

# Protección del tráfico y seguridad jurídica: cumplimiento normativo

De la buena fe en los contratos  
al enfoque basado en el riesgo,  
la sostenibilidad y su trazabilidad

NURIA DEL CARMEN GÓMEZ HERVÁS

III ARANZADI

© Nuria Del Carmen Gómez Hervás, 2024  
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

**Editorial Aranzadi, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
Tel: 91 602 01 82  
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es  
<https://www.aranzadilaley.es>

**Primera edición: 2024**

**Depósito Legal:** M-27015-2024  
**ISBN versión impresa:** 978-84-1078-924-1  
**ISBN versión electrónica:** 978-84-1078-925-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.  
*Printed in Spain*

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

# Índice General

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS.....	23
INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTO.....	27
METODOLOGÍA, ALCANCE Y ORGANIZACIÓN.....	35

## PARTE I DIRECTRICES Y NORMAS CON ENFOQUE AL RIESGO Y A LA SOSTENIBILIDAD. MITIGACIÓN DEL RIESGO Y REVERSIÓN DE SU IMPACTO

### CAPÍTULO UNO

<b>DE LA BUENA FE INDIVIDUAL DE LOS CONTRATOS A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LOS MERCADOS GLOBALES.....</b>	43
<b>1.1. La buena fe.....</b>	43
<b>1.2. Estados Unidos y los <i>corporate compliance programs</i>.....</b>	48
<b>1.3. Europa. De las recomendaciones a las normas en la UE. El modelo italiano y España.....</b>	51
<b>1.4. Cumplimiento en el ordenamiento actual.....</b>	54
1.4.1. <i>De la buena fe al control interno y a cumplimiento.....</i>	54
1.4.2. <i>El ordenamiento, primera fuente de identificación de ries- gos y controles.....</i>	59
1.4.3. <i>Sistemas de cumplimiento. De sistemas organizativos a la acreditación de la voluntad de identificar riesgos y miti- garlos por el bien y la sostenibilidad comunes.....</i>	60

CAPÍTULO DOS

<b>CONSTRUCCIÓN DEL MODELO EN BASE A NORMAS CON ENFOQUE DE RIESGOS Y SU MITIGACIÓN</b> .....	65
<b>2.1. El concepto de gestión del riesgo en la normativa.</b> .....	66
<b>2.2. Riesgo de gobernanza. de recomendaciones a requisitos normativos de control interno</b> .....	70
2.2.1. <i>Servicios de inversión. Elementos del sistema y función de cumplimiento en MIFID I y MIFID II</i> .....	70
2.2.1.1. La Comisión del Mercado de Valores (CNMV) asume las Directrices de la Autoridad Europea de Valores (ESMA) y detalla las obligaciones del consejo y la función de cumplimiento .....	75
2.2.1.2. Los mismos y nuevos requisitos de control se exigen para las ESI y mercados de instrumentos financieros. Avances en las exigencias de idoneidad y la eficacia de las medidas correctivas. ....	83
2.2.2. <i>Sector financiero. Directrices de Autoridades en materia de cumplimiento y gobernanza. Elementos del sistema en las Directivas europeas</i> .....	87
2.2.2.1. Enfoque basado en el riesgo; Identificación y gestión de riesgos y el principio de proporcionalidad. ....	87
2.2.2.2. Estructura organizativa de control y función de cumplimiento .....	89
2.2.2.3 Las políticas y la cultura de cumplimiento ....	91
2.2.2.4. El enfoque de riesgo de gobernanza y su mitigación en las Directivas. ....	92
2.2.2.4.1. Identificación de riesgos por debilidad del gobierno corporativo. Exigencia de un análisis de riesgos propio. Principio de proporcionalidad .....	93

	<u><i>Página</i></u>
2.2.2.4.2. Estructura y rol de control; conocimientos, experiencia y seguimiento de la exactitud y de la ejecución	94
2.2.2.5. Transparencia; necesidad de políticas, procesos y métodos de cálculo . . . . .	95
2.2.2.6. La necesidad de evaluación y controles del marco de gobierno. Controles propuestos . . . .	95
2.2.2.7. Algunos elementos del sistema en trasposición española de las normas de supervisión y solvencia. Función de cumplimiento, autoevaluación de riesgos y Principio de independencia . . . . .	99
2.2.2.8. Controles para proteger en especial el dinero público. Los mecanismos de resolución . . . . .	103
2.2.3. <i>Empresas en sectores no regulados. Ley de Sociedades de Capital, Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Principio de cumplir o explicar . . . . .</i>	104
<b>2.3. Riesgos para el inversor y su mitigación en los servicios de inversión. De nuevo MIFID II. . . . .</b>	<b>112</b>
2.3.1. <i>El riesgo del cliente y la gobernanza del producto . . . . .</i>	112
2.3.2. <i>Transparencia e información. Modificaciones a MIFID II y MIFIR y formación de los profesionales de «compliance»</i>	119
2.3.3. <i>Riesgos derivados de criptoactivos y tecnologías de registros distribuidos (TDR) . . . . .</i>	120
2.3.4. <i>Retail Investment Strategy (RIS). Concepto value for money, su exportación a otras industrias. . . . .</i>	120
<b>2.4. Riesgo de abuso de mercado en las normas . . . . .</b>	<b>123</b>
<b>2.5. Riesgo de incumplimiento de las normas tributarias . . . . .</b>	<b>124</b>
<b>2.6. Riesgo de blanqueo de capitales: de prevención a doble autenticación y verificación de identidad de clientes onboarding. . . . .</b>	<b>127</b>
2.6.1. <i>Un caso de prevención de riesgos, más que de mitigación. . . . .</i>	128
2.6.2. <i>La mitigación de riesgos y la mejora en la seguridad en los medios de pago. . . . .</i>	132
2.6.3. <i>La seguridad en los negocios no presenciales; Seguridad tecnológica y V Directiva . . . . .</i>	133

	<u>Página</u>
2.6.4. <i>Autenticación reforzada</i> .....	134
2.6.5. <i>Identificación electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas</i> .....	135
2.6.6. <i>Análisis de riesgos, autoevaluación, políticas, procedimientos y controles del riesgo en la transposición española</i> .....	136
2.6.7. <i>Servicios electrónicos de confianza y notificación de brechas de seguridad</i> .....	138
<b>2.7. Riesgos para los datos de carácter personal. de la protección a la <i>accountability</i> en las normas. función de delegado de protección de datos</b> .....	<b>141</b>
2.7.1. <i>Responsabilidad activa, medidas técnicas y organizativas</i> .	144
2.7.2. <i>Obligaciones internas de reporte. La Agencia Española de Protección de Datos y la figura del DPO. Avances en colaboración internacional</i> .....	146
<b>2.8. Ciberriesgos en la normativa</b> .....	<b>147</b>
2.8.1. <i>Concepto y especialidades de la ciberseguridad</i> .....	147
2.8.2. <i>Del Convenio de Budapest a la Estrategia de Ciberseguridad de la UE. La necesaria garantía de un elevado nivel común de ciberseguridad</i> .....	150
2.8.3. <i>Seguridad Nacional, Estrategia Nacional de Seguridad y Esquema de seguridad</i> .....	153
2.8.4. <i>Operadores esenciales y sus obligaciones en la seguridad común</i> .....	156
2.8.5. <i>Resiliencia operativa digital del sector financiero y criptoactivos. DORA y MICA</i> .....	156
2.8.6. <i>El importante papel del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) y del Centro Criptológico Nacional</i> .....	159
2.8.7. <i>Mínimo común para las empresas. El Código de Ciberseguridad</i> .....	160
<b>2.9. Riesgos derivados de la inteligencia artificial. Reglamento europeo IA. la AESIA</b> .....	<b>161</b>

## CAPÍTULO TRES

<b>CONSTRUCCIÓN DEL MODELO: RIESGOS PARA LA SOSTENIBILIDAD: DE LA EVALUACIÓN DEL RIESGO A LA REVERSIÓN DEL IMPACTO Y LA EXIGENCIA DE DILIGENCIA DEBIDA</b> .....	167
<b>3.1. Punto de partida. De los años setenta a 2013</b> .....	169
<b>3.2. Reporte de datos financieros y no financieros. evaluación previa de riesgos, y probabilidad de ocurrencia, dimensión y gravedad. partes interesadas</b> .....	172
3.2.1. <i>Claridad, comparabilidad y simplificación. Principio de importancia relativa procedente de los estados financieros aplicado a la información no financiera</i> .....	173
3.2.2. <i>Identificación y evaluación de riesgos. Probabilidad, dimensión y gravedad</i> .....	174
3.2.3 <i>Contenido de la información no financiera a reportar</i> ....	175
<b>3.3. El pacto verde europeo de 2019 y el fomento de la inversión</b> .....	177
3.3.1. <i>Un nuevo marco mundial: Agenda 2030. Objetivos de desarrollo sostenible (ONU 2015). Acuerdo de París (2016). El Plan de acción de 2018 de la Comisión y El Pacto verde europeo de 2019. Finanzas sostenibles y Plan de acción de 2021</i> .....	177
3.3.2. <i>Los riesgos climáticos, riesgo sometido a supervisión a través del sistema financiero</i> .....	182
<b>3.4. Información al inversor de la evaluación y mitigación de riesgos de sostenibilidad. Divulgación reforzada y finanzas sostenibles</b> .....	183
<b>3.5. Taxonomía para el clima. actividad económica sostenible y criterios para determinar el grado de sostenibilidad. Elementos de mitigación o «contribución sustancial»</b> ....	189
3.5.1. <i>Criterios aplicables a las actividades económicas medioambientalmente sostenibles para valorar su grado de sostenibilidad</i> .....	190
3.5.2. <i>Objetivos medioambientales</i> .....	191
3.5.3. <i>Grado de sostenibilidad</i> .....	191

	<u>Página</u>
3.5.3.1. Criterio 1. Contribución sustancial a la mitigación de cada objetivo medioambiental. . . . .	191
3.5.3.2. Criterio 2. Que no cause perjuicio significativo	196
3.5.3.3. Criterio 3. Llevarse a cabo conforme a unas garantías mínimas especificadas . . . . .	197
3.5.3.4. Criterio 4. Normas técnicas (Regulatory Technical Standards o RTS) . . . . .	198
3.5.4. <i>Normas técnicas para la información precontractual, webs e informes periódicos</i> . . . . .	202
3.5.4.1. Principios generales. . . . .	202
3.5.4.2. Índices de referencia con cestas de índices . . .	203
3.5.4.3. Transparencia respecto a las incidencias adversas de los productos en materia de sostenibilidad respecto de los participantes en los mercados financieros . . . . .	203
3.5.4.4. Transparencia respecto a las incidencias adversas de los productos en materia de sostenibilidad respecto de los asesores financieros. . .	204
3.5.4.5. Información precontractual y web. . . . .	204
3.5.4.6. Informes periódicos . . . . .	206
3.5.4.7. Anexos . . . . .	207
3.5.5. <i>Información a divulgar y metodología</i> . . . . .	208
3.5.6. <i>Herramientas para identificar impactos e incluir costes en la matriz</i> . . . . .	209
<b>3.6. Gobernanza del producto después de MIFID II</b> . . . . .	<b>211</b>
3.6.1. <i>Directrices ESMA. Evolución en la Gobernanza del producto después de MIFID II y la sostenibilidad</i> . . . . .	211
3.6.2. <i>Retail Investment Strategy</i> . . . . .	214
3.6.3. <i>Seguimiento de datos en los servicios de inversión. Grado de divulgación e integración de riesgos: supervisión conjunta de ESMA y autoridades nacionales</i> . . . . .	214
<b>3.7. Nuevos retos en sostenibilidad y en compliance</b> . . . . .	<b>215</b>
3.7.1. <i>Buen gobierno. Implicación de los accionistas a largo plazo y transparencia de las actividades sostenibles</i> . . . . .	216

	<u><i>Página</i></u>
3.7.2. <i>Medio ambiente. Evaluación de impacto ambiental y Green Claims Directive. Nuevos retos para compliance ...</i>	217
3.7.3. <i>Derechos humanos y laborales. Equilibrio de género, igualdad y transparencia retributivas .....</i>	219
<b>3.8. Reporte de información. cambios significativos. Más empresas, más información y nuevos estándares .....</b>	<b>220</b>
3.8.1. <i>Cambio de denominación de informe no financiero a informe de sostenibilidad .....</i>	221
3.8.2. <i>Ampliación de los sujetos obligados al reporte de información de sostenibilidad .....</i>	221
3.8.3. <i>Ampliación de la información a reportar .....</i>	222
3.8.4. <i>El principio de doble materialidad .....</i>	224
3.8.5. <i>Normas de presentación. Estándares ESR y etiqueta digital.....</i>	226
3.8.6. <i>Verificación de la información .....</i>	229
3.8.7. <i>Se completa la información a incluir en los informes de sostenibilidad.....</i>	229
<b>3.9. Diligencia debida. La nueva era del compliance .....</b>	<b>230</b>
<b>3.10. Trasposición al derecho español a tener en cuenta en compliance .....</b>	<b>240</b>
3.10.1 <i>Buen Gobierno y transparencia. Sector público, revisión del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas y transparencia .....</i>	241
3.10.2 <i>Derechos humanos y laborales. Discapacidad e inclusión laboral. Igualdad de trato retributiva y estabilidad laboral .</i>	242
3.10.3. <i>Medioambiente .....</i>	252
3.10.3.1. <i>Residuos y suelos .....</i>	252
3.10.3.2. <i>Evaluación ambiental y comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero ...</i>	253
3.10.3.3. <i>La transición energética .....</i>	254
3.10.3.4. <i>Exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros.....</i>	256
3.10.3.5. <i>Residuos y suelos .....</i>	256
3.10.3.6. <i>Edificación .....</i>	258

	<u><i>Página</i></u>
3.10.3.7. Envases y residuos de envases.....	258
3.10.4. <i>Reporting</i> .....	260
3.10.4.1. Empresas sujetas a reporting de EINF.....	261
3.10.4.2. Contenido del reporting (EINF).....	261
3.10.5. <i>Verificación por experto</i> .....	264
3.10.6. <i>El Informe anual sobre exposición financiera al cambio climático</i> .....	265
3.10.7. <i>Principales proyectos en sostenibilidad</i> .....	265
3.10.7.1. Reporting. Anteproyecto de trasposición de la directiva CSRD.....	265
3.10.7.2. Medioambiente. Anteproyecto de ley de movilidad sostenible.....	266
3.10.7.3. Medioambiente. Anteproyecto de ley de prevención de pérdidas y desperdicio alimentario.	266
3.10.7.4. Medio ambiente. Registro de huella de carbono.....	266
3.10.7.5. Medioambiente. Proyecto de RD por el que se regula el contenido de los informes sobre la estimación del impacto financiero de los riesgos asociados al cambio climático.....	267
3.10.7.6. Derechos humanos y laborales. Anteproyecto de ley de derechos humanos de la sostenibilidad y diligencia debida en las actividades nacionales y transnacionales.....	268
3.10.7.7. Taxonomía social y europea: informe final de la taxonomía social.....	268
3.10.7.8. Derechos humanos y laborales. Anteproyecto de ley de familia.....	269
3.10.7.9. Derechos humanos y laborales. Anteproyecto de ley orgánica e igualdad de representación paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión.....	269

**PARTE II**  
**APLICACIÓN A UN MODELO. ELEMENTOS DE**  
**CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y DE SUS SISTEMAS**

**CAPÍTULO CUATRO**

<b>LOS CONTRATOS Y OTROS ELEMENTOS DE MITIGACIÓN DE RIESGOS: COLABORACIÓN DEL SUPERVISOR Y CANALES DE DENUNCIA . . . . .</b>	<b>273</b>
<b>4.1. Contratos: del objeto a las cláusulas que evidencien la mitigación de riesgos. la teoría del riesgo en los contratos . .</b>	<b>274</b>
4.1.1. <i>El nuevo enfoque y rol de los contratos; de expresión de la voluntad y buena fe contractual a sistemas de su medición y verificación en los sistemas de compliance. Los contratos en la matriz de riesgos . . . . .</i>	<b>275</b>
4.1.1.1. Riesgos ad intra de la empresa. Identificación y mitigación en contratos básicos: Escritura de constitución de la sociedad y objeto; el mandato y el poder . . . . .	<b>283</b>
4.1.1.2. Riesgos financieros y mitigación Contratos con valor de control financiero (Cobertura de riesgo de tipos, préstamo, crédito, cobertura de tipos, etc.) . . . . .	<b>286</b>
4.1.2. <i>Los contratos y sus cláusulas como evidencias del cumplimiento de su objeto . . . . .</i>	<b>287</b>
4.1.2.1. Cláusulas especiales en el contrato de compra-venta en general. . . . .	<b>287</b>
4.1.2.2. Control de protección a la parte contratante-consumidora . . . . .	<b>288</b>
4.1.2.3. Control de la protección de los derechos de los consumidores en los contratos de servicios financieros celebrados a distancia, incluidos los de seguros . . . . .	<b>290</b>
4.1.2.4. Control a la parte contratante de protección a la cadena alimentaria . . . . .	<b>291</b>

	<i><u>Página</u></i>
4.1.2.5. Control de protección al cliente debido a su objeto. La hipoteca . . . . .	294
4.1.2.6. Otros controles en la matriz de riesgos derivados de contratos especiales. Contrato de transportes, prestaciones de servicio o contratos de trabajo . . . . .	295
4.1.3 <i>Los contratos como evidencia de sostenibilidad Cambio de objeto o cláusulas especiales. Exigencia de garantías contractuales en la Directiva de Diligencia Debida. . . . .</i>	298
4.1.4. <i>El control específico de los riesgos relacionados con la fiscalidad de los contratos . . . . .</i>	300
4.1.5. <i>Los contratos con el sector público. El principio de la transparencia. Recomendaciones de la OCDE (2017) . . . . .</i>	301
4.1.6 <i>La vigilancia del cumplimiento de los contratos . . . . .</i>	303
<b>4.2. El supervisor: de la vigilancia a la colaboración en la autoevaluación de riesgos . . . . .</b>	<b>304</b>
4.2.1. <i>Cambio de rumbo. Colaboración y transparencia del supervisor, pero también potencia sancionadora . . . . .</i>	304
4.2.2. <i>Cooperación administrativa en materia de fiscalidad . . . . .</i>	307
4.2.3. <i>Cooperación y fiscalidad según la OCDE . . . . .</i>	310
4.2.4. <i>Comisión Nacional de la Competencia (CNMC). Criterios para determinar la prohibición de contratar de las empresas con el sector público ante falsedades . . . . .</i>	311
<b>4.3. Canales de denuncia. protección al denunciante sí, pero sobre todo herramienta de mejora de procesos y conductas . . . . .</b>	<b>313</b>
 <b>CAPÍTULO CINCO</b>	
<b>RESULTADO: SISTEMAS CON MATRIZ COMPLEJA . . . . .</b>	<b>319</b>
<b>5.1. Utilidad del modelo. acreditación de la buena fe (o identificación de su quiebra) y de los esfuerzos en sostenibilidad y en una conducta empresarial responsable . . . . .</b>	<b>320</b>
<b>5.2. Elementos del sistema basado en el riesgo y la sostenibilidad . . . . .</b>	<b>323</b>
<b>5.3. Elementos sustantivos . . . . .</b>	<b>328</b>

	<u><i>Página</i></u>
5.3.1. <i>Identificar el alcance del modelo a implantar en cada caso. Ampliación de los riesgos a los del mercado, no sólo a los propios y añadir el peso de los efectos adversos causados por las operaciones propias</i> . . . . .	328
5.3.2. <i>La Buena fe. Su reflejo en los documentos internos y en las personas</i> . . . . .	329
5.3.2.1. De la toma de decisiones a su ejecución. El Código ético y las actas de consejo. El comportamiento humano, motor de toda acción. . . . .	329
5.3.2.2. Buena fe en cada una de las personas que interactúan en la organización. Criterios de selección y trazabilidad. . . . .	331
5.3.3 <i>Análisis de riesgos del tráfico y de la empresa. Factores a analizar e identificación de actividades</i> . . . . .	331
5.3.3.1. Factores de riesgo externos a la empresa. Las normas del ordenamiento . . . . .	334
5.3.3.2 Factores de riesgo internos. Los procesos industriales y su exacta ejecución y forma de hacer. . . . .	336
5.3.3.3. Controles. Códigos, normas y evidencias de control. . . . .	339
5.3.4. <i>Primeras matrices complejas con potenciales riesgos para el mercado y propios. Ejemplos de controles a adaptar</i> . . . . .	341
5.3.4.1. Procesos de Gobernanza y transparencia y anticorrupción . . . . .	342
5.3.4.1.1. Gobernanza. . . . .	342
5.3.4.1.2. Transparencia (empresas públicas y contratación pública). . . . .	349
5.3.4.2. Riesgos relacionados con la protección a los inversores y clientes (compras y ventas de productos, financieros y no financieros). . . . .	350
5.3.4.2.1. La protección del inversor . . . . .	350
5.3.4.2.2. La protección al cliente (consumidor o no) (Cliente externo o cliente interno) . . . . .	356
5.3.4.3. Riesgos de abuso de mercado . . . . .	359

	<i><u>Página</u></i>
5.3.4.4. Riesgos en los procesos financieros. Obligaciones contables, tributarias y fiscales . . . . .	360
5.3.4.5. El riesgo y la prevención de Blanqueo de Capitales y financiación del terrorismo . . . . .	362
5.3.4.6. Riesgos relacionados con datos de carácter personal (Protección de datos). Matriz especial de riesgos. Evaluaciones de impacto. Áreas IT, RRHH y otras. . . . .	368
5.3.4.7. Riesgos de Ciberseguridad . . . . .	370
5.3.4.8. Y también riesgos penales. . . . .	381
5.3.5. <i>Metodologías para ejecutar el análisis de riesgos del mercado y propios . . . . .</i>	<i>383</i>
5.3.5.1. Metodologías de análisis. COSO . . . . .	384
5.3.5.2. Metodología de análisis. MAGERIT . . . . .	385
5.3.6. <i>Análisis especial: los riesgos de sostenibilidad del mercado y propia. Actividades sostenibles, grado de contribución y perjuicio significativo. Principio de doble materialidad. . . . .</i>	<i>386</i>
5.3.6.1. Herramientas para el análisis. Plan de sostenibilidad y factores a incluir . . . . .	386
5.3.6.2. Principio de doble materialidad a incluir en la matriz . . . . .	387
5.3.7. <i>Matrices específicas para los riesgos y controles de la sostenibilidad, con medición de la contribución a la mitigación. Nueva matriz compleja . . . . .</i>	<i>388</i>
5.3.7.1. Identificación de partes interesadas y procesos que contribuyen a los objetivos de sostenibilidad y no causan perjuicio significativo . . . . .	388
5.3.7.2. Objetivos, criterios y grado de sostenibilidad, perjuicio significativo. . . . .	390
5.3.7.3. Garantías mínimas y criterios técnicos. . . . .	398
5.3.7.4. Inclusión de otros factores . . . . .	399
5.3.7.5. Principio de doble materialidad. Identificación de costes y de sostenibilidad. . . . .	400
5.3.7.6. Resumen de la segunda matriz de riesgos y controles de sostenibilidad . . . . .	401

	<u><i>Página</i></u>
5.3.7.7. Los contratos y otros controles de riesgos y sostenibilidad .....	405
5.3.7.8. Controles y Contratos que mitigan riesgos generales y también pueden medir la sostenibilidad.....	405
5.3.7.9. Controles y contratos del tráfico particular de cada empresa y su solvencia económica. Controles financieros .....	407
5.3.7.10. Controles basados en los contratos con proveedores.....	408
5.3.3.11. Ejemplos de controles para grandes empresas	408
5.3.8. <i>Metodologías para realizar el análisis de sostenibilidad ...</i>	414
5.3.9. <i>Reportes de sostenibilidad y la aportación de cumplimiento respecto de ellos .....</i>	417
<b>5.4. Elementos organizativos .....</b>	<b>425</b>
5.4.1. <i>Estructura de control. El consejo y la figura del responsable .....</i>	428
5.4.1.1. El equipo humano en la estructura de control. Cultura entendida como forma de pensar. Buena fe .....	428
5.4.1.2. Funciones de cumplimiento. La aportación de la Circular de la CNMV .....	429
5.4.2. <i>Herramientas para gestionar el análisis de riesgos y dar trazabilidad a la ejecución de la toma de decisiones, desde el Consejo hasta el contrato firmado .....</i>	429
5.4.3. <i>La información documentada del sistema y su permanente mejora .....</i>	432
5.4.4. <i>Mantenimiento y medición de la eficacia del sistema y su adecuación o conformidad. Sistema disciplinario para la no conformidad .....</i>	433
5.4.4.1. Medir los resultados .....	435
5.4.4.2. El sistema disciplinario .....	437
5.4.4.3. La auditoría del sistema.....	438
5.4.5. <i>El canal de denuncias .....</i>	439

	<i><u>Página</u></i>
5.4.6. <i>La formación y la cultura de cumplimiento entendida como conocimientos de cumplimiento y además como forma de hacer</i> .....	440
5.4.7. <i>Los estándares ISO o UNE</i> .....	440
5.4.8. <i>La pericial en cumplimiento, a escena</i> .....	440
<b>5.5. La responsabilidad civil de la empresa y del responsable de cumplimiento</b> .....	<b>442</b>
<b>5.6. Particularidades de algunos modelos</b> .....	<b>443</b>
5.6.1. <i>Empresas reguladas. Estructuras previas y retos nuevos</i> ..	443
5.6.2. <i>Empresa pública</i> .....	444
5.6.3. <i>La empresa multinacional</i> .....	445
5.6.4. <i>Mediana empresa. Modelos jóvenes y creativos. Reorganización y carencias</i> .....	445
<b>CAPÍTULO SEIS</b>	
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>449</b>
<b>CAPÍTULO SIETE</b>	
<b>OTRAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA</b> .....	<b>471</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>491</b>
<b>OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS (POR ORDEN DE APARICIÓN)</b> .....	<b>495</b>
<b>NORMAS ANALIZADAS (POR CAPÍTULOS, RANGO Y FECHA)</b> ...	<b>515</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>535</b>
<b>FIGURAS Y TABLAS</b> .....	<b>537</b>

## *Introducción. Objetivos y planteamiento*

Este trabajo pretende dar respuesta a tres preguntas de investigación todavía sin resolver por la normativa, según la literatura especializada consultada (VELASCO PERDIGONES, 2022) (ARBIZU LOSTAO, y otros, 2023) ¿se puede dar una respuesta concreta e individualizada, al **requerimiento legal** explícito en numerosas normas vigentes, que exige a los actores en el tráfico, una **participación activa** en la construcción (o reconstrucción) de la seguridad, la mitigación de los riesgos comunes y la sostenibilidad más allá, de la gestión de los riesgos y de la sostenibilidad individuales del propio actor? Y en su caso, ¿cuál sería la herramienta apropiada para conseguirlo? ¿Cabría, además, predicar **buena o mala fe** del colectivo de personas que conforman una empresa, y medirla en función de sus esfuerzos (o ausencia de ellos) respecto de su **forma concreta de participar en el tráfico**, de la misma manera que se puede atribuir buena o mala fe a una conducta individual y extraer consecuencias de ello?

En primer lugar, trascender los propios objetivos y riesgos, trabajar voluntaria y activamente en reforzar la seguridad y la sostenibilidad de nuestra común forma de vivir y acreditarlo; se puede y se debe hacer.

En segundo lugar, la herramienta que lo permite no es otra que **cumplimiento normativo** (*cumplimiento, o compliance* para abreviar, en estas páginas); pero no basta con la introducción de sistemas de control o requerir su obligatoriedad; *cumplimiento* es mucho más que eso; el ejercicio que se presenta pone en valor su tarea e identifica los principios y elementos esenciales de lo que se considera ya toda una disciplina independiente. El desarrollo de sistemas ha de hacerse no sólo desde la idea de los modelos de gestión, sino desde un marco legal y unos elementos esenciales que le sean propios y generales para todas las empresas, y para ello, puede inspirarse en el marco legal existente en la materia, disperso pero sólido. Con este fin se identifican normas que describen algunos elementos de *cumplimiento* para sectores regulados, y se observa la evolución de normas que en pro de la seguridad común, utilizan un **enfoque basado en el riesgo y en la sostenibilidad**; normas todas ellas de las que se extraen ese **enfoque, y principios desde los que identificar, proponer y construir** cuáles pueden ser los **elementos esenciales** de *cumplimiento para todos*, haciendo de ellos la bandera y el *modus operandi* generales y a partir de los cuales construir modelos particularizados y a medida para cada empresa que

proporcionen de forma efectiva, el resultado esperado, acreditando con ello los concretos términos de la participación activa en el mercado de cada empresa y el grado de la misma. Se propone un modelo, a partir del cual, identificar las obligaciones propias de cada operador y evidenciar su cumplimiento, pero a la vez, acreditar la efectiva participación de éste en alcanzar los objetivos de mitigación de riesgos y de sostenibilidad comunes, convirtiendo al operador en un verdadero y efectivo puente entre las normas y el mercado (a modo de las exigencias requeridas ya a los *guardianes de acceso*, de la Ley de Mercados Digitales<sup>1</sup>).

El **marco legal** con enfoque basado en el riesgo y la sostenibilidad identificado en estas páginas obedece, además, a una **evolución**, un cambio en el pensamiento que, en pro de la seguridad, viene exigiendo en los últimos treinta años, una cada vez más evidente y específica forma de operar en los mercados, que conlleva una nueva forma de entender las obligaciones de los intervinientes en el tráfico. *Cumplimiento* es el área apropiada para recoger la bandera de esa evolución y enfoque y crear a partir de ellos, sistemas eficaces y a medida, capaces de acreditar el esfuerzo que les es requerido a las empresas, para alcanzar esa seguridad del tráfico común; identificar lo que hay que hacer y acreditar no sólo que se ha realizado, sino también, en qué medida.

Identificadas las principales normas con enfoque de riesgo y de sostenibilidad, se analizan y extraen de las mismas los **elementos esenciales** que se aplican para proponer un modelo básico que dé respuesta al requerimiento del legislador, proporcionando un punto de partida desde el cual, después, crear modelos a medida para cada empresa.

De las normas elegidas en este trabajo (además de aquellas a las que la empresa sea sujeto obligado), se identifican y extraen tanto el **enfoque**, como los **principios** y los **riesgos** que identifica en cada mercado y actividad y que propone mitigar. Hecho esto y a partir de aquí, se expone y propone un modelo base, que será aquel que se justifica y construye con **el mismo enfoque** que **las normas** que sustentan el **mandato de participación activa en la obtención de la seguridad**; estas son las normas con *enfoque a riesgo*; las normas que los identifican y plantean soluciones de mitigación desde la *proporcionalidad* y aquellas otras con enfoque además a la *sostenibilidad*, y que constituyen no sólo la última fase de la evolución del sistema normativo europeo, sino que se erige ya, en motor de la nueva revolución industrial. Su objetivo va más allá de la seguridad y la identificación de los riesgos, de cuya existencia se parte ya como premisa, pues busca alcanzar una *mitigación completa, diversificada y medible* especialmente de determinados riesgos (aquellos que amenazan la sos-

---

1. El Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) Considerandos 3 y ss. y definición del art. 2.

tenibilidad), como forma de conducir nuestros mercados, a operar como siempre, pero hacerlo desde un lugar, radicalmente distinto.

El modelo propuesto pone en valor, destaca, recopila y rinde homenaje al legislador de una selección de normas; destaca su esfuerzo de trascender el contenido sustantivo de cada una de ellas, para buscar, además, cómo aumentar esa seguridad jurídica del tráfico sin pérdida de libertades para los ciudadanos y señalar obligaciones concretas que, identificando riesgos, reclaman soluciones que la empresa debe integrar de la forma más ajustada a la norma para mitigarlos. Y lo hace introduciendo este enfoque de forma tranquila y paulatina a lo largo de los años y en cada vez más materias, evolucionando en cada una incorporando con ello una técnica jurídica que hace de la **autorresponsabilidad, el eje de actuación necesario para respetar las libertades sin perder seguridad**. Destaco en estas páginas cómo se hace evidente la existencia ya de un potente marco legal en materia de *cumplimiento*; si bien disperso o asociado en gran medida e inicios, a sectores regulados o a determinados sujetos obligados, limitación de alcance que, poco a poco, va quedando atrás, conforme el enfoque de riesgo va alcanzando cada vez a más cuerpos normativos, de aplicación a cada vez más sectores e industrias.

Es muy amplio ya el abanico de normas que imponen para muy diversas materias la existencia de estas **áreas separadas de cumplimiento** que gestionen de forma independiente los riesgos, al margen de otras tareas jurídicas, comerciales, contenciosas o corporativas. Se ha abierto paso, una nueva profesión legal, que cuenta con especialistas en las empresas y como tales son reclutados en cada vez más empresas, trascendiendo los sectores regulados o multinacionales, y alcanzado de lleno a medianas e incluso, pequeñas empresas, si quieren ampliar sus garantías, para concurrir a determinados mercados o licitaciones.

Se pone el acento en que no todo está dicho en *cumplimiento*. Se ha escrito mucho desde un enfoque estrictamente penal o en desarrollo de estándares internacionales de gestión de riesgos, pero poco, desde la exigencia legal y de respuesta a seguridad jurídica requerida para operar en el tráfico mercantil.

En este trabajo, se ponen en valor referencias y recomendaciones de organismos internacionales, como fuentes imprescindibles en el desarrollo de este nuevo campo de desarrollo jurídico, aprovechando las sinergias de la realidad del mercado global. *Cumplimiento normativo*, ha dado lugar a una nueva profesión que debe ampararse de una profunda formación jurídica para sus profesionales.

En tercer lugar, identificado el mandato legal específico, de *participación activa* en la seguridad y la sostenibilidad, y habiendo trazado un modelo *ad hoc* para darle respuesta, ¿podría este modelo servir para algo más? ¿Podría, además, dar respuesta, a un mandato concreto, y hacerlo de forma tal, que se acre-

dite una *participación en el tráfico verdaderamente honesta y de buena fe*? Sí, se puede: acreditando cómo se opera generando seguridad y sostenibilidad en el entorno, se puede ir aún más allá; incluso puede que se les otorgue además a estos operadores el beneficio de dar por acreditada su buena fe. Pero sólo podrá hacerse, una vez más, con la vista puesta en el ordenamiento y sus principios inspiradores, siguiendo el hilo conductor que proporcionan determinadas normas. Se recopilan las normas que exigen, de forma clara, la realización de un esfuerzo común en seguridad y sostenibilidad y se ofrece desde ahí, una respuesta concreta y particularizada. Si antes hablaba de identificar los elementos esenciales de *cumplimiento* y de un modelo básico, éstos solo son el punto de partida para que, a partir de ellos, se proceda a construir modelos particularizados que, evitando la estandarización, acrediten el cumplimiento de las normas y los objetivos estratégicos de la empresa desde un enfoque basado en los riesgos concretos y desde la sostenibilidad concretas que además evidencien **la honestidad de sus decisiones** y sus esfuerzos por el bien común. Esto, se puede hacer, no como una gestión de mínimos para generar evidencias de gestión (como hace un sistema organizado) sino desde un sistema con el norte puesto en la mejor ejecución y el más leal saber y entender de cada empresa en particular; creando sistemas propios y personalizados que una vez aprobados por el respectivo órgano de Administración, se conviertan, esta vez sí, en ley de obligado cumplimiento en la empresa (y objeto de la máxima sanción, en caso de su vulneración) y se haga de forma alejada de modelos de mínimos y enfocada en la voluntad, la honestidad y la excelencia de la ejecución, en cualquiera que sea el mercado en el que se opera.

Identificados enfoques, riesgos y normas de cumplimiento, se aplica todo a un modelo en el que se incluyen ejemplos de controles de mitigación y evidencias de *cumplimiento* recopiladas a través de años de práctica profesional. Entre estos controles, se propone otorgar un lugar más que relevante a los **contratos** suscritos por las empresas en su tráfico; se reclama la atención sobre ellos y la posible **reformulación, tanto de sus cláusulas como de su objeto o incluso de sus elementos esenciales**, transformándolos en vehículos idóneos (y voluntarios), de esa máxima expresión de la voluntad social, proponiendo su posible redacción más allá de las exigencias legales o de su propio objeto o fin, en busca de ese reforzamiento de la buena fe, convirtiéndolos en elementos pesados de los modelos de cumplimiento, capaces de trazarla, en tanto en cuanto capaces de reforzar sus relaciones contractuales más allá de lo requerido por el ordenamiento en materia de mitigación de riesgos y sostenibilidad. Revisar los límites de los contratos, es un guante lanzado a todas las asesorías jurídicas comerciales, para mejorar sus textos y simplificarlos, pero también para reorientarlos y añadir con naturalidad **cláusulas específicas**, que exijan declaraciones concretas a las contrapartes; hasta conseguir entre todos, la ansiada seguridad y sostenibilidad. Y no porque lo exija una Directiva de Diligencia Debida, sino porque se busque acreditar la excelencia y la honestidad de códigos

éticos escritos desde la voluntad creativa empresarial de construir mercados éticos y trasladar sus principios a la práctica contractual de la empresa y a la exigencia de excelencia en toda la cadena de valor y producción, más allá de la denominación de esencial o no de dicha cláusula.

Los *sistemas de cumplimiento* deben trascender más allá de su origen de sistemas de gestión empresarial; deben proporcionar trazabilidad a la intención y voluntad expresa de la organización en sus políticas; deben llegar a ser expresión y evidencia de la buena fe, llevada al tráfico; la recompensa al esfuerzo (y al coste) de dotar a estos sistemas del enfoque adecuado para conseguirlo, puede ser convertirlos en la herramienta perfecta para cumplir con ese requerimiento legal, que dote al tráfico, de la requerida y necesaria seguridad entre todos, pero de paso, también, acreditar la buena fe de aquellos actores, que invierten recursos y voluntades, en hacerlo de la mejor manera posible: sostenible y con voluntad real de cumplir, más allá de los fines propios, y más allá de las exigencias regulatorias de su sector. Éste es el lugar hacia el que se dirige parte del Derecho positivo en Europa: **la revisión o incluso el desplazamiento** de los objetivos de las normas sustantivas y las obligaciones de los Estados; la **redefinición de las obligaciones en los contratos e incluso del riesgo**, ampliando sus elementos, hasta incluir en ellos la mitigación de los riesgos y la sostenibilidad; y acometer después, las consecuencias de su incumplimiento, hasta alcanzar incluso, algún día, la introducción de modelos no ya voluntarios sino obligatorios, como apunta la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 de fecha 23.2.22.

El modelo que se propone recoge los elementos esenciales de *cumplimiento* y se presenta como punto de partida para la construcción de aquellos que permita a los actores del tráfico dar respuestas a ese requerimiento legal de participación activa en el tráfico, que le aporte seguridad y sostenibilidad y de paso acredite (o no), la buena fe de la empresa, evidenciando la exacta ejecución de cada declaración de su voluntad. Un modelo que sirva al fin común y al propio y a cualquier tamaño de empresa; y de implantación voluntaria, al menos de momento.

Se propone el reto de convertir **cumplimiento** en un **referente evolucionado del concepto de buena fe en los negocios**, entendida ahora como un concepto más amplio que incluye la acreditación y la trazabilidad de esa intención honesta, esa buena fe, no solo en cada negocio individual sino ahora ya ampliada al conjunto del tráfico de la empresa y enfocada a la obtención de un fin común, que es mejorar la seguridad y la sostenibilidad del mercado global.

Ese es el núcleo del trabajo; dar respuesta a las cuestiones planteadas, proponiendo los elementos de *cumplimiento* y ofrecer un modelo que imite y haga

suyo el objetivo legal para dar cumplimiento a la exigencia legal expuesta en las normas y a la buena en su concreta ejecución.

Mi interés en la construcción de modelos se basa en dar respuesta al mandato de las normas cuyo objeto principal y declarado es **construir la seguridad del tráfico y la mitigación de sus riesgos**, más allá del objetivo concreto e individual del negocio con el que se participa en los mercados y más allá del contenido sustantivo de la norma. Además, se da respuesta a una exigencia propia y personal de construir un sistema con una mirada amplia y sin complejos a todo el perímetro de amenazas, apoyándose en las normas no sólo como textos que identifican obligaciones, sino como reflexiones profundas de un legislador que ha identificado riesgos y los expone; y desde ahí realizar un análisis que trascienda la obligatoriedad de la norma, que identifique y comprenda la razón de la misma y que permita así aplicar una mirada particular dentro de la empresa, para ofrecer una respuesta propia al riesgo que avisa el legislador, adaptando la respuesta, a su propio contexto y tamaño, desde dentro de cada empresa y como respuesta activa de la misma, en base al principio de proporcionalidad. Se trata de reflexionar y utilizar en la construcción del sistema, todas las reflexiones y focos de riesgo que el legislador ya ha identificado, para aplicar los que estén al alcance de cada uno; se exige por parte de estas normas, al actor en el tráfico, el ejercicio de una **autoevaluación de sus riesgos**.

Aunque muchas normas aplican únicamente a determinados sujetos obligados, ello no impide el análisis de su enfoque, motivación y articulado, para deducir generalidades útiles para todas las empresas, identificando al menos en las aquí expuestas, un hilo común y expreso, un enfoque decidido a mitigar la inseguridad del tráfico, procurando su sostenibilidad y que sean los actores del mercado quienes ejecuten la tarea que ya no solo compete a los Estados o a las autoridades competentes, *trasladando obligaciones a los participantes en el tráfico* más allá de su objeto negocial. Si el mandato de mitigación está tan claro, la respuesta, también ha de serla; y se pretende ofrecerla en estas páginas a través de la recopilación de los elementos de un modelo que dé como resultado esa autoevaluación y las medidas de mitigación para cada empresa. Además, de paso y se pretende evidenciar la buena fe de la empresa en su ejecución voluntaria del modelo; ello sería posible si se tratara de un modelo totalmente construido en base a la consecución de ese objetivo legal superior al propio tráfico y con el mismo enfoque, sumado a las propias de cada sector, de forma voluntaria: Cumplimiento normativo, no debe obedecer únicamente a un mandato de obligatoriedad de construir modelos, sino a la voluntad social de alinearse con el objetivo común de crear mercados seguros, y en definitiva, de hacer las cosas bien.

El sistema, debe ejecutar la **autoevaluación de riesgos, en base a principios y normas del ordenamiento**, evitando el riesgo (otro más, añadido y propio) de una excesiva estandarización. Debe ser un sistema *eficaz* y ello conlleva, que se ejecute a medida de cada empresa. Se busca la estructura de un

modelo básico del que partir, que responda a una sólida construcción jurídica. Ésta no puede ser otra, que la que se deduzca de las normas del ordenamiento, haciendo propios sus objetivos, convirtiéndose en la respuesta al mandato que estas normas han dirigido a los operadores del tráfico, en pro de recuperar o construir la seguridad jurídica.

Es un modelo de **construcción mixta**; con elementos básicos derivados de las normas (su enfoque de riesgos, mitigación, y sostenibilidad, principios y reglas), pero elaborados a medida para cada empresa, que es lo que, por otra parte, lo complica y enriquece a partes iguales. Se han analizado numerosas normas, y elegido de entre ellas los elementos que identifican riesgos que han de mitigarse en las empresas, así como los controles, cuando son sugeridos, exigidos o meramente indicados. Este trabajo es fruto también de la experiencia y la reflexión personal que trata de dar respuesta a la necesidad requerida por nuestras empresas de implantar modelos de prevención de riesgos, amparados en el ordenamiento jurídico español, con independencia de que para sistematizarlos se puedan utilizar además, estándares internacionales, o metodologías procedentes de diversas ramas del conocimiento, con el fin de que estos modelos tengan robustez y base jurídica y trasciendan las costumbres de cada empresa o el simple estándar y recopilación de lo que ya hacían. Se pretende *transformar* sistemas recopilatorios u organizativos, en sistemas con base legal capaces de acreditar y medir el comportamiento de las empresas en el tráfico, así como sus principios más esenciales y llegado el caso la buena fe de las personas que con su esfuerzo han integrado costosos y voluntarios *sistemas de cumplimiento* en sus estructuras.

En *cumplimiento* está todo por hacer; los modelos apenas han superado la fase de implantación y no han alcanzado todavía el grado de madurez para afirmar que son modelos consolidados y testados. Ahora tienen que avanzar. Las normas que exigen la sostenibilidad son el marco perfecto para seguir evolucionando hacia una nueva y definitiva forma de hacer que debe ser; la de siempre: con honestidad. *Cumplimiento* ha de liderarlo, con la incorporación a sus modelos del análisis de las más modernas normativas como las de ciberseguridad, entre otras disciplinas en constante evolución.



## *Metodología, alcance y organización*

La normativa española referida a cumplimiento proviene en gran parte de sectores regulados, por lo que se utilizan los métodos cronológico y analítico para seleccionar las principales y más evolucionadas normas, con el objetivo de identificar su *enfoque de riesgos, principios y elementos esenciales* para aplicarlos al modelo básico para los *sistemas de cumplimiento* que, convertidos en normas obligatorias interna de las organizaciones (eso sí por su voluntaria decisión), puedan ser implantados en empresas de cualquier tamaño y sector, con independencia de la utilización de un estándar internacional como elemento organizativo de su estructura. En determinadas ocasiones, y en aras de una exposición más clara, o para no romper el hilo de la argumentación, el método cronológico se descarta, dando prioridad al analítico. El desarrollo de estas páginas ha sido realizado mediante aplicación también de un proceso deductivo más que inductivo, porque las normas analizadas son las que identifican riesgos, pero no siempre detallan los controles para su mitigación, haciendo preciso un proceso deductivo para la presentación de los controles que se proponen. Algunos proceden de interesantes obras que se relacionan e indexan y otros son fruto de la propia recopilación de experiencias profesionales, añadidos para completar un ejemplo amplio y variado que pueda servir como referencia general para empresas de cualquier sector y tamaño.

Se ha ejecutado un análisis sistemático de normas por materias y especialidades. Si bien no existe en España un cuerpo legal que ordene los elementos de un *sistema de cumplimiento* (más allá de su mención en el Código Penal o de los estándares UNE o ISO o al menos no, hasta la reciente aprobación de la Directiva de Diligencia Debida, el pasado 24 de abril), tampoco se puede decir que no exista normativa al respecto; al contrario, ésta es abundante y no siempre de aplicación únicamente a sectores regulados. Por otra parte, los *modelos de cumplimiento*, ya se implantan en toda clase de empresas, sin limitarse a la esfera penal o a una única tipología de riesgo. En mi experiencia, las empresas buscan un modelo completo. Con el método sistemático se identifica la aportación de cada norma a la construcción del modelo de *cumplimiento* cuya existencia y correcta ejecución, pueda considerarse útil para la mitigación de los riesgos propios, y también para cumplir con ese mandato legal de mitigación de riesgos comunes.

Se ha utilizado un enfoque cualitativo identificando a partir de la experiencia propia profesional, cómo las empresas dan cumplimiento a las normas y cómo organizan sus *áreas de cumplimiento* las motivaciones de su organización y los éxitos, pero también los fallos detectados. Las deducciones e interpretaciones se basan en experiencias de procesos de implantación de sistemas de prevención de riesgos (*cumplimiento*) que, bajo el amparo o excusa penal, requieren respuesta completa a toda clase de riesgos. Se utiliza también el método histórico con el fin de localizar en los antecedentes normativos, las motivaciones de las primeras implantaciones de sistemas y origen de la incorporación de este tipo de enfoque y su evolución, para poder entenderlo y aplicarlo de la mejor manera posible. Por su parte, el método comparativo permite exponer experiencias anglosajonas, más maduras en la materia, que ofrecen recomendaciones y ejemplos, pero no siempre son adaptables a nuestra cultura.

Se ha consultado la bibliografía especializada que se indica en este trabajo y sobre todo recursos electrónicos procedentes de autoridades competentes y organizaciones internacionales, fuentes a las que he acudido a lo largo de los últimos años de ejercicio profesional para forjar los conocimientos adquiridos también en, congresos y ponencias, que se referencian. Se han revisado sentencias, para analizar la evolución de determinados conceptos (ignorando expresamente, aquella que se refiere a la responsabilidad penal de la persona jurídica, por exceder los objetivos e intereses de este trabajo). Por último, se añade la experiencia propia en casos concretos, cuyos controles se anonimizan y someten al más estricto secreto.

El resultado, combina métodos e instrumentos que permiten la redacción de estas reflexiones y propuesta de modelo, fruto, también de la experiencia de implantación o participación en modelos de empresas grandes, medianas y pequeñas.

El trabajo en definitiva, es fruto de una vocación personal que ha acompañado mi ejercicio profesional y mi propia forma de ejercer el Derecho, buscando siempre conocer la motivación de las normas y de las acciones personales y contractuales; la transacción amistosa antes que la confrontación, la excelencia y el trabajo bien hecho, con carácter previo, que evite el litigio posterior, antes que el lucimiento en estrados, y ejercer lo que he llamado siempre «*abogacía preventiva*», concepto cuyo origen es tan personal que sería incapaz de referenciar a estos efectos, sin saber si lo inventé para dar un paso atrás y gestionar el trabajo desde su mejor ejecución o alguien lo utilizó para describir mis métodos y que claramente adopté.

En resumen, *cumplimiento* es un *modo de hacer*, una decisión personal y empresarial que se parece en mi opinión a la ejecución de una *auditoría legal preventiva y continua*, aunque no esté contemplado como tal en la actual legislación. Se hace constar por último que en este trabajo no se ha utilizado en

absoluto inteligencia artificial (IA), tipo *ChatBots*, cuya herramienta más popular es *chatGPT*.

El alcance de esta investigación es ofrecer un modelo, una propuesta para la construcción de un *modelo de cumplimiento* que sirva de base para sistemas voluntarios, basado en el mismo enfoque que las normas del ordenamiento, cuyo objetivo es la seguridad del tráfico y la sostenibilidad, que sirva como referencia a cualquier empresa y sector para elaborar su sistema. A partir de ahí completar el resto de elementos del sistema que le permiten mitigar los riesgos propios y además acreditarlo. Este pretende ser un modelo que no se limite a un tipo de riesgos ni a los que son propios. Se enfoca en la identificación y mitigación de riesgos y la sostenibilidad común, y que sirva para acreditar una participación activa en esa búsqueda de la garantía de la seguridad del tráfico y la sostenibilidad; con tan amplio y común objetivo, más allá de sus propios objetivos económicos, adoptado por vocación y de forma voluntaria, puede acreditar la buena fe de quien lo adopta, invirtiendo y generando costes para alcanzar un fin superior a sus fines. El alcance, no se refiere a ningún sector; se focaliza en identificar las normas que explicitan el mandato de colaborar en la seguridad jurídica. Estas son al menos, las normas con enfoque a riesgos y su mitigación que se indican y las de sostenibilidad; y dentro de ellas, identificar principios y elementos que sirven a un modelo que dé respuesta exacta al citado requerimiento; y que no es otro que el *modelo de cumplimiento* que imita el enfoque para alcanzar el objetivo. Se reflexiona respecto de su evolución y cómo pasan de reconocer riesgos, en un primer momento, a enfocarse en una clase de ellos, siempre reclamando su mitigación y declarando cada vez más la responsabilidad compartida de los operadores del tráfico, de una tarea que antes procuraban los poderes públicos; el ejercicio se utiliza para construir un modelo que imite ese enfoque y objetivos, para dar respuesta y garantizar y mantener nuestros derechos y libertades, nuestra forma de vivir. Este modelo tiene más de un objetivo (seguridad común y propia, y acreditación de buena fe) y por supuesto, más de una matriz de riesgos.

No se pretende ni listar las normas de ningún sector, ni reproducir o resumir su contenido, ni mucho menos reinventar las normas rectoras de algún tipo de contrato; ni tan siquiera extender los sujetos obligados de ninguna norma; todo ello excedería y desenfocaría el objetivo. Queda también fuera y al margen de este estudio profundizar en los desarrollos normativos de los requisitos técnicos que la gestión de riesgos cada vez requiere en mayor medida, por importantes o interesantes que éstos puedan ser. De hecho, lo son; se excluyen así las normas y requerimientos de capital, liquidez, apalancamiento, provisiones, supervisión, *Regulatory Technical Standards* (RTS) de la EBA<sup>1</sup> o los reglamentos delegados con específicos límites sectoriales de descarbonización; por intere-

1. La Autoridad Bancaria Europea;(EBA por sus siglas en inglés). Su función es construir un único marco regulador y supervisor para el sector bancario de la UE Creada por el Reglamento UE n.º 1093/2010/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de

santes que resulten, su inclusión desenfocaría y también desbordaría el objeto de este trabajo<sup>2</sup>. También se excluye el desarrollo de normas internas de la Organización, quedando solo apuntadas, como meras listas temáticas de controles que habrá que realiza en cada caso individualmente considerado.

Aquí interesa la evolución de la aproximación al riesgo que amenaza la seguridad jurídica de los mercados y la sostenibilidad, cuya mitigación comienza a ser primero mencionada, y posteriormente exigida en principio en normas de determinados sectores pero que poco a poco alcanza a normas cuyo sujeto obligado somos todos. Para abordar este alcance, este trabajo se desarrolla en cinco capítulos.

En el capítulo I, se resume el origen del concepto y se propone una visión evolucionada del mismo, alejada de meras terminologías o corsés limitativos en función del origen, redefiniendo cuál podría ser el contenido actual del concepto y en consecuencia qué se puede llegar a esperar de él.

En los capítulos II, III y IV, se identifican los pilares jurídicos del modelo propuesto, extraídos de una selección de normas que no tienen en común ni un sector ni un sujeto obligado sino un mandato al operador en el tráfico y un enfoque al riesgo y su mitigación, así como a la sostenibilidad; se reflexiona respecto a los contratos, máxima expresión de la voluntad de la sociedad y su capacidad de contribuir al objetivo de seguridad y la sostenibilidad, y el alcance y peso que este clausulado añadido puede llegar a tener; juntos, normas y contratos, son la base del modelo propuesto llamado conseguir tanto reforzar la seguridad jurídica como las evidencias del grado de buena fe (o no), de las decisiones contractuales de la empresa. El capítulo III incluye un punto de inflexión, en el que el modelo puede pasar a ser obligatorio, si se desarrolla la Directiva de Diligencia Debida recientemente aprobada y continúa con una reflexión (ya en el capítulo IV) respecto a la evolución y enfoque de la actitud del regulador que ha evolucionado de un mero criterio sancionador, al que no se renuncia, y que incluso se potencia, pero al que se añade una postura colaboradora que tiende la mano al administrado para conseguir juntos ese fin común, que no es otro que la normalización de las conductas cumplidoras en los mercados y la erradicación de todo operador de mala fe.

---

2010 por el que se crea una Autoridad Bancaria Europea de Supervisión (ABE). Forma parte del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), que está compuesto por tres autoridades de supervisión: la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), la Autoridad Bancaria Europea (EBA) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA). El sistema abarca a la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), así como al Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión y las autoridades nacionales de supervisión.

2. La mayor parte de las entidades, en materia de riesgo de crédito, de mercado y operacional, utilizan el enfoque estándar de *riesgo de crédito* (estándar *approach for credit risk* o SA-CR) pero este trabajo no alcanza a este tipo de análisis ni profundiza en ningún riesgo, sólo los identifica para su necesaria mitigación.

En el capítulo V, se propone ya una arquitectura completa, aplicada y práctica, de un sistema de *cumplimiento*, que incluya el modelo propuesto, con un enfoque específico de riesgo y sostenibilidad, asumiendo la contribución de las guías y de los estándares internacionales de común aceptación como sistema organizativo de sustento para la acreditación del modelo propuesto a través de herramientas, éstas sí, estandarizadas y basadas en la tecnología que proporciona la tan necesitada trazabilidad de las decisiones y con ejemplos prácticos de políticas y controles (eso sí), abstraídos de datos de empresas de clase alguna en las que se haya podido implantar. Además, se señala cómo la tecnología ya ofrece sistemas muy capaces y la inteligencia artificial tiene sin duda su espacio en las áreas de *cumplimiento*, donde pueden desplegar todo su potencial y demostrar qué son capaces de hacer.

En el capítulo VI, se concluye con reflexiones a propósito de la consecución del objetivo y respuesta a las preguntas planteadas de inicio y en el último capítulo se proponen ideas para nuevas investigaciones. Además se invita a la comunidad científica a redefinir *cumplimiento*, impulsarlo estudios, desarrollando guías y recomendaciones que ofrezcan a las empresas las bases para abordar la construcción de sus modelos voluntarios de la forma completa con el fin de seguir construyendo juntos en la dirección de ofrecer la máxima garantía de la seguridad jurídica, proponiendo y mejorando controles, desde la especialización y las mejores prácticas, para conseguir el objetivo añadido de acreditar también la buena fe de las empresas, no ya en sus contratos a título individual, sino en sus tráficos de modo general y obtener la trazabilidad de la misma a través de sus más completos y actualizados modelos, puestos a disposición de la ley, la libertad y la seguridad jurídica. Por último, se propone el paso del modelo a obligatorio, de la mano de la Directiva de Diligencia Debida.



## Parte I

# Directrices y normas con enfoque al riesgo y a la sostenibilidad. Mitigación del riesgo y reversión de su impacto



## De la buena fe individual de los contratos a los programas de cumplimiento y los mercados globales

SUMARIO: 1.1. LA BUENA FE. 1.2. ESTADOS UNIDOS Y LOS *CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS*. 1.3. EUROPA. DE LAS RECOMENDACIONES A LAS NORMAS EN LA UE. EL MODELO ITALIANO Y ESPAÑA. 1.4. CUMPLIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO ACTUAL. 1.4.1. *De la buena fe al control interno y a cumplimiento*. 1.4.2. *El ordenamiento, primera fuente de identificación de riesgos y controles*. 1.4.3. *Sistemas de cumplimiento. De sistemas organizativos a la acreditación de la voluntad de identificar riesgos y mitigarlos por el bien y la sostenibilidad comunes*.

### 1.1. LA BUENA FE

Se reflexiona a propósito de la evolución del ordenamiento jurídico y la dirección en que lo hace, en plena globalización de los mercados y de las transacciones a las que sirve y da cobertura legal y que obliga a buscar el entendimiento entre culturas jurídicas muy diversas y a desarrollar nuevas formas de mantener, mejorar y garantizar la **seguridad del tráfico**. Hemos tenido que evolucionar, desde la buena fe de los contratos *inter partes* individualmente considerados, a la necesidad de extender y maximizar esa buena fe y además poder, no sólo acreditarla sino trazar su camino, con el fin de eludir la corrupción generalizada o identificar dónde se produce y permitir que los mercados sigan contando con la seguridad que esa buena fe aporta a las transacciones individuales, pero también, al conjunto del mercado. Esto, y no otra cosa, es a mi entender ***cumplimiento***: la disciplina que construye sistemas ordenados, completos y eficaces, que permiten acreditar y medir de una parte el grado de aproximación al riesgo y su mitigación y de otra a la sostenibilidad de las empresas, acreditando la medida de esa contribución a la seguridad de los mercados y a su sostenibilidad y aportando información del grado en que lo hacen. *Cumplimiento* reflexiona sobre los sistemas más adecuados para cada empresa, que permitan dar traza-

bilidad a las decisiones empresariales desde la toma de éstas, hasta su ejecución; que tengan capacidad de identificar si se ha perdido y dónde, esa buena fe y actuar en consecuencia. *Cumplimiento* se encarga de la construcción y seguimiento de sistemas que parten de atender el mandato legal individual pero que van o pueden ir, mucho más allá, acreditando y midiendo de forma continua ese *grado de cumplimiento* y la fe buena o mala, de las acciones empresariales, proponiendo mejoras constantes y acreditando cómo y cuán activamente participa una empresa concreta que cuenta con un sistema de este tipo, en la construcción activa de la seguridad y la sostenibilidad comunes.

Con independencia de la llegada a España de la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas, *cumplimiento* hoy, supone la expresión de la evolución del ordenamiento, el camino de encuentro, el nuevo puente, entre las disciplinas clásicas de la teoría general de los contratos y las complejas y cambiantes leyes especiales, en un ordenamiento que necesita más que nunca del apoyo de sus juristas para alcanzar sus objetivos en un mundo cada vez más complejo, sofisticado, veloz y digital.

Desde siempre, el ordenamiento jurídico ha tenido la función y también la vocación de servir a la sociedad en la que se desarrolla; ya desde los romanos el *honeste vivere*<sup>1</sup> y la *exigencia de la buena fe* contractual<sup>2</sup>, son la base desde la que el ordenamiento y el mercado dan respuesta y seguridad jurídica a las nuevas y cada día más sofisticadas y complejas relaciones y contratos, y a cada vez más diversas formas de operar; avanzando en la misma línea, esta vez *intra muros* de la sociedad, se construye la idea del deber de *lealtad societaria*. *Todavía se cuestiona, si este singular deber societario reproduce con otros términos la regla general de buena fe*<sup>3</sup> (CARRASCO PERERA A., 2016). Los *sistemas de cumplimiento* son en mi opinión, la máxima y última expresión de la puesta en práctica de la teoría general de las obligaciones y de los contratos en las empresas; antes en los contratos, luego en sus empresas y ahora en sus negocios en los mercados globales, desde cada uno de sus procesos.

*Cumplimiento* representa la apuesta proactiva, el paso adelante. Es el *camino de vuelta* a la buena fe en las relaciones contractuales expresadas en los contratos desde un lugar más global, muy acorde a los nuevos tiempos y apoyada

1. ULPIANO, *Digesto* Libro I, Título 1, 10 pr.
2. CÓDIGO CIVIL (CC), art. 7.
3. CARRASCO PERERA, A. en *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, (2016) Cizur Menor (Navarra). Editorial Aranzadi SA. Se menciona en el Cap. 17 (pág. 628); más adelante, (pág. 631) indica que el *deber de lealtad se obtendría mediante una generalización de la cláusula de interés social tal como se expresa en el régimen impugnatorio del art. 204 LSC*; la idea es que el deber de lealtad sería *el deber de cada socio de no procurarle la obtención de ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad o de los otros socios* que es la misma idea que pretendo trasladar respecto a la capacidad y función que puede otorgarse a los modelos de cumplimiento que persiguen defender el bien común y la seguridad jurídica del mercado, más allá del propio, interés empresarial, pero esta vez, *extra muros* de la propia sociedad.

tanto en las viejas como en las nuevas disciplinas como la informática, o la **ciberseguridad**, o incluso en la *blockchain*, llamada a garantizar las transacciones y la trazabilidad de las decisiones y operaciones y a garantizar su seguridad y no vulnerabilidad en la normal ejecución de los contratos y procesos operativos, construidos en legal forma y protegidos, en un único vehículo común, capaz de demostrar la intención de esas obligaciones, contratos y procesos; buena fe voluntaria que ha de llevar a recuperar y mantener la seguridad jurídica que precisan los mercados para su existencia, y que enfrenta el reto de la inteligencia artificial y la necesidad de parametrizarla para que sea correcta y honestamente utilizada.

El contenido que abarca *cumplimiento* es mucho más amplio que el de esa (última) responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos que, sin embargo, es la que ha operado como *caballo de Troya* y lo ha introducido en nuestra realidad diaria. Si bien éste ha sido el **punto de partida** que ha permitido o provocado la generalización de los sistemas de *cumplimiento* en las empresas españolas o al menos, el más conocido, no es ni mucho menos el final del camino, sino el comienzo de una disciplina que en realidad, parte de la identificación y comprensión del entorno regulatorio por parte de cada empresa, y alcanza a su individual y propio **análisis del impacto** que el mismo supone en los procesos de cada organización; incluye amplias y diversas disciplinas del Derecho, desde las más clásicas, como el derecho civil y los contratos, a las más elaboradas y recientes normas específicas de aplicación exclusiva para sectores regulados como el bancario o el farmacéutico y otras, las más recientes, como la prevención de blanqueo de capitales, cuyo sujeto obligado lo está, en función directa del riesgo de exposición a una conducta concreta o la protección de datos, la ciberseguridad o la sostenibilidad, donde *cumplimiento* despliega un amplio desarrollo y tal vez, un nuevo marco legal de referencia obligatorio y amparado en el principio de legalidad.

Comprendiendo la magnitud de la tarea y el hecho de que en el centro de todo, una vez más, se encuentra la **conducta humana**, pronto han surgido escuelas que van más allá<sup>4</sup> del análisis de los riesgos en la empresa o del régimen sancionador y que contemplan *cumplimiento*, traspasando la frontera del marco legal y lo analizan desde el centro mismo de las decisiones contractuales: la persona, la decisión y la formación de la voluntad, incorporando la psicología **como** disciplina de *cumplimiento*; éste es otro punto de encuentro con este trabajo pues en efecto, es la persona física, su comportamiento, sus ideas y su voluntad de cumplir (o no), lo que marca la diferencia en cada acción humana, negocio jurídico o transacción, como ya decían los romanos, ese *homeste vivere*, desde los más remotos inicios de nuestro ordenamiento hasta los más sofisti-

---

4. Me refiero a los estudios que desarrolla el *Centre for interdisciplinary Compliance-Research* (CICR). Universidad de Viadrina, Frankfurt, Alemania vid. <https://www.europa-uni.de/en/forschung/institut/compliance/index.html>

cados programas de inteligencia artificial predictivos de la conducta. Estos puntos de vista son otra expresión eso sí, sofisticada expresión, de lo mismo de siempre: la buena fe, que debe ser y seguir siendo el eje central de un sistema de *cumplimiento* o al menos, del aquí propuesto. La buena fe ahora identificada, concretada en cada proceso y trazada, para atraerla de nuevo a los mercados, aportarles seguridad jurídica y llegado el caso también, *in fine*, convertirse en la eximente de una posible última responsabilidad, la penal de la persona jurídica, como último estadio y consecuencia casi lógica de un proceso mucho más largo. Y es que la **globalización** de los negocios ha atraído corrupción en unos niveles tan altos, que es cada vez más evidente y necesario evitarla y expulsarla de nuestros mercados si queremos sobrevivir; esta necesidad ha pasado de ser una declaración de buenas intenciones (*Recomendación* de la OCDE o convención sujeta a ratificación)<sup>5</sup> a una auténtica necesidad, si deseamos insistir, conservar nuestra forma de vivir.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de ser una consecuencia ineludible de los movimientos internacionales, abre la puerta al desarrollo de estos *sistemas de cumplimiento*, iniciados como meros conjuntos recopilatorios de normas o de procesos, para convertirse en sistemas más sofisticados con más objetivos y que acrediten que la empresa hace realmente lo posible en la evitación de los riesgos, no solo penales, ofreciéndosele «*a cambio*» una forma de eludir la responsabilidad llegado el caso; esta situación de hecho evoluciona, ofreciendo al ordenamiento jurídico la oportunidad de tomar las riendas de estos sistemas y trazar otro puente, el camino de vuelta a la teoría general de los contratos, su análisis más exhaustivo y su *eficaz*<sup>6</sup> puesta en práctica, haciendo que los contratos bien redactados desde la buena fe y la honestidad empresarial, puedan lucir como lo que siempre han sido, la mejor herramienta al servicio de la empresa y no un mundo teórico alejado de las prácticas empresariales o peor aún, dejando a los modelos huérfanos de revisión legal, como meros sistemas organizados generadores de una burocracia más. La responsabilidad penal de la persona jurídica no es por tanto un punto de partida,

5. *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*. Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de nov. de 1997. [OECD/LEGAL/0293] (en lo sucesivo, «Convención Anticohecho de la OCDE»); y disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293> En el mismo sentido la OCDE en su publicación «*La integridad pública desde una perspectiva conductual*», analiza cómo una elección humana, está en el núcleo de la integridad. Investigaciones sobre el comportamiento, han revelado dos determinantes de la integridad: la dinámica interna de cómo los individuos toman decisiones morales y cómo estas decisiones son a su vez influenciadas y moldeadas por otras personas. Este informe presenta como una perspectiva conductual podría contribuir a que las políticas de integridad y anticorrupción sean más eficaces y eficientes. Disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>
6. Código Penal (CP) Art. 31 bis y Circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, (reforma del Código Penal, tras Ley Orgánica 1/2015).

sino la expresión final, la del riesgo penal, de un modelo mucho más amplio que se inicia en la buena fe, el conocimiento del marco legal y su puesta en práctica; la responsabilidad penal de la persona jurídica nos sirve en bandeja eso sí, la oportunidad de dar una mirada atrás, de vuelta a los contratos, obligándonos a asegurarnos de su correcta redacción y *efectivo* cumplimiento.

Debemos tal vez dar las gracias al derecho penal, por obligarnos a mirar de nuevo hacia las obligaciones y los contratos, al mercado y a sentar las bases de una nueva forma de operar, desde la buena fe, avanzando en un camino sin retorno a mercados más seguros, libres y sostenibles. Es en *cumplimiento* donde las normas con enfoque a riesgo y sostenibilidad, conscientes del complejo escenario global, se encuentran con los operadores del tráfico y juntos, demuestran su capacidad de mitigación de riesgos; es aquí donde el regulador, apoya a las empresas de forma definitiva y éstas generan, procesos y contratos correctamente redactados, suscritos, documentados; revisados y cumplidos, y es aquí donde juntos navegan en las procelosas aguas de los mercados globales, acompañados por la proporcionalidad, en la búsqueda del común objetivo, la seguridad jurídica, básica y elemental clave de supervivencia para los tiempos que corren.

La **seguridad jurídica** es el eje de la economía y la necesidad de protegerla, es en mi opinión la más importante justificación y necesidad de desarrollar *cumplimiento*, como la evolución del antiguo buen *páter familias*, como pilar de la protección de la confianza del tráfico jurídico en nos negocios individuales. Con un nuevo y más evolucionado concepto de *cumplimiento*, podremos contar con sistemas ordenados que proporcionen y acrediten la existencia demostrable de una voluntaria y real protección del tráfico y que permitan ya no solo mantener, sino acreditar la voluntad de cumplir de cada organización y por tanto, la prueba de ser merecedora de actuar en el tráfico y permanecer en él.

Los conceptos de *buena y mala fe*, forman parte de los antecedentes civiles de nuestra sociedad desde siempre, con clara voluntad de distinguir con su atribución a los cumplidores, traducida ahora en una sociedad más sofisticada, en completos sistemas de *cumplimiento*, capaces de acreditar la buena y también la mala fe, al permitir encontrar dónde ha fallado el sistema o quién ha corrompido o forzado un proceso; sistemas de *cumplimiento* integrales, pese a su llegada tardía, directa y limitada a nuestros sistemas legales de la mano del derecho penal.

*Cumplimiento* es también, la disciplina que permite a las empresas conectar con el futuro inmediato, la ciberseguridad que debe ser incorporada a sus análisis de impacto y traducir las relaciones jurídico-contractuales a un nuevo entorno de *ciber empresas*, protegidas. *Cumplimiento, seguridad y trazabilidad*, son conceptos que guían gran número de directivas europeas. Ciberseguridad ofrece a *Cumplimiento* herramientas para el desarrollo de uno de sus más importantes elementos: la trazabilidad. Cumplimiento no es *sólo* penal, sino *también*. Cum-

plimiento es buena fe, es contratos y su cumplimiento, es identificación y medición del riesgo de incumplimiento, imputable al que lo genera; es causalidad en las acciones y sus efectos; es trazabilidad, es empresa, mercado y es seguridad jurídica.

El hilo conductor de la evolución normativa seleccionada en este trabajo es la protección de la seguridad jurídica, evolucionada ahora en el concepto de **mitigación del riesgo común**, más allá del propio. Esto se hace evidente en todas las directivas de reciente aparición y se hace más evidente en los sectores regulados o en los paquetes normativos de nueva aparición, nueva, respecto a los clásicos, como son la prevención del blanqueo de capitales o la protección de datos, que se erigen ahora poco a poco, como nuevos desarrollos legales, basados en el *enfoque al riesgo*. Es este hilo conductor, de protección de la seguridad jurídica y de la buena fe, que une directamente a las organizaciones con sus *sistemas de cumplimiento*.

El cumplimiento de las normas no es nuevo; solo lo es la necesidad de acreditarlo a nivel global. Representa la moderna forma de entender los *elementos esenciales de cada contrato*, un salto cualitativo y cuantitativo desde el negocio y el contrato individual, a los sistemas de prevención de riesgos, como última expresión de la constante búsqueda de esa seguridad jurídica en los negocios y como evolución que puede llegar a aportar, la ansiada acreditación y la trazabilidad de la existencia de esos elementos esenciales, ya no de los contratos, que por supuesto, sino de los objetivos y sistemas de gestión del negocio; del empresario individual, a la organización, de los mercados, al mercado global; de la buena fe, a la trazabilidad de las decisiones de los órganos de administración; la fusión, por fin, del sistema jurídico, con el mundo digital, la ciberseguridad y la inteligencia artificial (IA). *Cumplimiento* es, la herramienta última que permite acreditar a través de la construcción de sistemas la existencia (o no) de esa buena fe empresarial, tan necesaria para mantener la seguridad jurídica y la continuidad de los mercados.

## 1.2. ESTADOS UNIDOS Y LOS *CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS*

Como ya avanzaba, el término «*cumplimiento*» empieza a generalizarse en las empresas españolas a través de la introducción de la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas y de los *modelos de organización, gestión y supervisión del cumplimiento de los modelos*<sup>7</sup>. Pero antes de eso, ya era utilizado en empresas multinacionales o pertenecientes a sectores regulados, asociado no sólo a riesgos penales, sino a la necesidad de cubrir y asegurar el cumplimiento de muchas y diversas obligaciones legales y también a un movimiento internacional que se

---

7. Código Penal (CP), art. 31 bis, introducido por la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, por la que se modifica la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

ha impuesto, con el objetivo de acotar desde diversas jurisdicciones, los altos niveles de corrupción asociados a la globalización de los mercados; este camino se inicia en los Estados Unidos hacia 1890<sup>8</sup> y culmina con la ya asentada implantación de sistemas de prevención de riesgos (no solo penales), que permitan acreditar la voluntad y el efectivo cumplimiento del conjunto normativo de aplicación en las empresas. Este proceso fue el comienzo de lo que se dio en llamar entonces «*cumplimiento*», y que ha dado lugar a una nueva forma de acometer las obligaciones legales en las empresas, e incluso al nacimiento de una nueva profesión *compliance officer*, o *responsable de cumplimiento*, que bebe tanto del conocimiento de las normas del sistema legal como de la empresa y sus procesos y que merece su espacio específico en las aulas para ser identificado por los jóvenes juristas, formados para ser específicamente los profesionales que se dediquen a ello, desde el derecho, aunque el puesto admita ciertamente otros perfiles en función del sector y siempre que cuente con un equipo legal a mano.

La masificación de las transacciones y la evidente necesidad de asegurar e incluso acreditar el cumplimiento de los diversos marcos regulatorios de aplicación en una misma empresa, en función de sus mercados, no es un proceso o forma de operar que haya sucedido de un día para otro; el origen cercano del concepto de *cumplimiento*, nos sitúa en el Siglo XVIII; el mundo se globalizaba y los antes muy diferentes y diferenciados sistemas legales, llegan a ambos lados del océano y se mezclan, como una consecuencia natural una vez más, de la necesidad de cubrir las exigencias de los mercados ahora ya, marcada y decididamente globales. No fue un proceso inmediato; venía fraguándose a lo largo de la evolución de las transacciones comerciales del siglo XVIII, cuando nacieron en los Estados Unidos, proyectos empresariales que cruzaron territorios en los que aún no existía un entramado legal sólido, por su juventud, entre otros motivos, y de la mano de personas de muy diverso origen nacional y por tanto con muy diferentes comportamientos contractuales y esquemas jurídicos en su forma de entender los negocios; diverso origen, forma de hacer y ambiciones a veces desmedidas; hablamos de un entorno empresarial que goza por una parte, del maravilloso empuje de una nación nueva pero por otra, de las carencias normativas propias de su juventud nacional y la ignorancia legal de sus impulsores, muchos, hay que decir, de escasa cultura general y mísera condición social; los hechos allí acaecidos, por aquellos que construyeron imperios con valores inexistentes o muy diversos sí los había, daban lugar a casos cada vez más sonoros de una corrupción cada vez mayor que deviene intolerable; tanto, que obligó a tomar medidas para proteger al mercado de empresas corruptas, operando con una escasa estructura normativa estatal y federal, que impidiera su proliferación; es así como llega en 1890 a la *Sherman Antitrust*. Esta norma, antimonopolio y casos como el conocido como *New York Central & Hudson River*, en el que la Corte Suprema en 1909 se pronunció a propósito de la responsabilidad de una empresa como consecuencia de un delito cometido por un empleado,

---

8. En 1890 entró en vigor la *Sherman Antitrust Act* (July 2, 1890).

configuran el origen del *compliance* o *cumplimiento* como lo conocemos hoy, en su origen sancionador. Mas tarde, de nuevo la realidad supera la previsión legal, con el *Caso Watergate*, más conocido en nuestro entorno por sus implicaciones políticas, pero que obligó a que la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos<sup>9</sup> investigara, para descubrir ingentes casos de corrupción que llevaron a la publicación de la ***Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*** por el Departamento de Justicia de Estados Unidos<sup>10</sup>, que fue el que utilizó la expresión «***corporate compliance program***», antecedente directo ya de los sistemas de evitación de la responsabilidad penal de la persona jurídica que han dado entrada al concepto *cumplimiento* en España, por una deriva en su traducción y a través de la prevención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. A partir de ahí, se empieza a normalizar en Estados Unidos primero y en el resto de países después, la existencia en las empresas de departamentos no ya de auditoría y control, sino específicamente denominados de *cumplimiento* o *compliance*, con la dedicación exclusiva de implantar **sistemas de control interno** en las empresas; estos sistemas tienen entre sus obligaciones ese control de riesgos penales, pero no sólo, sino también, pues lo habitual es que su marco de actuación sea mucho más amplio y abarque la identificación de todas las obligaciones normativas de la empresa en su sector; lo que nació en Estados Unidos, con origen en la prevención de la corrupción y en evitar falsedades de la contabilidad, se convirtió en complejos sistemas de control legal que contemplan con naturalidad, diversos escenarios jurídicos, y la normalización de su cumplimiento y lo que es mejor, del control de su cumplimiento dentro de las empresas, desgajado e independiente ya, de la tarea diaria de la asesoría jurídica, dedicada a sus tareas habituales, contractuales, comerciales, contenciosas o de negocio. *Cumplimiento* se ha convertido en un recurso que sin duda precisa de que cualquier persona que trabaje en esta materia debe poder contar con los esfuerzos, soporte y ayuda del mundo académico, que ponga su riqueza de ideas a trabajar en soporte a estos jurídicos que por fin, ven sus sueños cumplidos, con la posibilidad de construir departamentos de *compliance* robustos e independientes, que ejerzan esa especie de ***asesoría jurídica preventiva o auditoría legal***, que garantice un poco más, la seguridad jurídica del procesos que impactan en el mercado global. A estos efectos, se impone, entre otros recursos, conocer la contribución de la *Guía de recursos* emitida por el DOJ y la SEC que indica los elementos básicos de un sistema de prevención (aunque penal) de contenido muy similar al contenido de la Circular de la Fiscalía 1/2016 y que podrían ser la punta de lanza de todo un sistema de prevención legal *ex ante*, que bebiera de las fuentes jurídicas apropiadas, que no son otras que las de la investigación jurídica, puesta al servicio de la empresa y su tráfico, como por otra parte, siempre ha sido, pero esta vez, con la mirada puesta en el cumplimiento, la prevención, y su acreditación como camino de seguridad jurídica y con ella, de supervivencia para nuestros mercados y *modus vivendi*.

---

9. *The U.S. Securities and Exchange Commission (SEC).*

10. *United States Department of Justice (DOJ).*

A nuestros efectos, y por lo anterior, situaré el punto de partida y el origen cercano del concepto en la **Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)**<sup>11</sup> por el *United States Department of Justice* (DOJ), norma que data de 1977 y es consecuencia directa del descubrimiento de sobornos generalizados a funcionarios extranjeros, cometidos por empresas<sup>12</sup>. Esta norma, consta de dos partes diferenciadas, una dedicada a normas anticorrupción y otra a normas de registros contables y control interno; las primeras, para *US Person* y la segunda para emisores de valores. Su objetivo según la *Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*<sup>13</sup> (FCPA), era detener esas prácticas y crear condiciones de igualdad de condiciones para las empresas honestas y restaurar la confianza pública en la integridad del mercado<sup>14</sup>. La Guía, pretende facilitar a las empresas y al público en general información a propósito de los requerimientos de la Ley e informar sobre su aplicación, aportando ejemplos y casos. La FCPA tuvo más importancia aún a partir de 1988, con la publicación de la **Ley Sarbanes-Osley**, época en la que también se negoció con la OCDE, un tratado que prohibiera los sobornos entre socios comerciales, negociaciones que culminaron en la **Convención Anti cohecho**. Si la lucha contra la corrupción y el fraude contable, fueron el principio, los *sistemas de cumplimiento* no habían hecho más que llegar.

### 1.3. EUROPA. DE LAS RECOMENDACIONES A LAS NORMAS EN LA UE. EL MODELO ITALIANO Y ESPAÑA

Mientras lo relatado sucede al otro lado del océano, Europa en plena construcción, bebe de las fuentes de las *Recomendaciones* de la OCDE, y de *Convenios que* voluntariamente suscriben (o no) los países, en una fase muy temprana de armonización, muy alejada de nuestro universo actual de directivas

11. La *Foreign Corrupt Practices Act*, FCPA, en español Ley de Prácticas Corruptas en el extranjero de los Estados Unidos, firmada por el presidente Carter en fecha 19 de diciembre de 1977.
12. En este punto, hay que parar y hacer una mención al magnífico trabajo de VILLEGAS GARCÍA, J. quien en su obra *«La responsabilidad Criminal de las personas jurídicas. La experiencia en Estados Unidos»*, enfoca los conceptos de *«Corporated and unincorporated entities»* (palabras inglesas en cursiva siempre), en un análisis que resulta muy aclaratorio de cómo y por qué *«se utiliza la palabra "person" para referirse a unidades sujetos de derechos y obligaciones, sin que ello implique poseer un conjunto de propiedades esenciales y distintas de otro»* (VILLEGAS GARCÍA, 2016). No siendo el foro este trabajo para entrar en este tema, sirva de referencia para análisis más profundos de lo que supone comprender el origen moderno del concepto, que manejo y doy por hecho; hablamos de personas jurídicas y de entornos normativos de cumplimiento y alcance para las personas jurídicas.
13. SEC. Guía, *Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, en su *Foreword and Introduction*; publicada en 2012 por el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Valores (SEC).
14. La Guía dice literalmente, en su introducción, (párrafo primero) *«Congress enacted the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA or the Act) in 1977 in response to revelations of widespread bribery of foreign officials by U.S. companies. The Act was intended to halt those corrupt practices, create a level playing field for honest businesses, and restore public confidence in the integrity of the Marketplace»*.

y reglamentos. Pero los casos de corrupción no se quedaron al otro lado de las fronteras geográficas y también alcanzaron a Europa, excediendo las fronteras nacionales; un ejemplo fue el conocido como el *caso del maíz griego*<sup>15</sup>, escándalo que se produjo por el cobro de comisiones, en las fronteras griegas para vender maíz en Bélgica, como si fuera griego, por parte de funcionarios en el transporte del maíz, yugoslavo; ello aceleró la publicación de la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*<sup>16</sup> adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997. Todo ello muy anterior, como estamos viendo, a la reforma del Código penal español y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La Comisión Europea, se centró en buscar cómo proteger los intereses financieros de sus miembros (amparada en el art. 5 del Tratado de la Unión). Esa *protección de los intereses financieros* es la base que aparecerá en todas las directivas que buscan la mitigación de los riesgos e imponen abiertamente obligaciones a las empresas, para cuyo cumplimiento cumplir se proponen la adopción de un sistema voluntario de cumplimiento enfocado en el riesgo y la sostenibilidad.

España ha adoptado en sus términos, casi literales, el contenido del Decreto Legislativo 231/2001 italiano, con la diferencia de que en nuestro país vecino se ha optado por una norma de carácter administrativo, por la que las personas jurídicas responden, ante una ley administrativa, pero en la que a su vez la responsabilidad se extiende a personas jurídicas por delitos que se comentan en su interés o beneficio.

Hubo que esperar a 2010 (si bien hay antecedentes de reformas parciales de algunos textos de delitos relacionados con la corrupción) para que el 23 de diciembre entre en vigor en España la reforma del Código penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que supuso una auténtica revolución en nuestro sistema, asentado en el principio de «*societas delinquere non potest*», según el cual las empresas no pueden cometer delitos, sino las personas; la imputación de la culpabilidad era individual y las empresas, se veían en escenarios penales, asumiendo, o no, una «*simple*» responsabilidad civil subsidiaria, que partía de la imputación a individuos de los delitos. Esta auténtica revolución de nuestras bases, en el entorno del derecho penal, no fue nada comparada con el impacto que supuso la reforma operada en 2015 cuando la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal entró en vigor el 1 de julio de 2015, e introdujo

---

15. El conocido como «*caso del maíz griego*», Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 68/88 Sentencia de 21 de septiembre de 1989, (Rec. 2965).

16. *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales* Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

importantes cambios<sup>17</sup>. Establecida la responsabilidad penal, la norma también dispuso la posibilidad de quedar exento de responsabilidad o al menos parcialmente<sup>18</sup> si se cumplen las siguientes condiciones: *1.ª El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. (...) El mismo artículo 31 indica también cuáles son los requisitos de esos modelos: Los modelos de organización*<sup>19</sup>. *1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, adopción de decisiones y ejecución de estas. 3.º Dispondrán de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación.*

En prácticamente similares términos, la mencionada Guía US y el Decreto italiano 231 antes mencionado; básicamente todos coinciden en identificar los mismos elementos que se pueden extrapolar a un modelo general de cumplimiento, más allá del marco jurídico penal, y que, alcance al perímetro normativo de cada empresa, o mejor, que con un enfoque de riesgo y sostenibilidad aporte seguridad a los mercados e incluso pueda llegar a acreditar la buena fe de los negocios, de la misma manera que el marco penal otorga el beneficio de la posible exención de la responsabilidad, el derecho civil puede encontrar su camino, mucho más ambicioso y tomar las riendas del desarrollo de los modelos de prevención de riesgos, pero con un perímetro ambicioso, no limitado a los riesgos penales ni centrados en recopilar obligaciones, organizadas en base a estándares internacionales, sino en convertirse en modelos de negocio, desde la estrategia de negocio y la voluntad declarada de luchar contra el riesgo y buscar la sostenibilidad.

---

17. CP. El artículo 31 bis estableció a partir de entonces que las personas jurídicas responderán penalmente de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

18. En igual sentido el texto literal de la *Circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado* (apdo. 5 pág. 36), cuando habla de la *necesidad de adoptar y ejecutar con eficacia y antes de la comisión de delitos, los modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia idóneas.*

19. Dice el art. 31.bis 5 Del CP.

Si bien los *sistemas de gestión* tienen ya su espacio, lo cierto es que se quedan cortos en el ambicioso objetivo que propone la norma y que está al alcance de estos sistemas; ser verdaderos sistemas de cumplimiento, mitigación de riesgos y sostenibilidad, medidos, objetivados y en constante mejora. La entrada en España de estos sistemas de la mano del derecho penal llegó y sorprendió a los ojos de este y de otros juristas de formación clásica entregados a la empresa, los contratos y a los juzgados; si bien no encajaba en nuestra tradición y a primera vista parece la simple copia del modelo americano, a través del italiano, lejos de ser un problema, se convirtió de inmediato en un aliado al que acoger con los brazos abiertos; la perfecta excusa para reforzar la exigencia de cumplimiento y monitorización de todas las obligaciones en todas las áreas de la empresa y acotar los riesgos de la empresa en su tráfico *ab initio*; las empresas de sectores regulados, lo tuvieron aún mejor, al contar también con áreas de riesgos y *control interno*, con capacidad de comprender el tipo de trabajo de identificación de perímetro, impacto y control. El resto tarda algo más en comprender la necesidad de los modelos y carecen de referencias previas, por no mencionar que proponerles prevenir la comisión de delito, se considera para un empresario «*normal*» de empresa mediana, casi un insulto ofensivo.

Construir modelos desde obligaciones y contratos, riesgos y controles, de forma amplia y no limitada al derecho penal y hacerlo bien, es la propuesta de este trabajo; no se trata de extender las obligaciones de sectores regulados a otros sectores ni de copiar sus normas y convertirlas en códigos internos de obligado ya si, cumplimiento; se trata de construir un modelo adecuado, voluntario, inspirado en el ordenamiento vigente, y retomar el camino, cumpliendo con el mandato legal de proteger el tráfico y que no viene sólo desde normas de sectores regulados, sino que se va extendiendo por materias y a cada vez más sujetos obligados y que tal vez, en breve, se conviertan además en modelos obligatorios de la mano de las últimas propuestas legislativas<sup>20</sup>, alcanzando por un motivo u otro a cada vez, más empresas que necesitarán un referente al que acudir.

## **1.4. CUMPLIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO ACTUAL**

### **1.4.1. DE LA BUENA FE AL CONTROL INTERNO Y A CUMPLIMIENTO**

Sin restar méritos ni reconocimientos a la *Sherman Antitrust Act* y a su evolución hasta la *Sarbanes-Osley*, que determinan el origen americano del concepto relatado, en estrictos términos, los sistemas de cumplimiento hoy, responden también y además, a una necesidad más amplia en alcance y contenido; una que es antigua, aquélla de vivir conforme al derecho y la buena fe y cuyo origen es muy anterior a estas normas, pero que resurge ahora con fuerza; retomar la

---

20. Me refiero al art. 4 de la Propuesta de Directiva de Diligencia Debida, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071>.

senda de la buena fe en las transacciones, sería la solución a la llamada legal que hace el legislador al operador de los mercados a reducir riesgos y participar en su mitigación, en todas las esferas, en todos los negocios, en toda clase de sujetos obligados, de forma voluntaria.

Ya en el *Digesto*<sup>21</sup>, Ulpiano situaba los tres pilares del derecho en vivir honradamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo; *cumplimiento* podría aportar ahora el *cuarto pilar*, que no sería otro que aportar la *acreditación y trazabilidad* de la existencia de esa voluntad de vivir honradamente, que es la tarea de todo aquel que se dedique al cumplimiento. Buena fe, buscada y expresada como decisión y forma de hacer en los negocios, sin esperar a modelos obligatorios.

La buena fe y la ética han existido desde siempre. La única novedad ahora, es la necesidad de las empresas de generar entornos ordenados que acrediten esa voluntad y ese efectivo cumplimiento y en caso contrario reconduzcan; una necesidad que se ha tornado imperativa, necesaria, ante el tamaño de los mercados y la proliferación de los actores deshonestos que abusan del tráfico y ponen en peligro los mercados y su correcto funcionamiento; ha cambiado el volumen del mercado y la cantidad de operaciones; son más complejas y hay más abundancia de delincuentes mezclados entre honestos comerciantes; pero la idea no es nueva en absoluto; es solo una evolución de lo de siempre; es el

21. <https://dpej.rae.es/lema/iuris-praecepta-sunt-haec-honeste-vivere-alterum-non-laedere-suum-cuique-tribuere>: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* «Los principios del derecho son estos: vivir honradamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo» (Ulpiano: *Digesto* Libro 1, Título 1, 10 pr.). *El propio enunciado del principio esboza su carácter jurídico universal. En la práctica, su utilización se segrega en cada uno de los tres preceptos que contiene: sobre el honeste vivere, «la jurisprudencia en múltiples casos se ha referido a la transgresión de la buena fe contractual, concordando la bona fides y el honeste vivere del Derecho clásico, que se concreta en la existencia de un obrar acorde con las reglas naturales y comunes recibidas de la honestidad y la rectitud, conforme a criterios morales y socialmente imperantes, pudiendo transgredirse la buena fe, no solo por dolo dirigido a conculcar el deber sino por negligencia culpable»* (STS, 4.ª, n.º 254 de 22-II-1990); en un sentido similar se pronuncia también la STS, 4.ª, n.º 86 de 5-V-1987: «Un principio fundamental que informa todo el sistema de derechos y obligaciones que disciplina la conducta del hombre en sus relaciones jurídicas con las demás, el de la bona fides que, entroncado con el honeste vivere del derecho clásico, se concreta en [...] el principio general de inexcusable observancia que preside la contratación al estar implícito en el nacimiento, perfección y desarrollo de todo negocio jurídico acorde con la Ley». La segunda regla, alterum non laedere, identificada con la obligación de no dañar a otro, constituye un auténtico principio general del derecho en virtud del cual la actuación tanto dolosa como meramente culpable o negligente origina una obligación de reparar el daño causado (STS, 2.ª, 23-III-2011, rec. 2207/2010). La tercera regla, suum cuique tribuere, o principio de justicia conmutativa, es vinculada a otros numerosos principios en la jurisdicción contencioso-administrativa, como «el principio de equidistribución de los beneficios y cargas [...] que entronca con los principios generales de igualdad y de solidaridad, formulados ya en el antiguo brocardo suum cuique tribuere» (STS, 3.ª, 3-IX-2003, rec. 443/2000). Referenciado desde *neminem laedere iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero potentibus non nocet*.

mismo *profesional honesto* que nos presentaba ya el Código Civil en su *ordenado empresario del art. 1.124 CC*, estándar de diligencia<sup>22</sup>.

Esta evolución de *ordenado empresario* a *empresas éticas* nacionales y multinacionales con áreas específicas para gestionar el cumplimiento, no es sino la traducción de ese ordenado empresario, evolucionado, a una sociedad compleja y diferente; aquella en la que, no es que cambien los valores, sino que en muchas ocasiones se pierden; y la parte de la sociedad que los mantiene, se hace más consciente de que estos valores, en el tráfico, se convierten en un elemento esencial para el mantenimiento de su modus vivendi: los mercados. Esa seguridad jurídica que otorgaba el buen comerciante en una sociedad más sencilla, desarrollada en mercados menos complejos, y con valores como el honor, a los que se otorgaba mucha más importancia, e incluso se les otorgaba protección jurídica, se traducía en que un empresario daba todo, o incluso, perdía todo, por su palabra dada. Y en base a esa confianza, como eje y motor de los negocios, hoy día, perdida la importancia que otorgamos a esa palabra, se erige el cumplimiento y los sistemas de prevención de riesgos, como la forma de acreditar que, en efecto, se ha cumplido con todo aquello que en una industria es de obligado cumplimiento y más allá hasta donde alcanza, al introducir en el mismo, incluso sus valores propios, en forma de Códigos Éticos adaptados a cada tejido empresarial, y hacerlos obligatorios a sus cadenas de suministros con cláusulas específicas o adhesiones.

Por otra parte, y además del origen comúnmente aceptado y ya comentado americano y penal, *cumplimiento* se introdujo también en las normas que protegen los servicios financieros y de inversión que siempre han abordado los riesgos e identificado áreas de control del riesgo. Y no solo las normas de servicios de inversión; otros cuerpos legales que alcanzan a otras industrias o sujetos obligados han desarrollado un enfoque de riesgos o sostenibilidad, como la protección de datos de carácter personal, en la que participan muchos más sectores que los financieros, por no decir que participamos todos, o la prevención del blanqueo de capitales, cuyo lado preventivo es casi más amplio que el estrictamente penal, que por otra parte es como decíamos, el que ha entrado de forma potente en las empresas.

Es conveniente estudiar *cumplimiento* de forma amplia, también como la disciplina que abarca todas las normas que, voluntarias u obligatorias, alcanzan a identificar los riesgos que amenazan el tráfico y también el perímetro de una

---

22. RAMOS HERRANZ, I. en *El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario*, Introducción. Este trabajo se ubica en el Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», clave SICA: 2634 (pág. 195-225). Disponible en <https://vlex.es/vid/estandar-diligencia-ordenado-empresario-385385>

industria concreta, y que se ocupa de acreditar el grado de mitigación de estos para cada empresa, tanto los propios como los del tráfico.

*Cumplimiento* se define también como la especialidad que exige a los profesionales del tráfico jurídico, no sólo conocer los conceptos técnico jurídicos suficientes para facilitar el normal desempeño de su empresa en su tráfico jurídico, sino también para hacerlo desde el punto de vista del ***ejercicio preventivo de la asesoría jurídica y de la abogacía***, e incluso también, ejecutar una ***auditoría legal, permanente y actualizada***, adaptada a cada entorno organizativo empresarial, que correctamente ejecutada sea capaz de acreditar y dar trazabilidad a la solvencia moral del ***ordenado empresario***. Desde esta perspectiva, *cumplimiento* hace referencia también a un sistema ordenado, legal y trazable, *auditable*, una herramienta jurídica, capaz de ordenar cualquier empresa, de cualquier tamaño y asegurar que su comportamiento es el idóneo y merece la confianza suficiente para participar en el tráfico jurídico mitigando sus riesgos y apoyando su sostenibilidad. Una forma de empezar a acotar en los mercados, a aquellos que cumplen con las normas, y distinguirlos de aquellos que no. Esto es particularmente importante para un país como España con gran número de PYMES.

La tarea del sistema legal al servicio a sus ciudadanos y al de sus empresas, tan importante para la existencia misma del tráfico jurídico, consistiría ahora no tanto en ofrecer nuevas o sofisticadas fórmulas contractuales, multilaterales como ya hizo, cuando surgieron los contratos atípicos para dar cobertura a las nuevas necesidades negociales. La tarea consistiría ahora en ofrecer esa *super garantía* de fiabilidad, para la empresa que goza de un sistema de cumplimiento y protege más allá, a todos aquellos que interactúen con ella. Y si ésta es su finalidad, es merecedora de un hueco entre nuestros juristas, para abrir diferentes ramas dentro del propio *cumplimiento*, para cada sector. Además, ha de estar necesariamente al alcance de cualquier empresa, y no sólo de las grandes, sino también, y por supuesto, de las pequeñas. Las PYMES, que componen nuestro entramado empresarial, son merecedoras de todo el apoyo que se les pueda prestar en la construcción de sistemas de protección, en tanto en cuanto constituyen el motor de nuestra economía, y más aun sabiendo que a veces han crecido en el desorden organizativo impulsadas *solo* (y nada menos, que), por el instinto emprendedor de una persona, muchas veces sin estudios jurídico-empresariales.

Tenemos en nuestro país, el maravilloso reto de introducir el cumplimiento, en nuestras empresas, como forma de ordenar y organizar las mismas y mejorar de paso su eficiencia, *con la excusa* de introducir un modelo jurídico de cumplimiento, y prevención de riesgos, penales o no.

A veces la implantación de un *sistema de prevención de riesgos* se ve como (y es), una oportunidad de ahorrar costes y problemas; como si únicamente se tratara de la colocación en el mercado de un nuevo producto legal. En parte es

cierto, en la medida, en que puede ahorrar cuantiosas sumas en materia de sanciones o evitación de riesgo operacional; pero su capacidad y contenidos son mucho mayores que esto; puede convertirse en una oportunidad real para reorganizar las empresas, una forma perfecta de acompañar a ese empresario que no ha tenido recursos ni tiempo para otra cosa que no haya sido avanzar en el modelo económico, dejando en segundo plano la estructura legal del negocio. Se trata de una oportunidad para crecer con seguridad, y devolver a nuestros mercados, ese valor imprescindible para su existencia: la confianza, verdadero y último motor de cualquier economía. Seguridad: esa frágil, potente e imprescindible compañera para los mercados. Pero para triunfar, debe permanecer en el mundo académico y jurídico. Apoyada en otras disciplinas, pero con el derecho como pilar fundamental, más allá de los sistemas de organización.

Ante la complejidad de los negocios, algunas empresas han dado el salto a sistemas de cumplimiento integrales, y voluntarios, que recopilan amplio número de normas, y solucionan, por sus medios, las superposiciones o las dudas y esperan, con más o menos preocupación y desde el ensayo/error, que sus creativas ideas sean acertadas. Pero carecen de otras recomendaciones.

Reconocer al derecho americano y al ámbito penal y de la prevención del fraude, sus méritos en idear sistemas que acrediten la voluntad preventiva en la comisión de delitos en el seno de la empresa, no impide asumir la evidente realidad de la previa y abundante existencia de normativa que ya menciona los sistemas de control como elementos necesarios; se asume por el ordenamiento su obligación de evolucionar y aprovechar el camino abierto por otros para desarrollar y explotar sus posibilidades en beneficio común.

Claramente toca desarrollar esos sistemas de prevención de riesgos y dar trazabilidad completa a todo el perímetro legal, no solo penal, retomando el camino en su origen, en el negocio jurídico, en la buena fe de estos, y ampliar, reforzar y acompañar desde todas las áreas del ordenamiento y no solo desde el derecho penal, a la empresa para conseguir el objetivo de la seguridad del tráfico. Y toca hacerlo en base a los elementos que la ley sí marca como propios del mismo.

El mercado global requiere soluciones globales o al menos más amplias que otorguen seguridad no sólo ante la amenaza de incursiones ilícitas sino ante la inseguridad que genera la superposición de los ordenamientos; las prácticas comerciales superan las previsiones de los convenios comerciales; procede darle cobertura jurídica completa creando un entorno seguro en el que las empresas puedan desarrollarse al estilo de los entornos de pruebas de los proyectos *Sandbox*.

Es cierto que no faltan voces que delatan el fracaso de la adopción de normas voluntarias para abordar con éxito la completa y efectiva mitigación de los ries-

gos. Y, de hecho, la Directiva de Diligencia Debida en base a ello abre ya el camino de los modelos obligatorios<sup>23</sup> (o lo intenta), como último paso en la deriva y la evolución que presento en este trabajo. Pero ello no impide ni que los empresarios que realmente desean hacer las cosas de otra manera puedan enarbolar la bandera de la buena fe y la ética en los negocios, ni que *cumplimiento* no deba dar y asumir el paso adelante de elaborar los mejores sistemas, voluntarios u obligatorios, para dar respuesta al mandato legal de participación en la mitigación aquí recogido. Y para ellos, se ofrece este modelo, que, en sus términos podrá, llegado el caso, adaptarse a un modelo obligatorio si por fin llega el momento. Voluntario o no, de buena fe o forzada fe, *cumplimiento* ha de liderar modelos capaces y eficaces que nos lleven a un mundo más seguro.

#### 1.4.2. EL ORDENAMIENTO, PRIMERA FUENTE DE IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS Y CONTROLES

A nivel empresarial, muchas son las fuentes de riesgos que hay que mitigar para el buen funcionamiento de la empresa. Tradicionalmente, se ha gestionado el *riesgo operacional*; la frecuencia de los eventos de riesgos puede ser cubierta por la contratación de seguros. Sin embargo, hay otros riesgos que los cuerpos normativos en su labor han ido identificando, tarea que no puede ser desaprovechada. Las normas son para cumplirlas, pero también podemos inspirarnos en sus motivaciones para comprender sus objetivos y alinearnos con los riesgos que éstas identifican; riesgos que lo son, para las empresas.

Se identifican en estas páginas, algunas de las principales normas cuyo enfoque modela un sistema válido para cualquiera, incluidas las empresas no reguladas, que asumen voluntariamente *sistemas de cumplimiento* sin necesidad de limitarlos al entorno penal o hacerlo con el único norte de un estándar internacional por ausencia o supuesta ausencia de otras referencias normativas.

En mi experiencia, hay empresas no pertenecientes a sectores regulados, pero interesadas por implantar los mejores sistemas de prevención de riesgos. Y han comenzado por identificar riesgos penales, y desde ahí han ido añadiendo a este sistema, otros riesgos que les preocupan o de normas que les resultan de obligado cumplimiento, liderados en parte por el miedo al riesgo sancionador, y amparados en algún *software* de apoyo; aun con este limitado enfoque, éste es un gran esfuerzo para estas empresas y se convierte en una ardua, solitaria y a veces incomprendida tarea; las herramientas informáticas, también en plena evolución, se enfocaban inicialmente en gestionar tareas muy concretas o monitorizar riesgo operacional, siendo que las herramientas jurídicas tienen el peligro de su desactualización constante; pese a todo, llegada a España de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha ayudado a acelerar la parte de tarea

---

23. En este sentido, Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva de Diligencia Debida y Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011*.

recopilatoria y ha ayudado a que se convierta en un área propia e independiente con más medios. *Cumplimiento* es una oportunidad única de afianzar estos primeros modelos recopilatorios de tareas y convertirlos en una realidad con base legal, ordenada, preventiva y eficaz.

Las asesorías jurídicas de las empresas se han organizado siempre para dar el mejor servicio comercial y contencioso. La llegada de cumplimiento permite al equipo legal crear en las empresas ese completo perímetro, en el que la responsabilidad penal, es una más, pero no la única, dentro de todas las áreas regulatorias que identifican obligaciones de las empresas, sin que respondan necesariamente a un procedimiento judicial o a un contrato suscrito. «*Cumplimiento*» permite completar el escenario práctico del derecho en la empresa y más aún. Pronto se convierte en un áreas nueva e independiente que, para ser atendida correctamente, precisa de especialistas en muy diversas disciplinas. Esas disciplinas son las clásicas empezando por el Derecho de obligaciones y contratos, sólo que enfocadas a la prevención del riesgo y a su mitigación.

Esa es la propuesta de este trabajo. Invitar a nuestros juristas a plantearse una vez más, un nuevo enfoque para dar servicio a la empresa, ahora desde la prevención y la trazabilidad y ofrecer los dos primeros pilares; la revisión de las directivas con enfoque basado en el riesgo y la sostenibilidad y revisar los contratos del tráfico de la empresa; y ver el cumplimiento como vehículo perfecto para el definitivo camino a la tan necesaria seguridad jurídica de los mercados. Además de la completa identificación de las normas, el objeto social y los contratos serán la base que debe amparar el contenido mínimo del modelo para que pueda asegurar que acredita su buena fe en el tráfico.

#### 1.4.3. SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO. DE SISTEMAS ORGANIZATIVOS A LA ACREDITACIÓN DE LA VOLUNTAD DE IDENTIFICAR RIESGOS Y MITIGARLOS POR EL BIEN Y LA SOSTENIBILIDAD COMUNES

A los efectos de este trabajo, entenderé que un *sistema*<sup>24</sup> es un *conjunto ordenado de normas y procedimientos*, sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. En mi experiencia, en las empresas se ha popularizado la utilización de sistemas organizativos diversos que recopilan obligaciones y como mucho, se referencian a los estándares internacionales ISO<sup>25</sup> y UNE o chequean sus

---

24. «*Sistema*», definido según la Real Academia Española de la Lengua. En el mismo sentido la UNE-ISO 37001:2021 define sistema de gestión como *conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para establecer políticas, objetivos y procesos para lograr estos objetivos*. (Apdo. 3.5 Definiciones). Gestión del riesgo, según ISO 31000, Gestión de riesgos, son las *actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización en lo relativo al riesgo* (Apdo. 2.2).

25. UNE-ISO 37301:2021 Sistemas de Gestión de Compliance. *Requisitos con orientación para su uso*. Disponible en <https://www.aenor.com/certificacion/compliance-y-buen-gobierno/sistemas-gestion-compliance-37301>

trabajos con diferentes *softwares* más o menos estandarizados; pero no dejan de ser métodos de organización de la información. El *modelo*<sup>26</sup>, como concepto, se refiere más y así lo utilizarlo en este trabajo, a un arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo.

En nuestro ordenamiento actualmente no contamos con una única norma que organice los elementos de un *modelo o sistema*; las normas con enfoque a riesgos y sostenibilidad son numerosas, si bien sus sujetos obligados son muy heterogéneos en razón de su respectiva materia. En este trabajo selecciono normas que contienen el enfoque o elementos de un sistema de cumplimiento ordenado y gracias a las cuales, el modelo que se construye puede gozar de una justificación jurídica sólida, con independencia de que se recurra o no, a un estándar internacional o a cualquier otro sistema de gestión para organizar el resto de elementos, que le permiten ser trazado y compartido; de esta manera el sistema será completo y gozará de un ajuste alineado a los riesgos identificados por el legislador y tendrá más posibilidades de éxito.

El enfoque al riesgo y a la sostenibilidad, el objetivo legal de mitigar los riesgos y la medición y graduación de cómo hacerlo, y cómo contribuir a la sostenibilidad y con qué elementos, conforman los elementos básicos en los que enfocarse y conforman el día a día de las áreas de *cumplimiento*, con independencia de su adhesión, o no a un estándar internacional o a otro. Los contratos, en este modelo se convierten en una herramienta básica de control, y son un instrumento de cuya redefinición y evolución dependerá en gran parte la consecución de los objetivos del sistema.

En este trabajo vamos a identificar los elementos de un modelo de cumplimiento con base en el ordenamiento español que pueda ser acogido por cualquier empresa que pretenda adherirse de forma voluntaria a las mismas, con independencia de si es o no sujeto obligado a ellas, y cumplir con el mandato legal explícito en las mismas, que es la contribución a la seguridad jurídica y la sostenibilidad, más allá, de los propios objetivos empresariales, acreditando así su buena fe, al dar trazabilidad con ello a sus decisiones empresariales, y a la fe expresa de las mismas, y a cómo ésta se ejecuta, o no. El modelo incluirá, obviamente, las obligaciones legales propias de la empresa, internas y externas, pero no como único objetivo ni principal, sino como elemento añadido a ese fin superior buscado de la contribución al bien común.

Compartiendo objetivo con las normas, y monitorizando el seguimiento de sus instrucciones, el modelo pretende ser el consecuidor del resultado esperado por las normas, alcanzando así, voluntariamente y con su esfuerzo acreditar su honesta aproximación al mercado. Este modelo, no imita todas las normas o la técnica jurídica de la norma; lo que pretende es imitar el enfoque de aquellas

---

26. «Modelo», definido según la Real Academia Española de la Lengua.

normas que buscan la seguridad y la confianza del tráfico, compartir su objetivo y a modo de extensión de la ley y a caballo de la empresa, conseguirlo.

El modelo será de normas, contratos y matrices complejas con incorporación de sistemas de medición, aunque el sistema completo incluirá otros elementos. El modelo que se propone incluye los elementos estructurales y sustantivos que las normas con enfoque al riesgo y a la sostenibilidad consideran básicos, y deberá ser completado por las normas que la empresa debe cumplir y que rigen los contratos que suscribe con sus clientes y proveedores.

Los capítulos en los que se ordenan las normas con enfoque a riesgo conforman la base y el contenido mínimo de materias a analizar desde *cumplimiento*, en tanto se trata de normas que identifican riesgos para el tráfico que han de ser mitigados por los operadores en el mismo; este marco normativo se completará y enriquecerá al caso concreto con las áreas sectoriales requeridas o provocadas por los cuerpos normativos a aplicar una vez se vaya a implantar un sistema en una empresa. El modelo expuesto pretende dar respuesta al mandato legal y objetivo de seguridad del tráfico y sostenibilidad y para ello se apoya en las normas y las medidas propuestas por las normas que lo pretenden, y que son aquellas con enfoque de riesgo y sostenibilidad, así como en los contratos suscritos y a suscribir por la empresa y en la redefinición de sus elementos esenciales o cláusulas especiales.

De esta manera el modelo, deberá en primer lugar, dar respuesta o contener los elementos mencionados en las normas que pertenecen a los bloques normativos que identifican riesgos de los que partir y a mitigar, conformando el «*paquete normativo*» de riesgos identificados legalmente para el mercado y que son al menos, los siguientes:

- Transparencia, buen gobierno y sostenibilidad
- Protección al inversor y atención al cliente
- Prevención de Blanqueo de Capitales y financiación del terrorismo
- Abuso de mercado
- Protección de datos
- Ciber riesgos
- Riesgos de la Inteligencia Artificial
- Fiscalidad (nacional e internacional)
- Riesgos de la sostenibilidad

- Riesgos derivados de los contratos de la empresa en su tráfico (laborales y del tráfico mercantil) (aunque los contratos tienen una doble función en la matriz de riesgos, pero también en la de controles).
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas (no solo, sino también y no serán analizados en este trabajo).

Además, y por supuesto, a las normas obligadas para la empresa en función de su tráfico, laborales, fiscales, civiles, mercantiles y las que en cada momento haya lugar.

El *sistema* ordenado que mitigará estos riesgos debe contener al menos, estos elementos:

- Buena fe y voluntad explícita
- Estructura de control específica
- Doble análisis de riesgos y de sostenibilidad y matrices complejas (incluida la doble materialidad) y herramientas de trazabilidad
- Sistemas de seguimiento y mejora continua
- Formación y cultura de cumplimiento e indicadores de eficacia y sistemas de denuncia y sancionador para el incumplimiento



## Construcción del modelo en base a normas con enfoque de riesgos y su mitigación

SUMARIO: 2.1. EL CONCEPTO DE GESTIÓN DEL RIESGO EN LA NORMATIVA. 2.2. RIESGO DE GOBERNANZA. DE RECOMENDACIONES A REQUISITOS NORMATIVOS DE CONTROL INTERNO. 2.2.1. *Servicios de inversión. Elementos del sistema y función de cumplimiento en MIFID I y MIFID II.* 2.2.1.1. La Comisión del Mercado de Valores (CNMV) asume las Directrices de la Autoridad Europea de Valores (ESMA) y detalla las obligaciones del consejo y la función de cumplimiento. 2.2.1.2. Los mismos y nuevos requisitos de control se exigen para las ESI y mercados de instrumentos financieros. Avances en las exigencias de idoneidad y la eficacia de las medidas correctivas. 2.2.2. *Sector financiero. Directrices de Autoridades en materia de cumplimiento y gobernanza. Elementos del sistema en las Directivas europeas.* 2.2.2.1. Enfoque basado en el riesgo; Identificación y gestión de riesgos y el principio de proporcionalidad. 2.2.2.2. Estructura organizativa de control y función de cumplimiento. 2.2.2.3 Las políticas y la cultura de cumplimiento. 2.2.2.4. El enfoque de riesgo de gobernanza y su mitigación en las Directivas. 2.2.2.4.1. Identificación de riesgos por debilidad del gobierno corporativo. Exigencia de un análisis de riesgos propio. Principio de proporcionalidad. 2.2.2.4.2. Estructura y rol de control; conocimientos, experiencia y seguimiento de la exactitud y de la ejecución. 2.2.2.5. Transparencia; necesidad de políticas, procesos y métodos de cálculo. 2.2.2.6. La necesidad de evaluación y controles del marco de gobierno. Controles propuestos. 2.2.2.7. Algunos elementos del sistema en trasposición española de las normas de supervisión y solvencia. Función de cumplimiento, autoevaluación de riesgos y Principio de independencia. 2.2.2.8. Controles para proteger en especial el dinero público. Los mecanismos de resolución. 2.2.3. *Empresas en sectores no regulados. Ley de Sociedades de Capital, Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Principio de cumplir o explicar.* 2.3. RIESGOS PARA EL INVERSOR Y SU MITIGACIÓN EN LOS SERVICIOS DE INVERSIÓN. DE NUEVO MIFID II. 2.3.1. *El riesgo del cliente y la gobernanza del producto.* 2.3.2. *Transparencia e información. Modificaciones a MIFID II y MIFIR y formación de los profesionales de «compliance».* 2.3.3. *Riesgos derivados de criptoactivos y tecnologías de registros distribuidos (TDR).* 2.3.4. *Retail Investment Strategy (RIS). Concepto value for money, su exportación a otras industrias.* 2.4. RIESGO DE ABUSO DE MERCADO EN LAS NORMAS. 2.5. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS

NORMAS TRIBUTARIAS. 2.6. RIESGO DE BLANQUEO DE CAPITAL: DE PREVENCIÓN A DOBLE AUTENTICACIÓN Y VERIFICACIÓN DE IDENTIDAD DE CLIENTES ONBOARDING. 2.6.1. *Un caso de prevención de riesgos, más que de mitigación.* 2.6.2. *La mitigación de riesgos y la mejora en la seguridad en los medios de pago.* 2.6.3. *La seguridad en los negocios no presenciales; Seguridad tecnológica y V Directiva.* 2.6.4. *Autenticación reforzada.* 2.6.5. *Identificación electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas.* 2.6.6. *Análisis de riesgos, autoevaluación, políticas, procedimientos y controles del riesgo en la transposición española.* 2.6.7. *Servicios electrónicos de confianza y notificación de brechas de seguridad.* 2.7. RIESGOS PARA LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. DE LA PROTECCIÓN A LA ACCOUNTABILITY EN LAS NORMAS. FUNCIÓN DE DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2.7.1. *Responsabilidad activa, medidas técnicas y organizativas.* 2.7.2. *Obligaciones internas de reporte. La Agencia Española de Protección de Datos y la figura del DPO. Avances en colaboración internacional.* 2.8. CIBERRIESGOS EN LA NORMATIVA. 2.8.1. *Concepto y especialidades de la ciberseguridad.* 2.8.2. *Del Convenio de Budapest a la Estrategia de Ciberseguridad de la UE. La necesaria garantía de un elevado nivel común de ciberseguridad.* 2.8.3. *Seguridad Nacional, Estrategia Nacional de Seguridad y Esquema de seguridad.* 2.8.4. *Operadores esenciales y sus obligaciones en la seguridad común.* 2.8.5. *Resiliencia operativa digital del sector financiero y criptoactivos. DORA y MICA.* 2.8.6. *El importante papel del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) y del Centro Criptológico Nacional.* 2.8.7. *Mínimo común para las empresas. El Código de Ciberseguridad.* 2.9. RIESGOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. REGLAMENTO EUROPEO IA. LA AESIA.

## **2.1. EL CONCEPTO DE GESTIÓN DEL RIESGO EN LA NORMATIVA**

Los conceptos de *gestión del riesgo* y de la consecuente necesidad de *reducción de la incertidumbre*, proceden del mundo de los negocios, en particular del asegurador, desarrollado ampliamente en foros, organismos internacionales y autoridades (por ejemplo COSO<sup>1</sup> o BASILEA<sup>2</sup>): como tales, no son objeto de análisis en este trabajo más allá, de los términos en que sean adoptados por la normativa seleccionada o cómo y en qué medida, éstas han ido evolucionando e introduciendo este enfoque desde el inicial reconocimiento normativo de la existencia de riesgos y de su impacto, a la necesidad de mitigarlo en determinados sectores, para después, extender y exigir a los sujetos obligados, una *actitud proactiva* que incluye la realización de ejercicios de responsabilidad y

1. *Comité de Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión. Treadway (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, (COSO), marco de control interno constituido para proporcionar liderazgo organizacional en gestión del riesgo empresarial (ERM), control interno, y disuasión del fraude.*
2. *BASILEA, Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS, por sus siglas en inglés) organismo encargado a nivel mundial de la regulación prudencial de los bancos y, en particular, de su solvencia.*

ejecución de *autoevaluaciones*. Y todo, bajo la excusa de permitir la reducción de los costes que la mitigación de riesgos genera, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

La mitigación de riesgos ha pasado de recomendable a exigible en normas ya totalmente enfocadas a evitar sus muy diversas formas de manifestación; se ha pasado a la graduación de los diferentes escenarios de mitigación, clasificando incluso la capacidad de reducción del riesgo por parte de los operadores del tráfico por sectores (como sucede con las normas enfocadas a la mitigación de los riesgos de sostenibilidad). Esta evolución, y expansión del enfoque mitigador, ha provocado que las exigencias superen las fronteras de las normas dirigidas únicamente a sectores concretos, y las encontramos ya en normas de amplio espectro de aplicación, aplicables a cada vez mayor número de sujetos obligados; hemos llegado, incluso a extender (o pretender extender) estas obligaciones a los grupos de interés y a las cadenas de valor. La necesidad de mitigación nos hace replantearnos también el alcance y eficiencia de mitigación de los contratos, celebrados en sus términos, cuyo objeto o se amplía o sencillamente se queda corto, ante la magnitud del objetivo y el alcance de personas obligadas.

Son numerosas las normas de nuestro ordenamiento que están reclamando ya la participación activa en recuperar la seguridad jurídica y la sostenibilidad del sistema. Es su evolución la que realmente da lugar a los *sistemas de cumplimiento* y justifica y da razón de ser independiente, como áreas que se separan de la de gestión de riesgos operacionales, primero en el contexto de la mejora del control, la protección al inversor y los servicios financieros y más tarde, alcanzando otros cuerpos normativos que, a su vez, van ampliando cada vez más los sujetos obligados.

Los riesgos a su vez también son muchos y de muchas clases, no solo penales y los sistemas de cumplimiento y sus matrices, cada vez más complejas, van creciendo.

El modelo que se propone asume esa amplitud de enfoque desde el principio, tanto en normas como en riesgos; debe dar respuesta, en primer lugar y como objetivo primordial, a ese mandato legal de mitigar los riesgos del tráfico, todos, sin excepción; aquellos a los que la empresa tenga capacidad (proactiva) de mitigar y también los riesgos propios; pero no debe limitarse ni a mitigar los riesgos penales ni sólo los propios, sino que debe abordar *ab initio*, todos aquellos riesgos cuya existencia amenaza la seguridad del mercado; y hacerlo desde las normas que ya han identificado ese riesgo y reflexionado sobre él. La matriz de riesgos del modelo puede ser sencilla o compleja; los riesgos a gestionar serán concretos para cada empresa. Y esto hace que *cumplimiento* no pueda ser sólo la calificación de un puesto de trabajo, sino que requiere la atención jurídica que el objetivo merece.

Muchas normas que exigen una gran implicación en la mitigación de riesgos a los operadores del tráfico nacen o sólo son exigibles en el sector de los servicios de inversión que es el que, por otra parte, ha venido liderando estos cambios en especial, desde la entrada del *paquete normativo MIFID*, en lo que supone un reconocimiento al importante papel de los servicios de inversión en el contexto de la economía global. Pese a ese liderazgo sectorial, la extensión del requerimiento de mitigación de riesgos, alcanza ya a diversos cuerpos normativos que son de aplicación a empresas grandes y pequeñas; y nada impide a éstas, introducir sistemas de mitigación de riesgos de forma voluntaria, como de hecho se está haciendo, apoyándose en estándares internacionales y ampliando desde ahí su alcance, por materias; su perímetro no debe limitarse a una única clase de riesgos (ni siquiera los penales), ni tiene por qué apoyarse únicamente en un único cuerpo normativo o en un estándar internacional, cuando de hecho, el ordenamiento jurídico dispone de gran número de normas que identifican riesgos y proponen fórmulas para mitigarlos y que son la base natural para *cumplimiento*; estas mismas normas identifican los controles más idóneos y si bien los sujetos de las obligados deben aplicarlos, nada impide a los demás extraer también su enfoque, metodología y objetivos y hacerlos propios en sus respectivos sistemas; solo asumiendo un enfoque normativo y completo se puede dar respuesta eficaz al mandato legal y eso es lo que se pretende: dar respuesta a la necesidad de devolver seguridad y sostenibilidad a los mercados. Proteger al mercado y no solo a la propia empresa.

De las normas mencionadas, es su enfoque de aproximación al riesgo que amenazan los derechos, y las libertades y a la sostenibilidad y la protección de los recursos del planeta, lo que interesa en estas páginas; también interesa la evolución de cómo empieza a ser abordado tímidamente en las normas, el reconocimiento del problema hasta la exigencia de identificación y mitigación de riesgos. Para analizarlo, me situaré en el tiempo a partir de 2006, sin entrar en enumeraciones completas ni desarrollos específicos o sectoriales (como los referidos a los riesgos de mercado o de liquidez, etc.). El análisis únicamente alcanza a las normas que manifiestan este enfoque, e incluso regulan directamente algunos de los elementos del modelo a construir, por la decisión de adoptarlos, en razón de su utilidad. Hay sectores como el bancario o el de servicios de inversión, con mayor y más temprana necesidad de acotar los riesgos, razón por la que son también sus normas las más evolucionadas en esta materia y lideran el *cambio de paradigma* que supone este enfoque que ya alcanzan a otras muchas normas y cuyos principios se utilizan de referencia en las áreas de *cumplimiento* de las empresas, en los códigos internos y en el desarrollo de las políticas y controles, en tanto el resto del ordenamiento, evoluciona hacia la misma dirección pero en un ritmo más lento o asimétrico.

*Las normas con enfoque de riesgo* empezaron a fijarse en el riesgo de una mala gobernanza y en las consecuencias que las debilidades estructurales tienen en la economía; la mala *praxis* en materia de gobernanza, se relaciona abiertamente con

las crisis económicas y este pensamiento se expandió rápidamente, saltando las fronteras de los sectores regulados y normas de amplio alcance como las de prevención de blanqueo de capitales, protección de datos, o ciberseguridad; y por supuesto, a las que identifican los riesgos de la sostenibilidad de los mercados, que identifican riesgos para la seguridad, erigiéndose en la última evolución (y por tanto, el último reto para las áreas de *cumplimiento*) del enfoque de riesgo. Las entidades pertenecientes a sectores regulados cuentan con desarrollos muy completos, y también con Circulares y Guías publicadas por las autoridades nacionales e internacionales, como el BDE, la CNMV, la ESMA, la EBA, el SEPBLAC. Sin embargo, cuerpos normativos (como protección de datos de carácter personal, ciberseguridad o sostenibilidad), se suman con alcance cada vez a más empresas y cuentan ya con el respaldo de autoridades de control, como la AEPD o el INCIBE que publican regularmente guías de gestión de riesgos.

La globalización de los negocios es el motor que está empujando todo este desarrollo normativo en la dirección de la gestión y autoevaluación de los riesgos. Resulta fácil de entenderlo, por la masiva utilización de los servicios por los ciudadanos, y por la importancia del bien jurídico a proteger, que han llevado al desarrollo de grupos de trabajo, que buscan las mejores formas de aplicación de las guías. Cada vez más cuerpos normativos se enfocan al riesgo y buscan la trazabilidad de las decisiones y de la concreta intervención en el tráfico de los distintos operadores, cumpliendo con su cuota proporcional de obligación en aportar seguridad, en el tráfico en el que opera y requiriendo las capacidades de análisis con este específico enfoque, de las áreas jurídicas, pero con enfoque de riesgo y sostenibilidad, esto es, de *cumplimiento*. El trabajo de las áreas de *cumplimiento* se hace también complejo por su magnitud y volumen de datos a manejar, pero cada vez cuenta con más herramientas, guías y autoridades a los que acudir para guiarse en su identificación de obligaciones, identificación de riesgos e implementación de controles. *El enfoque basado en el riesgo y la sostenibilidad* de las normas que los identifica y exige su gestión y el cómo se ejecutan los contratos en respuesta a las mismas, son los dos pilares que *cumplimiento* debe contemplar y desarrollar para encontrar los mejores y más ajustados sistemas de cumplimiento a medida de cada empresa. Ésta es la apuesta; identificar este esfuerzo legislativo y hacer de él la base del modelo y a su vez, proponer mejoras o nuevos enfoques en los contratos que hagan más robusta la seguridad que los mismos aportan al mercado.

Es abundante la literatura que desde todos los sectores trata de abordar los sistemas de gestión y cumplimiento en evitación de sanciones, y adaptar su encaje a diferentes sectores (PÉREZ-PIAYA MORENO & GOLLONET TERUEL, 2020), (CAMPOS ACUÑA, y otros, 2020). Este es sólo uno más, pero uno que pretende servir de base general para todos los sectores y tamaños de empresas, redirigiendo la atención de los sistemas de organización, a las normas y su identificación legal de riesgos y la capacidad proactiva de su mitigación más allá del «*mero*» cumplimiento que evite sanciones, sino que colabore de forma

proactiva en un fin común y de paso, acredite cuál es la buena fe, o no, de sus intenciones para con el tráfico.

## **2.2. RIESGO DE GOBERNANZA. DE RECOMENDACIONES A REQUISITOS NORMATIVOS DE CONTROL INTERNO**

### **2.2.1. SERVICIOS DE INVERSIÓN. ELEMENTOS DEL SISTEMA Y FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN MIFID I Y MIFID II<sup>3</sup>**

Si la gestión de los riesgos no es algo nuevo, tampoco sería exacto decir que hasta la crisis financiera de 2007 no hubiera control en las estructuras de gobierno (y mucho menos en el sector financiero o en los servicios de inversión). Sí podemos decir que esta crisis aceleró una evolución normativa que llevó a enfrentar la realidad y la existencia de peligros y amenazas para los mercados y produjo una identificación a nivel normativo de los más evidentes, entre ellos los relacionados con la ausencia o debilidad de las estructuras de gobernanza, tanto en los servicios bancarios (por el riesgo sistémico que suponen dichas empresas) como en las empresas de servicios de inversión, por el volumen de operaciones y la importancia de las mismas para la economía. Fue entonces cuando a las funciones de auditoría y de gestión de riesgos, se añadió la *función de cumplimiento* y su *chequeo y verificación* interna.

La **Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006**, por la que se aplica la **Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva**, es una de las principales normas que es utilizada como marco de referencia en los modelos de cumplimiento de empresas (y no sólo del sector de servicios de inversión). Esta norma, junto con<sup>4</sup> la **Directiva 2004/39/CE** (que ya se refería a los riesgos y al *control interno*) y el **Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006**<sup>5</sup> (de aplicación desde el 1 de noviembre de 2007), representa en mi opinión el marco normativo más

3. El desarrollo de la figura de *cumplimiento* y la concreción de sus funciones, se inicia en el «paquete MIFID», Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros y también su norma de trasposición, Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modifica la L.24/88 de 28 de julio del mercado de valores, Directiva 2006/73CE de 10 de agosto de 2006 por la que se aplica la Directiva MIFID y la norma de trasposición, RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión que modifica el Reglamento de la ley 35/2003 de 4 de noviembre de IIC aprobado por el RD 1309/2005 de 4 de noviembre y por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre que modificó la LMV L. 24/88 de 28 de julio.
4. La Directiva 2006/73/CE se implementó en España sectorialmente mediante RD 217/2008 de 15 de febrero.
5. **Reglamento 1287/2006 de 10 de agosto de 2006**, por el que se aplica la **Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva**.

COLECCIÓN  
GRANDES TRATADOS  
ARANZADI

El objetivo es ayudar a las empresas a dar respuesta al requerimiento legal de contribución a la seguridad jurídica de los mercados en los que operan. Redefinido y entendido como disciplina independiente, Cumplimiento Normativo identifica normas con enfoque de riesgo y sostenibilidad y construye desde ahí modelos empresariales capaces tanto de mitigar el riesgo común, como de acreditar la buena fe de la aproximación a los mercados por parte de las empresas que los utilizan, recuperando así para nuestro sistema legal, la importancia y el peso que el *honeste vivere* merece como forma de entender los negocios desde siempre y más que nunca.

ISBN: 978-84-1078-924-1



9 788410 789241