



Officer compliance y gestión ética empresarial en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Officer compliance and business ethics management in times of criminal liability of legal persons

Suqui-Romero Gabriel Yovany

Universidad Técnica de Machala / gsuqui@utmachala.edu.ec

Machala - Ecuador

Versión electrónica

<https://investigacion.utmachala.edu.ec/proceedings/index.php/utmach/issue/view/3>

RESUMEN

La empresa privada en Ecuador se enfrenta a nuevos paradigmas relacionados al ejercicio del “buen gobierno corporativo”, así como a la posibilidad latente de su responsabilidad penal. Este trabajo, tiene como objetivo abordar la necesidad de conocimiento del officer compliance como instrumento de gestión empresarial, y su incorporación con miras a prevenir la comisión de delitos y a liberar o atenuar de responsabilidad penal a la empresa. La necesidad del compliance en la existencia de la empresa, requiere el conocimiento de los elementos generales que lo estructuran y que serán abordados en este trabajo. Teniendo como sustento la revisión bibliográfica especializada y la experiencia extranjera, el objeto de esta investigación son los resultados de dos preguntas planteadas en un cuestionario aplicado en un trabajo anterior que indicaban que la mayoría de las empresas encuestadas, aunque desconocían el compliance, lo consideran herramienta indispensable. Finalmente, se arribó a la conclusión de la necesaria implementación del compliance como mecanismo idóneo para lograr los dos propósitos indicados supra, mediante difusión y conocimiento a través del canal de denuncias.

Palabra clave: Officer compliance, responsabilidad penal, ética, empresa.

ABSTRACT

The private company in Ecuador faces new paradigms related to the exercise of “good corporate governance”, as well as the latent possibility of its criminal responsibility. This work aims to address the need for knowledge of the compliance officer as an instrument of business management, and its incorporation in order to prevent the commission of crimes and to release or mitigate the company's criminal liability. The need for compliance in the existence of the company requires knowledge of the general elements that structure it and that will be addressed in this work. Bearing in mind the specialized bibliographic review and the foreign experience, the object of this research is the results of two questions raised in a questionnaire applied in a previous work that indicated that the majority of the companies surveyed, although they did not know the compliance, consider it a tool indispensable. Finally, we arrived at the conclusion of the necessary implementation of compliance as an ideal mechanism to achieve the two purposes indicated above, through dissemination and knowledge through the complaints channel.

Keywords: Officer Compliance, criminal responsibility, ethics, company.

Introducción

En Ecuador desde el año 2014 las sociedades delinquiren. Se trata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ), cuyo marco normativo sustantivo lo acuñan los arts. 49, 50 y 71 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Frente a esa responsabilidad, la empresa privada debe actuar con apego al Derecho so pena de su potencial enjuiciamiento criminal.

Este trabajo de revisión, surge de una investigación anterior titulada “Temores empresariales en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en el que se aplicó entrevistas a directivos de empresas de la ciudad de Machala-Ecuador. Dos de las preguntas versaban sobre el compliance, advirtiéndose en ese entonces, su necesidad, para enfrentar ciertos temores de responsabilidad penal.

Se abordan en este trabajo, tres cuestiones que permiten contextualizar al tema central en la problemática de la discusión actual. En efecto, el discurso académico aborda, además del tema central el cual versa exclusivamente en el conocimiento del compliance y su estructura, otros aspectos, como los de empresa privada en el paradigma de la sociedad del siglo XXI, y RPPJ.

Desarrollo

La empresa privada en el paradigma de la sociedad del siglo XXI.

El comercio transfronterizo y la consecuente globalización del mercado “como momento” (Bustamante , 2014), a menudo proyectan nuevos paradigmas económico-sociales que apenas acaban de consolidarse los unos, crean la necesidad de replantearse otros nuevos, en una especie de “espiral progresista” que genera relaciones dialécticas que se impulsan irremediabilmente hacia el futuro. En ese paradigma, las empresas necesariamente “mutan” para adaptarse a las nuevas exigencias comerciales, so pena o de perder competitividad o inclusive desaparecer

La crisis financiera global como parte de esas “crisis colosales” (Johnson & Pleyers, 2008), advertida en una de las dimensiones que presenta el peligro en la sociedad de riesgo señalada por Beck (2002), y concretada en los últimos años, que ha evidenciado entre otros factores, “conductas reprochables de los operadores económicos y de los supervisores relacionándola con falta de transparencia de la gestión empresarial, con abusos de los administradores” (Bacigalupo, 2011a), ha provocado desconfianza en los sistemas económicos y financieros a los que azota, y en los que, además de hacerlos tambalear, ha desnudado graves problemas en cuestiones de “legalidad, de ilegalidades y de debilidades éticas” (Bacigalupo, 2011b). Empero, la empresa está reaccionado y es ella quien ha advertido su problema y por ende la “necesidad de una dirección y cultura empresariales basadas en valores” (Mohn, Mohn, & Meier, 2008). Sin embargo, pese a la reacción propia del sector empresarial y a la necesidad de actuar en valores, dado la trascendencia de la actividad que desarrolla, se hace necesario además, el amparo de leyes de prevención y precautela de bienes jurídicos. Surge entonces, “bajo necesidad política criminal” (Donaires Sánchez, 2013), la intervención del Derecho Penal.

Officer Compliance

El compliance en la actividad empresarial no es novedad, ya desde mucho tiempo se hablaba de autorregulación y la autorregulación regulada, entendida ésta última como la delegación del Estado a las empresas para que éstas resuelvan sus propios conflictos internos, pero supervisados de cierto modo por el Estado a través de estímulos externos, de la concesión de permisos o licencias y de sanciones en caso de vulneración al sistema legal (Cigüela Sola, 2015). Tanto la autorregulación como la regulación regulada exigen la implementación en las empresas del compliance.

Los programas de cumplimiento son considerados cuerpos normativos en los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos (Alonso Gallo, 2011). Ha de entenderse como gestión de riesgos, “el establecimiento de procedimientos y medidas tendentes a la minimización de las infracciones normativas en el seno de la empresa” (Coca Vila, 2013), de ahí que, como indicamos supra, surge su necesidad.

De modo más completo, es entendido por la doctrina especializada como un conjunto de normas, procedimientos y medidas de vigilancia y control para fortalecer los valores empresariales, así como para proteger la reputación de la empresa y el actuar en apego al Derecho, gestionado por un responsable que verifica su aplicación y eficacia (Juanes Peces & et al, 2017a), a lo que añadimos, y conocidos por todo el personal relacionado con la actividad de una empresa.

En todo caso, cualquier definición que se adopte, deberá reflejar los dos objetivos cronológicamente advertidos: coadyuvar en la integración de la cultura del respeto al Derecho que permita la prevenir la comisión de delitos empresariales; y, por otro, para eximir o atenuar la responsabilidad penal de la empresa como advierte Casas y Álvarez (2011). El segundo de los objetivos advertidos, puede traducirse en un salvataje que le permitirá a la empresa mantener su <<existencia>>, y además proteger a su personal humano de la intervención punitiva del Estado.

Luego, la denominación “officer” equivale a que para que el compliance surta efectos dentro de un proceso penal, sea “oficial”, es decir, acreditado por las diferentes certificadoras cualificadas como la ISO 19600 o la UNE 19601, además de las exigencias que requieran las regulaciones respectivas de los ordenamientos penales en donde se lo pretenda hacer surtir los efectos dentro de un juicio penal.

Estructura

Aunque no exista un modelo estandarizado de compliance, ya que éste va a depender del tamaño, las necesidades y las exigencias de la empresa, debe al menos reunir una estructura básica para su correcto funcionamiento y acreditación.

La decisión del órgano empresarial.- El punto de partida para la configuración del officer compliance, es sin duda, la decisión de adoptarlo. Esa decisión está a cargo del órgano principal de la empresa y se plasmará en un documento Acta que evidenciará la voluntad de la empresa para implementarlo. Esa decisión, debe además, contener las previsiones autonómicas y económicas para el correcto funcionamiento. El Acta de decisión, constituye la parte visible del proceso de formación de la voluntad empresarial.

Pero, para que el máximo organismo tome la decisión, se requiere la participación activa del órgano de administración, sobre el que, pesan los deberes de lealtad en la gestoría hacia los propietarios o deberes ad intra; y, los deberes ad extra, relacionados con la prohibición de cometer ciertos actos delictivos (Silva, 2016a). Entonces, puede decirse que la gestión directriz de la actividad empresarial es materializada por el órgano de administración en estricto apego a sus funciones administrativas (gestoría), encomendadas por sus propietarios -en lealtad a ellos-, y a su vez observando, en su actuar, fidelidad al Derecho para no incurrir ni hacer incurrir a la empresa en la comisión delictiva. Lo indicado demostraría, además, “un cambio de papel del órgano de administración: ya no es sólo el responsable de la gestión lucrativa del negocio, sino también de la gestación de una cultura corporativa de adhesión al Derecho y a la ética” (Silva, 2016b).

Los Códigos de Buen Gobierno.- Van mucho más allá de un simple código ético que regula comportamientos humanos en los distintos ámbitos de la vida social. Los códigos de buen gobierno, que “significan para una empresa su grado de compromiso y su grado de interés por el respeto a la ley y a la ética empresarial” (Juanes Peces & et al, 2017b), constituyen parte fundamental en la configuración del compliance.

El mapa de riesgos.- Constituye la primera actividad de elaboración del compliance previo su instauración y luego de la toma de decisión del órgano. Es un documento que refleja los potenciales riesgos penales que enfrenta o puede enfrentar la empresa en el ejercicio de su actividad. Se lo elabora luego de un exhaustivo análisis de todos y cada uno de los reglamentos y documentación de importancia de la empresa; del análisis del funcionamiento de cada departamento; de la realización de entrevistas y encuestas a quienes están al frente de los órganos de control, dirección y administración, a los

responsables de cada departamento o sección, socios comunes y empleados; y, de las actividades a las que se dedica lícitamente la empresa.

Está estructurado en tres momentos: a) el análisis in situ de la situación real de la empresa, b) la determinación de los riesgos penales, y c) el señalamiento de las “medidas concretas de prevención que habrán de adoptarse para evitar o reducir significativamente el riesgo de comisión de todos y cada uno de los ilícitos penales” (Velasco Nuñez & Saura Alberdi, 2016a), es decir, las medidas o planes de prevención de riesgos.

Los canales de denuncias.- Son los mecanismos físicos o informáticos a través de los cuales los involucrados en la actividad empresarial, pueden comunicarse para realizar consultas o denuncias sobre temas que vulneren o menoscaben las buenas prácticas, o como sostienen Velasco & Saura (2016b): “sobre irregularidades, malas prácticas, incumplimiento de normas o actos indebidos observados en el seno de la PJ (...)”.

Estos canales cumplen una doble función: difusión del compliance entre todas las personas involucradas en la actividad empresarial; y, en su cometido primordial, para dar a conocer irregularidades, y para que el oficial de cumplimiento proceda a realizar todas las averiguaciones pertinentes puestas a su conocimiento y proceda con su tarea.

La normativa.- El compliance requiere además contar con un marco normativo que contemple estímulos, sanciones, y los procedimientos respectivos. Todo ello dentro del manual de conducta y actuaciones denominado “Código de ética”.

Implementación y funcionamiento

Los programas de cumplimiento pueden ser implementados y dirigidos desde el interior de una empresa por un órgano propio; desde fuera de la empresa, por un órgano que no mantiene ningún vínculo con aquélla; y, también puede ser implementado desde la propia empresa pero dirigido por un tercero ajeno a ella, o viceversa. A ésta última forma de funcionamiento se la denomina “mixta” y es recomendada tanto en PYMES cuanto en empresas o corporaciones medianas y grandes, y que consistiría a decir de Zárate (2016), de un sistema: “dirigido por un único Compliance Officer pero que cuente con el apoyo continuo tanto de recursos internos como externos que garanticen la eficacia del sistema”. Lo importante será siempre garantizar la autonomía económica y de funcionamiento. Pero, no basta su implementación en cualquiera de las formas adoptadas, sino además su pleno funcionamiento, eficacia, y su “adaptación” misma en la gestión empresarial. Es decir, una vez instaurado, debe operativizarse dentro del engranaje mismo de la empresa para evaluar paulatina y progresivamente los resultados con miras a prevenir la comisión de delitos. De ahí su doble y consecuente objetivo: la prevención (a priori) y la exclusión o atenuación de responsabilidad penal (a posteriori).

Para que la implementación y funcionamiento de un programa de cumplimiento sea eficaz y tenga valía para el Derecho penal, en cualquiera de las tres formas analizadas, deben ser dirigidas por un órgano colectivo o individual, al que se lo denomina oficial de cumplimiento o chief compliance officer que es el encargado <<manejar>> y garantizar la eficacia del compliance.

Pero además, se requiere la necesaria participación y la debida protección al Whistleblowing para que sin ser parte integrante de los programas de cumplimiento pero si del personal vinculado a la empresa, tenga la facilidad, reserva y protección para

denunciar o comunicar al chief compliance el peligro o comisión de infracciones penales en la empresa, lo contrario tornaría al compliance ineficaz.

El compliance y la responsabilidad penal de la empresa

El art. 49 del COIP regula la RPPJ de derecho privado ecuatoriana o extranjera por la comisión de un catálogo de delitos que a forma de *numerus clausus*, comprenden solamente alrededor de 81 infracciones penales.

Aunque el modelo de imputación penal no ha sido claramente explicitado en la exposición de motivos del COIP, particularmente se aboga por la construcción de un sistema de autorresponsabilidad por defecto de organización.

Como consecuencia de la tipificación de la RPPJ, la empresa privada se enfrenta a penas (Oliveira, 2015), que algunas veces son “capitales” como su disolución o extinción, que constituye la <<muerte civil>> (Aranzadi Instituciones, 2015) de las empresas. Otras penas que le son aplicable son las multas, comiso penal, clausuras temporales o definitivas de locales o establecimientos, actividades comunitarias, remediación ambiental, y prohibiciones temporales o permanentes de contratar con el Estado. Estas penas preocupan al sector empresarial privado y generan en sus representantes y administradores temores (Suqui Romero, Merchán Ramón, & Cando Pacheco, 2018), que pueden prevenirse con el compliance

Previsiones para garantizar la incorporación de los programas de cumplimiento

Existen dos opciones para exigir la implementación del compliance. La primera, abanderada por los modelos alemanes e italianos que prevén sanciones administrativas ya sea en el *Ordnungswidrigkeitengesetz* alemán, como en la Legge n° 190 de 06-11-2012 italiana. La segunda corriente, basada en un modelo penal y que merece mucha discusión, dado los alcances del Derecho penal. En ese sentido y por una parte, se estima la necesidad de una regulación penal por omisión, para sancionar a título de autor o cómplice, a los que siendo responsables de la adopción de un compliance en el seno de una empresa y no lo han hecho y como consecuencia de ello se verifique el cometimiento de un delito dentro de ella. Este planteamiento ya era advertido en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 de España (Tomillo Gómez, 2016); por otra parte, el denominado *Corpus Juris* para la protección de intereses financieros de la Unión Europea, que en el art. 12.3 prevé un modelo de exigencia basado en el Derecho penal, aunque no como delito autónomo, sino dentro de determinados delitos (Bacigalupo, 2011c).

En la actualidad en Ecuador y en varios países, las empresas no tienen ninguna obligación legal de implementar programas de cumplimiento, todo queda a su iniciativa, no obstante, como lo afirma García (2016): “(...) la actuación ética frente a los terceros interesados se lo exige como un aspecto esencial del buen gobierno corporativo”, lo que además, en algunos países, reportará para la empresa que los adopte, cierta connotación económica (Bacigalupo, 2012)

CONCLUSIONES

La empresa privada ha tenido participación activa en la crisis financiera global, lo que ha llevado a que la sociedad observe con preocupación el desapego de aquellas de la fidelidad al Derecho. Sin embargo, esa crisis al ser advertida también por el propio sector, abriga oportunidades de transformación en el actuar empresarial con miras a gestionar sus riesgos de forma adecuada y encaminadas a fortalecer la ética y por ende a prevenir la comisión delictiva, esto como “un compromiso ético de la empresa” (Goena, 2017), en el que el compliance constituye la herramienta indispensable para ejercerlo. Siempre que exista la firme decisión y el apoyo total del máximo órgano de la empresa y sea adoptado, el compliance se convierte en la parte visible del “espíritu” empresarial.

Siempre que en una empresa exista un proceso idóneo de formación de la voluntad para incorporar al compliance que contemple las previsiones autonómicas y económicas necesarias; que en el mapa de riesgos se plasmen los potenciales peligros y las previsiones del caso; que el canal de denuncia cumpla su cometido de medio idóneo para canalizar en debida y reservada forma las denuncias, así como de medio de disfunción masiva que permita su conocimiento y no sólo en la empresa sino también en todas las personas e instituciones vinculadas con su actividad; que el Chief compliance officer tenga autonomía e independencia; que el Whistleblowing sea protegido y respetado; que el Código de Ética contenga normas de sanciones, estímulos y procedimientos adecuados, el compliance reportará prestigio y utilidad a la empresa.

Finalmente, el officer compliance como instrumento de gestión oficial (debidamente acreditado), además de promover la cultura ética de cumplimiento y de fidelidad al Derecho, reporta utilidad en dos sentidos: prevención de delitos, y atenuar o eximir a la empresa, socios y administradores de responsabilidad penal. Sin embargo, para acogerse al segundo beneficio, además de ser oficial, de funcionar en la empresa, requiere, ser probado dentro de un proceso penal. El conocimiento del compliance como medio probatorio, se perfila en una futura investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, J. (2011). “Los programas de cumplimiento”, en Díaz-Maroto y Villarejo/Rodríguez Mourullo (eds.) Estudios sobre las reformas al Código Penal. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- Álvarez, M., & Casas, I. C. (2011). ¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la l.O. 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica). Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de <https://app.vlex.com/#vid/333599106>: <https://app.vlex.com/#vid/333599106>
- Aranzadi Instituciones. (Enero de 2015). Thomson Reuters. Recuperado el 29 de septiembre de 2018, de Instituciones Aranzadi: <https://www.aranzadi.es/aranzadi-instituciones>
- Bacigalupo, E. (2011). Compliance y Derecho Penal. Cizur Menor: Aranzadi, SA.
- Bacigalupo, E. (2012). “Compliance” y derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi.
- Beck, U. (2002). Das Schweigen Der Wörter., (pág. 18). Moscú.
- Bustamante, J. C. (2014). Reseña de: “Transformaciones globales. Política, Economía y Cultura” de David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton. Aldea Mundo, 8(16), 107-108. Recuperado el 30 de Septiembre de 2018, de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=54381613> ISSN 1316-6727
- Cigüela, J. (2015). La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad penal estructural de la empresa. Madrid: Marcial Pons.
- Coca, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? en Silva Sánchez, J., (Dir.)/Montaner Fernández (Coord.), Criminología de Empresa y Compliance. Barcelona: Atelier.
- Donaires, P. (2013). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Comparado. Derecho y Cambio Social, 1-22. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de www.derechocambiosocial.com
- García, P. (2016). Las políticas anticorrupción en la empresa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso, 47, 219-244. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000200007>
- Goena, V. B. (2017). Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas. Madrid: Marcial Pons.
- Johnson, A., & Pleyers, G. (2008). Globalización, democracia y mercados: una alternativa socialdemócrata. Entrevistas con David Held. Sociología, 23(66), 187-224. Recuperado el 30 de Septiembre de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732008000100009&lng=es&tlng=es.

- Juanes, Á. e., & et al. (2017). Compliance Penal. Madrid: Francis Lefebvre.
- Mohn, L., Mohn, B., & Meier, J. (2008). Valores. Factores esenciales de la cohesión social.
- Oliveira, M. (2015). Responsabilidad penal de la persona jurídica en el ámbito del derecho penal económico. Revista IUS, 9(35), 179-189. Recuperado el 29 de septiembre de 2018, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000100179&lng=es&tlng=es.
- Silva Sánchez, J.-M. (2016). Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Madrid: Edisofer S.L.
- Suqui, G., Ramón, M., & Cando, J. (2018). Temores empresariales en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Universidad y Sociedad, 10(1), 89-95. Recuperado el 29 de Septiembre de 2018, de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>
- Tomillo, M. (2016). Compliance penal y política legislativa. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Velasco, E., & Saura Alberdi, B. (2016). Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance. Cizur Menor: Aranzadi, S.A.U.
- Zárate, C. (2016). ¿'Compliance Officer' o Comité de Compliance? ¿Externalización de defunciones? Actualidad Jurídica(921), 2.

CURRÍCULUM DEI AUTOR

	<p>1 Gabriel Yovany Suqui-Romero</p> <ul style="list-style-type: none"> -Ecuatoriano -Nacido en la ciudad de Machala -Profesor de Derecho penal y práctica penal en la Universidad Técnica de Machala. -Especialista en Derecho Penal Económico y de la Empresa por la Universidad de Castilla La Mancha, Toledo-España. -Experto en Compliance por la Universidad Internacional de la Rioja-España -Máster en Derecho, con especialidad en Derecho Penal, por la Universidad de Alcalá-España -Máster en Derecho (LL.M) con Especialidad Litigación Oral, por la California Western School of Law San Diego CA-EEUU -Doctorando por la Universidad Da Coruña-España
---	---