

EL COMPLIANCE EN LAS EMPRESAS

Mtro. Enrique Yáñez Santos¹⁵

Sumario: Palabras Clave. Resumen. 1.- Definición. 2.- El cumplimiento requiere una aplicación individualizada. 3.- Compliance de prevención y detección de delitos. 4.- Compliance en materia penal. 5.- Los abogados y el área de compliance. Conclusión. Bibliografía.

Palabras Clave.- Compliance. Nuevo Sistema de Justicia Penal. Sistema Corporativo de Compliance. Gobierno Corporativo. Modelo de Prevención y Detección de Delitos.

Resumen.

La reforma del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México cambio el alcance de la responsabilidad para administradores, consejeros y directivos en el ejercicio de sus funciones.

El buen cumplimiento de las normas no puede darse por sentado dentro de cada empresa, sino que debe velarse porque efectivamente se cumplan.

La inclusión de un sistema corporativo de Compliance reduce la gravedad de la responsabilidad ante posibles delitos y multas.

En vista de las deficiencias fundamentales detectadas en las sociedades mercantiles ante una falta de implementación de un Compliance que afecta las buenas prácticas de un gobierno corporativo en base a una gestión de riesgos eficaz lo que se traduce en la confianza del público en la integración de las sociedades mercantiles.

Establecer como requisito de constitución de las sociedades mercantiles les dará la opción de ser evaluadas y calificadas en base a los criterios esenciales y

¹⁵ Maestro en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de México. Abogado egresado de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro de la Barra de Abogados del Estado de Puebla, A.C.

también adicionales, ofreciendo un estándar integral sobre el que sentar las bases de la regulación, supervisión, buen gobierno y gestión de riesgos.

1.- Definición

En términos teóricos el compliance es el nombre anglosajón con el que se define el cumplimiento normativo en las empresas a través de políticas y protocolos reguladores.

En la práctica, este concepto trasciende no sólo al cumplimiento de los aspectos legales sino de todas las políticas internas de la compañía desde códigos éticos, responsabilidad social corporativa, convenio colectivo, etc. Se entiende, por tanto, que el compliance es instrumento que regula la actividad de la empresa y la protege de posibles incidencias que supongan un delito.

La definición que hace el [Comité de Basilea](#) de cumplimiento es: “una función independiente que identifica, asesora, alerta, monitorea y reporta los riesgos de cumplimiento en las organizaciones, es decir, el riesgo de recibir sanciones por incumplimientos legales o regulatorios, sufrir pérdidas financieras o pérdidas de reputación por fallas de cumplimiento con las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y los estándares de buenas prácticas (juntos “leyes, reglas y estándares”)”.

Se ha considerado¹⁶ por cumplimiento la función específica que permite a las empresas, a través de procedimientos adecuados como el establecimiento de políticas de actuación en determinadas materias, detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, mitigar los riesgos de sanciones y las pérdidas que deriven de tales incumplimientos. Y por riesgo de incumplimiento los riesgos de sanciones legales, normativas, pérdida financiera material o de reputación.

El cumplimiento incluye entre otros temas: la protección de datos, el [KYC \(Know Your Customer\)](#), la ley del mercado de valores, la [prevención de blanqueo de capitales \(PBC\)](#), códigos y reglamentos de conducta internos, responsabilidad social corporativa y reputación. Además las leyes, reglas y estándares de

¹⁶ Oro y Finanzas.com. “¿Qué es compliance o cumplimiento del sector financiero?” Diario Digital del Dinero.

cumplimiento provienen de varias fuentes: legislación, reglas y normas emitidas por los legisladores y supervisores, convenciones de mercado, códigos de prácticas promovidos por asociaciones de la industria y códigos internos de conducta, por lo que pueden ir más allá de lo que es meramente vinculante legalmente hablando y abarca normas más amplia de integridad y conducta ética.

2.- El cumplimiento requiere una aplicación individualizada

Debido a ello, el cumplimiento normativo requiere una aplicación individualizada en las diferentes empresas u organizaciones ya que deberá estar ajustado a sus necesidades concretas, su tamaño, tipo de negocio y estructura de la entidad.

Se pueden diferenciar dos niveles de cumplimiento dentro de una empresa. Por un lado se deben cumplir las normas externas que se imponen a la organización y por el otro de deben crear sistemas internos de control para lograr que se cumplan las normas impuestas desde el exterior. Además se deben crear mecanismos para lograr que se cumplan las normas impuestas internamente de igual forma.

También se ha definido¹⁷ El *compliance* como el cumplimiento normativo consiste en establecer las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumplen con el marco normativo aplicable. Dentro del marco normativo no han de considerarse únicamente las normas legales, como leyes y reglamentos, sino también las políticas internas, los compromisos con clientes, proveedores o terceros, y especialmente los códigos éticos que la empresa se haya comprometido a respetar, pues existen multitud de casos en los que una actuación puede ser legal pero no ética.

Función del Compliance es llevada a cabo mediante cinco conjuntos de actuaciones, que han de coordinarse entre sí y planearse cuidadosamente:

- Identificación: se han de identificar los riesgos a los que se enfrenta la empresa, teniendo en cuenta su severidad e impacto y la probabilidad de que se den.

¹⁷ Requena, Carlos. “Compliance officer o como evitar responsabilidad penal de empresas”. Forbes México.

- Prevención: conociendo los riesgos, se debe diseñar e implementar procedimientos de control que protejan a la empresa.
- Monitorización y detección: la efectividad de los controles implementados debe ser supervisada, informando a la dirección de la exposición de la empresa a los riesgos, y realizando las auditorías periódicas que sean precisas.
- Resolución: cuando pese a todo surge algún problema de cumplimiento, debe trabajarse para su solución.
- Asesoramiento: los directivos y trabajadores deben recibir toda la información necesaria para llevar a cabo su trabajo de acuerdo con la normativa vigente.

Tradicionalmente, estas funciones recaían en los departamentos de asesoría jurídica, al menos a nivel general. Pero debido a la mayor complejidad regulatoria han surgido personas que se especializan en esta función, ya sea desde dentro de la empresa como asesor *in-house*, o bien como parte de compañías especializadas en *compliance*. De ahí que los grandes despachos de abogados y firmas de auditoría estén potenciando sus áreas de *compliance* para prestar esta función a las compañías que lo requieran. A su vez, dentro del organigrama de la empresa, los encargados de *compliance* pueden trabajar de forma centralizada, diseñando y controlando las actividades de toda la organización; o de forma descentralizada, integrándose en las distintas áreas de la empresa de una forma más autónoma, sin perjuicio de que exista una persona supervisora a nivel general.

Toda actividad empresarial conlleva una serie de riesgos con responsabilidades, sociales, jurídicas y penales. Por ejemplo ¿Qué ocurre si uno de tus empleados guarda pornografía infantil en la computadora de la empresa? ¿y si un administrador o contable del negocio ha incurrido en la falsificación de cuentas o en un delito de fraude? En estos casos, más o menos habituales, el **compliance en la empresa es clave para evitar el acto delictivo** y sobre todo, la responsabilidad penal que éste tendría. La **manera de protegerse** es

preparar un modelo normativo de prevención y detección de delitos, el "compliance"

Además, conviene saber que disponer de un **modelo de prevención y detección de delitos** es una de las condiciones para realizar [contratos mercantiles](#) con grandes empresas nacionales e internacionales por lo que su utilidad no se ciñe a la protección sino a la regulación de las relaciones empresariales.

3.- Compliance de prevención y detección de delitos

El Compliance consiste en implantar un modelo normativo de prevención y detección de delitos con el que el empresario pueda probar ante un supuesto procedimiento legal que se estaba actuando conforme a la legalidad.

Este modelo de prevención y protección de delitos, en el que deben formarse directivos, administradores y empleados contiene los siguientes aspectos:

- Mapa de riesgos donde se concrete aquellas actividades susceptibles de cometer delito.
- Modelo de gestión y administración de recursos financieros.
- Procedimiento para la toma de decisiones en la empresa y su puesta en marcha.
- Sistema disciplinario de sanciones que sirva de prevención del incumplimiento de delitos.
- Establecer vías de denuncia de incumplimiento normativo para todos los miembros de la empresa.
- Evaluación periódica del modelo de prevención y detección de delitos, de sus imperfecciones y posibles mejoras.

4.- Compliance en materia penal

Ontiveros Alonso¹⁸ lo denomina *programas de complemento normativo*, es decir, un catálogo mínimo de cumplimiento y se configura por una serie de pautas, líneas, directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar pueda ser considerado en armonía con el ordenamiento jurídico.

Se reflejan en instrumentos de distinta índole desde circulares internas que establecen criterios de actuación que incluyen manuales operativos hasta protocolos unificados en la toma de decisiones que establecen tramos de responsabilidad bien definidos. Estos materiales son parte importante de un programa de cumplimiento normativo, pues las reglas de operación empresarial se establecen por escrito y son sujetas a revisión y actualización, y su elaboración refleja la disminución de riesgos empresariales así como las medidas más adecuadas para enfrentar la eventualidad de un problema en la práctica.

Si no se fundamenta en un diagnóstico serio y real de la empresa acabaría por ser ineficaz, para excluir o atenuar una probable responsabilidad penal. No basta con generar protocolos, manuales y guías básicas de actuación, si estas no tienen un referente sólido en la empresa y en caso de ser requerida ante una probable imputación deberá acreditar que su programa de cumplimiento se sustenta en un diagnóstico preliminar que esta supervisado por una persona responsable.

Para que un programa de cumplimiento sea exitoso debe de cumplir con cinco fases:

- Elaboración de un diagnóstico que incluya detención y eliminación de riesgos
- Diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos)
- Capacitación y evaluación periódica del personal
- Implementación de un sistema de denuncias interno y externo
- Un sistema de supervisión y sanción por una persona responsable

³ Ontiveros Alonso, Miguel. “Para que sirve el compliance en materia penal”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

En la práctica el personal no conoce el contenido de los protocolos, ni son capacitados respecto de su contenido y por lo tanto no se aplican.

Las modalidades, tipos y alcances son muy variables dependiendo de la actividad empresarial, desde un cibercafe para prevenir pornografía hasta la industria de la construcción para evitar riesgos laborales. Es necesario implementar por escrito reglas de operación empresarial que sean sujetas a revisión y actualización.

En la nueva Ley de Juegos y Sorteos se exige a los aspirantes a obtener el permiso para la instalación de un casino la presentación de un programa de cumplimiento normativo, y lo cual también debería de establecerse como un requisito en la Ley de Sociedades Mercantiles al momento de la constitución de una persona moral.

Las personas jurídicas pueden ser sujeto a imputación penal en México como se aprecia en los siguientes preceptos legales:

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal:

Cuando algún miembro o representante de persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal efecto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta, sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.

(Código Nacional de Procedimientos Penales)

Artículo 27 BIS.- (Responsabilidad Penal de una Persona Moral o Jurídica Código Penal del Distrito Federal).

I.- Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a).- Sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho; o

b).- Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica;

Artículo 27 Quintus.- Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

c).- Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica

Miguel Ontiveros Alonso es de la opinión que las referencias relativas a ejercer el debido control al ámbito organizacional y la de establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos, se refieren claramente a programas de cumplimiento. Así la fase de detención y eliminación de riesgos está dirigida a evitar que éstos se traduzcan en delitos y para ello se requiere ejercer el control debido sobre ellos, mientras que las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse, pasan por la generación y aplicación de protocolos así como por canales de denuncia internos y externos.

La implementación de los programas de cumplimiento debería de verificarse con independencia de que hubiere o no un esquema de responsabilidad penal para los entes colectivos, ya que las empresas que más confianza generan, que mejores resultados ofrecen y que muestran el mayor crecimiento, son aquellas que tienen los programas de cumplimiento más sólidos.

El establecer en las empresas un programa de cumplimiento traería como consecuencia una mejor garantía del respeto a los derechos humanos, en especial, las condiciones humanas en el desempeño del trabajo. Esto es así,

porque el compliance laboral pasaría por el debido diagnóstico de la empresa, el control y la eliminación de los riesgos, se diseñarían reglas básicas para la realización de las tareas desde condiciones de higiene, alimentación y vivienda hasta un canal de denuncias y un oficial de cumplimiento.

El Compliance sirve para el prevalecimiento del orden jurídico y como una vía útil para la salvaguarda de los derechos humanos.

En conclusión, los programas de cumplimiento sirven para combatir la corrupción e instaurar la cultura de la legalidad en los entes colectivos, lo que traducido en la práctica empresarial constituye el prestigio.

El cumplimiento normativo es fundamental en cualquier entorno económico que favorece la estabilidad de los mercados al ser un garante de igualdad de oportunidades para competir y favorecer un entorno empresarial saludable.

5.- Los abogados y el área de compliance

El “área de *compliance*” no es una función exclusiva del “área jurídica” de la empresa. Cada una tiene su propia finalidad, pero ambas se complementan para lograr un debido control organizacional frente a los desafíos regulatorios, riesgos diversos y una feroz competitividad.

En términos generales, el área jurídica se ocupa de la estructura legal interna y las relaciones jurídicas de la empresa con el mundo exterior, ya sea para diseñar las condiciones legales óptimas para la administración, operación, funcionamiento y cumplimiento normativo laboral, comercial y fiscal, entre otras muchas materias, o, en su caso, para afrontar los problemas jurídicos derivados de posibles conflictos y controversias (litigio legal), actividades que encuentran apoyo invaluable en los sistemas de vigilancia, supervisión y control de información denominados *compliance*, indispensables para las empresas en la creación y constante actualización de sus marcos normativos internos y la atención de procesos regulatorios frente a los clientes y proveedores, incluido el correcto manejo de cualquier procedimiento administrativo y judicial, con el fin ubicar y cumplir los estándares regulatorios.

El *compliance legal*, entendido¹⁹ esencialmente como cumplimiento de la normatividad aplicable o relacionada con la organización, es una función de gobierno corporativo que opera como un puente que comunica a la organización con la normatividad del mundo exterior, y simultáneamente mantiene el equilibrio con el orden normativo interno. Su complejidad radica en que la reglamentación interna de una empresa no obedece necesariamente (como la mayor parte de las normas jurídicas) a un criterio estrictamente legal, sino a criterios técnicos, científicos, pragmáticos, sociológicos, tecnológicos o relativos a los mercados altamente competitivos. Así, por ejemplo, las reglas en prevención de riesgos, antes que ser jurídicas y considerarse inherentes al derecho laboral, son reglas técnicas elaboradas a partir de la comprensión de los principios operativos del personal, maquinaria, herramientas o equipos con los que se trabaja, incluidos los sistemas informáticos y tecnológicos. Sólo si se elaboran a partir del conocimiento de la necesidad de generar *valor compartido* y congruencia con el objeto social corporativo, se conseguirá una cultura de prevención eficaz

La empresa no sólo es un ente “autorregulatorio” que actúa ajustándose exclusivamente a exigencias de carácter técnico, humano, tecnológico, científico o mecánico (autorregulación empresarial). Es decir, no basta con que el área encargada del *compliance* verifique el seguimiento de las reglas, códigos o instructivos administrativos y operativos internos, sino que es necesario que conozca, comprenda y articule las normas que se le imponen a la empresa por el Estado (regulación)^[2]. Precisamente por ello, la corporación debe corresponsabilizarse del cumplimiento en los tres diferentes niveles regulatorios siguientes:

1. Nivel regulatorio supranacional. Es aquel que establece normas de estandarización universal como los denominados ISO, certificaciones privadas prestigeadas o criterios de medición del impacto medioambiental de las empresas, generando una forma de “autorregulación” que se conoce como *soft regulation* o *soft law*, cuya traducción corresponde a *ley suave*, *normas ligeras*, *blandas* o mejores prácticas corporativas a nivel internacional. Es decir, un

⁴ Requena Carlos. *op. cit.*

conjunto de reglas no coercitivas ni legalmente vinculantes para las organizaciones, pero que, por su peso, conveniencia, prestigio e importancia, así como por constituir el principal indicador de competitividad, resultan generalmente con más peso que las normas jurídicas del Estado establecidas como *hard law* o regulación dura, normas duras, coercitivas y legalmente vinculantes para las empresas por ser creadas por los congresos legislativos. El contenido del *soft law* es útil para que los Estados, gobiernos y las empresas guíen sus mejores prácticas de comportamiento para el mejoramiento de sus áreas encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego a los derechos humanos, la implementación de una verdadera cultura de legalidad y el cumplimiento regulatorio generado por la competitividad.

2. Nivel regulatorio estatal, federal o nacional. El gobierno corporativo de una empresa, al articular su área de *compliance* con el área jurídica, adopta sistemas que le permiten mantener alineados sus reglamentos o políticas internas con la legislación estatal, federal o nacional aplicables, de tal manera que todos sus reglamentos internos –propios de su actividad empresarial– mantengan concordancia, siempre actualizada, con las normas gubernamentales. La importante labor del *compliance officer*, o de quien ejerce estas funciones, para mantener la congruencia, armonía y el cumplimiento *autorregulatorio interno* con la *regulación externa* de la empresa.

3. Nivel regulatorio interno. El *compliance* también constituye un sistema de información cuyo objetivo es doble: Permite mantener los reglamentos, códigos o políticas corporativas internas “al día”, de tal manera que en todo momento sea posible verificar que sus disposiciones son las adecuadas para las actividades que regulan conforme a la naturaleza de la empresa, evitando así el posible desfase entre el enunciado de la regla y la realidad a la que regula.

Este *compliance penal* incluso puede servir como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la empresa, siempre que ésta demuestre que implementó las medidas de prevención necesarias para prevenir o evitar la comisión de delitos en y desde la corporación. Así, la organización tendrá mejores

oportunidades de deslindarse total o parcialmente de una acusación por responsabilidad penal.

Retroalimentarse constantemente por medio de la detección de fallas o retroalimentación interna por los procesos de autorregulación corporativa, ya sea derivado de la caducidad de sus reglamentos (por ejemplo reglas preventivas de accidentes elaboradas a partir de esquemas operativos que no han sido reemplazados ni actualizados), o derivado de la inaplicabilidad e inviabilidad de las reglas internas, como consecuencia de que los empleados no tienen la preparación, conocimiento ni capacitación para cumplirlas.

El *compliance* empresarial no se desarrolla ni se contiene únicamente en folletos, reglas, protocolos o manuales de instrucciones, programas de verificación, códigos éticos y canales de denuncias (*whistleblowing*). Su realidad siempre es dinámica y compleja, por lo que es necesario implementar principios y valores compartidos representados en las mejores prácticas corporativas, eficaces y vivenciales.

Dependiendo de la naturaleza, administración, operación, especialización, número de empleados y tamaño del negocio, el *compliance* integra la coordinación, entre otras muchas, de las siguientes materias:

- Gobierno y derecho corporativo
- Protección de datos personales
- Regulación civil y mercantil
- Contabilidad y fianzas
- Leyes anticorrupción
- Derecho laboral
- Recursos humanos
- Derecho informático
- Derecho Penal

El *compliance* se convierte en excelente aliado para la supervivencia y éxito de las empresas que deseen perdurar en el tiempo.

Conclusión.

Que de acuerdo con lo manifestado con antelación y para poder estar al nivel de las empresas a nivel mundial se propone la modificación del artículo 6 de la Ley de Sociedades Mercantiles para que se adicione una fracción XIV que establezca como un requisito que debe contener en la escritura o póliza constitutiva un programa de cumplimiento que contenga:

- 1) La elaboración de un diagnóstico que incluya detección y eliminación de riesgos,
- 2) El diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos),
- 3) La capacitación y evaluación periódica del personal,
- 4) La implementación de un sistema de denuncias interno y externo y
- 5) Un sistema de supervisión y sanción por una persona responsable.

Bibliografía.

- Comité de Supervisión bancaria de Basilea. “Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz”. Septiembre de 2012.
- Ontiveros Alonso, Miguel. “Para qué sirve el compliance en materia penal”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- Oro y Finanzas.com. “¿Qué es compliance o cumplimiento del sector financiero?” Diario digital del dinero.
- Requena, Carlos. “Compliance officer o como evitar responsabilidad penal de empresas”. Forbes México.

Leyes:

- Ley General de Sociedades Mercantiles
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Penal del Distrito Federal