

# El compliance, una nueva forma de hacer negocios

*Compliance, A New Way of Doing Business*



**Dr. Diego Cabezuela**





## Dr. Diego Cabezuela

### SEMBLANZA

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Master en Práctica Jurídica. Cursos monográficos sobre derecho concursal, social, penal y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Práctica profesional en Derecho Concursal, Societario y Derecho Penal Empresarial (delitos económicos, societarios, contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad en el Trabajo y responsabilidad penal profesional).

Ponente Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Ponente Cursos Derecho Penal de las Nuevas Tecnologías. Mesas redondas Observatorio de delitos económicos KPMG/URJC. Profesor del Máster de Derecho Penal Económico URJC. Presidente del Observatorio de Siniestralidad Laboral.

Artículos jurídicos en prensa general, económica y legal (El Mundo, Diario de Mallorca, Expansión, El Confidencial, Ecofin, El Notario del Siglo XXI, Diario Jurídico, Legal Today), e International Business Law, de la International Bar Association. Presidente Internacional de la World Compliance Association.

Es miembro de la Comisión de Proyectos Legislativos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

### RESUME

*Law Degree from the Complutense University of Madrid. Master in Legal Practice. Monographic courses on bankruptcy law, social law, criminal law and European Court of Human Rights. Professional practice in Bankruptcy Law, Corporate and Corporate Criminal Law (economic crimes, corporate crimes, crimes against the Public Treasury, crimes against Safety at Work and professional criminal liability).*

*Speaker on Criminal Liability of Legal Entities. Speaker Criminal Law Courses on New Technologies. Round Tables Observatory of Economic Crimes KPMG/URJC. Professor of the Master's Degree in Economic Criminal Law URJC. President of the Observatory of Labor Accidents.*

*Legal articles in general, economic and legal press (El Mundo, Diario de Mallorca, Expansión, El Confidencial, Ecofin, El Notario del Siglo XXI, Diario Jurídico, Legal Today), and International Business Law, of the International Bar Association. International President of the World Compliance Association.*

*He is a member of the Commission of Legislative Projects of the Madrid Bar Association.*

### RESUMEN

Tras la llegada de la responsabilidad penal y el compliance, la forma de relacionarse entre las empresas ha cambiado por completo. En este artículo, el autor explica qué es el compliance como instrumento de prevención y da a conocer la historia detrás, desde sus inicios hasta lo que ha llegado a ser hoy en día.

### SUMMARY

Ever since the development of criminal liability and compliance, the way companies relate to each other has changed completely. In this article, the author explains what compliance is as an instrument of prevention and explains the history behind it, from its beginnings to the way it has come to be today.

La llegada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la herramienta que ésta ha traído consigo, el compliance, ha transformado en pocos años los usos empresariales en Europa y gana espacio rápidamente en Latinoamérica. Casi todos, por no decir todos, los países de la Región, entre ellos naturalmente México, han abrazado la denominada cultura del Compliance. Pero buena parte del gran público, sienten aún cierta desorientación. ¿Qué es exactamente el compliance?

Para entender lo que supone el compliance tanto para las organizaciones, como para la Administración de Justicia y para la sociedad en general, conviene viajar un poco en el tiempo y remontarse a las circunstancias en las que nació y seguir el hilo de la que ha sido su evolución.

El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sitúa en Estados Unidos y se remonta a los años setenta del siglo pasado, cobrando fuerza definitivamente a principios del Siglo XXI, tras los escándalos de Enron, Arthur Andersen, etc. La opinión pública mundial quedó atónita cuando se hizo público que, dentro de estas grandes organizaciones, a quienes se suponía ejemplares, y un espejo de virtudes empresariales, se ocultaban graves irregularidades imposibles de imaginar y dirigidas desde sus puestos de dirección y máxima responsabilidad.

Los Estados decidieron que había llegado la hora de que las organizaciones empezaran a cuidar de sí mismas y a prevenir e investigar los delitos que pudieran cometerse dentro de ellas y en sus círculos de influencia. Los Estados no podían, o no querían, destinar recursos ingentes a la prevención o a la investigación dentro de las grandes multinacionales ni tampoco en las empresas más pequeñas a la búsqueda de los culpables de un autor o de un grupo de autores que hubieran sido los responsables de una actuación delictiva. Es ya la organización la que debe controlar su interior y lo que se espera de ella es que se ponga de parte de la Administración de Justicia si, a pesar de ello, el delito se produce. Porque, si no lo hace, será ella, como tal persona jurídica, la que deberá hacer frente a graves responsabilidades penales.

**El origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sitúa en Estados Unidos y se remonta a los años setenta del siglo pasado, cobrando fuerza definitivamente a principios del Siglo XXI, tras los escándalos de Enron, Arthur Andersen etc.**



## **The origin of the criminal liability of legal persons is located in the United States and dates back to the seventies and gained strength in the early 21st century, after the scandals of Enron, Arthur Andersen etc.**

The rise of criminal liability of legal entities and the new tool it has brought with it, compliance, has transformed business practices in Europe in just a few years and is rapidly gaining ground in Latin America. Most, if not all, of the countries in the region, including Mexico of course, have embraced the so-called compliance culture. But a large part of the general public is still somewhat disoriented. What exactly is compliance?

To understand what compliance means for organizations, for the Administration of Justice and for society in general, it is important to travel back in time and go over the circumstances in which it was born and follow the thread of its evolution.

The origin of the criminal liability of legal persons is located in the United States and dates back to the seventies and gained strength in the early 21st century, after the scandals of Enron, Arthur Andersen etc. Worldwide, public opinion

was stunned when it became known that, within these large organizations, which were supposed to be exemplary and a mirror of business virtues, serious irregularities were concealed that were impossible to imagine and directed from their management and top positions of responsibility.

States decided that the time had come for organizations to start taking care of themselves and to prevent and investigate crimes that might be committed within them and in their circles of influence. States could not, or did not want to, allocate huge resources to prevention or investigation within large multinationals, or even in smaller companies to the search for the culprits of a perpetrator or a group of perpetrators who had been responsible for a criminal act. It is up to the organization to control its own internal affairs and what is expected of it is that it sides with the Administration of Justice if, in spite of this, a crime is committed. Because, if it does not do so, it will be it, as a legal entity, which will have to face serious criminal liabilities.

Claro que una persona jurídica no puede ser encarcelada, pero sí puede ser objeto de severas sanciones que pueden poner en peligro su continuidad. Cierres de todas o parte de sus sedes, suspensión de su actividad, prohibiciones de contratar con las Administraciones Públicas, disolución etc. y, sobre todo, multas que, en el caso de España, alcanzan cifras extraordinariamente duras. Por otra parte, tampoco debe minimizarse el alto coste reputacional que supone para una Compañía el hecho de que se haga público que está siendo acusada penalmente, sobre todo si lo es por hechos relacionados con la corrupción. Especialmente vulnerables son, desde este punto de vista, las empresas cotizadas cuyas acciones pueden ver descender inmediatamente su valor, tan pronto como trascienda que se hayan inmersas en un proceso penal.

Por tanto, hay buenas razones para que la empresa "cambie de bando" y se coloque del lado del cumplimiento de la ley, cuidando de que sus directivos o subordinados no cometan hechos delictivos y apresurándose a investigar cualquier dato sospechoso. Ese control, asentado en una cultura de cumplimiento de la ley, fomentada desde la cúpula de la empresa, es, en síntesis, el compliance.

Contar con un buen sistema de compliance supone, según los países, quedar libre de responsabilidad penal



o al menos, verla muy atenuada, en el caso de que el delito se produzca. Mostrando al Tribunal que el delito ha sido un hecho aislado o que, si bien el autor del delito ha conseguido burlar el sistema, este, en sí mismo, estaba bien concebido y era seguro.

Esta función de cumplimiento o compliance comienza normalmente con la identificación de los riesgos penales de la empresa, es decir, los que tengan posibilidades de cometerse en virtud de la actividad o la estructura, de la organización. Continúa con el examen de los procesos de toma de decisiones relativas a esos focos de riesgo y concluye con la corrección o el establecimiento de las operativas

que sean necesarias para neutralizar o minimizar esos riesgos.

En la experiencia española, puedo decir que la causa principal de la explosión del fenómeno compliance ha sido en realidad --más que el miedo a las sanciones penales-- la rápida difusión de las llamadas cláusulas de cumplimiento normativo.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas abarca en general no solo los hechos de sus directivos o trabajadores, sino también los de sus subcontratistas, proveedores, prestadores de servicios etc. Todos ellos pueden poner en peligro la integridad penal de la empresa principal.

Of course, a legal entity cannot be imprisoned, but it can be subject to severe sanctions that can jeopardize its continuity. Closures of all or part of its headquarters, suspension of its activity, prohibitions to contract with the Public Administrations, dissolution, etc. and, above all, fines which, in the case of Spain, reach extraordinarily heavy amounts. On the other hand, the high reputational cost for a company when it becomes public knowledge that it is being criminally accused should not be minimized, especially if it is for acts related to corruption. From this point of view, listed companies are particularly vulnerable, and their shares may immediately drop in value as soon as it becomes known that they are involved in criminal proceedings.

Therefore, there are good reasons for the company to "change sides" and take the side of compliance with the

law, ensuring that its managers or subordinates do not commit criminal acts and rushing to investigate any suspicious information. This control, based on a culture of compliance with the law, promoted from the top of the company, is, in short, compliance.

Having a good compliance system means, depending on the country, being exempt from criminal liability or at least seeing it very attenuated, in the event that the crime occurs. Showing the Court that the crime was an isolated event or that, although the perpetrator managed to circumvent the system, the system itself was well conceived and secure.

This compliance function normally begins with the identification of the company's criminal risks, i.e. those that are likely to be committed by virtue of the activity or structure of

the organization. It continues with the examination of the decision-making processes related to those risk sources and concludes with the correction or establishment of the necessary operations to neutralize or minimize those risks.

In the Spanish experience, I can say that the main cause of the explosion of the compliance phenomenon has actually been - more than the fear of criminal sanctions - the rapid spread of the so-called regulatory compliance clauses.

The criminal liability of legal entities covers in general not only the actions of their managers or employees, but also those of their subcontractors, suppliers, service providers, etc. All of them can jeopardize the criminal integrity of the parent company.



Esta necesidad de extender el control al siguiente escalón provocó la inclusión en los contratos de las cláusulas de cumplimiento normativo. De forma que las partes se comprometen, no solo a cumplir con lo que han pactado, sino también a cumplir, en general, con toda la legalidad. Hasta el punto de que, cualquier incumplimiento grave de ésta, aunque no tenga relación con el objeto del contrato firmado, supone una causa justificada para resolverlo. Por ejemplo, un contrato de distribución, en el que las dos partes estén cumpliendo con pulcritud sus prestaciones, puede entenderse incumplido por una de ellas, si incurre en un incumplimiento grave, en materia, por ej., laboral o en un impago importante de sus impuestos, o, no digamos, si se acredita que ha sobornado a un tercero para conseguir cualquier otro contrato.

This need to extend control to the next level led to the inclusion of compliance clauses in contracts. So that the parties undertake not only to comply with what they have agreed, but also to comply, in general, with all the law. To such an extent that any serious breach of the law, even if it is not related to the object of the contract signed, is a justified cause for termination. For example, a distribution contract, in which both parties are fulfilling their obligations neatly, can be understood to be breached by one of them if it incurs in a serious breach, for example, in labor matters or in a significant non-payment of taxes, or, not to mention, if it is proven that it has bribed a third party to obtain any other contract.



En España, las empresas medianas y pequeñas, --que son la mayor parte de nuestra fuerza empresarial-- más por no quedarse fuera de los contratos con las grandes que, por convencimiento, o por temor a una sanción penal--, fueron acostumbrándose a aceptar estas cláusulas en sus contratos. Y obviamente, esta obligación de cumplimiento legal que asumían frente a los grandes contratistas les fue llevando a implementar internamente sus propios programas de compliance. Al mismo tiempo, todas ellas, empezaron a imponer esas cláusulas al siguiente nivel de contratación o subcontratación, lo que en poco tiempo produjo un enorme efecto exponencial y convirtió el compliance en una nueva forma de comportarse en los negocios.

Hoy día en España, y en general, en Europa, el compliance se ha convertido en un valor competitivo formidable. Las empresas que poseen un buen programa de cumplimiento, transmiten mucha más confianza a sus clientes y al mercado en general. Una confianza que aumenta sus operaciones y mejora sus cuentas de resultados. Nadie quiere hacer negocios con empresas desorganizadas y en las que no confían, aunque sus precios o condiciones parezcan mejores.

El paso siguiente, apuntado por la experiencia anglosajona, es extender la facultad de resolver los contratos a los incumplimientos de la legalidad, no solo del otro contratante, sino de cualquiera de sus subsidiarias, especialmente en materia de sobornos o corrupción, aunque estos hechos hayan ocurrido en otro país.

Un último, pero no menos importante, aspecto de la cuestión. Pese a que el compliance nació como instrumento de prevención frente a posibles sanciones penales, se ha ido extendiendo a todas las áreas de la empresa en que puedan producirse actuaciones irregulares, capaces de generar sanciones, aunque sean de índole no penal. Por ejemplo, sanciones por incumplimientos de medio ambiente, de consumo, o frente a organismos reguladores.

In Spain, small and medium-sized companies - which make up the majority of our business force - have become accustomed to accepting these clauses in their contracts, more out of conviction than out of fear of a criminal sanction, because they do not want to be left out of contracts with large companies. And obviously, this obligation of legal compliance that they assumed vis-à-vis the large contractors led them to implement their own compliance programs internally. At the same time, all of them began to impose these clauses at the next level of contracting or subcontracting, which in a short time produced an enormous exponential effect and turned compliance into a new way of behaving in business.

Nowadays in Spain, and in Europe in general, compliance has become a formidable competitive value. Companies that have a good compliance program transmit much more confidence to their clients and to the market in general. This confidence increases their operations and improves their

**El compliance se ha convertido en una herramienta integral que ha cambiado por completo la forma de relacionarse entre las empresas y de las empresas con las Administraciones Públicas. Es un cambio completo de filosofía, un escenario empresarial nuevo, que ha llegado para quedarse.**



bottom line. No one wants to do business with disorganized companies that they don't trust, even if their prices or conditions seem better.

The next step, pointed out by the Anglo-Saxon experience, is to extend the power to terminate contracts to breaches of the law, not only of the other contracting party, but also of any of its subsidiaries, especially in matters of bribery or corruption, even if these events have occurred in another country.

As a last, but not least, aspect of the issue. Although compliance was born as an instrument of prevention against possible criminal sanctions, it has been extended to all areas of the company in which irregular actions may occur, capable of generating sanctions, even if they are of a non-criminal nature. For example, sanctions for non-compliance with environmental, consumer or regulatory bodies.

**Compliance has become an integral tool that has completely changed the way of relating between companies and between companies and Public Administrations. It is a complete change of philosophy, a new business scenario that is here to stay.**