

RESUMEN.

El fenómeno del cumplimiento normativo y su expansión internacional, especialmente en la segunda década del siglo XXI, se desarrollan en torno a la configuración de un concepto transversal donde destacan elementos fundamentales del pensamiento económico. Razón por la cual, no cabe entender su aterrizaje en las ciencias sociales desde una perspectiva exclusivamente jurídica o institucional. En este sentido, el primer objetivo de este trabajo consiste en exponer el desarrollo teórico de este fenómeno desde la ciencia económica.

Para ello, en el primer capítulo se ofrece una visión general basada en el pensamiento económico donde se pone de manifiesto que la compliance no es en exclusiva una cuestión legal. Pues, buena parte de los elementos básicos que configuran este fenómeno se identifican con problemas ampliamente estudiados por la ciencia económica.

En vista de ello, el capítulo primero recogerá una serie de argumentos acerca de los problemas fundamentales que resultan inherentes a la implementación de cualquier sistema (público o privado) de cumplimiento. Desde la ciencia económica, se trata de dar respuesta, entre otros, a aspectos tan relevantes como la importancia del comportamiento humano (individual o colectivo), las asimetrías de información, los problemas de agencia o la intervención del sector público en presencia de externalidades. La importancia de estos elementos del pensamiento económico para comprender el cumplimiento normativo obligará a tenerlos presentes a lo largo de todo el trabajo.

El anglicismo “*compliance*” hunde sus raíces en el mundo anglosajón y ha prevalecido en la escena internacional como una “etiqueta estándar” para referir e identificar, con carácter general, cualquier cuestión relacionada con el

cumplimiento normativo (Kingsbury, B., 1997, p. 348)¹ en ámbitos tan diversos como la medicina, la ingeniería, la educación, la psicología, la economía o el derecho. Sin embargo, por una cuestión formal que responde al enfoque iberoamericano de este trabajo, en lo sucesivo sustituiré este anglicismo por su expresión hispana: *compliance*.

De una u otra manera, lo cierto es que el carácter anfibiológico del término revela que se trata de un concepto multidisciplinar. Pues, como se verá a lo largo de este trabajo, en él se combinan aspectos relevantes del mundo de la economía y del derecho, pero también aspectos institucionales, psicológicos, conductistas, éticos y sociales.

En términos muy generales, *compliance* básicamente es cumplir. Lo cual nos remite directamente hacia un elemento externo (con mayor o menor fuerza vinculante) de cuya observancia se hará depender un resultado. Precisamente, la existencia de una consecuencia (positiva o negativa) es lo que juega un papel determinante en la decisión individual de cumplir.

En un sentido jurídico, podría decirse que la *compliance* consiste en el cumplimiento de los elementos exigidos por la norma bajo el deseo o la expectativa de evitar sus consecuencias jurídicas. Generalmente consistentes bien en una sanción, o bien en la pérdida de un beneficio.

Sin embargo, desde una perspectiva económico-empresarial, podríamos afirmar que la *compliance* es un sistema de incentivos orientado a procurar comportamientos económicamente eficientes en relación con un determinado

¹ El carácter transversal y polisémico del término fue advertido ya desde los primeros momentos de su expansión internacional. El *Oxford English Dictionary* define el *compliance* como “la acción o el hecho de cumplir con un deseo o una orden”.

nivel de riesgo (Rodríguez y Marín, 2005, p. 10)². Desde este enfoque económico, *a contrario sensu*, la ausencia de compliance podría conducir a un resultado no eficiente.

La justificación del enfoque jurídico-económico en este trabajo obedece, por lo tanto, al carácter multidisciplinar de la materia, pero también a la interdependencia observada en la práctica entre lo legal y lo económico, especialmente, a partir del estudio del estado de la cuestión en el plano internacional.

Precisamente este hecho, pone de manifiesto la necesidad de plantear un instrumento de medida que, de manera estandarizada y sistemática, ofrezca información precisa sobre los distintos niveles de compliance en la escena internacional. Con ello, será posible realizar comparaciones tanto en el tiempo como en el espacio sobre los distintos niveles de desempeño en cada país. Por esta razón, en el capítulo segundo se aborda la construcción de un índice internacional de compliance y su posterior aplicación no solo al contexto de Iberoamérica si no al conjunto de los Estados miembros de la OCDE.

La novedad de esta materia unida al mayor o menor acierto con el que cada legislador nacional la ha regulado, arrojan un panorama a veces desconcertante en el que se observan prácticas empresariales y decisiones político-públicas que, como se argumentará en el capítulo tercero, ponen de manifiesto la necesidad de contar con una cierta orientación externa. En este sentido, la métrica internacional que se propone aspira a informar sobre la posición relativa que ocupa cada Estado

² Desde este enfoque económico, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ha definido el riesgo de compliance como “el riesgo de que una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdidas de su reputación como resultado del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad”.

de la OCDE y a tomar conciencia sobre la situación real de esta cuestión. De esta manera, será posible diagnosticar posibles fallos y plantear alternativas para un mejor desempeño de la compliance en la escena internacional.

Gracias a los resultados que arroja este índice, ha sido posible identificar rasgos comunes entre las distintas economías que integran la OCDE, especialmente, en el contexto de los países latinoamericanos. Lo cual, abre una interesante línea de investigación a propósito de cuáles pueden ser las razones que justifican esta convergencia en los aspectos básicos de la compliance.

La respuesta a esta pregunta debe plantearse nuevamente desde el análisis económico del derecho. Hasta la fecha, la literatura mayoritaria ha abordado esta cuestión desde un enfoque excesivamente positivista centrándose en aspectos ampliamente discutidos como la naturaleza (penal o no) de la responsabilidad de la persona jurídica, los requisitos del modelo de compliance, o los delitos imputables. Cuestiones, a todas luces importantes para la implementación del cumplimiento normativo. Sin embargo, en este trabajo se defenderá la tesis de que la vertiente económica es trascendental para la comprensión de este fenómeno internacional. Los factores económicos están presentes tanto en quienes elaboran las normas como en sus destinatarios. Ya se trate de individuos o de entidades colectivas, existen una serie de incentivos que dan lugar a pautas de comportamiento donde, casi siempre, interviene un juicio racional en términos de coste-beneficio. Esta idea, está en la esencia de cualquier sistema de compliance y es común a todos los ordenamientos del panorama internacional en los que ha irrumpido el cumplimiento normativo.

Por esta razón, el capítulo tres se dedica a estudiar la compliance en Iberoamérica con la finalidad principal de descifrar la existencia de

concomitancias en la forma de juridificar esta materia. Para ello, se presta una especial atención a aquellos países que, conforme a su posición en el índice, presentan un modelo más desarrollado de compliance. El resultado de esta línea de investigación arroja la sospecha de que Chile y España pueden estar liderando este ranking.

Sin embargo, tan importante es el estudio económico de los factores que propician el cumplimiento como el de aquellos que, por alguna razón, lo inhiben.

Las situaciones de no compliance pueden tener su origen, entre otras causas, en el hecho de que una norma no sea lo suficientemente disuasoria como para lograr incentivar su cumplimiento (Tyran & Feld, 2006, p.23). Esta idea cobra peso si tenemos en cuenta la manera en que, formalmente, se han presentado algunas medidas de cumplimiento durante el siglo XX. En su mayoría, mediante instrumentos de *soft law* como meras recomendaciones, códigos de conducta, sugerencias o meros principios de actuación. En definitiva, instrumentos bienintencionados, pero demasiado débiles en cuanto a su potencia disuasoria.

Los argumentos que se presentan en el capítulo tercero apuntan a que este elemento formal, en ocasiones, puede resultar determinante a la hora de procurar comportamientos socialmente aceptados. Si asumimos la premisa de racionalidad limitada en los destinatarios de una norma, la decisión de cumplir estará sujeta a la restricción de valorar su coste o beneficio. Lo cual, en definitiva, puede estar condicionado por la apariencia formal de la norma; pues, en cada instrumento legal las consecuencias jurídicas tienden a ser diferentes.

En vista de ello, conviene apuntar a los reguladores y *policy makers* del sector público en tanto que en ellos recae la decisión de optar por un “envoltorio”

formal o por otro. En este sentido, la compliance no debe considerarse restringida en exclusiva al sector privado.

Si bien, las razones para su consideración en una empresa privada se vinculan con aspectos como la eficiencia, la gestión de riesgos, la responsabilidad social corporativa, o la ética empresarial; no es menos cierto que en el sector público existen razones igualmente sólidas que justifican la compliance pública. Sin ánimo de exhaustividad, a continuación, se enuncian al menos tres.

La primera de ellas se desprende del doble rol que desempeña el sector público en cualquier sociedad desarrollada. Por un lado, como agente económico y, por otro lado, como agente regulador. Como agente económico, opera en el tráfico de bienes y servicios y, por lo tanto, se encuentra expuesto a todos sus riesgos. Especialmente, en sectores estratégicos y en aquellos ámbitos de actividad donde, tradicionalmente, ha ostentado una especial relevancia. Así ocurre, entre otros, en la contratación pública, el urbanismo o la gestión tributaria. En este sentido, en el contexto iberoamericano, el personal funcionario al servicio de la Administración tiene un papel decisivo en la denuncia o comunicación de irregularidades, así como en la prevención de actos ilícitos³.

En su otra vertiente, como regulador, diseña, implementa y aplica políticas públicas y legislativas de cumplimiento tanto en el ámbito nacional (mediante la aprobación o reforma de normas jurídicas), como en la escena internacional (celebrando acuerdos y convenios con otros Estados). En esta línea, cabría entender que, en la medida de lo posible, las autoridades públicas deben contribuir

³ En este sentido, conviene tener en cuenta la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la OCDE (1997) y las diferentes normativas del panorama iberoamericano que se detallarán más adelante.

a minimizar las barreras a la implementación de la compliance en una sociedad avanzada, así como los costes asociados a ella. Entre otras medidas, guiando su aplicación u orientando a sus destinatarios en materia de buenas prácticas empresariales⁴. Tareas que, como se verá, en algunos países ha sido parcialmente asumida por el poder judicial.

En una disciplina como la compliance donde las asimetrías de información están desempeñando un papel fundamental, los déficits de señalización a menudo pueden frustrar la finalidad de las normas. Por esta razón, considero que limitar el estudio de la compliance al derecho penal es una estrategia errónea.

Por otro lado, el sector público también funciona como un árbitro en el tráfico económico. En algunos casos, su intervención en la economía puede estar justificada por razones de eficiencia.

En no pocas ocasiones, un incumplimiento normativo puede ocasionar daños sociales o externalidades negativas (pensemos, por ejemplo, en los ilícitos contra el medio ambiente⁵ o en los actos de corrupción donde, generalmente, el perjuicio lo soporta la sociedad en su conjunto). La corrupción y los delitos económicos afines despiertan una especial sensibilidad social donde, de nuevo, la compliance pública cobra un sentido pleno.

Es sabido que, con carácter general, resulta imposible controlar la corrupción. En algunos casos porque si optamos por incrementar el reproche legal,

⁴ Como se verá en el capítulo 3, la función de “*guidance*” que realiza el sector público está presente en la mayor parte del panorama iberoamericano. En algunos casos, a través del poder judicial mediante las resoluciones de los órganos jurisdiccionales o las instrucciones facilitadas por autoridades públicas como la Fiscalía y; en otros, mediante el poder ejecutivo a través de la publicación de orientaciones, órdenes ministeriales o guías de actuación para las empresas públicas.

⁵ Donde, en materia de compliance, ha desempeñado un papel fundamental la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

existe el riesgo de generar un efecto perverso que haría aumentar las probabilidades de sobornar a un funcionario público (o lo que es peor, de que éste acceda al soborno)⁶. Y, en otros, porque las probabilidades de detectar un acto ilícito dependen, en gran medida, de los esfuerzos y los costes asociados a su vigilancia y control⁷ y, éstos, no siempre son asumibles por el sector público. Quizás por esta razón, se pueda sostener la tesis de que, para el sector público, resulta más eficiente externalizar este coste hacia el sector privado mediante la articulación legal de mecanismos de autorregulación regulada y de modelos organizativos de gestión de riesgos.

Se puede afirmar que, si algo hemos aprendido de la experiencia vivida en el siglo XX, es que el Estado carece de recursos suficientes para hacer frente a la prevención y sanción eficaz de todos los actos ilícitos que generan perjuicios sociales pues, muy probablemente, su coste tendería a infinito. Por esta razón, la compliance pública persigue implicar en esta labor al sector privado, particularmente, mediante políticas públicas que permitan “aliviar” de esta carga al Estado. En esta línea, aprovechando el carácter instrumental del derecho en las sociedades modernas, no han sido pocos los ordenamientos legales que han apostado por introducir mecanismos de autorregulación o regulación regulada, de los que se hablará más adelante; cuya función principal consiste en activar el incentivo colectivo de la prevención de ilícitos en el sector privado.

⁶ En el modelo de MOOKHERJEE, D., & PNG, I. P. (1994), se alerta precisamente del riesgo implícito que representan los incrementos marginales en la sanción respecto de la probabilidad de reducir el hecho ilícito. Por su parte BASU *et al.* (1992), justifican las dificultades propias de establecer controles a los actos de corrupción en elementos personales como la moralidad de las autoridades públicas o su decisión sobre el reporte del delito o guardar un silencio cómplice.

⁷ En esta línea, el modelo económico de MARJIT, S., & SHI, H. (1998), es coincidente con la doctrina anterior al anticipar el problema del “segundo vigilante” a propósito de la probabilidad de sobornar a una autoridad pública que, a su vez, se encuentra investigando un acto de corrupción.

Sea como fuere, parece claro que existen elementos de índole económica que resultan claves en el control de actos de corrupción. Entre ellos, la probabilidad de descubrir un hecho ilícito, de recibir una sanción, el importe o la cuantía de esta sanción, los incentivos hacia el cumplimiento, la potencia disuasoria de una norma jurídica, la reincidencia, la asimetría en la información, o los problemas de agencia⁸. En este sentido, la compliance trasciende una vez más de lo jurídico y de la mera responsabilidad legal de la persona jurídica. Pues, como argumento añadido, aun existiendo entidades colectivas inimputables⁹ no faltan razones de índole económica y de justicia social que justifican su autorregulación.

La otra cara de la moneda la encontramos en el sector privado. En este caso, como destinatario de las normas y como agente autónomo en esta suerte de colaboración público-privada a la que nos induce la compliance. En tal sentido, el sector privado está protagonizando la puesta en marcha de los sistemas de compliance despertando una revolución en la estructura de gobierno de las organizaciones. De manera particular, en el cuarto capítulo se intentará dar respuesta a cuál es la mejor estrategia de “defensa corporativa” para la prevención de actos ilícitos.

Con esta finalidad, se ha recurrido a la aplicación de técnicas econométricas para examinar al papel que desempeñan el nombramiento de un oficial de cumplimiento o agente de compliance y la designación de un órgano de la persona jurídica en los países seleccionados.

⁸ La ponderación de estos elementos ha sido utilizada por POLINSKY, M.A. & SHAVELL, S. (2000) para determinar el “*public enforcement of law*” a efectos de controlar o, al menos, prevenir actos de corrupción.

⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 31 quinquies del código penal español.

Más allá de la importancia que representan estas decisiones para el gobierno corporativo de las entidades, interesa investigar las causas que están propiciando la existencia de comportamientos armónicos entre distintos países. Pues, como se verá en ese capítulo, existen coincidencias no triviales que tendrán relevancia para el futuro de la compliance internacional.