



ANÁLISIS DEL COMPLIANCE CON ESPECIAL REFERENCIA AL OFICIAL DE  
CUMPLIMIENTO  
TESINA DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DANIELA RAMMSY LIRA  
IGNACIO SEPÚLVEDA VERGARA

PROFESOR GUÍA  
TOMÁS GOÑI PRICE

DICIEMBRE 2021

**Resumen:**

Este texto propone un esquema del compliance o cumplimiento normativo empresarial, partiendo por su origen el cual se remonta al siglo pasado en Estados Unidos, en base a diversos hechos delictivos vinculados a la corrupción, soborno, lavado de activos, entre otros. Por su parte se analizará la conceptualización del Compliance, lo que es y que abarca este concepto. En relación con esto, adquirirá importancia la revisión del cumplimiento normativo en Chile y con ello un estudio del Oficial de Cumplimiento, dependiente de este último y como figura incorporada dentro de la empresa, cuyas atribuciones adquieren particularidades y relevancias sujetas a una investigación a fondo para delimitar su objeto.

*Palabras clave: Compliance, Atribuciones, Estados Unidos, Oficial de Cumplimiento, Empresa.*

**Abstract:**

This paper suggests a scheme of Compliance or Corporate Regulatory Compliance, starting with its origin which dates, back to the last century in United States, based on various criminal acts related to corruption, bribery, money laundering, among others. At the same time, the conceptualization of Compliance will be analyzed, questioning what it is and what this concept encompasses. Related to the last point, it will be important a review of Regulatory Compliance in Chile and with it, the study about Compliance Officer as a figure incorporated within the company whose attributions acquire certain particularities and relevancies subjects to a thorough investigations to define their object.

*Key words: Compliance, Attributions, United States, Compliance Officer, Company.*

## ÍNDICE

Portada_____	Pág. 1
Resumen_____	Pág. 2
Índice _____	Pág. 3
Introducción_____	Pág. 4
Desarrollo _____	Págs. 6-30
I. Origen y evolución del Compliance _____	Pág. 6
1. Entrada en vigor de la Securities and Exchange Commission (SEC) _____	Pág. 6
2. Desencadenamiento y creación de la Foreign Corrupt Practices Act _____	Pág. 7
2.1. Casos relevantes_____	Pág. 8
3. Creación de la United States Sentencing Commission (USSC) y subsecuente Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO)_____	Pág. 9
4. Sarbanes-Oxley Act (SOX)_____	Pág. 10
II. Normas internacionales_____	Pág. 12
III. Compliance propiamente tal _____	Pág. 14
1. Análisis del concepto de Compliance_____	Pág. 14
2. Compliance y conflictos subsecuentes dentro de la empresa_____	Pág. 17
IV. Compliance en Chile_____	Pág. 18
1. Factores que desencadenaron su incorporación en Chile_____	Pág. 18
1.1. Caso “Chispas” _____	Pág. 20
V. Compliance officer u oficial de cumplimiento_____	Pág. 21
1. Estados Unidos y oficial de cumplimiento_____	Pág. 24
2. Autonomía e independencia: Características fundamentales_____	Pág. 26
3. España y oficial de cumplimiento_____	Pág. 27
4. Posibles funciones del oficial de cumplimiento_____	Pág. 30
Conclusión_____	Pág. 31
Bibliografía_____	Pág. 33

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación realizada tiene como finalidad servir como punto de entrada no sólo a terceros sino también a sus mismos redactores de comprender el sentido, función y objeto del cumplimiento normativo empresarial además de la figura del oficial de cumplimiento.

Para ello es que procura, realizar una revisión de aquellos sucesos históricos que desencadenaron una evolución legislativa en Norteamérica, incorporándose a su vez en el derecho internacional para luego llegar a nuestro país.

Adquirirá importancia el preguntarse, ¿Qué puedo entender por compliance? ¿Qué abarca este término? O tal vez, más importante aún ¿Por qué requiere ser objeto de estudio? Esto último puede ser de cierta relevancia para aquellos que intentan comprender de mejor manera las diferencias entre la función legal de la función de compliance dentro de la empresa por lo que adquirirá importancia su comprensión desde un punto de vista jurídico.

Bajo este orden de ideas, menester resulta comenzar con su origen y evolución dado que no basta con la revisión del concepto sin entender previamente, que desencadenó su actual entendimiento, y que tuvo que suceder para que podamos hablar de Compliance propiamente tal.

Un punto importante a destacar es el hecho de desmenuzar conceptualmente el Compliance y con ello, encauzarlo como algo que va más allá del mero cumplimiento normativo, que vincula diversos agentes dentro de la empresa sujeto a un objetivo mucho más amplio, razón por la cual fue reconocido dentro del derecho internacional para posteriormente desembocar en Chile a raíz de las necesidades de empresas internacionales radicadas en nuestro país de cumplir con mayores estándares de eficiencia y eficacia.

Culminaremos esta investigación con el estudio del *Oficial de Cumplimiento*, cuya función a grandes rasgos y tal como se verá más adelante, implementa un programa de compliance, esto teniendo

en cuenta una serie de requisitos y políticas a partir de ciertos riesgos normativos o tal vez reputacionales que enfrenta una empresa.

## ***I. Origen y evolución del Compliance***

El punto de partida del Compliance lo ubicamos en diversos sucesos ocurridos en Estados Unidos que sentaron bases para el establecimiento y desarrollo a lo largo de los años de eficientes y mejores medidas en contra de los delitos de soborno, financiamiento irregular de campañas o emblemáticos casos de corrupción al interior de empresas norteamericanas y extranjeras que no sólo involucraban a privados sino que también a funcionarios del mismo gobierno norteamericano, estas importantes normas sentaron precedentes en Estados Unidos, así como también en el resto de países interesados en combatir la corrupción y mejorar el desarrollo económico. Bajo este orden de ideas desarrollaremos un análisis cronológico de la evolución normativa del Compliance, ya que, para poder hablar y comprender este tema, resulta necesario estudiar la historia de aquellos sucesos emblemáticos que moldearon la legislación norteamericana y a su vez dieron pie al establecimiento del presente objeto de estudio, el Compliance.

### ***1. Entrada en vigor de la Securities and Exchange Commission (SEC):***

El proceso evolutivo del Compliance surge con la creación en Estados Unidos de la SEC, cuyo rol cumple una función tripartita, 1.- proteger a los inversores, 2.- mantener mercados justos, ordenados y eficientes y, 3.- facilitar la formación de capital. Conforme a lo anterior, el objetivo principal de la *Securities and Exchange Commission*, puede ser reducido a dos nociones de sentido común, “*Las empresas que ofrecen valores para la venta al público deben decir la verdad sobre su negocio, los valores que venden y los riesgos que implica invertir en esos valores*”. Así como también, “*Aquellos que venden y negocian valores (corredores, comerciantes y bolsas) deben tratar a los inversores de manera justa y honesta*” (U.S Securities and Exchange Commission, 2021). Esta agencia gubernamental fue creada por el congreso de los Estados Unidos en el año 1934 para hacer frente a la crisis económica ocurrida en el año 1929, con el objeto de otorgarle mayor seguridad a los inversores y evitar prácticas fraudulentas y manipuladoras en el mercado.

## ***2. Desencadenamiento y creación de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA):***

Ahora bien, en el año 1977 se produce un hito relevante con la entrada en vigor de la FCPA firmada por el presidente Jimmy Carter. Esta ley responde a numerosos casos de corrupción que se suscitaron a principios de la década de 1970, las cuales fueron descubiertas por medio de investigaciones posteriores al escándalo de Watergate y que revelaron contribuciones políticas ilegales por parte de corporaciones tanto en Estados Unidos como en países extranjeros. Estas se encontraban ocultas y a su vez, eran destinadas como fondos secretos para sobornos, lo que sin duda generó preocupación, más aún cuando los libros y registros contables de estas empresas no informaban con precisión en sus presentaciones ante la SEC.

Es por ello que la FCPA busca hacer frente a la corrupción tanto pública como corporativa. Así, esta ley “[...]fue promulgada con el propósito de hacer ilegal que ciertas clases de personas y entidades realicen pagos a funcionarios de gobiernos extranjeros para ayudar a obtener o retener negocios. Específicamente, las disposiciones contra el soborno de la FCPA prohíben el uso intencional de los correos electrónicos o cualquier medio de instrumentalidad del comercio interestatal de manera corrupta para promover cualquier oferta, pago, promesa de pago o autorización del pago de dinero o cualquier cosa de valor para cualquier persona, sabiendo que todo o una parte de dicho dinero o cosa de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero para influir en el funcionario extranjero en su capacidad oficial, inducir al funcionario extranjero a hacer u omitir realizar un acto en violación de su deber legal, o para asegurar cualquier ventaja indebida con el fin de ayudar a obtener o retener negocios para o con, o dirigir negocios a, cualquier persona” (The United States Department of Justice, 2017).

Resulta necesario tener en cuenta la presencia de la FCPA para el desarrollo evolutivo del Compliance. La SEC implicaba tener en cuenta un ámbito de protección a los inversores y con ello evitar fraudes que puedan desencadenar en nuevas crisis económicas hacia EE. UU., en cambio con la FCPA el marco normativo se amplía a razón de evitar delitos económicos perpetrados hacia agentes estatales extranjeros y así, obtener mejores réditos en negocios internacionales, esto bajo la figura penal del soborno. Ahora bien, para comprender de mejor manera lo descrito anteriormente es que resaltaremos dos importantes casos que sirven para

justificar lo tratado, a saber “el escándalo Watergate” y “el caso Lockheed”. Estos casos sirvieron en gran medida para la implementación de la FCPA y así atacar la corrupción, financiamiento irregular y soborno que azotaban a los Estados Unidos en su momento, por ello, en mérito del peso histórico y jurídico además de la relevancia con nuestro tema de investigación, que serán analizados brevemente para guiar el estudio sobre la evolución del Compliance.

### **2.1. Casos relevantes:**

El escándalo de Watergate comenzó el 17 de junio de 1972, luego de haberse descubierto un plan cuyo objeto era espiar las oficinas del partido demócrata en Washington, esto utilizando agentes en cubierto al servicio de Nixon los que colocaban micrófonos e intervenían teléfonos de los rivales. En principio, se detuvieron a 5 hombres quienes en su momento eran hombres vinculados al Comité de Reección del presidente, y por tanto eran un equipo formado por militantes del Partido Republicano de Nixon y a los que el mismo presidente había encargado su campaña de reelección en los comicios de noviembre de 1972 (M. Sadurní, 2020).

Por otro lado, se encuentra el caso Lockheed. Esta compañía estuvo involucrada en un programa internacional de sobornos a funcionarios extranjeros (incluido el primer ministro de Japón), que incluía cuestionables pagos de hasta 38 millones de dólares entre 1970 hasta 1975, en países como Japón, Holanda e Italia. Sin embargo, estos últimos datos chocan con los estudios anteriores que cifraban en menos de 25 millones de dólares los sobornos, no obstante, la cifra anterior fue preparada por un grupo de directores de Lockheed quienes no se encontraban en las oficinas de la firma con sede en California. Por su parte, no se encontró evidencia de que Lockheed haya realizado contribuciones políticas ilegales en los Estados Unidos, según una investigación realizada por el Washington Post en base a filtraciones e investigaciones realizadas en 1977 (W. Jones and J. Berry, 1977).



### ***3. Creación de la United States Sentencing Commission (USSC) y subsecuente Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO):***

Otro hito importante se da el año 1984, el congreso estadounidense crea la *United States Sentencing Commission* (USSC), organismo encargado de “recopilar, analizar y distribuir una amplia gama de información sobre las prácticas de imposición de sentencias federales. Así como también de establecer y modificar las pautas de imposición de penas para el poder judicial y de asistir a los demás poderes en el desarrollo de una política criminal eficaz y eficiente” (The U.S. Sentencing Commission, 1984).

Ahora bien, para contextualizar el punto anterior, en relación género-especie es que el año 1991 la USSC emite las denominadas *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (FSGO) (P. Véliz y Y. Hasson, 2019). El objetivo primordial de las FSGO radica en que, están diseñadas para promover dos propósitos clave de las sentencias. El “castigo justo” y la “disuasión”. Bajo el modelo de “castigo justo”, supone que la medida de apremio corresponde al grado de culpabilidad del delincuente, mientras que bajo el modelo de “disuasión” se ofrecen incentivos para que las organizaciones detecten y prevengan los delitos.

Siguiendo la línea anterior, es que la USSC considera lo siguiente “toda una organización, a pesar de sus mejores esfuerzos para prevenir irregularidades en sus filas, aún puede ser considerada penalmente responsable por cualquiera de las acciones ilegales de sus empleados. En consecuencia, cuando la Comisión (USSC) promulgó los lineamientos organizativos, intentó paliar los aspectos más duros de esta vulnerabilidad institucional incorporando en la estructura de sentencia los aspectos preventivos y disuasorios de los programas de cumplimiento sistemático. La Comisión hizo esto mitigando el rango de multa potencial, (en algunos casos hasta el 95%), si una organización puede demostrar que ha implementado un *programa de cumplimiento efectivo*. Sin embargo, esta atenuante queda supeditada a la pronta notificación a las autoridades y el hecho de que no haya participado personal de alta jerarquía de la empresa en la eventual conducta delictiva” (P. Desio, 2021).

Cabe considerar que tanto la USSC y FSGO enfatizan lo siguiente “para tener un programa efectivo de cumplimiento y ética [...] una empresa debe:

- 1.- Realizar supervisiones por parte de personal de alta jerarquía;
- 2.- Tener debido cuidado en delegar discrecionalmente autoridad;
- 3.- Una comunicación eficaz con todos los niveles de empleados;
- 4.- Avances razonables para cumplir con un programa Compliance, por ejemplo, incluir sistemas de monitoreo, auditoría y de reporte de presuntas irregularidades sin temor a represalia;
- 5.- Aplicación constante de estándares de Compliance incluyendo mecanismos disciplinarios; y
- 6.- Medidas razonables para responder y prevenir delitos posteriormente, una vez detectada la afectación o violación de normas de Compliance dentro de la empresa.

Por su parte, la FSGO recalca que un programa efectivo de Compliance debe:

- 1.-Ejercer la debida diligencia para prevenir y detectar conductas delictivas; y
- 2.-Promover de otra manera una cultura organizacional que fomente la conducta ética y el compromiso con el cumplimiento de la ley.

Un punto importante por parte de la FSGO radica en la responsabilidad de altos ejecutivos “Personal de alta jerarquía de la organización debe asegurarse de que la organización tenga un programa efectivo de cumplimiento y ética, como se describe en esta guía. Individuos específicos dentro del personal de alta jerarquía se les asignará la responsabilidad general del programa de cumplimiento y ética” (United States Sentencing Commission, 2018).

#### ***4. Sarbanes-Oxley Act (SOX):***

Para terminar este recuento normativo norteamericano, sólo resta hacer referencia a la *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) implementada en el año 2002 como consecuencia de numerosos escándalos corporativos como son los casos de Enron y WorldCom ocurridos a principios de la década del 2000. Esta ley “tiene la intención de mejorar las auditorías de las empresas públicas de EE. UU., consistente con el nombre oficial de Ley de Reforma Contable de Empresas Públicas y

Protección al Inversionista de 2002. La Ley (SOX) tiene dos objetivos principales: 1.-crear una institución cuasi-pública para supervisar y regular la auditoría, por medio de la Junta de Supervisión Contable de Empresas Públicas (en inglés, PCAOB), y, 2.- reclutar auditores los que estarán ampliamente encargados en la aplicación de las leyes existentes contra el robo y fraude por parte de funcionarios corporativos, de conformidad con las regulaciones de la PCAOB y su aplicación. Por último, reforzar el núcleo con nuevas reglas sobre las relaciones entre las empresas públicas y sus auditores” (John C. Coates, 2014).

Por tanto, SOX entrega el control de las denuncias por parte empleados de la compañía a los *outside directors*. Estos en términos simples actúan como terceros imparciales, su particularidad consiste en que son miembros de la junta directiva de una empresa pero no son empleados ni accionistas de ésta, sino que en cumplimiento de los estándares de gobierno corporativo, vienen a actuar como un justo medio, por ello si un empleado desea denunciar un eventual delito, tendrá cierta seguridad en que su actuar no estará afecto a represalias u otra medida coercitiva que pueda caer sobre él al denunciar un determinado hecho. Bajo este sentido es que tiene cierta lógica que los directores externos ostenten el control de denuncias y no sea la administración misma de la empresa quien tenga este poder.

Por su parte la SOX obliga a abogados externos que toman conocimiento de una infracción regulatoria en la que ha incurrido una empresa asesorada por ellos, a informar directamente al directorio en caso de no recibir una respuesta satisfactoria por parte de la administración.

Resumiendo, la SOX busca el mejoramiento de las auditorías a empresas públicas otorgando mayor seguridad y certeza al promover una eficaz supervisión contable, por medio de empleados encargados de evitar acciones fraudulentas y/o delictuales a fin de proteger a la empresa misma y a sus inversores.

Una vez culminado este breve análisis de la legislación norteamericana, es que queda dilucidar el *cómo* ha respondido la comunidad internacional frente a estas nuevas consideraciones jurídicas que atañen a las empresas, por lo pronto, diremos que procedieron en la dictación de leyes anticorrupción, fraude y robo entendiendo que, para disponer de mejor manera de programas

de cumplimiento normativo eficaces resulta necesario poseer leyes fuertes, claras que aseguren la subordinación total al derecho y que despejen toda duda razonable ante determinados comportamientos desarrollados en una empresa, los que, pueden ser o no considerados como ilegales. Bajo este motivo, mencionaremos las más relevantes.

## ***II. Normas Internacionales***

Sin ser un catálogo taxativo, existen numerosas normas internacionales cuyo fundamento radica en la lucha contra la corrupción, dentro de los que podemos destacar a:

- Normas de la OCDE (1997)
- UNCAC (2003)
- Normas de la Unión Europea (2005)
- UK Bribery Act (2010)
- Normas ISO 19.600 (2014) y;
- Norma ISO 37001 (2016)

No entraremos en mayor detalle respecto de las normas antes citadas ya que la idea conductora que queremos señalar -y por ello las referimos-, es que buscan regular y evitar los delitos de corrupción dentro de los que se insertan los sobornos, cohecho, tráfico de influencias, lavados de activos o delitos de terrorismo, entre otros atinentes.

A modo ejemplar podemos hacer referencia a la UK Bribery Act (Ministry of Justice U.K, 2010) del año 2010 (aunque entro en vigor el 1° de julio del año 2011) puesto que guarda cierta relación con la FCPA estadounidense en cuanto a los sobornos a funcionarios extranjeros, sin embargo, la importancia radica en lo siguiente:

- 1.- Esta norma hace referencia únicamente al delito de soborno (This Act deals only with bribery-not other forms of white-collar crime-).

- 2.- Una organización o empresa puede ser considerada responsable al fallar en prevenir a una persona de sobornar en tu nombre, pero solamente si esa persona realiza servicios en tu negocio. (Your organisation may be liable for failing to prevent a person from bribing on your behalf but only if that person performs services for you in business).
- 3.- Habrá defensa completa si puede demostrar que una organización o empresa tiene “procedimientos adecuados” para prevenir sobornos. (There is a full defense if you can show you had adequate procedures in place to prevent bribery). El punto importante aquí radica en que la expresión “procedimientos adecuados”, hace referencia a la presencia de un programa de Compliance dentro de la empresa.
- 4.- La facilitación de pagos son considerados sobornos dentro de esta Ley tal como lo fueron en la ley anterior (Facilitation payments are bribes under the Act just as they are under the old law) (Ministry of Justice U.K, 2010).

Así entendemos que la UK Bribery Act del año 2010 enmarca lo siguiente, sanciona a las empresas por el sólo hecho de no contar con programas antisoborno, lo que claramente apunta a una visión *preventiva* que busca desincentivar comportamientos delictivos tal como lo hace un programa de cumplimiento normativo en cualquier empresa.

Para concluir este recuento histórico-legislativo internacional, debemos aclarar lo siguiente, hablar actualmente de Compliance significa no sólo una revisión de su concepto, sino que, como cualquier proceso normativo resulta atingente el considerar su avance cultural y social. Los hechos ocurridos en Estados Unidos que dieron origen a leyes como la SEC, FCPA, USSC, SOX entre otras, se enmarcan en sucesos tan relevantes que dieron origen a toda una cultura legislativa para prevenir delitos corporativos y que en su momento (e inclusive actualmente) significaron grandes cambios no sólo en Estados Unidos, sino que implicaron un reconocimiento por la comunidad internacional, es por esa misma razón que antes de hablar de Compliance, es hablar de Estados Unidos y su legislación.

### ***III. Compliance propiamente tal***

Considerando la referencia anterior, para entender el término con el que se titula este apartado, primeramente y de forma general debemos preguntarnos, ¿De qué trata el Compliance? Acaso se refiere a decidir ¿Qué norma o conducta ética requiere una organización u empresa? O en otro sentido, hace referencia a un término más belicoso como sería el preguntarse ¿Quién decide lo que debe hacerse en casos de conflicto en una empresa? O en esta misma idea ¿Qué tipo de conflicto se suscita? Por lo pronto podemos decir que estas cuestiones, por sí mismas no son simples, merecen ser estudiadas y responderemos secuencialmente cada interrogante.

#### **1. *Análisis del concepto de Compliance:***

Partiremos conceptualizando al Compliance de la siguiente manera, como al *conjunto de medios y medidas, sistemas y programas, que toda empresa debe adoptar internamente, para procurar asegurar que su personal, desde sus máximos directores y hasta la totalidad de quienes trabajan en o para ella, cumplan con ciertas normas o reglas que determina la institución, a fin de controlar los riesgos que acarrea el incumplimiento de dichas normas y reglas* (A. Canut, 2019). Este concepto nos interesa puesto que enmarca todo aquello por lo que debe velar o estar sujeto el Compliance, ya no entendiéndolo meramente como un “cumplimiento normativo” (que es su traducción literal), sino que va más allá puesto que incorpora un programa de trabajo, procede conforme a lo requerido por la ley y por último, pero no menos importante, incorpora al elemento humano que integra cada organización u empresa.

Atendida la conceptualización anterior, debemos despejar dudas que suscita la definición entregada ¿Qué normas se deben cumplir?, ¿Quiénes deben cumplirlas? y ¿en qué ámbito deben cumplirlas? Esto por esto que resulta necesario el delimitar el objeto o materia del Compliance para ello, seguiremos la estructura entregada por Alejandro Canut de Bon (A. Canut, 2019).

En primer lugar, para delimitar las normas que se deben cumplir dentro del Compliance, es que consideramos el cumplimiento de tres tipos. Por un lado, normas jurídicas nacionales, por otro, normas de derecho internacional y, por último, a normas de conducta que toda sociedad puede exigir.

La primera forma se reduce al cumplimiento de normas jurídicas nacionales, ya sea sólo respecto de normas que han sido dictadas exclusivamente para esta materia como sería el caso de la ley N° 20.393, es decir la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas o por otro, haciendo referencia a todo tipo de norma jurídica nacional que de no cumplirse podría impactar fuertemente a la sociedad, y con ello la empresa.

Una segunda forma, sería la de comprender y aplicar no sólo las normas jurídicas del país, sino también a las normas de derecho internacional los cuales son fijados por organismos o convenciones internacionales tales como el COSO<sup>1</sup>, OECD<sup>2</sup>, OCEG<sup>3</sup>, UNE<sup>4</sup> e ISO<sup>5</sup>. Sin embargo, puede que los estándares o principios de las instituciones anteriores no se encuentren reflejados en el ordenamiento jurídico nacional, pero que son reconocidos internacionalmente.

Una tercera forma, sería ampliando la materia objeto de estudio del Compliance aún más, ya no sólo entendiéndolo conforme al derecho nacional e internacional, sino también a toda norma de conducta que parte importante de la sociedad actual pueda exigir, y cuyo incumplimiento pueda castigar. Esto quiere decir, que se incluyen normas o pautas de conductas sociales impuestas por meros movimientos, nacionales y/o internacionales, con agendas o fines particulares.

Ahora bien, el Compliance para las empresas obedece a decidir el *cómo* ejecutar lo dictaminado por la ley o la ética, a su vez la función de Compliance implica cada vez más el definir *qué* ley o conducta ética requiere la organización. Este resultado es una consecuencia natural del Compliance organizacional dentro de las empresas (S. Griffith, 2020). El que se ha subsumido en gran medida a la ética y -gracias a la presión regulatoria por agentes tanto nacionales como internacionales-, establecida a sí misma como independiente y con igual autoridad al departamento legal en muchas firmas empresariales.

---

<sup>1</sup> COSO (1986), Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission.

<sup>2</sup> OECD (1961), Organization for Economic Co-operation and Development.

<sup>3</sup> OCEG (2002), Open Compliance & Ethics Group.

<sup>4</sup> UNE, Una Norma Española.

<sup>5</sup> ISO (1947), International Organization for Standardization.

En segundo lugar, para responder la siguiente interrogante, a saber, ¿Quiénes deben cumplir las consideraciones ético-normativas sujetas a Compliance?, habrá que estar atento a tres tipos de sujetos. Primeramente, el sistema de Compliance debiese vincular al personal propio de la empresa, es decir, todo aquel personal sujeto al contrato de trabajo. También, encontramos la vinculación más amplia ya que no sólo abarcaría al personal directo, sino que incorporaría a todo asesor, persona natural o compañía que ha sido contratada para representar a la empresa en una gestión, ante autoridades, comunidades y/o terceros en general. Por último, se presenta el espectro amplísimo posible, siguiendo la formula anterior, se incorporaría a todo el personal de las empresas contratistas, subcontratistas y proveedoras de servicios o bienes en general, ya sea representando o no a la empresa.

En tercer lugar, ¿En qué ámbito se deben cumplir?, al igual que las preguntas anteriores que intentan delimitar el ámbito de acción del Compliance, es que debemos entender tres formas.

Una sugiere un alcance acotado, indicaría que el Compliance sólo rige en el ámbito laboral, esto quiere decir que las normas objeto de Compliance deben ser observadas por las personas que se determinen al estar ejerciendo sus funciones dentro de la empresa.

Otra sugiere, incorporar además del ámbito laboral al extralaboral, vale decir, a todo empleado mientras vista el uniforme de la empresa ya sea dentro o fuera de ella, a modo netamente ejemplar, el caso de un funcionario de las fuerzas armadas, quien, vistiendo su uniforme dentro de la institución, se entiende que él/ella la sigue representando no sólo dentro, sino que afuera, al estar con el uniforme en la vía pública, algo así como una especie de “figura pública”.

No obstante, de forma aún más extensa que la anterior, no sólo alcanzaría el ámbito laboral, y extralaboral, sino también el privado, esto quiere decir que las normas de Compliance debiesen vincular a cualquier empleado ya sea mientras ejerza sus funciones en la empresa y tenga “el uniforme”, sea también cuando se encuentra en su tiempo y esfera privada.

Concluyendo este tópico, es que, no es posible asimilar una sola situación que entienda de mejor manera la conceptualización del Compliance, esta puede variar y, subsumirse a un sólo criterio sería precipitado, por lo que, como fieles alumnos de derecho, queda distinguir caso a caso y



analizar fríamente cada situación empresarial. Por ello, recalcamos la posibilidad de prevenir un sistema de Compliance en atención a factores variables en cada compañía. Los funcionarios encargados de Compliance deberán estar atentos al tipo de empresa, la “fama” o el renombre que tenga, el tamaño de esta, la fijación social que se perciba de esa empresa, el cargo del empleado, entre otros factores (A. Canut, 2019).

## ***2. Compliance y conflictos subsecuentes dentro de la empresa:***

Un punto interesante que destacamos anteriormente, lo revelan aquellas situaciones de conflicto que eventualmente se presentan en cualquier organización u empresa de mediano o gran tamaño, partiendo de la base que los problemas pueden surgir desde puntos tan simples como la dificultad para diferenciar las funciones laborales entre la gerencia de compliance con la gerencia legal u otros más complejos como se verá a continuación.

No resulta sorprendente el que las esferas de alta jerarquía de la organización posean, frente a actividades empresariales, distintas inquietudes, esto si consideran que pueden causar un impacto ético negativo sobre estos. Para ejemplificar lo anterior, puede ocurrir que un determinado producto vinculado a cierta empresa implique una ofensa a las conductas y/o comportamientos impuestos por meros movimientos sociales, ya sean nacionales o internacionales y con ello generar un impacto negativo sobre la reputación de la empresa.

Considerando que pueden surgir problemas complejos, como lo serían incumplimientos de normas nacionales o internacionales de empresas que ya cuentan con programas de Compliance, ¿Qué falló o quiénes son los responsables?, esto último por lo pronto no se entrara en detalle ya que lo que se pretende es guiar introductoriamente al Compliance.

Culminando este tópico, entendemos que pueden existir diferentes problemas o conflictos dentro de la empresa, ya sean simples o complejos, sin embargo, ¿Por qué debemos preguntarnos esto? ¿Cuál es el objetivo de tener en cuenta los problemas de determinadas empresas?, bastante simple el Compliance tiene como función la solución de estos problemas ético-normativos a fin

de controlar estos riesgos y mitigar las pérdidas que puedan recaer en cada empresa sujeta a estos problemas.

#### ***IV. Compliance en Chile***

Conforme el conocimiento que hemos adquirido del Compliance es que podemos decir que este concepto implica algo que va más allá del mero “cumplimiento normativo”, así como también que el término abarca un progreso evolutivo no sólo legislativo sino también cultural y social a lo largo de las décadas (tal como se señaló anteriormente luego de ver la situación norteamericana). Ahora debemos abocarnos a lo que ha ocurrido en nuestro país, a preguntarnos ¿Cómo se desarrolló el Compliance en Chile? ¿Cuáles fueron sus factores desencadenantes? Y, por otro lado, ¿Qué consecuencias tuvo en las empresas u organizaciones nacionales? Por lo pronto partiremos respondiendo estas inquietudes, que no obstan a otras más que puedan surgir conforme desarrollamos este punto.

##### ***1. Factores que desencadenaron su incorporación en Chile***

Para poder hablar del Compliance en Chile debemos hacerlo desde diferentes puntos de vista ya que no fue un producto derivado únicamente de los avances legislativos en nuestro país, ni solamente de la influencia norteamericana en nuestra cultura corporativa (aunque entendemos que aportó en gran medida), sino que ha sido por la unión de numerosos factores que hoy por hoy nos permiten hablar propiamente tal del Compliance, para ello tendremos en cuenta tres principales factores.

El primero -sin otorgar un orden de incorporación al término, sino un mero orden para desarrollar la idea- vendría siendo la presión, si es posible llamarlo así o, mejor dicho, la necesidad de las empresas internacionales de incorporar modelos de Compliance en sus filiales radicadas en Chile; el segundo, la incorporación de Chile a la OCDE; tercero, los diversos casos de corrupción que ocurrieron en nuestro país.

Con relación al primero de estos elementos, la necesidad de las empresas internacionales con operaciones en nuestro país a principios de los años 2000 en orden a cumplir con los nuevos y reforzados estándares de cumplimiento<sup>6</sup> (principalmente promovidos por Estados Unidos, al ser líder en la materia y con importantes casos de corrupción a cuevas). Por ello, el objeto de estos nuevos estándares de cumplimiento por parte de las empresas internacionales radicadas en nuestro país fue de aminorar dentro de las diversas filiales (y en la matriz propia sin duda) delitos de lavado de activos y de sobornos. A modo ejemplar, es que la primera norma relacionada con el deber de los directores de una empresa de velar por la prevención de delitos e infracciones regulatorias fue la FCPA, que sanciona, principalmente, los actos de corrupción entre empresas y funcionarios extranjeros, tal como se señaló más arriba (P. Véliz y Y. Hasson, 2019).

Continuando con el segundo punto, la incorporación de Chile en la OCDE impuso la necesidad en nuestro país de alcanzar los estándares de la Organización en aspectos en que la regulación era deficiente y así lograr que nuestro país se constituyera como el primer país de Sudamérica en ser aceptado miembro de esta. Bajo este orden de ideas, durante el año 2009 se promulgaron dos importantes leyes: la Ley de Gobiernos Corporativos y la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que estableció los parámetros del modelo de prevención de delitos (P. Véliz y Y. Hasson, 2019).

Por último, sobre el tercer punto, tiene relevancia a la evolución tanto normativa como jurisprudencial. Tal como ocurrió en EE. UU., según se describió más arriba los diversos casos de corrupción o de incumplimiento que implicaron en la necesidad de incorporar modelos de prevención de delitos como de compliance dentro de las empresas nacionales. Haremos una breve referencia a casos ocurridos en nuestro país vinculados a delitos de sobornos, lavado de activos, cohecho, entre otros.

---

<sup>6</sup> Demás esta decir que estas acciones sentaron las bases que lograron la implementación de programas de cumplimiento más seguros y ética o socialmente aceptados en una comunidad chilena en constante cambio y evolución.

## 1.1. Caso “Chispas”

En 1997 tuvo lugar uno de los primeros escándalos que se suelen citar en los recuentos en materia de Compliance, en Chile (P. Véliz y Y. Hasson, 2019). Se trató de un conflicto de interés bursátil en el marco de la compraventa de acciones hecha por una empresa del sector energético a otra del mismo sector (Endesa España a la empresa nacional Enersis), en el cual los representantes de la vendedora actuaron más en interés propio que en el interés de la sociedad que representaban. Fue conocido como “el negocio del siglo” o “el caso chispas”.

Lo que ocurrió fue que la empresa pública Chilectra (posteriormente llamada Enersis), fue privatizada por el Estado durante la década de 1980. Un conjunto de sus ejecutivos, quienes habían trabajado fuertemente en sanear financieramente la empresa durante la primera mitad de la década, lograron -al momento de su privatización- hacerse legítimamente de un pequeño porcentaje de sus acciones, junto con muchos de los trabajadores de esta mediante el llamado “capitalismo popular”. Y, hecho ello, decidieron vender la empresa.

Hasta ese punto iba todo bien. Pero al momento de vender la empresa estos mismos ejecutivos acordaron un precio diferenciado para el paquete de acciones controladoras del *holding*, de las que precisamente ellos (los ejecutivos) eran propietarios, perjudicando así al resto de los accionistas (minoritarios). En resumen, una operación que implicó quinientos millones de dólares por el 0.6% de las acciones de estos especiales accionistas, versus mil millones para el resto de los accionistas (un precio ochocientas veces inferior, por acción).

La justicia terminó por ello condenando a los ejecutivos por la utilización de sus cargos en beneficio propio, infringiendo reglas del mercado y del derecho, y condenándolos al pago de millonarias multas (Bon, 2019).

Otros casos destacables encontramos la colusión de las farmacias en el año 2008, la Polar en 2010 o el caso de la colusión del papel higiénico a inicios del año 2011 entre los que destacamos. No entraremos en mayor detalle con estos casos de cuello y corbata pues a juicio nuestro aún siguen en la retina de la sociedad chilena no resultando en una necesaria explicación de fondo sobre temas que ya implican cultura general dentro de Chile.

Una vez realizada este estudio sobre el Compliance ya sea de forma general como su avance en nuestro país, nos queda dilucidar la figura del Oficial de Cumplimiento, íntimamente relacionado con lo que acabamos de investigar, en palabras simples su función radica en la elaboración de programas de cumplimiento en razones ético-normativas que debe seguir determinada empresa, esto por lo pronto, puesto que su entendimiento va más allá como se verá a continuación.

### ***V. Compliance officer u Oficial de cumplimiento***

Primero, con tal de llegar a entender quién es o cuál es la posición del oficial de cumplimiento hay que tener claro que en Chile falta sistematizar y desarrollar el compliance. No existe norma que disponga cómo crear el sistema, sino que solo ideas básicas de cómo generarlo. Por ello se reconoce que cada empresa deberá tener su propio modelo de compliance para responder a sus propios riesgos, con sus estructuras y sistemas.

Nuestro ordenamiento no es claro respecto a cómo lograr este objetivo, dentro de lo que existe como referencia o modelo es la ley de prevención del delito de la Ley 20.393. Esta norma, establece principios y requerimientos básicos para que dentro de la empresa pueda existir un plan, una organización o un sistema que se encamine a prevenir o impedir que ocurran delitos al interior de la persona jurídica. Especialmente relevante es el artículo 4 de la Ley 20.393 porque parece hacer la regulación más precisa (no por eso suficiente) del compliance y que de una u otra forma sirve de base por analogía a las demás normas.

Lo que todos los sistemas de compliance dentro de Chile tienen en común es que el legislador no obliga necesariamente a cumplir con ciertas normas, no obliga necesariamente a la persona jurídica a cambiar su actividad. Por el contrario, solamente recomienda poner a su disposición una o más personas a cargo de supervisar que se esté dando adecuado cumplimiento de la normativa vigente en la materia de que se trate, este sujeto sería el oficial de cumplimiento.

“La figura del oficial de cumplimiento no está regulada de manera general en nuestro ordenamiento jurídico, lo que no obsta a que sí existen ciertas menciones concretas respecto de su designación y funciones” (Ángela Toso, pág. 4), pero que sin duda distan de la certeza exigida

en el ordenamiento jurídico. Entre tanto, su designación la podemos encontrar en el artículo 3 inciso 4 de la ley N° 19.913 en materia de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo, mediante la expresión “[...] un funcionario responsable de relacionarse con la Unidad de Análisis Financiero”; en el artículo 4 N°1 letra A de la ley N° 20.393 (2009), al indicar que la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica deba “designar a un encargado de prevención”; y por último, la Fiscalía Nacional Económica en su Guía de Programas de Cumplimiento indica al “[...] encargado de llevar a cabo y velar por la correcta implementación del Programa de Cumplimiento”, esto claramente en alusión a la jurisprudencia de los últimos años.

Conforme a lo anterior, las diversas designaciones del oficial de cumplimiento adolecen de una cuestión principal. Por un lado, no se establecen mayores exigencias sobre la cualificación profesional que ha de tener el oficial de cumplimiento, y por otro, la falta de una sistematización general que pueda ser abarcada a las diversas áreas del derecho sobre las empresas en Chile, en directa relación con una falta de regulación del oficial de cumplimiento.

En segundo lugar, relativo a las funciones del oficial de cumplimiento, éstas se encuentran desperdigadas en ordenamientos legales en nuestro país, como sería en la referida ley N° 20.393 (2009), al disponer que “el encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica”, también en el caso de la ley N° 19.913 (2003), artículo 3 inciso 4, la Circular N° 49 (2012) de la Unidad de Análisis Financiero, entre otras. Esto genera una cierta problemática, por cuando se producen choques entre la delimitación de competencias entre el oficial de cumplimiento y la administración de la empresa, por ende, cabría preguntarse ¿el oficial de cumplimiento debiese actuar conjunta o separadamente con la administración de la empresa? O en sentido diferente ¿se le debe encargar las funciones del oficial de cumplimiento a una persona natural o empresa externa por medio de su personalidad jurídica? Siguiendo con el punto, ¿A qué responsabilidades estaría sujeto el oficial de cumplimiento en caso de delitos de corrupción?

La pregunta puede ser respondida si atendemos a la ley N° 20.393 (2009), sin embargo, quedan difusas las funciones del oficial de cumplimiento y aquellas de la administración de la empresa, puesto que, al ser realizadas de manera conjunta o separada, implicarían problemas logísticos en

el desempeño de sus funciones, por lo que una delimitación certera de cada una de las partes mitigaría los eventuales problemas que acarrearía la empresa.

Ahora, refiriéndonos más detalladamente al artículo 4 de la ley 20.393 sobre Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos, nos presenta el modelo de prevención del delito. Éste no se encuentra regulado en detalle, ni siquiera de manera suficiente, sólo nos dice que, para cumplir con el deber de organizar y supervisar, debe cumplir con al menos cuatro grandes elementos, respecto de los cuales cabe también hacer algunos comentarios:

1.- La designación de un encargado de prevención, la persona jurídica debe nombrar al encargado de prevención, el cual tendrá una duración en el cargo de hasta tres años y podrá prorrogarse por periodos de la misma duración. Aquí encontramos una crítica, pues se cuestiona que sea con plazos breves, afecta su autonomía e independencia (se cuestiona que sea con plazo o con plazos breves, por cuanto afecta su autonomía e independencia). Este encargado de prevención del delito debe contar con autonomía respecto de la administración, dueños, socios, accionistas o controladores. La norma trata un listado de personas que podrían encontrarse en la posición de máxima autoridad, la idea es recoger todos los sistemas o tipos de organización jurídica que puedan ocurrir. Pero no hay una norma o solución respecto a la pregunta sobre con qué calificaciones debe contar el encargado de prevención del delito. Con todo, estimamos que debiese ser alguien con conocimientos y experiencia avanzada en el área jurídica de que se trata e idealmente en el compliance, además de poseer conocimiento de la actividad económica que realiza la persona jurídica.

2.- Debe existir la definición de medios y facultades del encargado de prevención con que debe contar el encargado de prevención del delito. Esto quiere decir que la administración debe proveer de medios y facultades al encargado para el desempeño de sus funciones, pero no se define concretamente cuales son los medios y facultades suficientes. Un piso mínimo sería que, debería contar con recursos materiales como internet, computadora y un acceso directo a la administración para informarle oportunamente las medidas y planes que posee;

3.- Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos, el cual debe establecer el encargado junto con la administración, y que debe contener al menos la identificación de las

actividades o procesos en que se generan o incrementan los riesgos de cometerse delitos, el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que realizan las actividades ejecutar sus labores de forma que prevenga la comisión de delitos, la existencia de procedimiento de administración y auditoría de los recursos financieros para prevenir su utilización en delitos; y, la existencia de sanciones administrativas internas;

4.- Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos, donde el encargado de prevención, en conjunto con la administración, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo y supervisar su aplicación a fin de detectar y corregir fallas que se identifiquen, así como actualizarlo de acuerdo con el cambio de circunstancias.

Además, si bien este artículo dice que el encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios y de sus accionistas o de sus controladores, esta característica se torna prácticamente imposible de cumplir. Puesto que según dice esta norma es la propia administración la que ha de designar al oficial de cumplimiento, al encargado de prevención, así como fijar su presupuesto, recibir sus informes periódicos respecto de la marcha del modelo y proveer los medios y facultades suficientes para desarrollar adecuadamente su labor. Asimismo, la Administración debe participar en el establecimiento del sistema de prevención de delitos y formular métodos para la aplicación y supervisión del modelo, en conjunto con el oficial de cumplimiento.

Por lo tanto, llama la atención que los límites entre las funciones que ha de asumir el oficial de cumplimiento y aquellas que corresponden a la administración de una sociedad anónima resultan especialmente difusos. Es importante delimitar los deberes que cada uno de ellos ha de cumplir, para poder determinar el alcance de su responsabilidad en materia de compliance y potenciar así la efectividad del modelo.

### ***1. Estados Unidos y oficial de cumplimiento***

Para un mejor análisis de lo que ocurre en Chile, podemos compararlo con el sistema que existe actualmente en Estados Unidos. Dentro de ese país, lo que se realiza para lograr conseguir la



adopción de un modelo de compliance es asociar beneficios a la adopción de esas estructuras y a la designación de los cargos de oficiales de cumplimiento. De manera general, este cargo busca evitar los delitos, denunciándolos e informándolos a quien tenga la conducción de la empresa, es autónomo y tiene los medios para realizar sus funciones. Debe responder a los socios, a nadie más dentro de la empresa, y su único rol debe ser cumplir el modelo de compliance, jefe de cumplimiento de riesgos, con personas a su cargo (Tamar Frankel, 2018). Esto es un claro ejemplo de lo que no ocurre en Chile, generalmente aquí hay un encargado, que además realiza otras funciones, otros servicios anexos a la sociedad, como de ciberseguridad, protección de datos, entre otros. En Chile, habitualmente, el directorio delega algunas funciones propias del compliance en abogados de la sociedad y, para objetos específicamente determinados, en terceras personas, como una sociedad encargada de recibir las denuncias o comunicaciones de irregularidades atentatorias al modelo. Desde el punto de vista de la independencia e imparcialidad (características que trataremos en el punto 4.2) de la que debe estar revestida la labor de cumplimiento, no parece conveniente que un abogado interno pueda desempeñar labores de cumplimiento al interior de la empresa. Pues el oficial de cumplimiento debe supervisar todas las áreas de la empresa, incluido el departamento legal. Por otra parte, la posibilidad de que un abogado externo a la sociedad pueda ser designado como oficial de cumplimiento, o bien, desarrollar determinadas labores relacionadas con el compliance va a depender de lo que establezca la normativa aplicable al modelo específico que se trata (Toso, 2021).

Por lo tanto, las empresas en Estados Unidos, con tal de obtener los beneficios ya mencionados, comenzaron a aumentar la cantidad de oficiales de cumplimiento. Esto ha llevado a generar preguntas sobre su situación y función dentro de las instituciones. Además, se les compara con los oficiales jurídicos, pero sus diferencias se han hecho lentamente más claras, ya que sus posiciones y funciones difieren en puntos fundamentales.

En primer lugar, la función del oficial de cumplimiento es evaluar las actividades de la institución antes de que existan infracciones a la ley, con tal de ayudar a prevenir violaciones de ésta, es decir, debe detectar, ayudar y prevenir violaciones institucionales a la ley. El oficial de cumplimiento realiza su función analizando la ley y recomendando medidas para evitar el riesgo de futuras violaciones de las actividades legales actuales, dejando en segundo lugar los intereses

objetivos o comerciales a corto plazo, por ende, es un limitante a la libertad de actuar (Tamar Frankel, 2018).

A pesar de que la función del oficial de cumplimiento no está totalmente clara, La Comisión de bolsa y valores de Estados Unidos (SEC) indica dentro de las reglas del programa de cumplimiento aplicables a las empresas de inversión y asesores, que se requiere un oficial de cumplimiento que administre el cumplimiento de una empresa, además de darle responsabilidades relacionadas a otras cosas. Dice que están diseñados para proteger a los inversores asegurándose de que todos los fondos y asesores tengan programas internos para mejorar el cumplimiento de las leyes federales de valores, por ende, es indispensable para la integridad de los valores de mercado. El mismo presidente de la SEC señaló que los oficiales de cumplimiento tienen la obligación de proporcionar a los inversores una medida adicional de seguridad por encima y más allá de lo que proporciona un regulador, son requeridos legalmente para prevenir las violaciones de la ley por parte del cliente (Tamar Frankel, 2018).

## ***2. Autonomía e independencia: Características fundamentales***

Pasando al tema de su autonomía e importancia, la SEC señala que un oficial de cumplimiento debe estar facultado con responsabilidad y autoridad para desarrollar y hacer cumplir las políticas y procedimientos para la firma, normalmente serán miembros de la alta dirección de una firma.

El oficial de cumplimiento requiere un grado significativo de aprendizaje y creatividad, pues este servicio plantea desafíos intelectuales realmente exigentes, ya que las reglas de cumplimiento están expresadas comúnmente como deberes generales y no como directivas claras, por lo que se deben interpretar y aplicar a situaciones particulares. Además, debe comprender los cambios continuos que se producen en su área de especialización (Tamar Frankel, 2018).

Debido a lo anterior, es posible decir que el Compliance officer es una profesión diferente y separada, ya que una profesión se puede definir por cuatro características. Primero, una profesión es “una ocupación, para la cual la formación necesaria es intelectual, que implica el conocimiento y el aprendizaje como distinguido de la habilidad”. En segundo lugar, una profesión se “ejerce

en gran medida” en el servicio de otros. En tercer lugar, la cantidad de recompensas financieras por el servicio “no es la medida aceptada de éxito”. Pero, tiene una cuarta característica, una profesión debe conocer su estatus. Para ser verdaderamente profesional, el estatus especial del cumplimiento debe ser reconocido por sus practicantes, por quienes los emplean y por los miembros del público que los tratan. Todos deben respetar el interés público que llena esta obra (John H. Walsh, 2002).

El oficial de cumplimiento cumple con las características de este servicio, plantea desafíos intelectuales realmente exigentes. Regular el negocio es complejo y cambiante, se aplica a situaciones impredecibles. Las reglas de cumplimiento se expresan como deberes generales, en lugar de como directivas claras. Por lo tanto, ellos requieren interpretación y aplicación a situaciones particulares, a menudo en situaciones impredecibles.

A pesar de la información que da Estados Unidos respecto al oficial de cumplimiento, también tiene una falencia, al igual que en Chile, ya que no se establecen mayores exigencias relativas a la cualificación profesional que ha de poseer el oficial de cumplimiento. Esta circunstancia puede comprometer la efectividad del modelo que se trata, de modo que, si se aspira a contar con un programa de compliance adecuado, la organización debería designar a un oficial de cumplimiento con formación suficiente, sin perjuicio que, llegado el caso, pueda hacerse asesorar por expertos en cada una de las materias cubiertas por dicho programa (Haugh T, 2017).

### ***3. España y oficial de cumplimiento***

Ahora, investigando el ordenamiento jurídico español, encontramos que el *Compliance Officer* se ha convertido en un cargo que cada vez gana más peso en las empresas debido a la creciente complejidad del entorno regulatorio. Surge como una figura de vigilancia y control orientado a prevenir la comisión de delitos y se trata de una profesión que aparece como necesidad tras los numerosos escándalos financieros y contables ocurridos en los últimos años en las empresas, motivo por el cual los países han multiplicado el número de regulaciones nacionales e internacionales orientadas a garantizar la transparencia y el correcto cumplimiento de la Ley. Dentro de las regulaciones nacionales e internacionales se encuentran las que ya mencionamos

en la historia (punto 1.E), como las normas de la OCDE (1997), UNCAC (2003), Normas de la Unión Europea (2005), UK Bribery Act (2010), Normas ISO 19.600 (2014), y Norma ISO 37001 (2016), que buscan regular y evitar los delitos de corrupción.

La medida afecta a todas las empresas españolas, independientemente de su tamaño, a todas las pymes y autónomos, debiendo contar con esta figura en su plantilla de trabajadores, o bien encargando esta función a profesionales externos.

A diferencia de Chile, España encomienda la labor de oficial de cumplimiento a un órgano y no a un sujeto, según lo deja expuesto en su Código Penal, artículo 31 bis. Esta norma establece que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado tiene que ser confiada a un órgano de la persona jurídica y, además, ese mismo precepto añade que dicho órgano debe tener poderes autónomos de iniciativa y de control. La exención de responsabilidad operará siempre que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control. Es obligatorio que los modelos de organización y gestión impongan informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; y, las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, es decir, las que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

A partir de estas referencias, podemos llegar a concluir algunas de sus funciones. Este órgano debe ser designado por el máximo órgano directivo de una empresa o persona jurídica, para que asuma las responsabilidades de impulsar la adopción y observancia de las políticas para prevenir y administrar el riesgo del cumplimiento normativo, del código de conducta o de ética, así como es el responsable de verificar la aplicación de la ley, formular y ejecutar procedimientos y diseñar controles adecuados, efectivos y de calidad, con el propósito de prevenir la comisión de delitos, infracciones administrativo, y el desarrollo de conductas que puedan ser consideradas como irregulares o atentatorias contra los valores y criterios consignados en un Código de Ética o de Compliance.

Se caracteriza por su independencia, entendiendo ésta como la ausencia de toda forma de injerencia, de interferencia, de vínculos y de presiones de cualquiera, sean provenientes del exterior o interior, que tiendan a influenciar, desviar o distorsionar la acción del profesional para la consecución de sus. Cualquier distorsión o intromisión en la independencia del profesional en derecho debe ser considerada ilícita. Es decir, lo que resulta fundamental es la independencia de este profesional respecto de su propia organización, para posibilitar el ejercicio libre de sus funciones.

La función de cumplimiento para ser eficaz, y al mismo tiempo, poder ser formal y materialmente independiente debe ir acompañada de la aportación de los correspondientes recursos económicos, materiales y humanos para el ejercicio de esta función por parte de la empresa. En este sentido, una prueba evidente de la concienciación de la organización en el cumplimiento y desarrollo de esta labor preventiva, se materializa en el hecho de la aportación de estos medios, y su acreditación, elemento que cobra una singular importancia cuando dicha prueba se efectúa ante la autoridad judicial, a los efectos de poder demostrar de manera efectiva la preocupación, la concienciación y la atención prestada a las labores de cumplimiento normativo en aras de evitar la comisión de ilícitos penales en el seno de dicha organización. Además de ello, el Compliance Officer necesita que se le dote del adecuado “poder” para adoptar decisiones e imponer su criterio a la propia persona jurídica, y ello implica que debe gozar del “status” necesario que exige el desarrollo de su actividad. Por tanto, puede afirmarse que el “poder” y el “status”, en dosis adecuadas, igualmente constituyen elementos irrenunciables para el ejercicio de sus funciones de manera independiente por parte del Compliance Officer (Puyol, 2016).

A pesar de los años que lleva integrándose el Compliance en España, posee falencias respecto a las tareas o funciones que en una empresa debe cumplir el órgano encargado de cumplimiento normativo penal, son referencias incompletas que no fijan con suficiente detalle y concreción las funciones de ese órgano., al igual que en Chile.

#### ***4. Posibles funciones del oficial de cumplimiento***

Entonces, tomando en consideración lo que existe en Estados Unidos, en España, y lo que encontramos en las leyes en Chile, dentro de las funciones del oficial de cumplimiento debieran incluirse:

- a. El conocimiento y divulgación de las regulaciones relevantes para la empresa;
- b. La elaboración y difusión de normas y procedimientos internos en materia de compliance;
- c. La capacitación y asesoría sobre los riesgos de incumplimiento en el ejercicio de la actividad de la empresa;
- d. La evaluación continua de los riesgos y la determinación de medidas correctivas; el control permanente del cumplimiento de la normativa aplicable a la sociedad;
- e. La gestión y la denuncia de infracciones;
- f. La mantención de relaciones con organismos supervisores;
- g. La revisión e informe periódico respecto de la aplicación del modelo, entre otras tareas de ejecución y control de éste, que puedan establecerse en cada caso

Para lograr estas funciones, es indispensable la independencia, pues ésta dará la satisfacción de otras características relevantes que la labor de cumplimiento debe revestir, como son la libertad, la imparcialidad y la autonomía. La libertad permite al oficial de cumplimiento iniciar una investigación sin que sea necesaria una denuncia previa. La imparcialidad implica que el oficial de cumplimiento actúe de forma ecuánime, sin verse afectado por la simpatía o antipatía que le pueda generar alguna persona o grupo. Y, en tercer lugar, un oficial de cumplimiento será autónomo cuando su retribución esté desligada de los resultados del negocio. Por consiguiente, al diseñar e implementar un programa de compliance se ha de procurar que el oficial de cumplimiento no pueda verse influenciado, guiado o controlado por otros, siendo capaz de extender el alcance de las medidas de prevención a todos los niveles y departamentos de la empresa, para lo cual habrá de contar con recursos suficientes que le permitan desarrollar adecuadamente su labor.

## CONCLUSIÓN

Para terminar esta investigación, bajo la cual analizamos diferentes puntos, tales como la historia del establecimiento del Compliance, su objeto de estudio, y su llegada a Chile. Además de la finalidad, meta o propósito de aquel sujeto encargado de velar por el cumplimiento del Compliance dentro de la empresa, es decir, el Oficial de Cumplimiento, es que podemos concluir lo siguiente:

1. El nacimiento del Compliance tuvo su origen en Estados Unidos a raíz de diversos casos de corrupción, tráfico de influencias, lavado de dinero, entre otros que significaron la dictación de importantes leyes para prevenirlos y sancionarlos. La SEC, FCPA, SOX son prueba de ello junto al reconocimiento internacional que tuvieron.
2. El Compliance va más allá del mero “cumplimiento normativo”. Tal como lo señalamos y siguiendo a un autor nacional, lo definiremos como el *“conjunto de medios y medidas, sistemas y programas, que toda empresa debe adoptar internamente, para procurar asegurar que su personal, desde sus máximos directores y hasta la totalidad de quienes trabajan en o para ella, cumplan con ciertas normas o reglas que determina la institución, a fin de controlar los riesgos que acarrea el incumplimiento de dichas normas y reglas”*, adoptamos este concepto pues engloba en sí lo necesario para tener una adecuada interiorización con el tema. Pero vale recalcar que lo que puede entender una empresa por Compliance, varía según su tamaño, su personal, y ubicación, entre otros factores, por lo que la persona encargada deberá estar atenta a las variables que se suscitan en la empresa a la que trabaje.
3. La llegada del Compliance a Chile vino a significar una importante evolución en las empresas tanto nacionales como internacionales radicadas en nuestro país en base a diversos casos delictuales cometidos por empresas, ejemplos son, el caso “chispas”, la “colusión de las farmacias y del confort”. Tópicos que se encuentran en la retina de la sociedad chilena y que significaron una legislación más robusta y acorde con estándares internacionales, razón de ello es la dictación de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, N° 20.393,

publicada el 02 de diciembre del 2009, la cual sirvió como requisito para la entrada de Chile a la OCDE.

4. Anterior a la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la responsabilidad penal de la persona jurídica estaba acotada a delitos bastante particulares, como el cohecho, el lavado de activos, y el financiamiento del terrorismo, entre otros. Que, si bien son relevantes, la perspectiva general de una asignación de riesgos se estimaba de posible baja ocurrencia. Con el desarrollo de esta ley, se han incorporado otros delitos, como la administración desleal, corrupción entre particulares, por lo que la frecuencia del desarrollo de estas infracciones se incrementa. Lo más lógico es que en el futuro se irán incorporando más delitos, por lo tanto, la presencia del compliance como elemento que pueda permitir eximir la responsabilidad, se hace mucho más relevante.

Este cambio de criterio obligará a informarse sobre qué prácticas son ilícitas, ya que hay empleadores y empleados que no tienen consciencia de la ilicitud de algunas conductas que han realizado o realizan. Tendrán que analizar las actividades que realizan, habrá que generar un control, pues en caso de no ser así, se podría caer en un incumplimiento normativo, que malgastaría los recursos de la empresa.

5. Si bien hubo un avance con la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, para que pueda cumplirse es necesario un Oficial de cumplimiento. Este sujeto no posee una definición clara, no está regulado de manera general en nuestro ordenamiento jurídico, solo posee ciertas menciones respecto de su designación y funciones. Está encargado de vigilar que se cumplan las disposiciones emitidas por las autoridades, así como las demás normas aplicables a la empresa. No se establecen requerimientos relativos a la cualificación profesional que este oficial ha de poseer, pudiendo mermarse con ello la efectividad de los programas de compliance. Al concluir sus funciones, no queda claro cuáles le corresponden sólo a él y no a la administración de la empresa. Lo que sí queda claro es que su independencia es fundamental, y para ello es necesario que tenga los recursos suficientes que le permitan desarrollar adecuadamente su función. Pero, para llevar a cabo la independencia se debe precisar la ubicación concreta que el oficial de cumplimiento ha de ostentar en la estructura



de una sociedad anónima que aspira a contar con un modelo de compliance, si debe ser parte de la empresa o un sujeto externo.

6. Por consiguiente, sería necesario para lograr de mejor manera un modelo de compliance, un apoyo legal donde basarse. Obtener una definición del oficial de cumplimiento, dónde se ubica, y sus funciones, para no confundirlas con las de la administración de la empresa. Además de los requerimientos para llegar a ser uno de ellos ¿es necesario estudiar alguna profesión antes de llegar a serlo? ¿Se necesitan cualidades específicas? Entre otras dudas que podemos llegar a desarrollar.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- U.S Securities and Exchange Commission. “*The Role of the SEC*”. U.S.A. Última visita diciembre 2021.
- 2.- The United States Department of Justice. “*Foreign Corrupt Practices Act*”. Última visita diciembre 2021.
- 3.- M. Sadurní (2020): “*El escándalo Watergate espionaje presidencial en EE. UU*”. Historia National Geographic.
- 4.- William H. Jones and John F. Berry (1977): “*Lockheed Paid \$38 Million in Bribes Abroad*”. The Washington Post.
- 5.- The U.S. Sentencing Commission. “*About the commission*”. Última visita diciembre 2021.
- 6.- Patricio Véliz Moller y Yoab Bitran Hasson (2019): “*Compliance: ¿Por qué y para qué? Claves para su gestión*”. Segunda edición actualizada.
- 7.- Paula Desio. “*An Overview of the Organizational Guidelines*”. Deputy General Counsel, United States Sentencing Commission. Última visita diciembre 2021.

- 8.- United States Sentencing Commission. *“Annotated 2018 Chapter 8”*. Última visita diciembre 2021.
- 9.- John C. Coates (2014): *“SOX after Ten Years: A Multidisciplinary Review”*. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 758.
- 10.- Ministry of Justice U.K. *“Bribery Act”*. Última visita diciembre 2021.
- 11.- Alejandro Canut de Bon (2019) *“Compliance y gerencias legales. Introducción al mundo del cumplimiento normativo empresarial”*. Ediciones Finis Terrae, Primera edición.
- 12.- Sean J. Griffith (2020) *“Agency, Authority, and Compliance”*. Law Working Paper N° 516/2020.
- 13.- Tamar Frankel (2018): *The law officer (LO) and compliance officer (CO): Status, function, liabilities, Toand relationship*. Series Paper No. 18-25. Boston University School of law.
- 14.- Ángela Toso Milos (2021), *“El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas”*, Revista derecho Coquimbo En línea | vol. 28, Chile.
- 15.- John H. Walsh (2002). *What Makes Compliance a Profession?* U.S. Securities and Exchange Commission, Miami Beach.
- 16.- Haugh, T. (2017). *“The criminalization of compliance”*. Notre Dame Law Review, 92(3), 1215-1269.
- 17.- Javier Puyol (2016): *“El compliance officer: Un profesional independiente”*. Govercom.