Compliance: más allá de la Responsabilidad Penal

MARÍA GONZÁLEZ

Asociada senior Information Techonology & Compliance

ECIJA

El Compliance sigue adquiriendo notoriedad y está suponiendo una «revolución» en la gestión de las organizaciones de nuestro país a la hora de adoptar una cultura del cumplimiento, encaminada a evitar, o al menos minorar, el riesgo de comisión de ilícitos.

Pero la cultura de cumplimiento que supone el Compliance debe ir más allá, debemos hablar de un cumplimiento preventivo, proactivo y por supuesto reactivo. Una cultura de cumplimiento que debe estar basada en la gestión de riesgos vinculados a la actividad y cada uno de los procesos de la compañía, y que debe abarcar cada uno de los activos vinculados a los mismos.

Así, el Compliance va más allá de la elaboración de Modelos de Prevención de Delitos, Códigos Éticos y la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Compliance lleva implícita la gestión de un buen gobierno corporativo, comprometido y responsable con el cumplimiento de todas las normas, códigos y estándares que sean de aplicación a la entidad o a los que ésta se encuentre adherida de forma voluntaria.

Los orígenes del Compliance están vinculados a diversos escándalos financieros y de corrupción desde los años 70 y 80 y a lo largo de los últimos años. Es en el año 77 cuando se publica en Estados Unidos la Foreign Corrupt Practices Act o FCPA y se crean organismos dedicados a proporcionar guías de buenas prácticas para la implantación de sistemas de control interno, la gestión de riesgos empresariales y la prevención del fraude, así como la redacción de los informes COSO I (1992) y COSO II (2004), que han supuesto la base de la metodología sobre cómo llevar a cabo la gestión de riesgos corporativos y el control interno de los mismos.

Supone un punto de inflexión en materia de Compliance la promulgación de la Ley Sabanes Oxley, que tras nuevos escándalos como Enron, Tyco Internacional o World Com, exige condiciones legales muy estrictas y exigentes en relación con la exactitud y veracidad de la información que divulgan las empresas y los controles internos implantados para garantizar dicho cumplimiento, y cuya aplicación se extendió, tanto en EEUU como en Europa.

Otras normativas se han ido incorporando paulatinamente al Compliance, tanto en el ámbito internacional como nacional. Así, la normativa sobre protección de datos personales, protección de los consumidores y usuarios, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, o normas sectoriales como la reguladora del sector financiero y asegurador, con Directivas como Solvencia II o MIFID, que tienen su reflejo en normativas nacionales como la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras del pasado año 2015, y que imponen a las compañías, cada día más, controles no solo sobre el ejercicio propio de su actividad, sino también sobre los principios establecidos en materia de gobierno corporativo, transparencia, etc.

Pero ¿cómo implantar esta cultura de cumplimiento con marcos normativos tan amplios? Estándares como la ISO 19600, que aunque no especifica requisitos sino directrices, proporciona orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de Compliance eficaz.

Algunos requisitos que deberá cumplir un sistema de gestión de Compliance eficaz son los siguientes:

- que permita prevenir el incumplimiento de obligaciones o la comisión de ilícitos, y que puedan llevar aparejada responsabilidad civil, administrativa o incluso penal de la persona jurídica
- que permita difundir la cultura de prevención y cumplimiento en la organización, desde la Dirección al último empleado de la compañía.
- que establezca medidas de vigilancia y control idóneas, que permitan la medición del cumplimiento y la detección de posibles vulnerabilidades, y que facilite la supervisión y control por parte de los órganos supervisores dentro de la compañía (DPO, compliance officer, Comité Compliance, o los departamentos de auditoria interna, riesgos o compliance),

Como otros sistemas de gestión, la metodología propuesta por la ISO 19600 se basa en el ciclo PDCA (Planificar, Desarrollar, Controlar, Actuar) es decir, en primer término, definir el marco normativo, teniendo en cuenta la normativa general y especifica de aplicación; analizar las actividades y riesgos de la compañía, diseñando y planificando las acciones correctivas que permitan la minoración del riesgo; desarrollar y ejecutar la implantación de las acciones definidas; controlar y verificar la eficacia de las acciones establecidas; y actuar en base a los resultados obtenidos por los controles llevados a cabo con la finalidad de volver a definir acciones correctivas.

El imposible proceso liquidatorio del art. 1373 CC

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA

Abogado y Presidente

ZARRALUQUI
Abogados de Familia

Tras el tifón legislativo del bienio 2014-2015, un obligado sosiego permite y al propio tiempo exige, un análisis de lo legislado al efecto. El cúmulo de correcciones de errores abandera las imperfecciones de redacción y de vocabulario. Pero hoy vamos a ocuparnos, aunque puntualmente por razón de espacio, de lo que **no se ha hecho** en tanto miles de páginas. Porque tratándose de reformas amplísimas –el Código Civil se modifica por 5 disposiciones legales y la LEC por 8– los textos modificados mantienen normas con enormes defectos que se mantienen con consecuencias nefastas. Hoy vamos a referirnos al proceso a que se refiere el 1373 CC sobre la responsabilidad del cónyuge casado en gananciales por las deudas del otro.

Como cada cónyuge responde con su patrimonio personal de sus deudas propias, en caso de que sus bienes privativos no fueran suficientes, se concede al acreedor la posibilidad de embargar los bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge. Esta notificación tiene como objeto que el consorte no deudor exija que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta en la sociedad conyugal y que produzca la disolución del consorcio, abriendo las puertas a la liquidación del patrimonio común, permitiendo hacer efectivas las deudas del cónyuge deudor con los bienes adjudicados.

No obstante, lo que nos interesa es el análisis de ese proceso en que se disuelve y liquida la sociedad de gananciales, se adjudica el patrimonio que corresponda a cada cónyuge para hacer pago el acreedor con los bienes que corresponda a deudor privativo.

La oposición a la ejecución (art. 541 LEC) podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y en que los gananciales no deben responder de la deuda reclamada, correspondiendo al acreedor probar lo contrario y si no lo hace, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal.

Pero si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, el cónyuge no deudor (art. 541.3 LEC) puede optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal y el Juez «*resolverá* ***lo procedente sobre división del patrimonio»*** con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

La STS 1.ª 12.1.1999 [Pte.: O'Callaghan Muñoz, (*La Ley*, 1999, 2187)] ha concretado que este derecho de opción «determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de petición alguna al juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges y, consecuentemente, los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado (*Cfr.* SSTS 12 abr. 1994 y 22 dic. 1995)».

Hay que tener en cuenta que las deudas de las que no responde la sociedad de gananciales, calificadas de propias, son muy escasas, al estar limitadas a las que provienen de la adquisición, tenencia y disfrute de bienes no comunes –privativos–; la administración extraordinaria de los bienes privativos; y las cantidades donadas o prometidas por uno solo de los esposos.

Pero si grande es el obstáculo para calificar una deuda como privativa, las dificultades se agigantan si tenemos en cuenta que esta calificación ha de hacerse en un proceso en que el que acciona es el acreedor de uno de los esposos, estableciendo la carga de la prueba el art. 541 LEC en contra del acreedor, que lógicamente desconoce casi todo lo que afecta a la vida del matrimonio.

En todo caso, es a partir de ahí cuando surgen los problemas mayores. Porque, de una parte, la estimación del carácter de deuda propia del cónyuge deudor produce dos líneas de consecuencias: la disolución de la sociedad de gananciales, en la fecha en que se acuerde tener por formulada la petición del cónyuge del deudor por deudas propias; y el otro efecto, esencial para el acreedor, de la liquidación de la sociedad, para determinar la hijuela del deudor y hacer así efectivo su crédito.

Es cierto que el art. 541.3 LEC faculta al Juez para resolver lo procedente sobre la división del patrimonio y, «*en su caso*» (¿cuál?), acordar que se lleve a cabo. Pero a partir de aquí entramos un problema sin solución. Porque hay que partir de que para pedir la liquidación de la sociedad de gananciales sólo están legitimados los propios cónyuges vivos y que se trata de una facultad de los mismos y no una obligación. Pero, aunque consideráramos que el art. 541 LEC convierte el derecho en una obligación y faculta al Juez para proceder a la división, resta averiguar cómo lo puede hacer éste sin los cónyuges. ¿De dónde puede extraer el Juez, por sí solo, el conocimiento de los bienes a inventariar? La única solución tendría que ir de la mano de facultar al Juez para levantar la suspensión del embargo, cuando no concurra diligencia en los esposos para liquidar, como propone la STS 1.ª 29.4.1994 (Pte.: Burgos Andrade) sancionando con a no hacerlo la reanudación del procedimiento ejecutivo sobre los bienes gananciales. Pero nada de eso dice la Ley que se ha despreocupado totalmente del tema. Pero en eso consiste la función legislativa.

PRACTICUM
PROPIEDAD INTELECTUAL

PVP: 81,73 € + 4% de IVA
CM: 10006988

DÚO PAPEL + EBOOK INCLUIDO EN EL PRECIO

THOMSON REUTERS

EDICIÓN 2016