
Introducción al *compliance* y ética empresarial

PID_00249519

Adán Nieto Martín

Adán Nieto Martín

Primera edición: marzo 2018
© Adán Nieto Martín
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2018
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción	5
1. Concepto de <i>compliance</i>	9
2. Origen y evolución del cumplimiento normativo	11
2.1. Evolución histórica	11
2.2. Cumplimiento normativo como forma de regulación pública ...	17
2.3. Factores que explican el desarrollo del cumplimiento normativo	19

Introducción

En la Ley orgánica 5/2010, de reforma del Código penal, se introduce por primera vez en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es a partir de ese momento cuando empieza a sonar el término en inglés de *compliance*.

Sin embargo, deberíamos esperar otros 5 años más para que en la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, el cumplimiento normativo aparezca en nuestro sistema jurídico y se convierta en un elemento esencial en la empresa para prevenir delitos y eximir o, en su caso, atenuar responsabilidades penales.

Responsabilidades penales

Desde 2015, por primera vez en España las empresas pueden ser sancionadas penalmente. Las sanciones pueden ir desde una multa hasta el cierre de la empresa.

Artículo 31 bis del Código penal

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito,

ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

A través de esta reforma se introduce en el propio Código penal lo que denominamos **sistema de *compliance***, es decir, la referencia a un modelo de organización y gestión que contiene medidas de prevención y control idóneas para prevenir delitos por parte de la persona jurídica y que deberá ser adoptado y ejecutado de manera adecuada y eficaz por esta, en cuyo caso procederá la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Exención de responsabilidad penal de la persona jurídica

Resaltamos, en primer lugar, la novedad de la introducción por primera vez en nuestro Código penal de los sistemas de cumplimiento normativo por las consecuencias que conllevan en materia de exención de responsabilidad penal.

En segundo lugar destacamos que estos programas de prevención y detección de delitos podrán quedar acreditados mediante el cumplimiento de los requisitos incorporados en el art. 31 bis 5 del Código penal.

Tercero, estos requisitos no son taxativos, sino que tienen un valor meramente orientativo. Así se pone de manifiesto en la Circular de la Fiscalía 1/2016, como veremos más adelante.

En la actualidad, cualquier empresa que pretenda competir en el mercado y que se precie de estar bien gestionada tiene que contar con un programa de cumplimiento normativo. Los programas de cumplimiento normativo han llegado para quedarse; no se trata en absoluto de una moda pasajera.

Los programas de cumplimiento normativo tienen que establecer políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa cumpla con el marco normativo que le es aplicable, tanto interna como externamente y tanto nacional como internacionalmente.

Un buen programa de cumplimiento normativo no solo nos puede evitar responsabilidad penal en el futuro sino que además añade valor a la operativa de la empresa.

Cumplir con el marco normativo

Se trata de que las empresas, ya sean grandes o pequeñas, al igual que las personas físicas, cumplan con la legalidad en su sentido más amplio, no solo en el penal.

La elaboración, implantación y ejecución de los programas de cumplimiento normativo no es tarea fácil, debido a que supone una novedad en nuestro sistema legal, y como toda novedad, al inicio supone un reto para todos los que se enfrentan a ella.

Ha supuesto y supone un reto para el legislador que tiene la tarea de regularla con claridad; un reto para los jueces, fiscales, abogados y asesores de empresa que se encuentran ante una materia incierta; un reto para los empresarios que, sin mucha ayuda, deben diseñar por primera vez estos programas; y un reto para los propios oficiales de cumplimiento que, sin contar en muchos casos con una formación adecuada, deben desempeñar esta función sin saber muy bien en qué consiste.

De momento podemos afirmar que el modelo de *compliance* carece de base técnico-jurídica y de tradición histórica en nuestro sistema penal; y que la reforma penal, en esta materia, se ha inspirado en el Decreto legislativo 231/2001 de la República Italiana.

No obstante, contamos, sin duda alguna, con la experiencia en derecho comparado de los países anglosajones y especialmente de los Estados Unidos, donde existe una amplia práctica en esta materia; pero no podemos perder de vista que su marco jurídico es muy diferente al nuestro, lo que nos exigirá una gran labor de adaptación e interpretación, como veremos más adelante.

A pesar de haberse debatido y discutido a nivel doctrinal con gran intensidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún quedan cuestiones por concretar, no solo desde el punto de vista del derecho penal material sino también desde el derecho procesal penal.

Deben articularse reglas que fijen en qué medida la información obtenida en las investigaciones internas puede ser utilizada en el proceso penal, o en qué medida el juez puede acceder a la información de la empresa utilizada en la elaboración de su programa de cumplimiento.

Sin duda, muchas de las incertidumbres en esta materia se irán solucionando a medida que las empresas vayan realizando e implementando los programas de cumplimiento y con el tiempo se desarrolle una práctica empresarial y judicial estable, ya que de momento contamos con una práctica jurisprudencial muy incipiente.

1. Concepto de *compliance*

El término *cumplimiento normativo*, o *compliance* en inglés, es un término que por sí solo no dice nada salvo lo evidente, es decir, cumplir con la legalidad. Cumplir con la legalidad implicaría actuar conforme a la ley y a las obligaciones derivadas de las normas, de las leyes; pero ¿a qué leyes nos referimos?

Nos referimos a un cumplimiento con la legalidad en sentido amplio que abarcaría la legalidad tanto nacional como internacional obligatoria, en materia civil, mercantil, administrativa, laboral, penal, etc., y las normas o directrices de carácter interno y voluntario que se dan las propias empresas para su autorregulación.

Pues bien, aunque el cumplir con la legalidad parece sencillo, en realidad no lo es; nosotros mismos cometemos a lo largo de nuestra vida incumplimientos normativos de distinto tipo, a veces por desconocimiento, a veces por desidia, a veces por imprudencia o a veces nos la jugamos creyendo obtener mayor ventaja o beneficio.

Lo mismo les ocurre a las empresas, en las que, al igual que en nuestras vidas, existen múltiples factores que provocan la aparición de infracciones dentro de la organización, a veces por desconocimiento de la normativa, que en muchos casos es compleja, a veces porque prima la cultura del beneficio frente a la cultura de la legalidad, a veces por la descoordinación interna entre las distintas áreas de negocio, etc.

Por esta razón son necesarios los programas de cumplimiento dentro de una empresa para prevenir la aparición de infracciones, y cuando no haya sido posible la prevención, poder al menos efectuar su detección y sanción.

Los programas de cumplimiento son una herramienta de gestión y, como hemos dicho anteriormente, es un elemento que añade valor a la empresa.

Al ser una herramienta de gestión para la empresa, esta herramienta variará en función del tamaño y estructura de la propia empresa. No es lo mismo una empresa que cotiza en bolsa que una pyme.

Por ejemplo, en las sociedades cotizadas, la regulación del mercado de valores y del derecho de sociedades obliga a contar con órganos internos, como las comisiones de auditoría o de retribuciones, que deben conectarse con el sistema de cumplimiento normativo. Los grupos de sociedades con una actividad muy diversificada deben plantearse qué elementos del cumplimiento normativo pueden ser comunes (por ejemplo, el código ético) y cuáles específicos de cada persona jurídica o división del grupo.

Las empresas que operan en varios países tienen que tener en cuenta que la legalidad cambia de país a país, incluso en sectores ampliamente armonizados por la normativa internacional como la corrupción. El programa de cumplimiento debe adaptarse a la situación de interlegalidad en la que actúan las empresas.

Podríamos definir los programas de cumplimiento como un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y, si es necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento.

Herramientas de gestión para la empresa

No utilizas el mismo destornillador, como herramienta que es, para un tornillo grande que para uno pequeño; pues igual podríamos decir respecto de los programas de cumplimiento, que si bien es verdad que todos tienen que tener la misma estructura y los mismos elementos, estos variarán en función del tamaño y actividad de la empresa.

En resumen, cada empresa tendrá un programa de cumplimiento a su medida en función de su tamaño y de su actividad.

2. Origen y evolución del cumplimiento normativo

El cumplimiento normativo tiene su origen en los Estados Unidos y para comprenderlo tenemos que hacer una breve referencia a su historia y evolución; para ello nos tenemos que acercar a la cultura jurídica y especialmente empresarial de la que procede.

2.1. Evolución histórica

A partir de finales del siglo XIX, durante todo el siglo XX y en el siglo XXI, se producen importantes cambios en las relaciones comerciales y económicas.

Se pasa de escenarios en donde lo que primaba eran empresarios individuales y actos concretos de compraventa, a otros escenarios cada vez más complejos donde se hace necesaria la intervención del Estado, que se convierte en regulador bien para evitar monopolios o prácticas restrictivas de la competencia¹, o bien para proteger la salud de los consumidores frente a la fabricación en masa de alimentos y medicamentos². De tal forma que va incrementándose progresivamente el intervencionismo estatal en la economía y en la vida y funcionamiento de las empresas.

Ejemplos de primeras agencias de control

Ejemplos de primeras agencias de control son la Administración de Alimentos y Medicamentos (1906) y la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) de los Estados Unidos, equivalente a nuestra Comisión Nacional del Mercado de Valores, creada en el año 1934 por la Ley de Valores, que nació tras la crisis del año 1929.

A continuación, veremos en qué sectores, cuándo y de qué forma comienza a intervenir el Estado, fundamentalmente, mediante la exigencia de un mayor control.

A partir de mediados de los años 40, el Departamento de Justicia de Estados Unidos descubre un importante cartel en el sector de los fabricantes de componentes electrónicos y exige a las empresas del sector que adopten programas de cumplimiento para la prevención de conductas contrarias al derecho de la competencia.

Después de la crisis de 1929, la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, encargada de la regulación del mercado de valores, exige a las empresas que establezcan controles internos (*self-policing*), con el fin de evitar el abuso de información privilegiada.

Cumplimiento normativo en Europa

Podríamos decir que muy recientemente, a principios del siglo XXI, el cumplimiento normativo ha dado el salto a Europa.

⁽¹⁾La ley Sherman de 1890 y la ley Clayton de 1914 (EE. UU.)

⁽²⁾La ley Food and Drugs de 1906 (EE. UU.)

Fabricantes de componentes electrónicos

Será el sector de los fabricantes de componentes electrónicos el que hasta finales de los años 80 tenga estrategias más desarrolladas y elaboradas en materia de cumplimiento normativo y derecho a la competencia.

Ya en los años 50, gran parte de las agencias de valores y otros intermediarios financieros se dotaron de programas de cumplimiento. En esos años la SEC llegó a suspender la actividad a sociedades de inversión por no supervisar de manera correcta a sus brókeres.

Sin embargo, fue en los años 80, como consecuencia de los graves escándalos en Wall Street, cuando la SEC exigió de manera generalizada a las agencias de bolsa que supervisaran a sus empleados a través de medidas de organización interna como las «murallas chinas».

La *Ley de uso de información privilegiada y de aplicación de valores* de 1988 consagra este tipo de programas de cumplimiento específicos. Y la Ley Sarbanes-Oxley (SOA) de 2002, en relación a empresas cotizadas, va más allá, pues contempla responsabilidades penales; por tanto esta norma supone un cambio en las políticas de cumplimiento, que pasan de ser un cumplimiento voluntario a un cumplimiento por decreto (*mandatory compliance*).

¿Por qué se produce esta evolución hacia un sistema más punitivo? La clave está en los grandes escándalos de empresas como Enron o World-Com y la pérdida de credibilidad y confianza en el sistema financiero. Estos escándalos pusieron de manifiesto la necesidad de un mayor control sobre los consejos de administración y dirección de las sociedades que cotizan en bolsa y un mayor control sobre sus finanzas y contabilidad.

Esto supuso, entre otras cosas, la creación del Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), comisión encargada de supervisar las auditorías de las compañías que cotizan en bolsa.

En la SOA se regula la imposición de obligaciones como la adopción de medidas de organización interna, por ejemplo un código ético, la eficacia de los controles internos diseñados para prevenir o detectar fraudes, el documentar suficientemente la información financiera para identificar posibles errores o fraudes o el instaurar canales de denuncia anónimos; y se introducen responsabilidades penales para los consejos de administración y dirección.

Responsabilidades penales para los consejos de administración y dirección

Esto supuso un cambio radical con respecto a la legislación anterior, ya que a la auditora externa se le exime de culpa, o al menos de parte de culpa, ya que el informe de auditoría se efectúa a partir de los informes que le concede la compañía. Si el informe que se entrega a la empresa auditora está mal diseñado, contiene información falsa o está falto de información, la responsabilidad recae sobre el ejecutivo de la compañía auditada que ha firmado los informes. Esto otorga una independencia declarada y comprobada a la empresa auditora con respecto a la compañía a auditar.

Murallas chinas

En el mercado financiero reciben la denominación de «murallas chinas» las barreras entre distintas áreas de negocio de los grupos financieros que tratan de evitar que la información privilegiada circule entre ellas. Con este tipo de medidas se protege la integridad del mercado frente al peligro de abuso de la información en situaciones de conflicto de interés.

Ley Sarbanes-Oxley

Se trata de una ley federal de 2002 que toma su nombre del senador demócrata Paul Sarbanes y del congresista del partido republicano Michael G. Oxley. Fue aprobada por amplia mayoría tanto en el Congreso como en el Senado. Es una ley no exenta de controversia pues cuenta tanto con defensores como detractores. Los partidarios de la ley afirman que la legislación era necesaria y útil, mientras que los críticos creen que causará más daño económico del que previene.

La SOA ha influido notablemente en las empresas cotizadas europeas, con independencia de si estas cotizaban en las bolsas norteamericanas, en cuyo caso están sujetas a esta normativa.

En Europa, a partir de la primera directiva sobre información privilegiada (1989), empiezan a popularizarse medidas de prevención como las murallas chinas o los códigos de conducta. Y gran parte de los programas de buen gobierno adoptados por las autoridades del mercado de valores europeos dirigidos a las empresas cotizadas se han inspirado en las regulaciones de la SEC.

Otro ámbito en el que tenemos que buscar el desarrollo de los programas de cumplimiento normativo es en el ámbito de la corrupción.

Se repite el esquema anterior: a mediados de los años 70, más de 400 compañías de los Estados Unidos admitieron hacer pagos cuestionables o ilegales por encima de los 300 millones de dólares a oficiales de gobiernos extranjeros, políticos y partidos políticos. Los abusos cubrían toda la gama desde el soborno de altos oficiales extranjeros para asegurar algún tipo de acción favorable por un gobierno extranjero hasta los llamados pagos de facilitación que se hacían, según se dice, para asegurar que los funcionarios de gobiernos cumplieran con ciertas funciones ministeriales o administrativas.

Para poner fin a estas prácticas y para restaurar la confianza pública en la integridad del sistema comercial norteamericano el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés) en 1977, que sanciona este tipo de prácticas corruptas.

A raíz de la aplicación de esta norma a las empresas norteamericanas, y para evitar que estas estuvieran en una posición de desventaja respecto de otras empresas extranjeras ajenas a las obligaciones y sanciones derivadas de la FCPA, el gobierno de los Estados Unidos comenzó a finales de los 80 a negociar con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés) para obtener el acuerdo de los socios comerciales más importantes de los Estados Unidos.

Años más tarde se aprueba el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales, que ratifican más de 38 Estados.

Desde entonces, y sobre todo a partir de los años 90, los programas de cumplimiento se han convertido en una de las piezas clave en la lucha contra la corrupción, consagrados en convenciones internacionales como las de la OCDE o las de las Naciones Unidas.

Otro sector al que debemos un desarrollo importante de los programas de cumplimiento es el sector armamentístico, y una vez más, cómo no, el punto de partida para la regulación es el escándalo, el fraude y el descontrol. Sin em-

FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)

La *Ley de prácticas corruptas en el extranjero*, en general, prohíbe los pagos corruptos a oficiales extranjeros a los efectos de obtener o mantener un negocio. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos es la agencia de aplicación principal, con un papel coordinado representado por la SEC.

bargo, la novedad en este caso es que la regulación responde a la iniciativa privada de la industria armamentística originada por los fraudes entre estas empresas y el Departamento de Defensa en los primeros años de la era Reagan.

La Iniciativa de la Industria de Defensa (DII) fue importante porque popularizó los programas de cumplimiento y fue adoptada por muchas empresas durante los años 80; tanto es así que posteriormente las *Organizational Guidelines*³ se hicieron eco de esta autorregulación empresarial, y se usó para llenar de contenido los programas de cumplimiento; se recogieron como elementos de un programa de cumplimiento muchos de los elementos de esta iniciativa, como por ejemplo canales de denuncias, sanciones disciplinarias, necesidad de auditar el programa, incentivos a la cooperación con las autoridades, etc.

⁽³⁾http://www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/index.cfm

Iniciativa de la Industria de Defensa (DII, Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct)

En 1986, dieciocho de las mejores compañías de defensa de Estados Unidos crearon la DII. Es una asociación de corporaciones de defensa estadounidenses que voluntariamente acordaron establecer códigos escritos de ética empresarial y capacitar a los empleados para que cumplieran con ellos. Actualmente, los legisladores federales han adoptado muchas de las reformas que la DII instituyó hace décadas.

La DII ayuda a entrenar a cientos de oficiales de ética sobre cómo cumplir con el derecho contractual nacional e internacional y para conducirse moralmente en todo tipo de situaciones empresariales; estas prácticas han influido en la normativa de contratos públicos.

De tal forma que, al igual que el Ministerio de Defensa comenzó a exigir para la adjudicación de contratos que las empresas contratistas tuvieran medidas de control y prevención de fraudes, esta práctica comenzó a extenderse a otros sectores de contratación pública, como el sector sanitario y farmacéutico. El que la empresa que se presenta al contrato contara con un programa de detección y prevención de fraudes pasó a ser un requisito de adjudicación.

Esta exigencia en el sistema contractual público de los Estados Unidos ha sido adoptada actualmente por organizaciones internacionales como el Banco Mundial o el Banco Europeo de inversiones, los cuales exigen como requisito para participar en los proyectos que financian que las empresas que concursan hayan adoptado programas de cumplimiento, con el fin de evitar fraudes y prácticas corruptas.

¿Sucede lo mismo con la normativa de contratación de la UE? La respuesta sorprendentemente es no.

No existen medidas similares en la contratación con la administración a pesar de ser uno de los ámbitos donde se generan más prácticas corruptas.

Respecto del blanqueo de capitales y el sector bancario, la aparición del cumplimiento normativo es posterior. A mediados de los años 80 se adoptan las primeras medidas para controlar el blanqueo de capitales por parte del Comité de Supervisores Bancarios y Bancos Centrales.

Será el GAFI a partir de 1989 el que de forma más concreta se ocupe de establecer medidas de cumplimiento normativo en blanqueo de capitales.

Hay otros dos sectores muy importantes, el medio ambiente y la protección de la salud de los trabajadores, en los que se constata que las normas administrativas resultan insuficientes y se hace necesario complementarlas con otros instrumentos de gestión dentro de las propias empresas para garantizar el cumplimiento de la legalidad y su protección.

Así lo ponen de manifiesto y se traduce de las políticas implementadas por la EPA (Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos) y la HHS (Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos).

Ahora bien, para que estas políticas sean eficaces, previamente hay que trabajar y fomentar un clima de confianza y de transparencia entre las agencias y los obligados, de tal forma que a aquellas empresas que demuestren que quieren cumplir y colaborar habrá que darles un voto de confianza y no imponerles sanciones.

Al mismo tiempo, la propia administración no solo tiene que fiscalizar y castigar si no existen programas de cumplimiento, sino también deberá ayudar y facilitar a través del asesoramiento, sobre todo a las pequeñas empresas, sobre cómo elaborar y desarrollar buenos programas de cumplimiento. Este asesoramiento puede llevarse a cabo con la publicación de requisitos, estándares, cursos de formación, herramientas de evaluación, etc.

Un ejemplo de lo que acabamos de decir lo encontramos en la política de auditoría (*audit policy*) de la EPA, titulada oficialmente en el 2000 como «Incentivos para el autocontrol: descubrimiento, divulgación, corrección y prevención de violaciones». Esta política está dirigida a que las entidades reguladas puedan autorrevelar las violaciones de la normativa medioambiental y arreglar voluntariamente la situación adaptándose a las leyes y reglamentos ambientales federales.

Si las entidades reguladas satisfacen una serie de condiciones se les conceden unos incentivos como reducciones significativas de la pena y ninguna recomendación para el enjuiciamiento penal.

Reducciones de la pena

Las sanciones civiles bajo las leyes ambientales generalmente tienen dos componentes: una cantidad evaluada en base a la gravedad de la violación, y una cantidad evaluada para recuperar el beneficio económico que un infractor recibió por no cumplir con la ley.

GAFI

El GAFI es un organismo intergubernamental, al que en estos momentos pertenecen treinta y cuatro países, cuyas recomendaciones se convierten muy rápidamente en derecho positivo.

a) Reducción del 100 % de las sanciones basadas en la gravedad si se cumplen las nueve de las condiciones de la política. La EPA conserva su discreción para cobrar cualquier beneficio económico que pueda haber sido realizado como resultado del incumplimiento.

b) Reducción de las multas basadas en la gravedad en un 75 % cuando la entidad divulgadora cumpla con todas las condiciones de la política, excepto la detección de la violación mediante un proceso de descubrimiento sistemático.

Las condiciones para mitigar las sanciones tanto civiles como penales son:

- **Descubrimiento sistemático** de la infracción a través de una auditoría ambiental o la implementación de un sistema de gestión de cumplimiento.
- **Descubrimiento voluntario** de la violación. Es decir, que no fuera detectado como resultado de un procedimiento de monitoreo, muestreo o auditoría legalmente requerido.
- **Comunicación inmediata por escrito a la EPA** dentro de los 21 días posteriores al descubrimiento o en el menor tiempo que sea requerido por la ley.
- **Descubrimiento y revelación independiente** antes de que la EPA u otro regulador identificara la violación a través de su propia investigación o basada en información proporcionada por un tercero.
- **Corrección en un plazo de 60 días naturales**, en la mayoría de los casos, a partir de la fecha del descubrimiento.
- **Prevenir la repetición de la violación.**
- **No darse violaciones repetidas.**
- **Cooperación de la entidad reveladora.**

En definitiva, para aprovechar estos incentivos, las entidades reguladas deben descubrir voluntariamente, revelar rápidamente a la EPA, corregir y prevenir la repetición de futuras violaciones ambientales.

Podemos observar a lo largo de este recorrido histórico que en los Estados Unidos el desarrollo de los programas de cumplimiento normativo ha sido para el Estado una manera de controlar la actividad empresarial e incrementar su intervención.

La UE, sin embargo, no tiene tan desarrollado este aspecto de intervención administrativa y fiscalizadora como Estados Unidos. La legislación europea en temas medioambientales y de prevención de riesgos laborales apuesta por una autorregulación empresarial, pero no ha dado el paso, que sí se ha dado por

parte de las agencias estadounidenses, de una filosofía de inspección y sanción a una estrategia de *compliance* por parte de la empresa para paliar y mejorar las consecuencias de su incumplimiento.

Si nos fijamos en el ámbito estrictamente privado, los programas de cumplimiento normativo también juegan un papel importante a la hora de asegurar que las relaciones empresariales se lleven a cabo lo más correctamente posible y respetando estándares normativos.

No es extraño que, cada vez más, en su relación con terceros, ya sean socios o agentes comerciales, proveedores, etc., las empresas lleven a cabo procesos o exámenes de *due diligence* con el fin de asegurarse de que esos terceros cuentan con políticas y procesos anticorrupción.

Por tanto, la existencia o inexistencia de políticas anticorrupción va a determinar si se llevan a cabo o no ciertos negocios dependiendo de si dichas políticas son implementadas por parte de terceros.

2.2. Cumplimiento normativo como forma de regulación pública

Para comprender bien el cumplimiento normativo es necesario atender, como vimos en el subapartado anterior, a sus fundamentos tanto ideológicos como políticos.

Tras la independencia de Inglaterra, en los Estados Unidos se produjo una antipatía hacia todo lo corporativo, y se decidió prescindir de la regulación de las sociedades, ya que no se consideraba ni posible ni deseable.

Años después, con los grandes proyectos, comienzan a aparecer las sociedades pero de forma no regulada. Como decíamos al principio del subapartado anterior, se consideraban las sociedades como una mera suma de contratos y empresarios individuales, por ello eran equiparadas a las personas individuales y sometidas a las mismas reglas.

La falta de regulación, por tanto, venía por un lado porque se consideraba que no era necesaria la regulación por un tema ideológico, y por otro por la incapacidad del Estado para regular ante la falta de claridad sobre las competencias para hacerlo. No estaba claro quién tenía la competencia para legislar sobre la materia, si los estados o la Federación.

Ante esta ausencia de regulación es evidente, como ya vimos, la aparición de fraudes y abusos en casi todos los ámbitos de las relaciones comerciales y mercantiles.

Ejemplo de respeto a estándares normativos

La Bolsa de Nueva York exige a las empresas cotizadas que cuenten con un código ético.

Las primeras reacciones ante los abusos fueron establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, igual que existía para las personas físicas, y promulgar la ley Sherman.

La primera sentencia en la que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*New York Central & Hudson River v. United States*, 1909), señala claramente que el objetivo de la sanción es incitar a las empresas a que internamente se doten de mecanismos de control que les permitan cumplir con la legalidad. Mediante esta sentencia, el Tribunal Supremo transmitía la idea de que el superior se encargaría de hacer cumplir la ley a sus subordinados si se le sancionaba.

A principios de siglo la regulación se intenta desde el derecho administrativo, que comenzó en el ámbito de la producción de alimentos y poco a poco se fue extendiendo a otras parcelas. Pese a ello, desde un inicio las agencias administrativas apostaron siempre por el cumplimiento normativo y la autorregulación. Una autorregulación que dejaba mucho margen de actuación a las empresas para que estas llevaran a cabo lo que considerasen necesario para cumplir con los objetivos legales establecidos. En el fondo, esta autorregulación se basaba más en principios y en valores que en reglas.

Esta «intervención administrativa» tan suave fue apoyada siempre por importantes sectores académicos, que señalaban que realizarla de otro modo más rígido y detallado conduciría a escenarios irracionales e ineficientes.

Pero, al mismo tiempo, esta intervención tenía sus inconvenientes, que condujo a no darle suficiente crédito, a ver a la administración como un estorbo y a generar un *compliance* burocrático y costoso pero poco eficaz, lo que hoy llamaríamos un ***compliance* de maquillaje**.

En este escenario, el regulador pasa a ser objeto de compra, de tráfico de influencias, de corrupción; pasa a hacer regulaciones a medida. Se dio el fenómeno de lo que llamamos «puertas giratorias»: funcionarios públicos que pasan a ocupar altos cargos en las empresas que antes tenían que regular.

Para los que defienden este modelo, otra manera más fiscalizadora y convertir la intervención administrativa basada en la autorregulación en un modelo más policial conducía a que los funcionarios, y por ende la Administración, estuvieran más ocupados y preocupados por sancionar que por generar realmente una cultura de cumplimiento. Y, por otra parte, conducía a que las empresas estuvieran más preocupadas en cumplir con aspectos puramente formales del cumplimiento y no se preocuparan por cumplir materialmente con la ley. Lo que las convertía en empresas más irresponsables, generando más litigiosidad y menos cooperación.

Cultura de cumplimiento

Hay que ser conscientes de que el incremento de la regulación debe relacionarse con la capacidad real de supervisión; de no ser así las regulaciones administrativas se convierten en algo meramente simbólico.

Actualmente, cada vez existe un mayor número de normativa administrativa. Los estados regulan cada vez más (como vimos en el apartado anterior), aunque sean menos asistenciales. Los procesos de privatización de servicios públicos conllevan un incremento de control en las actividades liberalizadas y por tanto un incremento de normativa.

Fenómenos como la autorregulación y la adopción de programas de cumplimiento normativo constituyen una forma de asegurar la ejecución de la normativa estatal, en el marco de una administración que tiende a reducirse.

2.3. Factores que explican el desarrollo del cumplimiento normativo

En la era actual en la que vivimos, la supremacía estatal se ve afectada, por un lado, por el impacto de la globalización y de la integración europea, que impiden afirmar el poder supremo del Estado, su independencia efectiva y su capacidad de control frente a las influencias del exterior; y por otro, por una estructura social altamente compleja, de corte neocorporativo, que limita y condiciona la capacidad de actuación del Estado en su propio territorio.

No olvidemos que, en el ámbito externo, el Estado ha cedido voluntariamente parte de su soberanía a instituciones y organizaciones supraestatales como, por ejemplo, la Unión Europea. Al mismo tiempo, un estado cuyo poder está limitado territorialmente, no puede hacer frente a los nuevos retos derivados de una economía globalizada, caracterizada por el movimiento de capitales, mercancías, etc., por lo que se vuelve más ineficaz.

De tal forma que, cuando las empresas se autorregulan, ya sea bajo la fórmula de ética empresarial, de la responsabilidad social corporativa, del cumplimiento o del buen gobierno, esto permite elaborar y ejecutar normas básicas, necesarias para el buen funcionamiento del mercado y de la protección de los intereses colectivos.

Muchas de las normas que en las relaciones comerciales y de negocios comenzaron siendo voluntarias han pasado con el tiempo a formar parte de lo que denominamos *soft law*, o han pasado a ser convenios internacionales o normas de la propia administración nacional (como los códigos de buen gobierno).

Soft law frente a hard law

La *soft law* se refiere a reglas que no son de naturaleza estrictamente vinculante ni carecen completamente de significado legal. En el contexto del derecho internacional, se refieren a directrices, declaraciones de políticas o códigos de conducta que establecen normas de conducta. Sin embargo, no son directamente aplicables.

La *hard law* se refiere a leyes vinculantes. En el contexto del derecho internacional, incluye tratados o acuerdos internacionales, así como leyes consuetudinarias. Estos documentos crean obligaciones y derechos obligatorios para los países (estados) y otras entidades internacionales.

Desde el punto de vista de la finalidad de la *soft law*, se trata no tanto de que se cumplan estrictamente sus recomendaciones como de que se cree un estado de opinión favorable

a su cumplimiento. Dicho de otro modo, más que obligar, pretenden convencer; se trata de normas indicativas. Por ejemplo, códigos de conducta, códigos de buen gobierno, recomendaciones.

Podríamos pensar que la autorregulación no es efectiva, sin embargo nada más lejos de la realidad; las empresas y sobre todo las grandes multinacionales tienen a veces más capacidad que un estado para imponer sus reglas internas en todos los países en los que hacen negocio y están presentes. Además pueden investigar, dentro de su propia organización, con más agilidad y eficacia que un estado, sin necesidad de acudir a ningún tipo de cooperación judicial o policial. Tienen capacidad para sancionar y sus sanciones disciplinarias pueden llegar incluso al despido.

Si además tenemos en cuenta que las empresas a la hora de relacionarse con terceros aplican el principio de la *due diligence*, de tal forma que aquellos que no tengan implementados programas de cumplimiento normativo o medidas de control pueden quedar fuera de procesos de contratación, la consecuencia es que la implementación de esta normativa puede ser más eficaz que la llevada a cabo por el Estado.

Dicho esto, no podemos llegar a la conclusión, sin más, de que toda la regulación de las relaciones comerciales y la economía mundial hay que dejarla en manos de las propias empresas y de los propios interesados a través de estos mecanismos de autorregulación.

Si el Estado no fuera coercitivo y lo dejará a la libre voluntad de las partes interesadas, correríamos el riesgo de que muchas empresas no se tomasen en serio esta autorregulación normativa y se limitasen a implementar una serie de controles ficticios o de cara a la galería para salvar su imagen ante la opinión pública, o por puro marketing pero sin ninguna efectividad a la hora de prevenir conductas fraudulentas o corruptas. Lo que debe hacer el Estado es aprovechar la existencia de esta autorregulación e imponer a las empresas que la cumplan.

La forma más eficiente para imponerlo es a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En definitiva, el castigo a la persona jurídica refuerza que se adopten mecanismos internos de control.

Una vez adoptados esos mecanismos de control, será el juez el que determine si esos controles eran los adecuados o no para prevenir una infracción en la que la empresa ha incurrido. Si los considerase insuficientes o inadecuados impondrá la sanción penal a la persona jurídica. De esta forma el Estado obliga a la empresa a autorregularse sin olvidar en ningún momento el principio de *última ratio* del derecho penal.

Un ejemplo de parte de lo explicado hasta ahora lo encontramos en la relación entre empresas privadas y contratación pública. Desde hace tiempo, el estándar al que se someten las empresas que pretenden contratar con el sector público es más exigente que el estándar habitual de contratación, de tal forma que las empresas que hayan sido condenadas por determinados delitos se ven excluidas automáticamente de los procesos de licitación pública.

La directiva europea sobre contratación pública de 2014 obliga a la exclusión de las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme por corrupción (entre otros delitos); pero no solo eso, también permite, a modo de incentivo, que dichas empresas eviten la exclusión si prueban que han implementado un sistema de *compliance* penal adecuado para evitar nuevas infracciones penales.

Sin duda alguna, estamos en la era de **autorregulación regulada** en la que la colaboración de las empresas para la vigencia efectiva de las leyes se ha tornado decisiva. Si a esta obligación le sumamos un sistema adecuado de incentivos y sanciones por parte del Estado, se llegará a un resultado más satisfactorio para todos.

