países el mantenimiento de un tono ético se establece como una obligación legal, y los ordenamientos regulan de modo imperativo la forma y contenido su estándares, y ello así, porque los programas de compliance son utilizados de modo que se muestran como producto estrella, y tiene por finalidad única la generación de una cobertura o parapeto frente a eventuales responsabilidades que se deriven de faltas de previsión o atención, de hecho, en la actualidad las autoridades tratan con seria desconfianza aquéllos programas que no cumplen una serie de requisitos mínimos³⁵, lo que se traduce en una carencia de credibilidad mínima necesaria para obtener para poder ser utilizados como exonerantes totales o parciales de responsabilidad³⁶

Existen jurisdicciones donde el grado de culpabilidad civil, penal³⁷ o administrativa, aplicado a las personas jurídicas atraviesa por analizar su cultura

convierte en un paso adicional fuera de los procedimientos normales de trabajo, los empleados son menos propensos a usarlas. Fácil accesibilidad también tiene un modo de excusa para el incumplimiento.”(traducción libre Autor)

³⁴ CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal. Cuaderno 1: Conoce tu organización", en KPMG, p. 7, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno1-Conoce-tu-organizacion.aspx> (consultada por última vez 12 de septiembre 2014)

³⁵ MAGRO SERVET. V., "Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)", *Diario La Ley*, nº 7633, Sección Doctrina, 19 Mayo 2011, Año XXXII. El Magistrado en el citado texto reflexiona acerca de ¿Cuáles serían las vías para acreditar el deber de observancia del control? lo que más nos interesa es estar en condiciones de conocer qué es lo que se va a exigir acerca del establecimiento del plan de prevención jurídica que exonere a la empresa de responsabilidad, ya que fue el tema más destacado que se puso de manifiesto por los asistentes en las primeras jornadas de formación del sector asegurador de empresa sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, celebradas en Madrid en fecha 23 de marzo de 2011, organizadas por la Fundación Mapfre y Agers. Y es lógico que así sea, ya que si bien queda clara la necesidad de implantar el sistema de *compliance programs* (programas de cumplimiento normativo), también lo es la pregunta dirigida a quién será quien valide el grado de suficiencia de este programa de prevención, porque la principal conclusión de este sistema es que el Estado le ha obligado al sector empresarial a implantar el programa de prevención, pero, sin embargo, no le ha dicho a este sector cómo debe hacerlo.

³⁶ VEDIA JEREZ, H. *Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*. MARCOS FERNÁNDEZ, F., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (dirs.), Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Getafe, mayo 2014, p. 312. Señala con relación a las autoridades de competencia “As a consequence, this position of competition authorities has reduced the incentives of most undertakings to create effective antitrust compliance programs. Despite the preceding, if competition authorities would unquestionably grant credit to undertakings just for having established antitrust compliance programs without having considered if these are real and creditworthy, then the possibility of undertakings creating sham antitrust compliance programs with the sole purpose of receiving certain indulgence from the competition authorities”

³⁷ Como acertadamente señala MAGRO SERVET. V. *Op. Cit.* Además de la responsabilidad penal a la empresa le generarán estos hechos responsabilidad civil directa En efecto, la responsabilidad civil de la persona jurídica será ahora directa no subsidiaria. Si bien antes, en el art. 120 CP se trataba de la responsabilidad subsidiaria, en el art. 116.3 CP se deriva la responsabilidad civil directa. Además, lo será

organizativa, es más la responsabilidad criminal de la empresa sólo puede nacer cuando se constata la falta de cultura en su comportamiento ético y dentro de la legalidad³⁸. En nuestro cuerpo legal la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traducen en conductas, de hecho ni su formalización, ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal a las corporaciones³⁹.

La obligación de velar por el cumplimiento de la norma en el seno de la persona jurídica, no resulta en nuestro Derecho tan inédita como se pretende, existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno⁴⁰.

Un adecuado cumplimiento normativo, previene y mitiga la responsabilidad civil y penal de la Empresa y la previene las responsabilidades en que puede incurrir, también así lo hace de las consecuencias de su ausencia, y por tanto de la costosa reparación del daño y el no menos costoso procedimiento sancionatorio⁴¹, generador de la pérdida de activos, detonante de la insolvencia empresarial.

5. CONCLUSIONES

La mayoría de los ordenamientos han establecido una importante batería de incentivos destinados no sólo a que las empresas establezcan programas de cumplimiento, y nuestro ordenamiento no presenta caracteres diferenciados, yendo más allá, es decir, limitando la capacidad de autorregulación de las corporaciones para determinar sus mecanismos de control interno fijando como deben transmitirse y homogeneizarse la

solidaria con las personas físicas que resulten condenadas por los mismos hechos. Desaparece el criterio de subsidiariedad, en aquella responsabilidad civil patrimonial que correspondía a las personas jurídicas por los hechos de las personas físicas y que se contenían en el art. 120 CP concretado en las personas jurídicas en sus números tres y cuatro.

³⁹ Circular 1/2011, Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010

⁴⁰ Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o El Código Unificado de Buen Gobierno. En el este sentido FEIJOO SÁNCHEZ. B., *Recensión a Osvaldo Artaza Varela, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, “la mera referencia a la gestión eficaz de riesgos empresariales y la auto-organización empresarial son insuficientes para poder hablar con propiedad de una verdadera culpabilidad de la empresa por delitos cometidos en el marco de su actividad Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido. La Ley orgánica sobre protección de datos de carácter personal Ley del Mercado de valores, ley de competencia desleal, Ley Competencia desleal etc

⁴¹ ARTZA VALERA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y Límites*, Marcial Pons, 2013, pp. 45-74 La responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información. El castigo de la persona jurídica persigue motivarlas para que adopten programas de cumplimiento

información necesaria para el correcto funcionamiento de control interno⁴² y por ende la actividad de legal compliance, proponiendo esquemas que engloben los elementos estructurales del mismo a fin de que puedan ser utilizados como elemento exculpatorio o determinante del grado de responsabilidad (a modo de calificación de la sanción como grave o menos grave, o a la hora de determinar la imputabilidad o no de por los hechos delictivos de las corporaciones, y como no las responsabilidades privadas que se deriven directa o indirectamente, de la inexistencia, o su caso de los requerimientos mínimos de efectividad y coherencia de la actividad, en virtud ora de las relaciones institucionales de la empresa con terceros, tanto como de las relaciones contractuales o problemas de agencia que se generan entre los operadores internos y externos y en general a los grupos interesados. De hecho dicha preocupación por el legislador se manifiesta expresamente en el Artículo 286-5. Anteproyecto De Ley Del Código Mercantil “el informe de gobierno corporativo deberá ofrecer una explicación detallada... Sistemas de Control de Riesgo... Grado de Seguimiento. de las recomendaciones de gobierno corporativo⁴³” donde implícitamente se concluye que sin un efectivo legal compliance en su interacción con la gestión del riesgo y gobierno corporativo no es posible la consecución de los objetivos de la organización, a saber maximización eficiente del beneficio y minimización del riesgo de pérdida de activos, y solamente aplicando técnicas y metodologías de legal compliance se puede proporcionar una valoración o aproximación válida del grado de aplicación del conjunto ético normativo de la empresa. Si bien, es esperable que las modificaciones finales del anteproyecto, incluyan en el texto definitivo, no solamente referencias al control interno, sino tal, y como hace el legislador al referirse en la Ley de Mercado de valores, cuando regula las instituciones de inversión, al establecimiento en las empresas de unidades que garanticen el desarrollo de la función de cumplimiento normativo.

En definitiva el legislador se hace partícipe de que un adecuado control del cumplimiento normativo minimiza el “Riesgo de incumplimiento” abarata costes internos y externos, previene y mitiga la responsabilidad de la Empresa mejora la confianza a incrementa la captación de recursos externos (inversión)⁴⁴ de este modo las

⁴² Directiva 2014/95/UE del parlamento europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014

⁴³ ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL, C.M. 30/05/2014, Artículo 286-5. Contenido del informe de gobierno corporativo.... g) Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones. ..h) Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera....2. Sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos, corresponde al organismo de supervisión del mercado de valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento.

⁴⁴ De hecho, la LMV en su Artículo 70 ter, redactado por el apartado once de la disposición final primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito («B.O.E.» 27 junio). Vigencia: 28 junio 2014 establece a la hora de regular las empresas de servicios de inversión que éstas “*ejercerán su actividad con respeto a las normas de gobierno corporativo y los requisitos de organización interna establecidos....deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.A tal efecto deberán:contar con sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa clara,*

metodologías de legal compliance contribuyen al crecimiento económico de las empresas, haciendo el mercado más eficiente y transparente.

adecuada y proporcionada conforme al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y.....Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas.La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.”