



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 17, 2021. Artículo 5
DOI: 10.21134/lex.vi17.1416

UN PANORAMA GENERAL DEL COMPLIANCE NOCIONES, ORÍGENES, EVOLUCIÓN E IMPLANTACIÓN

Juan Pablo Pampillo Baliño¹

Abogado

1 Abogado egresado con honores de la Escuela Libre de Derecho (ELD) y Doctor en Derecho cum laude y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Durante sus 20 años de experiencia profesional, se ha desempeñado como directivo de empresas nacionales y transnacionales, como abogado de despacho y como servidor público, en los ámbitos del derecho corporativo y contractual, la ética y el cumplimiento, la prevención y administración de litigios y la protección de los derechos humanos. En el campo académico, donde sus intereses se encuentran en el derecho comparado, así como en la historia y la filosofía del derecho, es Investigador Nacional del más alto nivel, adscrito a la ELD, autor individual de diez libros y coautor o coordinador de más de 120 obras. Es miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Academia de Madrid, de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, de la que fue Vicepresidente y de otras asociaciones científicas mexicanas y extranjeras. Es Presidente de la Red Interdisciplinaria Justicia Global Integración Americana (www.rijia.org). Ha sido profesor visitante y congresista en diversas instituciones académicas de Estados Unidos de Norteamérica, Europa y Latinoamérica, donde también ha publicado más de 50 artículos científicos. Su correo electrónico es: juanpablopampillo@yahoo.com.mx

Sumario

I. Una aproximación conceptual, II. Precedentes y orígenes, III. Evolución de la responsabilidad, IV. Desarrollo de la regulación, V. Itinerario de la autorregulación, VI. La implantación del compliance, VI. Conclusiones y perspectivas.

I. Una aproximación conceptual.

Actualmente el 'cumplimiento' (*compliance*), el 'gobierno corporativo' (*corporate governance*) y la 'responsabilidad social' (*social responsibility*), constituyen tres dimensiones jurídicas de la mayor importancia en la vida de las empresas, así como también, por extensión, en la de otras muchas instituciones privadas, gubernamentales e internacionales².

De hecho, su propio desenvolvimiento -en especial a partir del último tercio del siglo XX- ha sido vertiginoso, tanto en el ámbito de los 'ordenamientos jurídicos' internacionales y nacionales (*hard law*), como en el de la 'autorregulación', las buenas prácticas y demás estándares no vinculantes (*soft law*).

Y sin embargo, notablemente, todavía se encuentra pendiente una 'articulación integral' de sus diferentes 'elementos', así como una 'comprensión unitaria' de su contenido y forma, cuya misma 'diversidad', ha dado lugar a 'concepciones' y 'aplicaciones' distintas en múltiples latitudes³.

Tal déficit puede explicarse, sin duda, en razón de la misma 'naturaleza interdisciplinaria' -eco-

nómica, política, internacional, social, jurídica- de dichos 'campos de estudio'. Sobre todo considerando que su vez abarcan 'múltiples ámbitos específicos', entre los que pueden señalarse los financieros, laborales, empresariales, gubernamentales, medioambientales, criminales, fiscales, de la competencia económica y los derechos humanos, entre muchos otros.

Pero además, dichos 'dilatados ámbitos interdisciplinarios', requieren para su comprensión teórica y orientación práctica, tanto de 'reflexión y método', como de amplios 'conocimientos normativos' -nacionales, internacionales y comparados-, así como de la misma 'experiencia' en la 'práctica de la gestión organizacional'.

Por ello, se entiende que su estudio se haya producido habitualmente de 'manera fragmentada'. No obstante, a continuación se intentará brindar una 'comprensión unitaria', a partir de un panorama general que pueda brindar al lector interesado una 'visión de conjunto'.

Para ello, se propone entender preliminarmente al 'cumplimiento' como la 'práctica' de ciertas 'personas morales' consistente en 'adoptar' una serie de 'medidas' para asegurar la satisfacción de todos los requisitos y obligaciones

2 Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño. "Introducción al *compliance* en México" en *Todo Compliance*. México. Bosch Wolters Kluwer. 2021.

3 Coincidimos con la apreciación de D. Orozco cuando observa: "*Compliance law is under-theorized. As a result, scholarly analysis of compliance fails to provide generalizable principles and the writings on the topic, mirroring the state of the law, tend to be focused on discrete topics*" David Orozco. "A Systems Theory of Compliance Law" in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. Vol. 22 Philadelphia. University of Pennsylvania Carey Law School. 2020, p. 246. En el mismo sentido, aunque empezando a ofrecer remedio a dicha situación, véase a Geoffrey Parsons Miller. *The law of governance, risk management, and compliance*. New York. Wolters Kluwer. 2020. Junto con su obra, una de las mejores y más completas y actuales que se ha aprovechado para la preparación de este trabajo, es la colectiva coordinada por Benjamin van Rooji and D. Daniel Sokol (editors). *Cambridge Handbook of Compliance*. Cambridge. Cambridge University Press. 2021.

Juan Pablo Pampillo Baliño

jurídicos a los que se encuentran sujetas (*legal compliance*), así como en su caso, de otros estándares éticos o de calidad adicionales (*ethical compliance*).

La adopción de dichas medidas, se ha traducido por lo regular en diversos 'modelos organizativos' y 'sistemas de gestión', destinados en general para: i) 'identificar riesgos', ii) establecer 'controles' para prevenir incumplimientos, iii) 'elaborar políticas', iv) 'supervisar' la observancia de normas y políticas, v) crear 'canales de denuncia', y vi) promover los estándares de 'comportamiento' ético y jurídico definidos.

En lo que respecta al 'gobierno corporativo', puede decirse que se ha venido configurando como un conjunto de reglas -normas y buenas prácticas-, para 'estructurar orgánicamente' a las instituciones y proveer a su adecuado 'funcionamiento mediante procedimientos' específicos.

Su finalidad es procurar que las 'instancias directivas' de las organizaciones, garanticen a los principales 'interesados' o *stakeholders* -dueños o accionistas, trabajadores, clientes, proveedores y sociedad en general- que la persona colectiva realizará adecuadamente su objeto social, así como que lo hará de manera precisamente transparente, ética y profesional.

Por lo que hace a la 'responsabilidad social empresarial' (RSE, también denominada como ESG por el acrónimo inglés de *environmental, social responsibility and governance*), puede afirmarse que consiste en un 'avance' o 'profundización', que se apoya sobre el cumplimiento y el buen gobierno organizacional.

En ése sentido, ha buscado superar los umbrales de las exigencias jurídicas del *legal compliance* y del adecuado funcionamiento promovido por el *corporate governance*, para 'aumentar el valor' de la organización, mediante la asunción de 'metas más elevadas'.

Específicamente, dichas metas más elevadas se ubican principalmente en: i) la 'promoción de los derechos humanos', especialmente de aquéllos de 'naturaleza social', ii) la definición de 'mejores condiciones laborales' que fomenten el 'desarrollo integral' de los empleados, y iii) el 'compromiso con la sociedad' a efectos de que la organización se convierta en un 'buen ciudadano corporativo'.

Según puede desprenderse de la anterior aproximación conceptual, la 'convergencia material' entre el *compliance*, el *corporate governance* y el ESG es evidente. Asimismo, 'formalmente' hablando, tanto el cumplimiento, como el gobierno corporativo y la responsabilidad social, aparecen precisamente en el lugar donde se produce la 'intersección' de sus tres ejes' distintivos: la 'regulación normativa', la 'responsabilidad' y la 'autorregulación'. Además -como se verá- su aparición y consolidación histórica ha sido secuencial y progresiva.

Por eso mismo, algunos estudiosos y prácticos pensamos que constituyen en realidad 'una misma disciplina' -científica y técnica-, que en nuestro caso personal, consideramos que debe 'agruparse' en torno al 'concepto general de cumplimiento', que puede ser entendido como un 'continente' susceptible de abarcar las tres dimensiones referidas⁴.

4 En ése sentido, véase también a Sean J. Griffith. "Corporate Governance in an Era of Compliance" in Fordham Law Archive. Fordham Law School. 2016. Disponible en : https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/873

II. Precedentes y orígenes.

Brevemente expuestos las anteriores ‘nociones generales’, conviene apuntar desde un principio que el cumplimiento y el buen gobierno corporativo, tuvieron su origen en el ‘auge societario’ derivado de la ‘explosión capitalista’ que se produjo como consecuencia de las ‘revoluciones industriales’ hacia finales del siglo XIX. Por su parte, la RSE solo comenzó a desarrollarse hacia finales del siglo XX.

Pero más allá del anterior origen preciso, puede reconocerse que desde mucho antes, la ‘regulación’ y la ‘autorregulación’ respecto de los ‘deberes de prevención’ para evitar ‘responsabilidades’, formaba parte de la ‘gestión’ de los negocios y en general de las ‘actividades colectivas’.

En ése sentido, los juristas romanos consideraban que la cautela (*cavere*) era una actividad fundamental que debían cumplir los abogados respecto de sus clientes, previniendo -a través de diversas instituciones e instrumentos- la causación de daños o el surgimiento de responsabilidades. Igualmente, a partir de la Baja Edad Media, con la reactivación comercial que dio lugar al *ius*

mercatorum, las diferentes sociedades comerciales se sujetaron a un estricto régimen de ‘autorregulación’ desarrollado por los gremios y consulados para asegurar la confianza de sus clientes y prestamistas. En algunos casos, como en Castilla, se desarrollaron instituciones peculiares para ‘supervisar’ el cumplimiento de dichos deberes; tal fue el caso de los ‘veedores’, que aseguraban su observancia en los mercados y que, con motivo del descubrimiento y población de América, debían ser incorporados a las expediciones por los conquistadores, de acuerdo con las capitulaciones y contratos de *commenda*. De hecho, la legislación indiana -más allá de su relativa eficacia- fue especialmente vanguardista en materia de cumplimiento y combate a la corrupción⁵.

Ahora bien, más allá de los referidos -y muchos otros- precedentes remotos, lo cierto es que el cumplimiento y el gobierno corporativo empezaron a configurarse en sus perfiles actuales -como se dijo- a partir del capitalismo industrial y crediticio decimonónico.

Así sucedió originariamente en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica (EUA), así como posteriormente en otras latitudes, ex-

5 En general sobre el desenvolvimiento histórico de la tradición jurídica occidental, nos hemos ocupado en Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Sobre la evolución del derecho mercantil y sus instituciones, incluyendo algunos antecedentes del *compliance*, véase a Francesco Galgano. *Historia del Derecho Mercantil*. Versión de J. Bisbal. Barcelona. 1980. En torno al derecho indiano, puede verse el libro de Óscar Cruz Barney. *Historia del Derecho Indiano*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Específicamente los antecedentes del *compliance* en materia de anticorrupción véase Ronald Kroeze, André Vitória and G. Gelter (editors). *Anticorruption in History. From Antiquity to the Modern Era*. Oxford. Oxford University Press. 2018. En particular sobre los orígenes y configuración del cumplimiento en sus perfiles actuales, puede consultarse a Geoffrey Parsons Miller. “Compliance: Past, Present and Future” in *University of Toledo Law Review*, vol. 48 no 3. Toledo Ohio. University of Toledo Law School. 2017. Consultable digitalmente en https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representiveFiles/miler-%20compliance_04273088-E7C0-8AAA-00CEE14A2F541057.pdf

tendiéndose en la actualidad prácticamente a todo el mundo en virtud de la globalización⁶.

Dicho comienzo -entre finales del siglo XIX y el primer tercio del XX-, estuvo marcado sobre todo por una incipiente legislación en materia societaria, financiera y bursátil, así como por la que se fue produciendo, en paralelo, dentro de los ámbitos sanitario, del trabajo, del comercio exterior y de la protección de la competencias y del consumo.

Desde ése entonces, se adoptaron los 'tres ejes' anteriormente mencionados, que siguen siendo parte esencial de la 'cultura del *compliance*': i) la 'regulación jurídica' impuesta sobre ciertas actividades y la 'supervisión gubernamental' de las mismas, ii) la 'responsabilidad' -administrativa, civil y penal- de las sociedades y sus funcionarios, con dos proyecciones distintas, una 'preventiva' y otra 'remedial' para los casos de incumplimiento, y iii) la 'autorregulación' como una práctica de las empresas de sujetarse a dichas regulaciones, atender las supervisiones y evitarse las responsabilidades, auto-imponiéndose diversos estándares -éticos y jurídicos- a través de códigos de conducta y otras políticas internas.

Debe observarse en todo caso que los anteriores ejes no siempre se han acomodado de la misma manera. Más bien han sido el lugar de enfrentamiento entre al menos 'cuatro tendencias' que a su vez han marcado el desenvolvimiento del derecho durante el siglo XX: la 'estatalización', la 'socialización', la 'privatización' y la 'internacio-

nalización' del derecho⁷.

En virtud de ello, en algunos casos se ha producido la 'desregulación' y en otros la 'sobre-regulación', como extremos indeseables de la 'autorregulación-regulada', que es la esencia del cumplimiento⁸.

Por ello mismo, lo que se requiere en lugar de dichos extremos, es más bien la determinación de 'el justo medio' que equilibre ambas tendencias, mismo que pensamos que debe determinarse, a partir de los 'principios' de colaboración, subsidiariedad y libertad-responsabilidad.

III. Evolución de la responsabilidad.

Por lo que hace en primer lugar al 'eje de la responsabilidad', debe destacarse que en los últimos años se han venido consolidando en el derecho comparado dos importantes tendencias.

Por un lado, en materia civil, se aprecia un significativo incremento del quantum pecuniario de las condenas, sobre todo cuando dejan de observarse los 'deberes de cuidado' para la 'prevención' y 'mitigación' de los daños. Del otro lado, en materia penal, se advierte la imposición de 'sanciones criminales' a las 'personas morales' y a sus directivos, cuando se cometen delitos a través de las instituciones, en los casos en que las mismas han sido 'omisas' o 'deficientes' en la implantación de los 'controles' necesarios para evitarlos.

En relación con el incremento en el monto de

6 Cfr. Chris Taylor. "The Evolution of Compliance" in *Journal of Investment Compliance*. Vol. 5. No. 4. Emerald Publishing, <https://doi.org/10.1108/15285810510681883>

7 Sobre el particular véase Pampillo. *Historia General del Derecho...*, op. cit., passim.

8 Cfr. Carlos Requena y Salvador Cárdenas Gutiérrez. *Compliance Legal de la Empresa. Una tendencia regulatoria mundial*. México. Dofiscal y Thomson Reuters. 2016.

las condenas civiles en los casos de responsabilidad -objetiva, subjetiva y moral-, cabe apuntar que se ha venido extendiendo y generalizando la práctica anglosajona.

Según la misma, desarrollada a través de su jurisprudencia, se considera que la 'negligencia institucional' para 'prevenir y mitigar' posibles afectaciones a las personas, debe ameritar, además del resarcimiento por la vía de la 'indemnización' (*compensatory damages*), un 'castigo' (*punitive damages*) y un 'ejemplo' (*exemplary damages*), que a su vez induzcan a las corporaciones a invertir mayores recursos en el desarrollo de mecanismos y políticas precautorias (*duty to prevent*)⁹.

La anterior doctrina, con precedentes desde finales del siglo XVIII en Gran Bretaña y un amplio desarrollo en EUA durante los siglos XIX y XX, ha venido siendo recogida en múltiples instrumentos internacionales -como los *Principios del Unidroit* o el *Marco Común de Referencia de la Unión Europea*-, así como en las legislaciones nacionales o en la jurisprudencia de una gran cantidad de

países. Y su progresiva recepción, ha contribuido significativamente a incrementar los esfuerzos en materia de prevención y mitigación a través del *compliance*.

En relación con la segunda tendencia mencionada en materia de responsabilidad, cabe anotar que la imputación criminal también surgió en el mundo anglosajón.

En un comienzo, fue prevista dentro del campo de la *strict liability*, a través de diversos casos resueltos hacia finales del siglo XIX, extendiéndose después mediante la teoría de la 'atribución de responsabilidad vicarial', tanto a la organización como a sus directivos, cuando se cometen delitos a través de las mismas por ausencia de un 'debido control' institucional¹⁰.

El desarrollo de dicho modelo de responsabilidad penal vino a enfatizar la necesidad de desarrollar un modelo *compliance* penal, cuyas mismas características han venido siendo definidas en EUA por su *Department of Justice*, a efectos de

9 Véase a Carlos I. Jaramillo. *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho Privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. México. Biblioteca Jurídica Americana de Editorial Porrúa. 2016 y Juan Carlos Marín y Juan Javier del Granado. *Responsabilidad Civil Extracontractual en Estados Unidos*. México. IJ-UNAM e INCAM. 2013. También nos hemos ocupado del tema en Juan Pablo Pampillo Baliño. "Los nuevos paradigmas de la responsabilidad jurídica: daño moral, *punitive damages*, reparación integral y justa indemnización" en *Revista Praxis Legal*. N° 49. México. Editorial Bosch. 2020 y "El Nuevo Derecho Mexicano de Daños y su Jurisprudencia en materia de Indemnización Punitiva y Reparación Integral" en *Revista Lex Mercatoria*. Vol. 15, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.21134/lex.v0i15.1859>.

10 Entre la vasta literatura sobre el particular, se ha consultado y puede verse con provecho a Humberto Ayala Herrera. "Responsabilidad penal de las corporaciones" y Luis David Coaña Be. "Compliance Penal para empresas en México: retos y perspectivas" en Luis David Coaña Be. *Compliance*. México. INACIPE y Tirant lo Blanch. 2019, Percy García Cavero. *Criminal compliance*. Lima. Palestra. 2014, Günter Heine. "La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales." en *Anuario de la Universidad de Friburgo*. 1996. Consultable en https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf y Miguel Ontiveros Alonso (coordinador). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2014.

Juan Pablo Pampillo Baliño

prevenir el crimen y atenuar o excluir la responsabilidad de las personas jurídicas.

Lo cierto es que la difusión y circulación del anterior modelo de responsabilidad penal, con sus correlativas implicaciones en materia de cumplimiento, se ha extendido rápidamente.

Dicha circulación se produjo en un inicio dada la naturaleza extraterritorial de la legislación estadounidense respecto de las corporaciones con matriz en EUA mediante la famosa *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977¹¹.

En efecto, la aplicación de la FCPA en diversas latitudes, propició que diversas jurisdicciones nacionales fueran incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sus ordenamientos jurídicos durante las décadas siguientes. Y lo mismo sucedió después con su homóloga británica, la *UK Bribery Act* de 2010.

Posteriormente, contribuyó a su más amplia acogida el artículo 26 de la *Convención de Mérida de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003, que dispuso que sus estados signatarios, deberían adoptar dicha responsabilidad criminal en su legislación interna, favoreciendo así su adopción en aquéllos que todavía no la habían incorporado a sus derechos.

IV. Desarrollo de la regulación.

En lo que respecta en segundo lugar al 'eje de la regulación', cabe observar que paralelamente a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y a la responsabilidad civil por daños, se fue

'extendiendo la cantidad' y 'profundizando el detallismo' de la 'normatividad' que iban requiriendo los problemas suscitados por la actividad de las grandes sociedades de capital anónimo.

Efectivamente, los retos planteados por la creciente afluencia de recursos para la producción en serie y el consumo en masa, requirió de nuevas soluciones jurídicas particularmente en las referidas materias societarias, financieras, sanitarias, laborales, comerciales, de competencia y de consumo.

Un hito importante en el curso de la 'evolución normativa del cumplimiento', se produjo con motivo del 'crack financiero' de 1929. Desde entonces y hasta la fecha, se ha venido acrecentando y perfeccionando la regulación en materia contable, financiera, bancaria y bursátil, desde la *Banking Act* y la *Securities Act* de 1933, hasta la mencionada FCPA de 1977 y la *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) de 2002, como leyes norteamericanas que a su vez influyeron en otras latitudes.

Posteriormente fue gestándose la 'estandarización internacional' de los criterios alcanzados a través de diversos instrumentos, como por ejemplo los *Acuerdos de Basilea*, con el propósito de asegurar la fidelidad de los estados financieros, proteger el mercado y prevenir los actos de corrupción en beneficio del público inversionista.

Sin embargo, el referido 'hito regulatorio' en materia financiera y bursátil no se desarrolló de manera lineal, pues a partir de la década de los 1980's, se produjo un viraje 'desregulatorio' promovido por el 'thatcherismo británico' y las

11 Específicamente sobre la FCPA, sus antecedentes, aplicación, jurisprudencia y recomendaciones para la elaboración de un compliance plan para ajustarse a la misma. Martin T. Biegelman and Daniel R. Biegelman. *Foreign Corrupt Practices Act. Compliance Guidebook*. New Jersey. Wiley. 2010.

Juan Pablo Pampillo Baliño

'reaganomics estadounidenses', internacionalizado después a través del *Consenso de Washington*. Dicho vuelco contribuyó en buena medida para que algunos años después, se produjeran los 'escándalos de corrupción' empresarial y las 'crisis financieras' de las últimas décadas.

Ciertamente, los casos de Enron, WorldCom, Tyco, Adelphia y Siemens, entre muchos otros, evidenciaron actos de corrupción, conflictos de interés, manipulaciones contables y malas prácticas, que condujeron al actual endurecimiento de la legislación a nivel mundial¹².

Desde entonces y hasta la actualidad, el *compliance* ha sido el producto de una 'política estatal', ampliamente difundida a nivel mundial, de 'pan y palo' o *stick and carrot*; es decir: i) 'mayores sanciones' a los infractores, ii) 'mayores beneficios' a las instituciones con programas robustos de 'cumplimiento', y iii) 'fomento de denuncias' y canales de denuncias (*whistleblowing*)¹³.

La referida 'política' ha venido aplicándose no solamente en los ámbitos societario, financiero y bursátil -con particular énfasis en la contabilidad y el gobierno corporativo- sino también en el fiscal, así como en los demás 'campos tradicionales' del cumplimiento que fueron anteriormente referidos, es decir, el laboral, de salud, de competencia y consumo.

Pero además, dicha política de regulación y supervisión más estricta -ciertamente promotora del *compliance*- también ha sido adoptada en los 'nuevos espacios' que se fueron incorporando

al mismo durante la segunda mitad del siglo XX, como la sostenibilidad medioambiental, la protección de los datos personales y la seguridad de la información, el combate a la corrupción y la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, sobre todo en materia de lavado de dinero, terrorismo, narcotráfico, trata de personas y piratería¹⁴.

De igual manera, dentro del anterior contexto y a partir del último tercio del siglo XX, se ha venido abriendo y consolidando otra dimensión que ha venido a extender -aún más- el ya dilatado campo del cumplimiento: el *compliance* gubernamental.

En EUA se introdujo a partir del escándalo de Watergate y la renuncia del Presidente R. Nixon, coincidiendo con una época -que se prolonga hasta nuestros días- marcada por el desprestigio ético de la política.

Así fue como en 1978 se aprobó la *Ethics on Government Act*, para hacer pública la información financiera, condiciones de empleo y reportes de eventuales conflictos de interés de funcionarios y candidatos, regulándose también el *cabildo* (*lobbying*) y creándose una instancia encargada de vigilar la moralidad de la administración pública (*Office of Government Ethics*), que ha venido desarrollando los 'estándares de cumplimiento' para la administración pública, así como vigilando su cumplimiento, a través de su presencia en todas las dependencias de la administración pública norteamericana.

La anterior tendencia, presente también en

12 Cfr. Miguel Ontiveros. Alonso. *GPS Compliance*. México. Tirant lo Blanch. 2020, pp. 40 y ss.

13 Véase Griffith. "Corporate Governance in an Era of Compliance" ...op. cit., pp. 2084 y ss.

14 Vid Ontiveros. *GPS Compliance...*, op. cit., p. 25.

Juan Pablo Pampillo Baliño

otros países y generalizada en el ámbito internacional, ha ampliado los horizontes del *compliance* a las instancias gubernamentales e internacionales, pasando también, desde luego, por otras entidades de la sociedad civil, que requieren autorregularse para cumplir así con la regulación, ampliando así el concepto de 'gobernanza'.

Ahora bien, los últimos tramos de la evolución histórica del *compliance*, en su dimensión normativa, se encuentran -como se anticipó- en el desarrollo que en los últimos años han tenido el gobierno corporativo y la RSE¹⁵.

El primero, con sus principios de organización y funcionamiento para proteger los diversos intereses que convergen en la vida de las organizaciones, asegurando su adecuado funcionamiento. El segundo, derivado de los 'escándalos reputacionales' de diversas empresas, que aprovechándose de los vacíos legales en diferentes países, sobreexplotaron el medio ambiente, o a sus trabajadores, marcando la necesidad de un 'nuevo compromiso' con la naturaleza, los empleados y la sociedad, que ha venido siendo impulsado por Naciones Unidas a través del *Global Compact* y ha derivado en múltiples reformas legislativas.

V. Itinerario de la autorregulación.

Finalmente dentro de esta apretada síntesis sobre la historia del cumplimiento, conviene recordar que una de las características distintivas

del *compliance* es la 'autorregulación' para cumplir -y eventualmente exceder- las exigencias de la regulación, así como evitar incurrir en diversas responsabilidades.

Sobre este tercer eje del *compliance*, vale la pena recordar en primer lugar que el mismo partió de la propia caracterización, conceptualización y práctica de la nueva gestión empresarial requerida para las sociedades de capitales de la economía industrial, comercial, financiera y global, que se desarrolló a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero con especial fuerza durante el siglo XX y hasta la fecha.

Desde los planteamientos pioneros de H. Ford y F.W. Taylor, se ha venido consolidando la ciencia, la técnica y la práctica del '*management*', del '*control de calidad*' y del '*gobierno*' y la '*responsabilidad corporativa*', pasando por los trabajos tempranos de A. Berle y P. Drucker, los posteriores de W.A. Shewhart, W.E. Deming, J. Juran e K. Ishikawa y los más recientes de J. Ruggie, entre muchísimos otros¹⁶.

Sus estudios y prácticas de gestión, entre muchos otros, se fueron traduciendo paulatinamente en una gran diversidad de 'modelos' para lograr una mayor 'eficiencia' en la producción, 'calidad' en los productos y 'buenas prácticas' en el gobierno corporativo, que en muchos casos, han considerado también la importancia del cumplimiento y la responsabilidad social como elementos que

15 Cfr. Santiago Botero Gómez. *Empresa, sociedad y derecho. Teoría General de la Función Social de la Empresa*. México. Biblioteca Jurídica Americana de Editorial Porrúa. 2015, Santiago Botero Gómez. *Las Empresas Transnacionales y los Derechos Humanos*. México. Tirant lo Blanch. 2019 y Kevin Keasey Steve Thompson and Mike Wright. (editors). *Corporate Governance Accountability, Enterprise and International Comparisons*. New Jersey. Wiley. 2005.

16 Cfr. Thompson and Wright. *Corporate Governance Accountability, Enterprise and International Comparisons...*, op. cit.

preservan y acrecientan el 'valor' de las empresas. sistemas de *compliance*.

Y junto con otros esfuerzos, dieron lugar también al surgimiento de diversos 'estándares', entre los cuales destacan los que han sido recogidos por la *Organización Internacional de Estandarización* (ISO), que constituyen una importante 'referencia', siendo frecuentemente adoptados por los países y las empresas y frecuentemente objeto de certificaciones que contribuyen a la valorización de las personas jurídicas¹⁷.

Retomando la metodología de mejora continua PHVA de W.E. Deming (Planear, Hacer, Verificar, Actuar) en materia de gestión de la calidad, existen ISO's en materia de cumplimiento, anticorrupción, salud y seguridad en el trabajo, protección ambiental y responsabilidad social empresarial, entre otros ámbitos¹⁸.

Los más relevantes a los efectos de *compliance* son la *ISO 31000* sobre gestión de riesgos, la *ISO 19600* en materia de sistemas de cumplimiento, la *ISO 26000* en materia de responsabilidad social y la *ISO 3700* sobre anticorrupción. Dichos estándares y su correspondiente metodología, son frecuentemente adoptados, o por lo menos tenidos en cuenta, para la implantación de programas y

Asimismo, diversas 'instancias gubernamentales' han desarrollado estructuras de 'enlace' con las 'empresas' para buscar la implantación de 'mejores prácticas' de 'cumplimiento', como el COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) en EUA¹⁹.

Lo mismo ha sucedido respecto de las empresas transnacionales, respecto de las cuales, diversos organismos han emitido recomendaciones en materia de cumplimiento, gobierno corporativo y RSE, como por ejemplo los *Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE) y del G20, las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, o los compromisos del Global Compact de la ONU anteriormente mencionados²⁰.

De igual manera, se han conformado diversas 'asociaciones privadas' que han desarrollado las más diversas metodologías de cumplimiento. Entre las mismas, destaca el *Open Compliance & Ethics Group* que ha propuesto el 'modelo GRC' (*Governance, Risk & Compliance*)²¹.

17 Cfr. Ontiveros. *GPS Compliance...*, op. cit., pp. 51 y ss.

18 Sobre la metodología de los ISO's y para consultar sus estándares, véase la página web institucional: www.iso.org

19 Sobre el modelo COSO y su implementación: Lynford Graham. *Internal Control Audit and Compliance Documentation and Testing Under the New COSO Framework*. New Jersey. Wiley. 2005.

20 Cfr. Javier Sanclemente-Arciniegas. "Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional" en *Revista Derecho*. Número 85. Lima. PUCP. 2020. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n85/2305-2546-derecho-85-00009.pdf> A manera de ejemplo, pueden verse las conocidas *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*.

21 Sobre el modelo GRC Anthony Tarantino. (editor). *Governance, Risk, and Compliance Handbook. Technology, Finance, Environmental, and International Guidance and Best Practices*. New Jersey. Wiley. 2008. Su última versión *GRC Capability Model 3.0* puede verse en su *Red Book* disponible en <https://go.oceg.org/grc-capability-model-red-book>

Muchos de estos esfuerzos organizativos, se han visto a su vez correspondidos con importantes 'programas de cómputo' creados por empresas informáticas para facilitar su adopción al interior de las empresas.

VI. La implantación del *compliance*.

La adopción de un 'sistema' -o en su defecto de uno o varios 'programas'- de cumplimiento, es una labor que debe plantearse seriamente cualquier organización con independencia de su objeto social, de su tamaño, de su presencia geográfica o de su complejidad operativa.

En muchos casos, será suficiente asegurar el cumplimiento de los requisitos mínimos en materia societaria, fiscal y laboral, así como con identificar los principales riesgos de la operación. Para tales efectos, puede resultar indicado un sencillo *due diligence* jurídico y contable, del que eventualmente se derivará la adopción de diversos instrumentos -contratos y proformas-, de diversas prácticas elementales -separación de funciones, doble verificación, pagos a través de autorizaciones mancomunadas, entre otros.-, así como la necesidad de realizar diversas gestiones, trámites y registros.

En otros casos, se requerirá de 'asesoría y trabajo experto', además del desarrollo de una 'labor interdisciplinaria', que deberá ser llevada a cabo por 'varias personas' o equipos de trabajo en los que participen, por lo menos, abogados, auditores, contadores, financieros y expertos en procesos y en sistemas.

En todos los casos, se requerirá siempre de una persona -o equipo de trabajo- del más alto nivel en la organización interesada, que conozca bien sus objetivos, filosofía corporativa, procesos, productos y servicios. Además, es impor-

tante contar con un especialista en *compliance* y, eventualmente, en organizaciones más sofisticadas, con otro experto en procesos y en sistemas. Igualmente resulta indispensable la intervención de abogados. Ya sea de abogados generalistas con conocimientos de la práctica del *compliance* y con una perspectiva amplia de los diversos ámbitos materiales objeto del cumplimiento, o de un despacho jurídico *full service* que pueda identificar con detalle todos los requisitos y obligaciones de la persona moral. Asimismo, en muchos casos e recomendable la participación de un abogado litigante que pueda dar cuenta de los riesgos que ofrecen las diferentes posibles controversias, así como de las pruebas que deban pre-constituirse como evidencia del sistema de cumplimiento según la práctica de los tribunales.

Dicho lo anterior, lo fundamental para implantar el cumplimiento en una organización es no partir de los diferentes modelos o enfoques existentes para aplicarlos, sino más bien todo lo contrario: partir de la clara identificación de la naturaleza de la institución, de su misión, visión y valores, de su tamaño y presencia geográfica, de los productos que ofrece y los servicios que presta, para determinar los ámbitos específicos de cumplimiento que son necesarios para la realización -presente y futura- de su objeto social.

Partiendo pues de la realidad de la organización a implantar el *compliance*, cabe mencionar que su adopción requerirá, por lo menos, de la consideración de los siguientes aspectos:

- a) ¿se necesita un sistema integral o solamente programas específicos de cumplimiento?
- b) ¿qué enfoque y modelo de gestión resulta más adecuado?,
- c) ¿cuántas y cuáles deben ser las líneas de defensa, considerando la estructura -actual y

Juan Pablo Pampillo Baliño

proyectada- de la organización?, y, consecuentemente, ¿dónde estarán los principales puntos de control? y ¿qué buenas prácticas que se desarrollarán?

d) ¿cuáles son y cuáles serán sus principales órganos de gobierno, control, supervisión y capacitación en materia de cumplimiento?

e) ¿cuáles serán los protocolos, políticas y códigos de conducta que deberán elaborarse? y

f) ¿cómo deben conducirse las investigaciones internas?

Dada la naturaleza del presente artículo, no es posible acompañar al lector en la dilucidación de las cuestiones que le plantearán las anteriores interrogantes; sin embargo, pensamos que vale la pena compartirle por lo menos dos consejos prácticos.

El primero: respecto del dilema entre adoptar un sistema integral o programas específicos de cumplimiento, su solución depende del tamaño, presencia territorial, complejidad organizacional y objeto social de la institución. Un sistema integral de cumplimiento -como el propuesto por las ISO's 19600 y 37000, tiene sentido solo para organizaciones de cierto tamaño, presencia y complejidad.

En segundo lugar, sobre el enfoque, funciones y modelo de gestión que requerirán las organizaciones mayores y complejas, la principal sugerencia -conviene reiterarlo- es definirlo a partir de las necesidades específicas de cada entidad²².

Conviene apuntar a dicho respecto, que en términos generales, todos los modelos de cumplimiento, buscan realizar 'tres funciones básicas': prevenir, detectar y responder.

Se 'previene' identificando y priorizando los riesgos, a partir de su probabilidad y de su gravedad; así como también identificando los requisitos jurídicos que deben satisfacerse. Lo anterior se realiza a través de 'matrices de riesgos' y 'matrices de cumplimiento'. Igualmente, se previene determinando el 'nivel de riesgo' que la organización quiere asumir: desde 'cero riesgo', donde la función de cumplimiento sirve como una especie de policía o 'gatekeeper', hasta niveles medios o altos de 'risk management'. También pertenecen al ámbito de la prevención la definición de los controles y puntos de control, la elaboración de códigos, políticas y protocolos, el desarrollo de formatos, la asesoría permanente y la promoción y difusión de una cultura de cumplimiento y responsabilidad social, a través de la sensibilización y la capacitación.

Por su parte, la 'detección' supone el diseño y operación de instancias que permitan, por medio de la vigilancia, ubicar posibles desviaciones o incumplimientos. Dentro de dichas instancias, pueden mencionarse la supervisión cotidiana, el monitoreo financiero, los controles operativos, las políticas de puertas abiertas, la práctica de auditorías y de *due diligence*, la creación de canales

22 Existen gran cantidad de guías prácticas para la implantación de programas de cumplimiento. A manera de ejemplo se citan las dos siguientes: Andrew M. Levine, Reynaldo Manzanarez, Valeria Plastino and Faabio Selhors. *The Guide to Corporate Compliance*. London. Latin Lawyer and LAACA. 2020 y Debbie Troklus, Greg Warner and Emma Wollschlager Schwartz. *Compliance How to build and maintain an effective compliance and ethics program*. Minneapolis. Society of Corporate Compliance & Ethics. 2008. Específicamente sobre anticorrupción puede verse François Vincke and Julian Kassum (editors). *ICC Ethics and Compliance Training Handbook. Anti-corruption guidance by practitioners for practitioners*. Paris. 2013.

internos de denuncias y las investigaciones especiales.

En lo que concierne al 'responder', se traduce en la remediación de las desviaciones, las recomendaciones de mejora, el rediseño de controles, políticas y protocolos y, en su caso, la aplicación de sanciones disciplinarias, e inclusive, la exigencia de responsabilidades jurídicas ante las autoridades competentes.

Las tres funciones básicas referidas se encuentran presentes -con sus variaciones, matices y hasta diversas denominaciones- en prácticamente todos los modelos de cumplimiento; desde el COSO y el GRC -a los que se hizo mención anteriormente- hasta el *Anti-Bribery Compliance (ABC Model)*, pasando por el *Risk Control and Self Assessment (RCSA Model)*, o los propuestos por otras instancias, como la *Asociación Española de Compliance* o el *American Law Institute*, por solo citar dos de las más conocidas²³.

Pero la 'selección' o la 'combinación' de alguno o varios de los anteriores u otros más, depende de persona jurídica en concreto, así como de la regulación a la que se encuentra sujeta y de las responsabilidades en las que pudiera incurrir.

En definitiva, el enfoque y modelo de gestión adoptado, dependerá de la realidad actual de la organización, de su planeación estratégica y de sus perspectivas para el futuro, así como la definición de sus líneas de defensa, funciones, órganos y políticas de cumplimiento, incluidos los procedimientos para atender sus investigaciones internas.

VII. Conclusiones y perspectivas.

En síntesis, los 'orígenes y desarrollo' del cumplimiento, del gobierno corporativo y de la responsabilidad social, han sido el resultado de la 'convergencia' de sus 'tres ejes' característicos: la responsabilidad, la regulación y la autorregulación.

Asimismo, en virtud de la referida convergencia de los anteriores ejes, así como de la misma 'confluencia' de sus 'ámbitos' y 'coincidencia' de 'principios y valores', parecería -como se dijo- que lo más adecuado sería comprenderlos de 'manera unitaria', para lo cual parecería que el *compliance*, al ser el más genérico de los tres, pudiera ser el mejor 'continente' para agruparlos.

Adicionalmente y según también se expuso, debe destacarse que a lo largo de su 'desenvolvi-

23 Sobre el modelo COSO y su implementación, veáse a Graham. *Internal Control Audit and Compliance Documentation and Testing Under the New COSO Framework...*, op.cit., Sobre el GRC y el RCSA puede consultarse a Tarantino. *Governance, Risk, and Compliance Handbook. Technology, Finance, Environmental, and International Guidance and Best Practices...*, op. cit. Su última versión *GRC Capability Model 3.0* puede verse en su *Red Book* disponible en <https://go.aceg.org/grc-capability-model-red-book> En torno al modelo ABC, véase a Stefano Manacorda, Francesco Centonze and Gabrio Forti (editors). *Preventing Corporate Corruption The Anti-Bribery Compliance Model*. New York. Springer. 2014. Véase también sobre los dos modelos citados en último lugar a la Asociación Española de Compliance. *Libro Blanco sobre la Función de Compliance*. Madrid. ASCOM. 2017 y al American Law Institute. *Principles of the Law of Compliance, Risk Management, and Enforcement*. 2019, consultable en www.ali.org

Juan Pablo Pampillo Baliño

miento histórico', se han venido 'ampliando' significativamente sus respectivos 'campos'.

En efecto, su 'ámbito personal' abarca a todas las 'personas jurídicas colectivas', tanto a las sociedades y asociaciones civiles como a las empresas comerciales (incluyendo los *joint ventures*), a las entidades gubernamentales, a los organismos internacionales y a las organizaciones de la sociedad civil, tanto nacionales como internacionales.

Por lo que hace a su 'ámbito material' comprende -intentando en pocas palabras consignar una extensa nómina, de modo más indicativo que exhaustivo- la temática de la responsabilidad (civil, administrativa y penal), así como la organizativa, de gobierno y control en las materias societaria, financiera, bursátil, del trabajo y la seguridad social, de salud, comercial, de competencia, del consumo, medioambiental, fiscal, de combate a la corrupción y a la delincuencia internacional -con especial énfasis en la prevención del lavado de dinero-, fiscal, de seguridad de la información, protección de datos personales y promoción de los derechos humanos.

Pero incluso a pesar de la ya impresionante extensión de su campo material, que además es -como se dijo- interdisciplinario, es muy probable que el mismo siga ensanchándose.

A manera de ejemplo, puede citarse como con motivo de los nuevos riesgos y retos planteados por la pandemia COVID 19, se han vuelto a poner en primer plano las cuestiones relativas al caso fortuito, la fuerza mayor y el cambio de las condiciones -*rebus sic stantibus*- dentro de los contratos de larga duración, incluyendo también la rees-

tructuración corporativa de grupos empresariales y diversas cuestiones relativas al concurso y a la quiebra.

Finalmente, por lo que hace a su 'ámbito espacial', puede decirse que el *compliance* abarca tanto a las entidades nacionales, como a las intra-estatales, internacionales y transnacionales, tanto universales como regionales.

Por ello mismo, es habitual que el acomodo y el contenido mismo de sus tres ejes, presenten 'tendencias', 'normas jurídicas' y 'buenas prácticas', procedentes de diversos ordenamientos y estándares, que combinan elementos internacionales, nacionales y extranjeros, por donde la dimensión y la perspectiva comparadas, resultan fundamentales.

En virtud de todo lo anterior, dada la amplitud e interdisciplinariedad de su materia, la creciente importancia que ha cobrado en la vida de las instituciones y la misma diversidad perspectivas, planteamientos y regulaciones que han venido respondiendo a los nuevos retos y problemas de un entorno cambiante, es indudable que el *compliance* requerirá seguirse consolidando y adaptando a las mismas²⁴.

Lo cierto es que actualmente, toda organización debe considerar seriamente en su propio beneficio, tanto para evitar, prevenir o mitigar riesgos, incumplimientos y responsabilidades, como para aumentar su consideración y valoración de parte de sus socios, clientes, colaboradores y de la sociedad en general, la implantación de un *compliance*, cuyas características -enfoque, modelo, líneas de defensa, órganos y funciones-

24 Véase por ejemplo a David Jackman. *The Compliance Revolution. How Compliance Needs to Change to Survive*. Singapore. Wiley. 2015

Juan Pablo Pampillo Baliño

dependerán en todo caso de la realidad misma de la corporación a adoptarlo.

En cualquier caso, la recomendación fundamental para todos los lectores, consiste en tomar -o renovar- conciencia sobre la creciente importancia del *compliance*, como ámbito destacado de la ciencia y la práctica jurídica, tanto por su relevancia intrínseca, como en razón de su interdisciplinariedad, amplitud y finalidad –ética y jurídica- específica. / L.D. 2021.