

## EL PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO ELEMENTO DE AUTOCONTROL DE LOS LÍMITES EN EL MARCO DE LEGALIDAD Y ÉTICA EN DEFENSA DE LOS INTERESES COMUNES

*Alfredo Alesio Eguiazu y Paula Martina Eguiazu Sanzberro*

### SUMARIO:

a) El programa de compliance, como herramienta de gestión, alcanza los deberes que el régimen legal le impone a la actividad y la propia política y códigos éticos de la empresa, los cuales se obliga a cumplir en el marco de la autonomía de la voluntad, asumiendo dicho compromiso el valor de ley para quien se somete a ella.

b) El programa de compliance debe ser parte de las prácticas internas de las empresas incluyendo a grandes empresas y pymes, debiendo comprender el marco legal (Hard law) y el ético (Soft Law).

c) *De lege ferenda*: Las empresas prestadoras de bienes y servicios deberán incluir programas de compliance respecto a sus relaciones con terceros en carácter de consumidores tendientes a prevenir, detectar y gestionar el riesgo de incumplimiento de las normas legales imperativas y éticas asumidas.

### SUMMARY

a) The compliance programme, as a management instrument, reaches every duty that legal system imposes on the activity, politics and ethic code of the company, which must be complied within the autonomy of the will, accepting with this agreement the value of law for those who submit to it.

b) The compliance programme must be part of internal practices of companies including big enterprises and SMEs, and it must comprise both hard law and soft law.

c) *De lege ferenda*: Companies providing goods and services should include the compliance programs regarding their relationships with third parties in the nature of consumers tending to prevent, detect and manage the risk of non-fulfillment with mandatory legal regulations and ethics that have been assumed. (Traducción al inglés: Pasik, Melisa -[melipasik@gmail.com](mailto:melipasik@gmail.com)).

## 1. Qué es el compliance

El incremento en el volumen, la complejidad y amplitud de materias objeto de obligaciones legales a observar por una empresa, es un fenómeno de los tiempos actuales.

El plexo de las normas de cumplimiento obligatorio regulado por diversos ordenamientos, administrativo, civil y comercial, penal y también de tratados internacionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad, hacen que el empresario deba estar permanentemente informado, sin distinguir entre grandes y pequeñas empresas, so pena de caer en responsabilidad por su inobservancia.

“Los programas de cumplimiento pueden ser definidos como “un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en una organización, promoviendo una cultura de cumplimiento”<sup>1</sup>.

Etimológicamente, deriva del verbo inglés *to comply*, que significa cumplir, acatar, obedecer<sup>2</sup> y significa actuar de acuerdo con una regla, una instrucción interna, un comando o un pedido.

Estas normas tratan de ser “garantes” del cumplimiento de la reglamentación de su accionar, formando un plexo normativo interno por el cual la empresa autorregula su actuación en relación a los Estados, a sus pares y hacia terceros, incluyendo proveedores y clientes, reconociendo el derecho aplicable a su actividad y estableciendo estándares éticos y de política empresarial que se obliga a cumplir, en razón del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que ejerce al redactar el mismo.

---

<sup>1</sup> Compliance Programmes, Standards Australia 1988, AS3906, parag. 1.2.

<sup>2</sup> <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-spanish/comply>.

## 2. Orígenes

El compliance tiene una larga tradición en empresas de cultura de corte anglosajón.

El origen de lo que es compliance moderno propiamente dicho, podemos ubicarlo a principios del siglo XX con la creación de las Agencias Públicas de Seguridad en Estados Unidos (p.e., Agencia de medicamentos y alimentos “Food and Drug Administration” en 1906).

Tras escándalos de corrupción y financieros que afectaron a importantes compañías, se registró un avance importante en el concepto de qué es compliance en los años 70 y 80, cuando se dictó la Foreign Corrupt Practices Act o FCPA (1977), que incorporó requerimientos y prohibiciones en materia de sobornos, libros y registros.

## 3. Alcances

La función de Compliance contribuye a promover la cultura de cumplimiento en el seno de la organización, sin perjuicio de que la responsabilidad principal en la consecución de este propósito corresponde a su órgano de gobierno y alta dirección<sup>3</sup>.

En efecto, “en las empresas el cumplimiento con la legalidad es una tarea ardua. **Existen múltiples factores que provocan la aparición de infracciones dentro de la empresa:** el desconocimiento de la normativa, a veces muy compleja, que debe cumplir; la aparición de una cultura corporativa en la que la obtención de beneficios prima sobre el respeto a la legalidad; la división del trabajo, etc. Por esta razón, **el cumplimiento normativo como objeto de la dirección de la empresa necesita una herramienta de gestión.** Esta herramienta son los denominados programas de cumplimiento, que deben compensar los factores que dificultan el cumplimiento de la legalidad dentro de una corporación. Los programas de cumplimiento realizan esta tarea a través de la prevención de los comportamientos infractores y cuando estos tienen lugar su detección y sanción”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> CASANOVAS YSLA, Alain D. (Coordinador) Libro blanco sobre la función de Compliance, Ed. ASCOM (Asociación Española de Compliance), Madrid, 2017 p. 9.

<sup>4</sup> NIETO MARTIN, Adán, “El cumplimiento normativo”, en Nieto Martín, Adán (dir.), Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, 2015, Valencia, Tirant Lo Blanch, ps. 25-26.

Compliance es la consecuencia de un movimiento social y empresarial en el que la responsabilidad de las empresas, puede ser evaluada bajo la lupa de dicho “auto acuerdo”, asumiendo compromisos éticos y el reconocimiento no solo de normas locales sino también de tratados internacionales a los que se somete de *motu proprio*, sobre todo en cuestiones relacionadas con el medio ambiente, políticas anticorrupción, de no discriminación, contra la violencia de género y respecto a derechos fundamentales a cuyas normas protectorias adhieren voluntariamente.

Es decir que las obligaciones de Compliance que una empresa se obliga a cumplir tienen su origen en normas dictadas por órganos públicos con capacidad legislativa o reglamentaria y otras que elige por su autonomía de la voluntad, que suelen recogerse en códigos o políticas internas o sectoriales de carácter privado que nacen de su propio seno.

Así pueden disponer de programas de Compliance destinados a la prevención, detección y gestión de riesgos específicos de incumplimiento (riesgos penales, de confidencialidad, ambientales, fiscales, y éticos).

#### **4. La experiencia española**

En España concretamente, comenzó con fuerza hace ya varios años en dos sectores ampliamente regulados como son el sector financiero y farmacéutico. Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 5/2010 de la Reforma del Código Penal, que introdujo en España la responsabilidad penal de la persona jurídica, y posteriormente con la nueva reforma el 1º de julio de 2015 y la circular 1/2016, se ha puesto el foco en esta función de cumplimiento que gestiona el tipo de riesgo al que se ha aludido.

Actualmente constituye una práctica usual entre las grandes corporaciones y que se está haciendo extensiva a las pequeñas empresas de la península con gran auge en consonancia con la Comunidad Europea.

#### **5. Áreas de incumbencia**

Como se observa, los programas de Compliance, al ser de creación de las propias empresas, pueden abarcar la prevención, detección y gestión del riesgo derivado del incumplimiento de normas relativas a variadas áreas, algunas impuestas por la legislación de corte imperativo, como normas de derecho penal, fiscal, aduanero, etc. (conocido como Hard Law) y otras de corte voluntario, relacionadas con el comportamiento ético de la empresa en relación a terceros (Soft Law).

## 6. Su aparición en la legislación argentina

*La ley 27.601 de responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

La OECD (en español OCDE Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) emitió por el año 2010 una guía que sirve como un sólido “mapa de ruta” de colaboración para el cumplimiento de la FCPA - U.S. Foreign Corrupt Practices Act. (“Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” o también conocida como “Ley anti-soborno de los Estados Unidos”).

Este documento denominado “Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance” (Guía de Buenas Prácticas de Control Interno, Ética y Cumplimiento) fue originalmente publicado en marzo del 2010; no obstante, no fue adecuadamente difundido ni comentado. La Guía lista un conjunto de pasos que las compañías deberían dar para alcanzar un fuerte marco de protección en sus esfuerzos por evitar el soborno transnacional.

Vale aclarar que este documento no surgió aislado, sino de la continuación de un pronunciamiento del mismo organismo que en noviembre de 2009 que llamó a una coordinación global contra el soborno y la corrupción, y pretende proveer mucho más detalle sobre cómo implementar un efectivo marco de compliance a estos fines

En nuestro país la ley 27.401, vigente a partir del 1° de marzo de 2018, estableció la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas locales, con prescindencia de que persigan o no un propósito de lucro, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por ciertos delitos contra la administración pública, y por el soborno transnacional.

En lo que respecta a la norma en análisis prevé en su artículo 9° como elementos de exención de pena y responsabilidad administrativa a la persona jurídica, la presencia simultánea de varias circunstancias, rezando en su inciso b) cuando “Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito” siendo la primera norma nacional que prevé expresamente el Compliance como programa de integridad adecuado.

En su artículo 22 da un concepto de “Programa de Integridad” y dice que “Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”. A su vez en el siguiente artículo 23 enumera el Contenido del Programa de Integridad haciendo una enumeración criticable desde el punto de vista de técnica legislativa, sobre todo tratándose de una norma de naturaleza penal y que referencia los deberes de control, análisis y debida diligencia, en referencia al principio de Due Diligence.

## **7. Compliance officer**

Si bien excede estas notas, la figura del oficial de compliance constituye un elemento fundamental en la tarea de prevención, detección y gestión del riesgo derivado del incumplimiento de normas que se asumen como obligatorias, del Hard y Soft Law.

Pudiendo ser un órgano unipersonal o colegiado, debe comprender los procesos y procedimientos de la empresa, y frente a los empleados, proveer o coordinar la capacitación en materia de cumplimiento normativo, siendo una figura consultiva respecto al incumplimiento o no del Compliance de la empresa y ser el nexo con los órganos de control estatales, en el orden administrativo y judicial.

Son, además, funciones de su incumbencia, la de identificar y atender los riesgos derivados de las relaciones con clientes, proveedores, distribuidores y comerciales externos y monitorear el funcionamiento del sistema de prevención de riesgos y tomar las medidas preventivas y correctivas para procurar su eficacia y la pertinente información a los órganos directivos de la empresa para su evaluación.

## **8. Compliance y derecho del consumidor**

Sin perjuicio de ello, dentro de las áreas de regulación del programa de compliance, resulta necesaria la implementación de pautas de comportamiento respecto de los clientes consumidores, debiendo dicho acuerdo gozar de disponibilidad hacia quienes consumen sus bienes y servicios, todo ello dentro del marco de la regulación protectora de la ley de defensa del consumidor, resultando en consecuencia una necesaria inclusión en la normativa tuitiva la exigencia de dicho programa.

## 9. Conclusiones

El Compliance como mecanismo de control implica en primer lugar modificar las condiciones de trabajo de muchas empresas, siendo necesario generar un cambio cultural: el empresario, el gerente, los responsables de legales y los directivos no están acostumbrados a tener un mecanismo de control sobre la legalidad de sus actuaciones, más allá del síndico o el auditor contable en los casos que corresponde.

La adopción de un programa de Compliance repercute en un mayor compromiso social y ético por el empresario argentino, amén de facilitar su acceso a la información, se traduce también en la posibilidad de terceros, llámese Estado, concurrentes y clientes, en la posibilidad de contar con suficientes elementos de información y control preventivo en la protección de sus derechos en sus relaciones en el cumplimiento del vasto marco normativo y ético de la empresa y que generen cada vez con mayor rigor comportamientos transparentes en el accionar de sus integrantes.

Muchas gracias.