AMEXICOM
UNDER 35

Influencers Corporativos
Revista Digital

La importancia de implementar Políticas de Cumplimiento en Materia de Insider Trading
Juan Pablo Villela

Los principales retos de compliance fiscal para la industria de la economía digital en méxico
Paulina Cuevas Vidal

¿Puede ser responsable penalmente un Compliance Officer?
Sandra Campillo Colmenares

#1 Edición 2022

ASOCIACIÓNMEXICANA
DE INTEGRIDAD Y COMPLIANCE

Proyecto *UNDER 35*

Viridiana Sánchez Marín
Secretaria Técnica de AMEXICOM

El proyecto AMEXICOM Under 35 nació en agosto de 2021 con el objetivo principal de difundir y generar una cultura de ética y cumplimiento entre los jóvenes, ya que en AMEXICOM estamos conscientes de que son la fuente de cambio de nuestro país, no sólo por la energía y poder de acción que representan sino también por el número de personas que constituye este sector de la población.
Y para contextualizar un poco más, me permito citar algunas cifras obtenidas del Censo de Población y Vivienda 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI): en México actualmente residen 126 014 024 personas, siendo la edad mediana en nuestro país la de 29 años . De esa cifra total, llama la atención que en México residen 31 millones de personas de 15 a 29 años, quienes representan el 25% del total de la población de México.

También conviene destacar las cifras sobre la disponibilidad y uso de tecnologías de la información, entre las cuales se reportan que «la población con estudios universitarios el 96.4% se conecta a la red, mientras que del grupo de personas con estudios de educación básica se conecta el 59.1 por ciento».

«En los países latinoamericanos, el uso de las redes sociales digitales en la cotidianeidad del individuo es algo que hoy en día ocurre con mayor frecuencia, promovido por el impresionante crecimiento de la digitalización electrónica que acerca a un costo menor a las TIC con los jóvenes usuarios. Según Cardoso (2014), los ciudadanos no sólo nos hemos convertido en usuarios de medios sociales, sino que construimos una cultura de redes sociales, donde éstas son trascendentales en procesos de reproducción social, sostenibilidad y cambio de cualquier sociedad.»
Partiendo de esta información, hay que tomar en cuenta que en los últimos años los denominados «influencers», quienes en su mayoría forman parte de la población joven en México, han ido ganando terreno debido a su «capacidad para influir, principalmente a través de las redes sociales».

Desde una perspectiva constructiva es que se la Vicepresidencia AMEXICOM Under 35, presidida por Sandra Campillo Colmenares se integró a la estructura de la asociación para dirigir este proyecto, usando como estandarte el concepto de «influencer corporativo», con el fin de ubicarlo en el ámbito corporativo y de Compliance, pero con el dote distintivo de responsabilidad y un alto compromiso con los valores base de la actuación de AMEXICOM, que son: la ética, la integridad y el cumplimiento.
En ese contexto, fue que se integró el primer grupo de catorce «influencers corporativos», quienes durante cuatro meses intensos de trabajo aportaron su energía, conocimientos y experiencias, cuyos resultados han permitido integrar la presente Revista Digital con artículos de opinión sobre temas variados que tienen como elemento común el Compliance.

CONTENIDO

El Compliance como un instrumento de protección de los derechos humanos y fundamentales	04
Implementación Práctica del Compliance en un Grupo Societario Internacional	12
Compliance en materia penal-fiscal: prevención en la comisión de delitos fiscales	18
La necesidad en México de un Código de Buenas Prácticas Tributarias	22
La importancia del análisis de riesgos en la elaboración de programas de Compliance penal.	28
Regulatory Compliance: Una estrategia necesaria para una correcta operación empresarial	30
La Firma Electrónica y su relación con el Compliance	34
El Modelo de Compliance como prueba para impedir la responsabilidad penal de la persona jurídica.	36
La implementación de Políticas Internas de Compliance por parte del Sector Privado como factor clave en el combate al uso indebido de información privilegiada o insider trading en el Mercado de Valores Mexicano	40
Los Principales Retos de Compliance Fiscal para la Industria de la Economía Digital en México	46
Whistleblower Lines: La Necesidad de Implementación de Plataformas en Apoyo al Anonimato	50
El cumplimiento de las buenas prácticas por los funcionarios públicos del Gobierno de México en las negociaciones de los Acuerdos Comerciales Internacionales.	54
Equidad de género en la materia de Compliance	58
¿Puede ser responsable penalmente un Compliance Officer?	64

El Compliance como un instrumento de protección de los derechos humanos y fundamentales

Diego Torres Carranza

Introducción

El objetivo del presente escrito es, por una parte, señalar que las empresas –al igual que el Estado- pueden ser responsables de transgredir derechos humanos y por otra, destacar la importancia de que éstas implementen un Compliance eficaz a fin de contar con los mecanismos idóneos que, más allá de prever una debida diligencia, protejan los derechos humanos en juego o, en su defecto, reparen aquéllos que hayan sido afectados en su operación.

A través del presente artículo, pretendo poner a consideración del lector, una reflexión que rompe con el pensamiento tradicional de que la violación a los derechos humanos y/o fundamentales solamente puede derivar de las instituciones del Estado; de conformidad con diversos precedentes jurisdiccionales y la ley de amparo, los actos de particulares son equiparables a los de cualquier autoridad, por ende, sugiero que el Compliance de las empresas sea creado e implementado bajo la premisa que aquí se expone, ya que cumpliría con la finalidad arriba mencionada.

De los derechos humanos, los derechos fundamentales y las garantías individuales

En primer término, conviene poner en contexto –de forma amplísima- los conceptos de (i) derechos humanos, (ii) derechos fundamentales y (iii) garantías individuales, así como sus diferencias.

i. Derechos humanos. El origen de los derechos humanos puede remontarse a la Edad Media, momento histórico en el que se ahondó en el estudio de la libertad, lo que después dio paso al entendimiento del derecho subjetivo; la distinción de San Isidro de Sevilla en sus Etimologías entre fas y ius, en la cual, la primera consiste en lo lícito -la facultad relacionada con la dignidad y anterior al derecho que posee toda persona- y la segunda en la legalidad –preceptos pactados por el hombre-, representó un precedente importante que más adelante abonaría al concepto moderno denominado derecho humano[1].

Ahora bien, a consideración del suscrito, el concepto de lo que hoy llamamos derecho humano comenzó a surgir a raíz de las conquistas españolas en el continente americano en el siglo XVI, ya que ante el despojo de las tierras por parte de los europeos a los habitantes originarios, así como –entre otros- de la explotación que hubo en contra de estos últimos, surgieron dos líneas de pensamientos que enriquecieron el concepto en cuestión: (i) el que justificó dicho actuar por parte de los conquistadores, bajo los argumentos del derecho divino y la filosofía aristotélica –los españoles tendrían derecho a la conquista pues se enfrentaban ante los infieles o bestias- y (ii) el ius naturalista, que apartó a la religión como fuente de derecho y reconoció a las libertades como propias del ser humano –casi un reconocimiento a la dignidad humana-. Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, entre otros, fueron parte de los principales pensadores de estas dos corrientes.

Así, a través de los años, diversos pensadores como –*entre otros*[2] - Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y John Locke, crearon el entendimiento de lo actualmente llamamos derecho humano; consolidaron la corriente iusnaturalista y sumaron la idea de la universalidad, en cuanto a que los todos los hombres gozan del derecho a la libertad -ya entendido como el derecho subjetivo-.

Dicho lo anterior, apelo a la memoria del lector respecto a la gestación del estado moderno que fue paralela a las líneas de pensamiento arriba mencionadas; aquél que surgió a partir de los Reyes Católicos y que a la postre se identificó como la monarquía absolutista que, habiendo subsumido los reinos que coexistían en la Edad Media, oprimió la libertad de las personas, a fin de complacer al rey soberano. Bajo un entendimiento actual, el estado moderno naciente fue un constante violador de derechos humanos.

La solución ante esta problemática fue el Positivismo y el Contrato Social; finalmente, se reconoció la igualdad de los hombres y los derechos pre-existentes a cualquier sistema de gobierno y por lo tanto la soberanía se traslada del gobernante –rex in regno suo est imperator- a los gobernados.

ii. Derechos fundamentales. El término de derechos fundamentales surge en Francia a finales del siglo XVIII, particularmente en la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789[3]. En efecto, dicho documento está compuesto de normas que, a consideración de sus creadores, se desprenden de la naturaleza humana y que pueden ser conocidas por la razón; recoge un derecho que es propio de todos los seres humanos, es decir, positiviza el concepto de la universalidad[4].
A decir de Miguel Carbonell, los derechos fundamentales son precisamente los derechos humanos constitucionalizados; son aquéllos que están recogidos “en una ‘disposición de derecho fundamental’; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental”[5] De ahí que podamos decir que los primeros derechos fundamentales son los previstos en dicha Declaración, pero también en otros documentos-anteriores y posteriores- como la Declaración de Independencia de las Trece Colonias (1776), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1945) y la Declaración Universal Sociales y Culturales (1976).

Breve distinción de derechos humanos y derechos fundamentales: Para delimitar la línea tan delgada

[1]RODRÍGUEZ Moreno, Alejandro, Origen, evolución y positivización de los derechos humanos, segunda edición, Colección de Textos sobre Derechos Humanos, México, 2015, p. 15. Visto el 22 de agosto de 2021 en appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_OrigenEvolucionPositivizacionDH2aReimpr.pdf
[2]Ibidem, pp. 26-47.
[3]CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales y la Acción de Inconstitucionalidad. Visto el 22 de agosto de 2021 en archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2474/7.pdf
[4]RODRÍGUEZ Moreno, Óp. Cit., p. 58.
[5]CARBONELL, Op. Cit. P.79.
[6]Ibídem, p.80.
[7]FIX-ZAMUDIO, Héctor, Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal, cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 273-283.

Diego Torres Carranza

Entrevista realizada a
Diego Torres Carranza
9 de septiembre 2021

Actualmente es Director Jurídico y Regulatorio en Enestas, S.A. de C.V., empresa mexicana especializada en la comercialización de gas natural en México, Estados Unidos y Centroamérica. Es miembro fundador de CREEANDO, asociación dedicada a la difusión de valores en la sociedad y fines asistenciales. Anteriormente, fue abogado asociado en Müggenburg, Gorches y Peñalosa S.C.

que existe entre ambos conceptos, Miguel Carbonell se basa en el autor Luigi Ferrajoli para explicar que los derechos humanos –derechos subjetivos-, deben ser entendidos como "cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica (...)", mientas que por derecho fundamental "la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas"[6].

iii. Garantías individuales. En la especie, conviene parafrasear la explicación de garantía individual del maestro Héctor Fix-Zamudio, la cual consiste en que es el medio para –valga la redundancia- garantizar el respeto al derecho humano / el derecho fundamental y hacerlo eficaz o para regresarlo a su estado original en caso de que haya sido violentado[7].

Así, en la multicitada obra de Carbonell, el investigador cita nuevamente a Ferrajoli para distinguir que las garantías primarias y secundarias. Las primarias, pueden ser entendidas como positivas y negativas; las primeras entendidas como aquéllas que obligan un actuar de un sujeto –comúnmente entendido como el Estado- para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho subjetivo y las segundas como aquéllas obligan a abstenciones de un sujeto –también comúnmente entendido como el Estado-. Por su parte, las secundarias consisten en las acciones de los órganos jurisdiccionales de aplicar la sanción o declarar la nulidad de actos –en nuestro derecho también omisiones- que sean considerados ilícitos[8].

iv. Por lo tanto, podemos decir que los derechos humanos son los derechos subjetivos intrínsecos a las personas, que derivaron del reconocimiento de la libertad de las mismas y que, derivado de la opresión de dichos derechos por parte de los gobernantes a lo largo de la historia, dio lugar a su estudio y entendimiento, lo que, a su vez, permitió plantear su reconocimiento y plasmarlos como derechos fundamentales.

Al respecto, debe mencionarse que el entendimiento actual de los derechos humanos identifica que éstos, además de ser universales –como arriba se mencionó-, son progresivos, interdependientes, e indivisibles, lo que significa que: (i) el entendimiento de su alcance es constante e inagotable, por lo que estamos obligados a explorar la mayor profundidad de su significado posible que cada uno pueda englobar (es lo contrario a un entendimiento estático) –progresividad-; (ii) todos los derechos humanos dependen entre sí, es decir, el libre ejercicio de cada uno de ellos, depende de que el resto también lo sea, en la medida en que alguno se vea afectado, otros podrían sufrir sus propias consecuencias y detrimentos –interdependencia- y; (iii) no pueden ser vistos aisladamente, ya que existen como una unidad dentro del ser humano, deben comprenderse como una misma cosas, aunque conceptualmente tengan su propio significado y alcance –indivisible-.
Los derechos humanos / los derechos fundamentales son protegidos mediante las garantías individuales, que permiten exigir de diversos sujetos ciertas conductas u omisiones por parte del titular del derecho subjetivo o bien, reclamar una acción jurisdiccional a fin de protegerlo o restaurarlo.

Los derechos humanos, los derechos fundamentales y las garantías individuales en México

Una vez puesto en consideración –a grosso modo- los conceptos y diferencias de los derechos humanos, los derechos fundamentales y las garantías individuales, y previo al análisis de relación que existe entre éstos y el Compliance, conviene traer a colación como son aplicados en el derecho mexicano.

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("CPEUM") publicada el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, representó la evolución positiva en nuestro país en la materia de Constitucionalidad, ya que abandonamos el esquema en el que el Estado era un otorgador de "derechos", entonces llamados "garantías individuales" para pasar a otro en el que el Estado se convierte –prácticamente- en un reconocedor de derechos humanos.

En efecto, el artículo 1° constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que México sea parte; esto, aunado a lo que se establece más adelante respecto a que todas las autoridades se encuentran obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo cual se traduce en que las personas gozan de derechos fundamentales, mismos que deben ser entendidos bajo los citados principios, lo que permite concluir que las personas no solamente gozan de derechos expresamente dichos, sino también de aquéllos cuyo alcance está sujeto a interpretación y reconocibles en las personas (derechos humanos).

Lo anterior se fortalece con los principios pro persona y de interpretación conforme, los cuales emanan del artículo constitucional en cita y que, en resumidas cuentas, tienen por objeto que todas las autoridades en México reconozcan los derechos humanos de los gobernados y en ese sentido, den la interpretación más favorable de las normas en su actuar o no actuar.

[8] CARBONELL, Op. Cit. pp.77-78.

Todo lo anterior, se ha fortalecido con diversas resoluciones jurisdiccionales, entre las cuales se destaca como punto de partida las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("SCJN") derivadas de los expedientes Varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011, que concretamente dieron lugar a la interpretación actual de que los derechos humanos –mejor dicho derechos fundamentales- de las personas son todos aquéllos que se encuentren previstos en la Constitución y en cualquier tratado internacional –incluso aquéllos en los que México no forme parte- siempre dando lugar a la interpretación que más favorezca a la persona.

Las garantías individuales también se prevén en el multirreferido artículo, sin embargo, éstas no siempre son tan explícitas en la Carta Magna. Bajo las clasificaciones que realiza Ferrajoli, podemos identificar como las primarias todas aquéllas que se desprendan de los derechos fundamentales, así como del resto de la normatividad –de cualquier jerarquía- que de éstos emanen; son todas las obligaciones de hacer o no hacer que recaen en los sujetos frente a los derechos subjetivos de las personas. Las secundarias serán todos los medios de defensa jurisdiccional previstos en la Constitución, como los medios de control constitucional, así como todos los medios de defensa ordinarios previstos en las leyes locales –los cuales tienen su fundamento en el derecho humano / fundamental de acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva-; o bien, aquéllos a los que se refiere la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25, respectivamente.

Los particulares como sujetos obligados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (y fundamentales) en México

Como se dijo anteriormente, el artículo 1° de la CPEUM establece que todas las autoridades se encuentran obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, pero a partir de este momento se resalta que por autoridad no solamente debe entenderse a las instituciones del Estado Mexicano, sino también a los particulares, entre otros, a las empresas.

Para explicar lo anterior, debemos recodar que el juicio de amparo es el medio de control constitucional –garantía individual- a través del cual las personas –quejosos- reclaman los actos u omisiones que transgreden sus derechos humanos –actos reclamados- por parte de las autoridades responsables. Al respecto, es importante hacer una reflexión sobre lo que se entiende por autoridad responsable en el juicio de amparo, ya que, de conformidad con el artículo 5, fracción II de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("Ley de amparo"), dicho término comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como entidades que ejerzan actos públicos y por el hecho de ser pública la fuerza de la que disponen.

Efectivamente, en la materia de derechos humanos / derechos fundamentales, el concepto de autoridad –responsable- no se limita a un típico entendimiento de institución estatal, sino también puede incluir a los particulares, siempre que aquello que se les reclame: 1) ordene, ejecute o trate de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, que omita actuar en determinado sentido; 2) afecte derechos

[9] Véase Tesis: 2a./J. 127/2015 (10a.) de rubo "NOTARIOS PÚBLICOS. NO SON AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO EN LOS CASOS EN QUE CALCULAN, RETIENEN Y ENTERAN EL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES, PORQUE ACTÚAN COMO AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA."

[10] En la jurisprudencia PC.XXX. J/15 A (10a.) de rubro "SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL CONCESIONARIO Y LOS USUARIOS DOMÉSTICOS, SE UBICA EN UN
PLANO DE SUPRA A SUBORDINACIÓN, RESPECTO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR AQUÉL RELACIONADOS CON EL COBRO Y SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES)"

[11] En la tesis XIV.T.A.6 A (10a.) de rubro "COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AJUSTE, REQUERIMIENTO DE PAGO Y CORTE DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, DERIVADO DE LA PRÁCTICA DE UNA VERIFICACIÓN EFECTUADA POR DICHA EMPRESA PRODUCTIVA DEL ESTADO, SON ACTOS DE PARTICULARES EQUIVALENTES A LOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.

las atribuciones para actuar como una autoridad del Estado, cuyo ejercicio, por lo general, tenga un margen de discrecionalidad[9].

Ejemplos relevantes en los que se consideró como autoridad responsable a particulares: Sólo a manera de clarificar lo anterior, se traen a colación dos –de varios- criterios jurisdiccionales. En primer término, (i) la jurisprudencia resuelta por el Pleno del Trigésimo Circuito en la que resolvió que la falta de pago por la prestación del servicio público de suministro de agua, no es razón para suspender dicho servicio, pues el derecho al agua potable es un derecho fundamental que no puede verse condicionado por el contrato que hayan celebrado los particulares con el concesionario[10]. Asimismo (ii) la tesis del Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa del Décimo Cuarto Circuito, a través de la cual determinó que la Comisión Federal de Electricidad (como auxiliar del Estado en la prestación del servicio público de energía eléctrica) ejerce actos equiparables de autoridad cuando realiza un ajuste, requerimiento de pago y corte de ese servicio, derivado de una práctica de una verificación efectuada por dicha empresa[11].

El Compliance como medio de protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales. El Compliance como garantía individual

Ahora bien, es importante definir qué entendemos por Compliance. Este concepto suele ser usado constantemente en el interior de las empresas sin que siempre sea entendido de igual forma por todas las personas que lo aplican. A consideración del suscrito, el entendimiento del cual podemos partir para efectos del presente escrito, es aquél que aborda Sánchez Cañas al señalar que "consiste en la regulación directa por las empresas, donde coexiste una regulación interna a la par de la regulación estatal, cuyo objetivo es la debida diligencia y el estricto cumplimiento de las normas aplicables a ellos. Éste tiene su origen en la práctica empresarial anglosajona, comenzó en las áreas de finanzas para trasladarse a empresas dedicadas al comercio, lo que obedece a las diversas regulaciones aplicables que existen en materia comercial y financiera, las que, para no cometer ninguna falta y cumplir cabalmente las regulaciones, crearon su propia normatividad y diseñaron instrumentos de control aplicables a todas las personas involucradas en su operación"[12].
Dicho en otras palabras, el Compliance debe ser comprendido por todas las personas que trabajan en la organización, como la regulación interna de las empresas que conduzcan y garanticen, al menos, el cumplimiento de las leyes aplicables en el desarrollo del objeto social de éstas o, en su defecto, que permita la reparación del daño que pudo haber sido causado por dichas empresas en el desarrollo y/o ejecución del negocio.

Hice énfasis en "al menos", ya que el cumplimiento de las leyes aplicables debe ser solamente el piso de dicha regulación; el Compliance debe ir más allá del cumplimiento estricto de las normas públicas, debe alcanzar un nivel de buenas prácticas que, además de evitar riesgos o sanciones, sirva para generar un entorno interno y externo positivo en todos los aspectos posibles. Objetivos que son perseguidos por los conceptos de gobierno corporativo, sustentabilidad y sostenibilidad de las empresas; todos estrechamente relacionados con el Compliance.

A partir de estas series de ideas, es posible hacer la conexión –y conclusión- de que el Compliance debe ser visto como un mecanismo de protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales, es decir, como una garantía individual, ya que, si las empresas pueden ser consideradas como autoridades responsables para efectos del juicio de amparo, entonces es posible que se les acuse de violentar derechos humanos.

Al respecto, a continuación, haré una comparación por analogía. El principio constitucional de legalidad, es en sí mismo una garantía individual, ya que dirige el actuar o el no actuar de las autoridades, de conformidad con las leyes que hayan sido debidamente emitidas, lo que permite a los gobernados disfrutar de la certeza jurídica. Así, las autoridades deben contar –entre otras- con normas que regulen expresamente sus facultades y su comportamiento interno y frente a los gobernados, que además deberán garantizar el cumplimiento de las obligaciones que cada autoridad tenga atribuida. Si la autoridad se aleja de dicha normatividad, estaremos ante un escenario de ilegalidad e inconstitucionalidad, pues los derechos humanos de las personas estarían en juego. Dependerá de la naturaleza de la autoridad y del incumplimiento normativo para identificar qué tipo de derechos se verían violentados, pero es seguro el escenario de inconstitucionalidad, lo que se entiende automáticamente como una violación a derechos humanos y a derechos fundamentales.

Del mismo modo, en las empresas puede ocurrir un escenario de violación a derechos humanos –o al menos es posible de actualizarse los supuestos que equiparan a un particular con actos de autoridad-, ya que en la medida en que sean omisas de crear un gobierno interno que garantice el cumplimiento de las leyes aplicables, las buenas prácticas o, en su caso, de obedecer dicho sistema normativo, es muy probable que sus actos u omisiones repercutan en

[12]SÁNCHEZ CAÑAS, Alejandro de Jesús, El Compliance Legal de las Empresas en Materia de Derechos Humanos en México, Ed. Thomson Reuters, México, 2020, p.57.

los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas.

Este entendimiento también debe partir de la idea de que la división de poderes tradicional –poderes ejecutivo, legislativo y judicial- ha sido superado en nuestro país, ya que además de existir otro tipo de poderes como los son los organismos constitucionalmente autónomos, ahora los particulares absorben responsabilidades del Estado, como ocurre en las materias de educación, ambiental, energético, telecomunicaciones, portuarias, etcétera. Son ahora las empresas particulares quienes deciden desarrollar negocios que involucran obligaciones originarias del Estado, lo que de alguna manera los convierte en poderes; son entidades que ejercen una fuerza pública, de forma unilateral y que emana de una norma general.

Un ejemplo en las materias ambiental y energético es la figura de los Terceros Autorizados de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos ("ASEA"). De conformidad con el artículo 5º, fracción IX de la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos, la ASEA podrá acreditar a personas físicas o morales para que lleven a cabo las actividades de supervisión, inspección y verificación, evaluaciones e investigaciones técnicas, así como de certificación y auditorías referidas en dicha ley ("Terceros Autorizados").

Por lo tanto, si estas empresas –particulares- no cuentan con un debido Compliance, que garantice su debido actuar, seguramente podrá ser acusada de violar los derechos humanos de los gobernados.

6) Algún ejemplo.

Otro punto de referencia son las empresas que se dedican al sector energético. Si de acuerdo con la tesis arriba citada de rubro "SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL CONCESIONARIO Y LOS USUARIOS DOMÉSTICOS, SE UBICA EN UN PLANO DE SUPRA A SUBORDINACIÓN, RESPECTO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR AQUÉL RELACIONADOS CON EL COBRO Y SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES)", las empresas que suministran agua, no pueden suspender el servicio por un aspecto meramente contractual por encontrarse en juego un derecho humano –el agua-, entonces las empresas que sirven cualquier tipo de energía y apegados a una extensa normatividad regulatoria ¿no podrán ser consideradas de la misma manera?
Como último ejemplo, se trae a colación a las empresas que obtienen concesiones para prestar servicios portuarios. Los servicios portuarios se encuentran previstos en la Ley de Puertos y su respectivo reglamento, son actividades que corresponden originariamente al Poder Ejecutivo a través de las Secretarías competentes, sin embargo, existen los concursos públicos que les permiten llevarlos a cabo como empresas privadas, pero sujetas a la regulación aplicable. Así, es claro que estas empresas, en cualquier indebido actuar, podrían estar transgrediendo derechos humanos, por lo tanto, el Compliance se convierte en una medida que evitaría un escenario de esta naturaleza.

Los casos anteriores, solamente se citan con un fin ilustrativo, ya que cualquier empresa puede estar en el supuesto de transgredir derechos humanos; esto es, cualquier particular podría emitir actos o estar en un supuesto de omisión, con fuerza pública y discrecional que actualice la procedencia el juicio de amparo, por lo que una debida implementación de Compliance, se convierte en una herramienta que las protege de una situación así.

Por ejemplo, la NOM-035-STPS-2018, es una norma oficial que tiene como objeto obligar a TODAS las empresa a contar con mecanismos que analicen y prevengan los factores de riesgo psicosocial, la violencia laboral así como promover un entorno organizacional favorables en los centros de trabajo, por lo que si las empresas si no cuentan con un Compliance que asegure la debida implementación de dichos mecanismos, entonces podrían estar en juego los derechos humanos de los trabajadores, como el derecho humano al trabajo.

Conclusión

A través del presente artículo se mencionó ampliamente la evolución que han tenido los derechos humanos, hasta el punto de entender cómo éstos han sido constitucionalizados y entendidos como derechos fundamentales a efecto de garantizar su protección más amplia; protección que a, su vez, se consiguió con la creación de los mecanismos que permiten su eficacia en su ejercicio; mecanismos que identificamos como garantías individuales.

Asimismo, abordamos un entendimiento que, si bien

no es tan novedoso, aún sigue en el desconocimiento de varios, esto es, saber que los particulares pueden afectar los derechos humanos / los derechos fundamentales de las personas, y que las leyes aplicables, así como los jueces constitucionales, cada vez son más abiertos en establecer que no importa tanto la formalidad del sujeto que comete la violación, sino el acto o la omisión en sí misma.

En ese sentido, concluyo que el Compliance se convierte precisamente en una garantía individual, pues en la medida en que sea correctamente implementado por las empresas, aseguran el cumplimiento normativo y las buenas prácticas de éstas, lo que consecuentemente se traduce en una garantía individual para el resto de las personas; entre más eficaz sean las normas internas del Compliance que adopten las empresas, incluso dotándolas de coercibilidad ante su incumplimiento, mayor será la medida de protección de las personas que se interrelacionan con dichas empresas, pues en mayor grado será el nivel de su buen actuar y en la misma medida el respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales de las personas con las que intervengan, ya por una relación comercial, ya por una situación accidental.

Jesús Sánchez Cañas, denominada El Compliance Legal de las empresas en materia de derechos humanos en México, ya que, en importante medida, recoge varios de los pensamientos que se abordaron a lo largo del presente artículo; esto es, la reflexión de que las personas pueden afectar los derechos humanos / los derechos fundamentales en su actuar y que consecuentemente el Compliance debe ser visto como una herramienta que permita su salvaguarda o, en su defecto, la reparación de éstos.

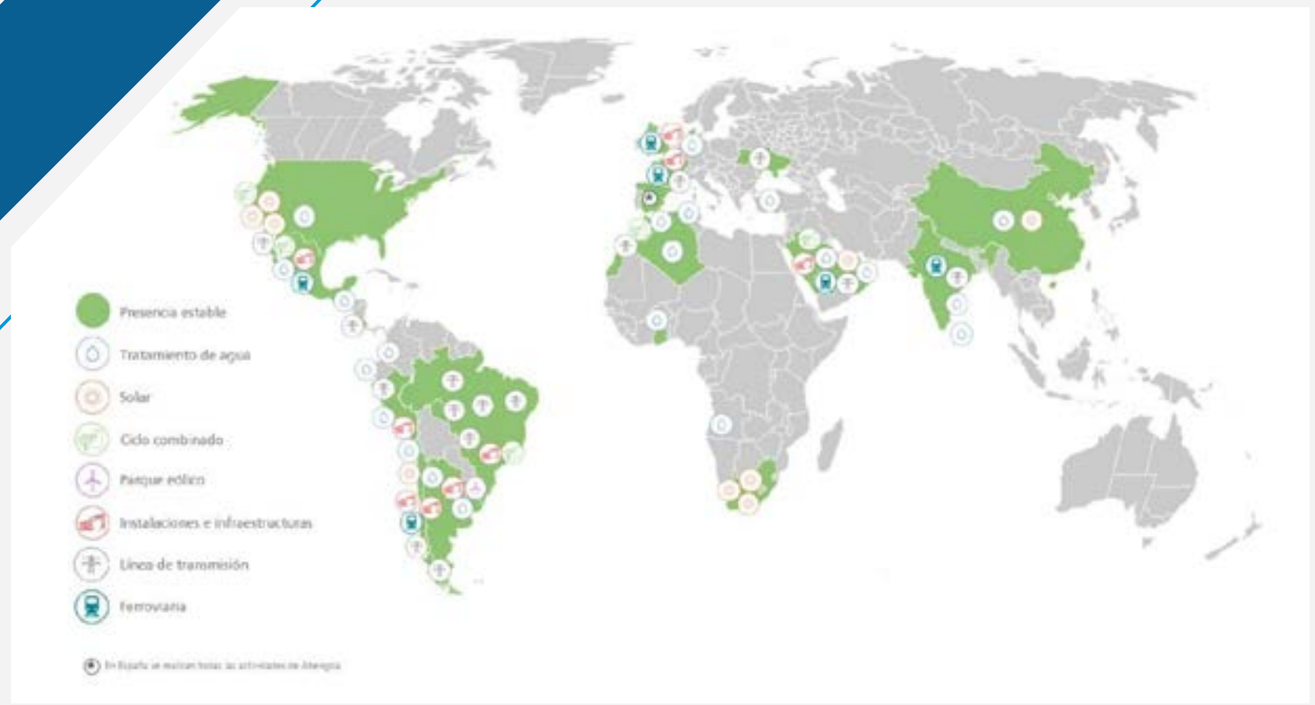
Bibliografía
1. RODRÍGUEZ Moreno, Alejandro, Origen, evolución y positivización de los derechos humanos, segunda edición, Colección de Textos sobre Derechos Humanos, México, 2015.
2. CARBONELL, Miguel, Los Derechos Fundamentales y la Acción de Inconstitucionalidad.
3. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal, cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 2003.
4. SÁNCHEZ CAÑAS, Alejandro de Jesús, El Compliance Legal de las Empresas en Materia de Derechos Humanos en México, Ed. Thomson Reuters, México, 2020.
5. www.scjn.gob.mx

Implementación Práctica del Compliance en un Grupo Societario Internacional

Rodrigo Solís

El objetivo del presente artículo es describir de manera general y ejemplificar de manera práctica, el sistema de Compliance que ha desarrollado e implementado un Grupo Societario Internacional, mediante distintas políticas, programas, guías y otras herramientas de Compliance, tendientes a lograr buenas prácticas corporativas y lograr mitigar los riesgos identificados mediante distintos mecanismos, en los distintos países alrededor del mundo en los que la empresa tiene presencia; así como exponer la manera en que ha logrado unificar los procesos internos, para que las empresas que forman parte del grupo societario, cumplan con los requisitos internos de Compliance al celebrar los actos y hechos jurídicos inherentes a su operación ordinaria.

Abengoa es una compañía internacional, fundada el 4 de enero de 1941 en Sevilla, España, que aplica soluciones tecnológicas innovadoras para el desarrollo sostenible en los sectores de infraestructuras, energía y agua.



Abengoa tiene presencia en 19 países alrededor del mundo, en Europa, África, América del Norte y Latinoamérica; está presente actualmente en todas aquellas geografías de interés estratégico para el desarrollo de sus actividades de ingeniería y construcción en los sectores de energía, agua, transmisión e infraestructuras y servicios. De manera particular, tiene presencia en el mundo, con distintas áreas de negocio, de conformidad con el siguiente mapa de presencia:
Abengoa, a lo largo del tiempo ha generado y logrado tener un exitoso y riguroso sistema de Compliance que ha implementado en todas las geografías del mundo en donde tiene presencia y que es funcional y operativo de conformidad con todas las legislaciones de las geografías y las políticas internas de la compañía.

El sistema de Compliance de la compañía tiene una función dirigida y enfocada, tanto a las personas físicas que forman parte de las empresas que conforman el grupo societario, como a las personales morales integrantes del mismo.

El sistema de Compliance de la compañía está compuesto por distintas políticas, programas, guías y otras herramientas de Compliance, los cuales se mencionan y describen de manera general en el Apéndice (A) del presente artículo, para referencia y ejemplificación del sistema.

El extenso y riguroso sistema de Compliance de la compañía, ha permitido mitigar riesgos, asegurar el cumplimiento de la legislación aplicable en cada jurisdicción y la normativa interna de la compañía en cada una de las geografías alrededor del mundo, por parte de las personas morales que conforman el grupo societario y fomentar y procurar dicho cumplimiento por parte de cada una de las personas físicas que forman parte de las empresas.

Todas y cada una de las operaciones de la compañía, cualquier tipo de acto o hecho jurídico a ser celebrado, se encuentran sujetas al sistema de Compliance, el cual ha logrado que todas las operaciones de las empresas que conforman el grupo societario, en las distintas geografías del mundo, se realicen bajo la misma normativa y sean informadas, coordinadas y aprobadas de la misma manera.

Rodrigo Solís

Entrevista realizada a
Rodrigo Solís
17 de septiembre 2021

Actualmente es director Jurídico de Abengoa México, empresa que es referente mundial en ingeniería y construcción industrial en los sectores de transmisión y distribución de energía, electrificación ferroviaria, instalaciones e infraestructuras en edificación singular. Dirige un equipo en el que esta a cargo de la coordinación, elaboración, cierre y ejecución de contratos EPC, O&M, Loan y en general en materia financiera, civil y mercantil, incluyendo garantías corporativas, personales y reales en materia financiera, y bursátil. Previo a ello fue Asociado Senior en Santamarina y Steta por 9 años.

¿Pero cómo se pone en práctica un sistema tan riguroso de Compliance en un Grupo Societario Internacional como Abengoa?

Entre otros mecanismos, en la práctica y operación ordinaria de la compañía, como parte del sistema interno de Compliance, existen las Normas de Ordenado Cumplimiento (NOC´s) que se trabajan de manera digital en la red y sistemas informáticos de la compañía.

Dichas NOC´s son documentos prácticos y de utilización ordinaria como parte de la gestión diaria, que funcionan para informar, coordinar y aprobar por parte de las personas que tienen control sobre las empresas que conforman el grupo societario alrededor del mundo, las operaciones que se realizan por todas y cada una de ellas, desde la firma de un NDA para intercambiar información con algún socio comercial, hasta la celebración de un Contrato EPC con una entidad pública o privada.

Hay diversos rubros y tipos de NOC´s, según la materia, negocio y tipo de operación que se pretende llevar a cabo[18], desde temas de responsabilidad social y marketing, hasta la gestión de asuntos jurídicos y cumplimiento normativo; cada de una de ellas tiene componentes e información distinta, que se ajusta específicamente a la operación, acto o hecho jurídico a ser realizado.

En las mismas, se incluye toda la información relacionada con la operación a ser realizada, con todas sus especificaciones[19]; cuentan con un apartado de preguntas y respuestas y la posibilidad de solicitar más información adicional, en caso de que se considere necesario, a efecto de que los autorizantes de las mismas, tengan todos los elementos necesarios para realizar una aprobación informada y consciente.

Las NOC´s tienen un circuito de aprobación en el que, una vez analizado el acto o hecho jurídico a ser realizado, se aprueba o no en la geografía, generalmente por el CEO, CFO y Legal Counsel, para pasar a los siguientes niveles de aprobación por parte de las personas que tienen control en el Corporativo en España.

En las NOC´s queda debidamente documentada la aprobación de cada una de las personas que participan en el circuito o están involucradas en la operación que se trate y dicha NOC queda debidamente registrada en los sistemas de la compañía, existiendo la posibilidad de consultar cualquier NOC y, por lo tanto, cualquier operación, que haya celebrado cualquiera de las compañías que forman parte del grupo societario, así como los funcionarios que participaron y autorizaron la misma.

Los actos o hechos jurídicos a ser realizados por las empresas que conforman el grupo societario o sus funcionarios, de conformidad con la normativa interna, únicamente pueden ser celebrados una vez aprobada la NOC correspondiente, ya habiendo sido informados, analizados y aprobados; y por lo tanto, habiendo cursado un riguroso proceso de Compliance.

Es así como todas y cada una de las operaciones que se realizan por las empresas que conforman el grupo societario alrededor del mundo, están investidas de Compliance. Incluso, para la publicación del presente artículo, fue necesario cursar una NOC y tener la aprobación correspondiente.
En mi opinión, las herramientas de Compliance, expuestas en el presente artículo, en el caso de Abengoa, han servido de manera significativa y eficiente para identificar, clasificar y mitigar riesgos operativos, normativos y legales de manera funcional en las geografías alrededor del mundo en las que tiene presencia.

Con base en lo anterior, desde mi punto de vista, es indispensable que las empresas cuenten con este tipo de herramientas de Compliance para lograr el cumplimiento de la legislación aplicable, nacional, internacional e interno; y poder mitigar en lo mayor de lo posible ciertos riegos, logrando así una estabilidad y certeza jurídica en la operación ordinaria de las empresas.

Apéndice (A) | Artículo Rodrigo Solís

[18] RUBROS DE NOC´S: AUDITORIA Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO, REQUISITOS Y POLÍTICAS DE CONTRATACIÓN, GESTIÓN FINANCIERA Y CAMBIARIA, GESTIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, ANÁLISIS DE RIESGOS Y GESTIÓN DE SEGUROS, RECURSOS HUMANOS, GESTIÓN DE CALIDAD Y MEDIOAMBIENTAL, GESTIÓN DE RECURSOS INFORMATIVOS, GESTIONES GENERALES / COLABORADORES Y PROFESIONALES EXTERNOS, CONSOLIDACIÓN Y ASUNTOS FISCALES, SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE GESTIÓN; Y IDENTIDAD CORPORATIVA, COMUNICACIÓN, RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y MARKETING.

[19] INFORMACIÓN GENERAL Y DESCRIPTIVA QUE SE INCLUYE EN LAS NOC´S: EL SOLICITANTE Y PARTICIPANTES, DEPARTAMENTO Y ÁREA A LA QUE CORRESPONDE, EL ASUNTO, NOMBRE DEL PROYECTO U OPERACIÓN, UN RESUMEN DE LA OPERACIÓN, INFORMACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA, ACTIVIDADES ESPECÍFICAS A SER REALIZADAS, MARCOS LEGALES APLICABLES, TIPOS DE SERVICIOS (EN SU CASO), JURISDICCIONES Y NACIONALIDADES, OFERTAS DE COMPETENCIA, CIRCUITO DE APROBACIÓN, ENTRE OTROS, DEPENDIENDO LA NOC PARA EL CASO EN CONCRETO.

Herramientas de Compliance

Reglamentos

Reglamento de funcionamiento de Juntas Generales de Accionistas:
Herramienta donde se especifican cómo se llevan a cabo las Juntas Generales de Accionistas y la manera de deliberar y adoptar los acuerdos atribuidos a dicho órgano de gobierno.

Reglamento del Consejo de Administración:
Este reglamento completa la diciplina aplicable al Consejo de Administración establecida en la legislación mercantil vigente y los estatutos sociales de la compañía.

Reglamento Interno de Conducta en Materia de Mercado de Valores:
El objeto de dicho reglamento es fijar las reglas para el tratamiento de la información privilegiada y la información relevante, a realización de operaciones de autocartera y la gestión de los conflictos de interés, estableciendo las normas de conducta que deberán ser observadas por la Compañía y las sociedades integradas en el grupo del que la Compañía es sociedad cabecera, sus órganos de administración, empleados y representantes en sus actuaciones relacionadas con el mercado de valores.

Reglamento de Régimen Interno de la Comisión de Auditoria:
Este reglamento regula la composición, actuar, funciones y competencias de la Comisión de Auditoría del Consejo del Consejo de Administración de la Compañía.

Reglamento de Régimen Interno del Comité de Nombramientos y Retribuciones:
La Comisión de Nombramientos y Retribuciones establece los procedimientos y vela por que al proveerse nuevas vacantes se cumpla con lo establecido en la política de selección de consejeros que en cada momento tenga en vigor la Sociedad.

Políticas

Política de Gobierno Corporativo:
El principal objetivo de esta política es establecer los principios básicos para el gobierno de la Sociedad tomando como base para ello la legislación aplicable así las normas de buen gobierno corporativo.

Política de Autocartera:
La finalidad del presente documento es establecer el marco de actuación de la Sociedad y, dentro de la misma, de su Dirección Financiera, en la gestión de las operaciones con acciones propias de la misma, fijando las normas básicas que deben regir su actuación en la gestión de dichas operaciones.

Política de comunicación y contactos con accionistas, inversores institucionales y asesores de voto:
El principal objetivo de esta política es establecer los principios básicos que deberán regir las comunicaciones de la Sociedad con sus accionistas e inversores institucionales, así como con los asesores de voto y demás asesores profesionales, fijando igualmente los cauces válidos para establecer tales comunicaciones.

Política de Prevención Penal:
La finalidad de la presente Política de Cumplimiento relativa a la Prevención Penal, o Política de Prevención Penal, es la integración en un documento, público y comprensible, de las obligaciones de la sociedad (Abengoa y todas sus filiales controladas), en materia de prevención penal, de su difusión a los empleados para su debido entendimiento y aceptación, con toda la información relevante y aplicable normativamente exigida, presidido por la iniciativa y supervisión del Consejo de Administración de Abengoa, con la finalidad de la consolidación de la cultura de cumplimiento en el grupo (Abengoa y sus filiales controladas), la ética empresarial, la transparencia y la responsabilidad social.

Programas de Compliance

Programa de Cumplimiento Normativo:
El Programa de Cumplimiento Normativo se articula en torno a las recomendaciones y al modelo

Group, (OCEG)", como concepto de excelencia en la gestión de procesos claves de gobierno corporativo (Governance), gestión del riesgo (risk management) y cumplimiento (Compliance), integrada en el modelo de "Governance, Risk and Compliance (GRC)".

Programa de Cumplimiento en materia Anti-Corrupción:
Tiene como objetivo poner en conocimiento su política de cumplimiento empresarial a todos sus empleados y su entorno, y promover las conductas lícitas evitando e investigando las acciones u omisiones que puedan suponer un incumplimiento y la responsabilidad que de ello se derive.

Programa de Cumplimiento en materia de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo:
Establece los procedimientos adecuados para el cumplimiento y colaboración con la normativa de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, así como para impedir o prevenir que la compañía sea utilizada para estos fines.

Guías de Compliance

Guía de Cumplimiento en Materia de Defensa de la Competencia para empleados, dirección y consejeros:
Tiene como objetivo poner en conocimiento su política de cumplimiento empresarial a todos sus empleados y su entorno, y promover las conductas lícitas y éticas evitando e investigando las acciones u omisiones que puedan suponer un incumplimiento y la responsabilidad que de ello se derive.

Guía de Cumplimiento en Materia de Protección de Datos:
Su finalidad es poner en conocimiento su política de cumplimiento empresarial a todos sus empleados y su entorno, y promover las conductas lícitas evitando e investigando las acciones u omisiones que puedan suponer un incumplimiento y la responsabilidad que de ello se derive.

Guía de Cumplimiento en Materia Penal:
Su objetivo es hacer del conocimiento de todos y cada uno de los empleados, de manera general, las conductas prohibidas en el ejercicio o aprovechamiento de su actividad profesional.

Otras Herramientas de Compliance

Estatutos Sociales:
Se definen la administración y órganos de gobierno, así como su funcionalidad y actuar.

Código de Conducta:
El fin último del Código de Conducta Profesional es fomentar de forma abierta y transparente el rigor profesional, estableciendo un estándar de comportamiento aplicable a la totalidad de la plantilla, sin excepción. Constituye por tanto una declaración expresa de sus valores, principios y pautas de conducta que deben guiar el comportamiento y consolidar la cultura de todas las personas del grupo en el desarrollo de su actividad profesional. Estos valores compartidos están en la base histórica de la cultura corporativa de Abengoa, y por lo tanto no son ajenos, ni importados, ni impuestos, y son seguidos e impulsados desde los órganos de administración de la compañía hasta cada empleado pasando por la alta dirección con su ejemplo.

Normas de Ordenado Cumplimiento ("NOC´s"):
Las NOC´s son una serie de documentos que se trabajan en la red interna de la compañía, que funcionan para informar, coordinar y aprobar por las personas que tienen control sobre la empresa las operaciones que se realizan por todas y cada una de las sociedades que conforman el grupo societario alrededor del mundo.

En las mismas, se describe el acto o hecho jurídico a ser realizado y cuentan con un apartado de preguntas y respuestas y la posibilidad de solicitar más información adicional, en caso de que se considere necesario.

Las NOC´s tiene un circuito de aprobación en el que, una vez analizado el acto o hecho jurídico a ser realizado, se aprueba o no en la geografía, generalmente por el CEO, CFO y Legal Counsel, para pasar a los siguientes niveles de aprobación por parte de las personas que tienen control en el Corporativo en España (la Holding del grupo societario).

Compliance en materia penal-fiscal: prevención en la comisión de delitos fiscales

Juan Manuel García Domínguez

“En lugar de incrementar la carga fiscal sobre los contribuyentes cumplidos, la estrategia tributaria se concentrará en aquellos que deliberadamente evaden al fisco”.
Rogelio Ramírez de la O, Secretario de Hacienda y Crédito Público[21].

No es un misterio que las autoridades hacendarias mexicanas están enfocadas en el combate directo contra los evasores fiscales: contribuyentes (personas físicas o morales) que deliberadamente omiten el pago de impuestos a través de estrategias ilegales y que, además, algunos no solo dejan de pagar impuestos, se dan el lujo de solicitar la devolución de impuestos sustentándose en facturas que amparan operaciones simuladas o inexistentes (quienes venden facturas se denominan EFOS –empresas que facturan operaciones simuladas- y quienes las compran EDOS –empresas que deducen operaciones simuladas), lo que resulta en un doble desfalco al Fisco Federal.

Son tiempos difíciles a nivel mundial, no es momento de banderas ideológicas o políticas, como ciudadanos (empresarios, empleados, emprendedores, servidores públicos, funcionarios, etc.) tenemos que contribuir al gasto público, es nuestra obligación constitucional –ética y moral- conforme a lo previsto en el artículo 31, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y demás leyes relativas. Necesitamos sumar y ayudar.

Hay dos tipos de contribuyentes, los que involuntariamente y los que voluntariamente omiten el pago de impuestos, a los primeros se les generan consecuencias administrativas y los segundos penales.

Las consecuencias administrativas, sin duda no menos molestas, podrán resultar en la determinación de un crédito fiscal (cálculo de impuestos omitidos) que a la postre dará pie a su cobro.
Las consecuencias penales resultarán en la cuantificación de un perjuicio fiscal –totalmente independiente del crédito fiscal- que al dictarse sentencia se condenará a su pago y a una pena de prisión, la cual podrá ir de 3 meses a 9 años (en muchos casos sin poder sustituir o conmutar la pena de prisión), pudiendo aumentarse hasta una mitad o hasta 6 años dependiendo las características del caso concreto; basta dar una rápida leída a los artículos 92, 97, 99, 101, 104, 108 y 113 bis del Código Fiscal de la Federación para entender la severidad en la comisión de un delito fiscal.

La diferencia entre un contribuyente que omitió el pago de impuestos de manera involuntaria y aquel que omitió el pago voluntariamente es la existencia del dolo (“…consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico…”)[22]. Tal vez parezca algo evidente y hasta cierto punto obvio, pero no es así, hace toda la diferencia entre la consecuencia administrativa y la penal; demostrar el dolo es vital para acreditar los elementos del delito y por supuesto la responsabilidad penal en los delitos fiscales[23].

¿Y como contribuyentes cumplidos que no tenemos el ánimo y voluntad para cometer un delito fiscal, pero que podemos cometer un error en el cálculo de impuestos o que terceras personas se aprovechen de nuestras empresas o sociedades para beneficiarse y defraudar a la Hacienda Pública, qué podemos hacer?... sin dudarlo, recurrir a la implementación de un programa de “Compliance”.
¿Qué es un programa de “Compliance”? “…se configura por una serie de pautas, líneas, directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar pueda ser considerado en armonía con el ordenamiento jurídico…”[24].

En otras palabras, en caso de una persona moral, tener un control total de la empresa o sociedad para que actué en total apego a derecho, y en caso de una persona física, pleno control de la actividad que se realiza y los riesgos inherentes para de igual forma actuar apegado a derecho.

¿Y cómo puedo utilizar esta herramienta para prevenir la comisión de delitos fiscales? Muy sencillo, pongamos un ejemplo.
Situémonos en la posición de un empresario que constituyó una empresa con el objetivo de generar riqueza de manera legal, sin embargo, tiene miedo de que sus empleados (administrador único, consejo de administración, representante legal, apoderado, etc.) puedan hacer uso indebido de la empresa y eso a la larga le pueda resultar en una responsabilidad penal o -inclusive- se responsabilice directamente a su empresa por la comisión de delitos; no olvidemos que nuestro sistema legal permite perseguir penalmente a personas morales, esto es, se les podrá responsabilizar penalmente por diversos delitos, entre ellos, delitos fiscales [25].

En principio el empresario podría pensar que únicamente es socio y que tiene empleados precisamente para que respondan por el correcto actuar de la empresa y en caso contrario, ellos serán los responsables; sin duda está del todo equivocado.
Nuestra legislación se ha ido modernizando conforme a la realidad mundial, no por nada la OCDE, GAFI y otras instancias internacionales, han sido puntuales: perseguir al beneficiario final.
Planteemos dos panoramas para el empresario: 1) no implementa un programa de “Compliance”, y 2) si

[21]https://www.eleconomista.com.mx/mercados/Gobierno-se-enfocara-en-combatir-evasion-fiscal-para-aumentar-ingresos-20210829-0084.html
[22]CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 42ª edición. Porrúa. México, 2011. Página 239.
[23]La naturaleza de la conducta en los delitos fiscales siempre será dolosa, el capítulo de delitos fiscales en el Código Fiscal de la Federación no prevé la existencia de delitos fiscales cometidos de manera culposa; esto se relaciona con lo previsto en el artículo 60 del Código Penal Federal.
[24]ONTIVEROS ALONSO, Miguel y Polaino-Orts, Miguel. Persona Jurídica, Responsabilidad Penal de las Empresas y Criminal Compliance. Editorial Flores, 2019. Página 295.
[25]Las personas morales podrán ser encontradas responsables por delitos fiscales conforme a lo previsto por el artículo 11 Bis, apartado B, incisos VII, VIII y VIII Bis, del Código Penal Federal.

Juan Manuel García Domínguez

Entrevista realizada a Juan Manuel García Domínguez
29 de septiembre 2021

Actualmente se desempeña como Director de Investigaciones en la Dirección General de Control Procedimental de la Subprocuraduría Fiscal Federal de Investigaciones de la Procuraduría Fiscal de la Federación, encargado del litigio penal fiscal en la zona noroeste del país, con 7 años de experiencia en la citada Procuraduría, anteriormente litigante especializado en la materia fiscal administrativo en diversos despachos del sector privado, tales como, Bufete López Padilla y Kaye Trueba Abogados

implementa un programa de “Compliance”.

1)Supongamos que el Consejo de Administración de la empresa compra facturas que amparan operación simuladas (actualizando el delito previsto en el artículo 113 bis del Código Fiscal de la Federación) y las utilizan para deducir impuestos y omitir el pago de contribuciones (actualizando el delito de defraudación fiscal equiparada previsto en el artículo 109, fracción I del Código Fiscal de la Federación) y si a eso le sumamos que lo defraudado consiste en una cantidad mayor a 8 millones –aproximadamente-, resultaría en prisión preventiva oficiosa (lo que significa que la persona o personas involucradas llevarán el proceso penal en prisión); pero además, lo han venido haciendo durante varios ejercicios fiscales entre 3 o más personas (actualizando el delito de delincuencia organizada previsto en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada).
Lo anterior, podría dar como resultado que el empresario y empleados responderían penalmente por los 3 delitos[26] y en su caso, también la empresa; en caso de encontrar responsable a la empresa podrá disolverse o acarrear otras consecuencias.

2)Supongamos que el empresario sí cuenta con un programa de “Compliance” que permite un correcto y total control de su empresa, en la que las responsabilidades, obligaciones y facultades están perfectamente delimitadas, con alarmas y mecanismos para evitar la posible comisión de delitos fiscales, entre otras medidas. En este caso, los responsables serán las personas que vulneraron el programa rompiendo todos los protocolos y pautas. Además, la persona moral estará amparada para que no pueda perseguírsele directamente como persona moral y en caso de que se le persiga, podrá acreditar que contaba con todos los protocolos necesarios para evitar la posible comisión de delitos fiscales, lo que resultará en su absolución o en la atenuación de la responsabilidad penal.
Contar con un programa de “Compliance” salvó al empresario de verse acusado por las acciones ilícitas, además la empresa no podrá ser investigada o en caso de que sea investigada como persona moral, seguramente será absuelta o responderá en baja medida[27].

En conclusión, es importante conocer y entender los beneficios de la implementación de un programa de “Compliance” que evitará consecuencias penales no deseadas (además de cualquier otro tipo de consecuencias, tales como administrativas, civiles, mercantiles, etc.).
Siempre existe resistencia al cambio y a la adopción de nuevos mecanismos, creyendo que generarán gastos innecesarios y el resultado no tendrá el alcance deseado o esperado; sin embargo, si yo tuviera una empresa y sé que la pueden disolver o imponer otra pena y además responsabilizarme penalmente por la comisión de diversos delitos (por ejemplo, defraudación fiscal, compra venta de facturas, delincuencia organizada, etc.), sin dudarlo invertiría en un programa de “Compliance”. No tengo la intención de pasar de 9 a 15 años en prisión, supongo que nadie la tiene. Como dice aquel refrán... ¡más vale prevenir que lamentar!

[26]Los empleados podrían acogerse a un criterio de oportunidad (mecanismo otorgado por la FGR para que personas investigadas den información del delito y puedan librar la investigación en su contra) afirmando que fue el empresario la persona que orquestó todo y fue la beneficiaria del esquema.

[27]A las personas morales que cuenten con un programa de “Compliance” antes de la comisión del delito se les podrá atenuar la pena hasta una cuarta parte, esto conforme a lo dispuesto en el artículo 11 Bis del Código Penal Federal.

Bibliografía
1. CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, 42ª edición. Porrúa. México, 2011. Página 239.
2. ONTIVEROS ALONSO, Miguel y Polaino-Orts, Miguel. Persona Jurídica, Responsabilidad Penal de las Empresas y Criminal Compliance. Editorial Flores, 2019. Página 295.

La necesidad en México de un código de buenas prácticas tributarias

Mariana Vargas

¿Qué podemos hacer en México para mejorar la relación contribuyente-gobierno y por tanto salir todos beneficiados? En el presente artículo tomaremos como ejemplo un acuerdo formulado entre los contribuyentes y el gobierno de España.
En la normatividad española existe desde el 2010 un Código de Buenas Prácticas Tributarias pactado voluntariamente entre la Administración Tributaria y los empresarios, que surge, tal como lo señala el propio Código, del ánimo de las empresas de fortalecer su responsabilidad social como generadoras de empleo, de riqueza y como agentes de desarrollo en las comunidades en las que participan. La idea de las empresas que se acogen a este Código es cambiar a un modelo de contribución activa y voluntaria, por lo que el mismo contiene recomendaciones para mejorar la aplicación y cumplimiento de la normatividad fiscal a través del incremento en la seguridad jurídica y la cooperación recíproca basada en la buena fe y la confianza legítima.

En dicho Código se habla de un tema interesante: la existencia de un **"adecuado sistema tributario"**, que podemos definir de la siguiente manera: "Un acuerdo que es negociado entre el Gobierno y los agentes económicos sobre el monto de la carga fiscal y el tipo de impuestos. Tal proceso de negociación involucra al Ejecutivo, al Legislativo, a los partidos políticos, a los sindicatos y a las distintas asociaciones empresariales, lo cual permite llegar a acuerdos sobre las tasas impositivas y la incorporación de nuevos impuestos."[28] La anterior definición señala además, que un sistema tributario consta de dos elementos: i) el marco legal, que podemos traducir en las reglas del juego y, ii) las técnicas fiscales, que podemos traducir como las formas que tiene el gobierno de asegurarse que dichas reglas se cumplan.

Hasta ahí llega la definición de sistema tributario, sin embargo, sería necesario que tal definición incluyera un tercer elemento: la utilización o destino que el gobierno le da a lo recaudado. Como sabemos, el gobierno requiere recaudar para cumplir con sus funciones básicas, que de forma muy genérica son la función administrativa, legislativa y la judicial.
En México, uno de los problemas que afectan la relación contribuyente-gobierno radica en que, una gran parte de los contribuyentes no confía en este último elemento del sistema tributario, lo que no permite que exista, como refiere el Código de Buenas Prácticas Tributarias español, un "adecuado sistema tributario".

Es por eso que, en España este Código de Buenas Prácticas se instauró principalmente con el fin de lograr la cooperación entre el gobierno y el contribuyente -en este caso las empresas-, derivado de la creciente complejidad tanto de la operación de éstas, como de la normatividad que regula dicha operación.

La necesidad de cooperación entre el contribuyente y el gobierno es un tema que aqueja a la comunidad internacional, por lo que no es sorpresa que México esté batallando con esto. Incluso la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) utiliza el término de "relación cooperativa", concepto que define como "una relación del contribuyente con la administración tributaria basada en la cooperación y en la confianza mutua entre ambas partes que supone una voluntad de ir más allá del mero cumplimiento de sus obligaciones legales", y que además se ve reflejado en las acciones de BEPS 5, 12 y 13, entre otras, cuyo contenido se enfoca principalmente en la "transparencia fiscal".

Es decir que incluso internacionalmente se busca mayor proximidad entre las partes para que, por un lado, el gobierno ofrezca publicidad y perdurabilidad de sus criterios y actuaciones, y por otro, las empresas eviten las prácticas fiscales fraudulentas y mantengan una constante comunicación con las autoridades fiscales, todo esto con el fin de reducir la litigiosidad y alcanzar resultados de forma más eficiente y efectiva.

Es evidente que, para lograr este fin, es indispensable la participación de los "intermediarios fiscales", que en términos amplios podemos entender como cualquier ente o persona que se vea involucrada en la relación del contribuyente con el gobierno. En México podemos hablar de diversos intermediarios fiscales como son: i) el auditor, que conforme al artículo 52 del Código Fiscal de la Federación (CFF) y al decir de las autoridades fiscales, es un coadyuvante del gobierno en la verificación del cumplimiento de las obligaciones fiscales; ii) el abogado o contador, quienes deben apoyar en la aplicación de las normas tributarias y rechazar las conductas fraudulentas; y iii) la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), quien orienta, representa y defiende al contribuyente.

En México, y sobre todo en la actual administración, no es un secreto que los intermediarios fiscales, en específico los despachos de abogados o asesores contables, tienen a los ojos del gobierno una mala reputación. Basta ver las manifestaciones realizadas por el Servicio de Administración Tributaria (SAT), en donde insta a los contribuyentes a renunciar a la asesoría legal y contable en aras de llegar a una negociación, incluso con amenazas penales y mediáticas[29].
Es verdad que el gobierno no confía en los intermediarios, sin embargo, el mayor problema es que los contribuyentes no confíen en el gobierno, y es de ahí de donde surgen todos los problemas. Basta

[28]Economía UNAM. Recuperado de: http://www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/CruzLI/tesis.pdf (20/09/2021).
[29]CANO, J. (22/10/2020). Presiona SAT contra abogados (noticia). Reforma. Recuperado de: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/presiona-sat-contra-abogados/ar2055160?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a-- (20/09/2021).
[30]MARTÍNEZ RIOJAS, C. (15/10/2019). "El CCE pide evitar arbitrariedades con la reforma contra las facturas falsas". Expansión. Recuperado de: https://expansion.mx/economia/2019/10/15/cce-pide-evitar-arbitrariedades-con-reforma-facturas-falsas (21/09/2021).

Mariana Vargas

Entrevista realizada a Mariana Vargas
30 de septiembre 2021

Actualmente es gerente en el Área de Litigio Tributario en Grupo Salinas, uno de los conjuntos de empresas más importantes en México con actividades en medios de comunicación (TV Azteca), telecomunicaciones (Total Play), servicios financieros (Banco Azteca) y comercio minorista (Grupo Elektra). Encargada de la elaboración y seguimiento de juicios y recursos ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales en todas sus etapas, mediante la coordinación y supervisión de firmas externas y las diversas empresas del Grupo. Previamente fue Abogada Senior en el Área de Litigios Tributarios en Deloitte.

ver la ola de amparos que se presentan cada vez que sale una reforma y las cartas dirigidas a nuestros gobernantes, donde diversas asociaciones tanto de empresas como de profesionistas del derecho o la contabilidad manifiestan su inconformidad con las nuevas disposiciones.

El gobierno dice estar abierto a las sugerencias del sector privado, sin embargo, al final de cuentas hasta ahora no se ha llegado a un acuerdo con los empresarios, tal como lo señalan los mandatarios de las siguientes organizaciones:
- “Las audiencias públicas parlamentarias no deben ser simples formalidades, ni mucho menos simulación, sino que deben servir para nutrir y enriquecer el trabajo legislativo, que impacta a todos los ciudadanos”, dijo el presidente del Consejo Coordinador Empresarial (CCE)[30].
- “Nos reunimos con tristeza pues a pesar de todo el esfuerzo (...) para convencer al gobierno federal, senadores y diputados, no fue posible hacerles cambiar de parecer y modificar su propuesta de iniciativa (...) de nada o de muy poco sirvieron los comunicados, las reuniones y las sesiones de trabajo”, sostuvo el representante de la Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex)[31].

Entonces, ¿Qué fue primero, el huevo o la gallina? ¿La desconfianza del contribuyente en el gobierno y en su forma de administrar lo recaudado, o la desconfianza del gobierno en el contribuyente en cuanto a las prácticas para determinar y pagar sus impuestos? Con independencia de qué fue primero, los cierto es que todo esto se ha vuelto un círculo vicioso.

Conforme al artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los mexicanos estamos obligados a contribuir al gasto público de una manera proporcional y equitativa, sin embargo, actualmente no se legisla para recaudar de una forma proporcional y equitativa para alcanzar el bien común, se legisla en su mayoría específicamente para ir obstaculizando las prácticas fiscales agresivas implementadas por los contribuyentes.

La verdadera pregunta es: ¿por qué los contribuyentes tienden constantemente y en aumento a implementar dichas prácticas fiscales? De acuerdo con un estudio realizado por Tax Foundation en 2019 Suecia contó con la tasa impositiva marginal más alta, con el 76%, por el contrario, la más baja la tiene Bulgaria, con el 29%, mientras que México tiene un 42%. Siendo que en Suecia se muestran muy satisfechos con esas cargas impositivas tan altas, ¿por qué es que en México hay tanto descontento social y ganas de reducir el pago de impuestos?

Según la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), es debido a que, por ejemplo, en Suecia el gobierno redistribuye la riqueza a través del gasto público, no a través de los impuestos. Volvemos entonces a nuestro tercer elemento del “sistema tributario”; la utilización o destino que el gobierno le da a lo recaudado o, en palabras de la FEDEA, el gasto público.

Tenemos entonces que el contribuyente no confía en la administración que le da el gobierno a lo recaudado, es decir, no se siente satisfecho ni ve reflejada su aportación en el gasto público, lo que lo lleva a implementar prácticas agresivas para conservar parte de su dinero. Por el otro lado, el gobierno no confía en la autodeterminación y pago de impuestos por parte del contribuyente, lo que lo lleva a implementar normatividad cada vez más agresiva, lo que recientemente se ha dado a conocer como “terrorismo fiscal”.

El anterior es un problema muy grave y que lleva fraguándose ya mucho tiempo, sin embargo, justamente el Código de Buenas Prácticas Tributarias español, que sirvió como punto de partida para el presente artículo, se basa en un concepto muy importante: la confianza mutua. Es deseable que la sociedad mexicana, iniciando por sus empresas y el gobierno, partan de un nuevo modelo de interacción en el que se presuponga la existencia de esta confianza, para así poder ir sanando la relación entre estas partes.

Mediante una colaboración real entre las partes que voluntariamente decidan participar de este Código, pueden irse dando pequeños cambios que, al reportar beneficios, se esparzan a un mayor porcentaje de la sociedad. Beneficios tales como una mejor y más eficiente recaudación de impuestos, así como la reducción del riesgo de las empresas de caer en incumplimiento, en donde además realmente se escuche al contribuyente para establecer lineamientos de recaudación que no rocen en el terrorismo, sobre todo considerando la situación de contribuyentes cumplidos y de confianza.
Es por eso que la voluntariedad, la bilateralidad, la transparencia, la confianza, el mutuo acuerdo, la colaboración, la confidencialidad, la privacidad y la comunicación, son los principios rectores del mencionado Código.
Aunado a estos principios, es evidente que deben incluirse ciertos compromisos. Por parte del contribuyente: la información constante al gobierno, la lealtad, la prevención, la corrección, la reducción de la litigiosidad, la debida atención a los requerimientos, la difusión en la sociedad, la formación de los pares, la participación y el compromiso con la calidad. Por parte del gobierno: la facilidad de comunicación, la atención personalizada, la mejora de procedimientos, la publicación y unificación de criterios, la reducción de cargas fiscales, el respeto de los derechos y, sobre todo, tomar en cuenta los comentarios del contribuyente respecto de normas o políticas que pudieran llegar a ser arbitrarias.

Es claro que la recuperación de una sana relación entre el gobierno y el contribuyente es tarea difícil que requerirá de varias generaciones de personas dispuestas a trabajar por alcanzar dicho fin, sin embargo, la implementación de un Código de Buenas Prácticas Tributarias es una muy buena forma de acercarnos, aunque sea un poco más a la meta. Sobre todo, considerando que no es el primer intento ni el único; existen ya por ejemplo varios mecanismos a través de la PRODECON para concertar pláticas y alcanzar acuerdos con el gobierno, derivado de

a discrepancia entre el criterio del sector privado y el gobierno se organizan foros para discutir las reformas -hasta ahora no muy exitosos-, y el gobierno ha manifestado su apertura a la negociación, con tal de evitar los largos litigios que resultan costosos para ambas partes.

Incluso, ya hay algunas autoridades mexicanas que han optado por la utilización de métodos parecidos a este Código, como es la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), que desde agosto de 2019, cuenta con un documento de "Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica", para que los agentes económicos diseñen e implementen programas efectivos de cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica, y muestra los recursos que la COFECE pone a su disposición para tal fin. Además, ofrece ejemplos de casos que la COFECE ha resuelto en distintos sectores y referencias bibliográficas y normativas que pueden resultar de utilidad en la construcción y ejecución de programas de cumplimiento.

La implementación de un Código de Buenas Prácticas Tributarias en México sería entonces un esfuerzo más para alcanzar el bien común, por lo que es necesario que empecemos a estudiar y a impulsar la posibilidad de la creación y utilización de uno ya que, sin duda, se trata de un paso más hacia el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contribuyentes y de la administración tributaria.

Si bien es cierto que en México nos basamos más en la obligatoriedad de las leyes tributarias, es conveniente que poco a poco nos vayamos acostumbrando a una cultura ético-tributaria, que logre que cada vez más personas tengan la voluntad de contribuir al gasto público y que el gobierno deje de ver al contribuyente como un presunto culpable para verlo como un colaborador.

Para alcanzar un balance el gobierno no debe de abusar de la recaudación (terrorismo) ni el contribuyente reducirla (elusión/evasión), sino que se debe encontrar un punto medio razonablemente aceptable para ambas partes.
Es por esto que la creación y utilización de un Código de Buenas Prácticas Tributarias en México sería un gran método para mejorar la relación contribuyente-gobierno y por tanto salir todos beneficiados.

Bibliografía
1. Código de Buenas Prácticas Tributarias. Agencia Tributaria y Foro de Grandes Empresas, disponible en: Codigo de Buenas Prácticas Tributarias (agenciatributaria.es)
2.Economía UNAM. Recuperado de: http://www.economia.unam.mx/secss/docs/tesisfe/CruzLI/tesis.pdf. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021.
3. CANO, J. (22/10/2020). Presiona SAT contra abogados. Reforma. Disponible en: https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=https://www.reforma.com/presiona-sat-contra-abogados/ar2055160?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a-- Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021.
4. MARTÍNEZ RIOJAS, C. (23/10/2019). Los empresarios llegan en desventaja a la pelea contra la ley de facturas falsas (noticia). Expansión. Disponible en: https://expansion.mx/economia/2019/10/23/empresarios-desventaja-pelea-contra-ley-facturas-falsas Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021.
5. MARTÍNEZ RIOJAS, C. (15/10/2019). El CCE pide evitar arbitrariedades con la reforma contra las facturas falsas (noticia). Expansión. Disponible en: https://expansion.mx/economia/2019/10/15/cce-pide-evitar-arbitrariedades-con-reforma-facturas-falsas Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021.
6. MARTÍNEZ RIOJAS, C. (15/10/2019). Los empresarios anuncian que combatirán la reforma sobre facturas falsas (noticia). Expansión. Disponible en: https://expansion.mx/economia/2019/10/15/la-coparmex-alista-batalla-contra-reforma-sobre-facturas-falsas Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021.
7. CUEVAS, E. (19/05/2020). Estos son los países en donde los que más ganan... pagan más impuestos (noticia). El Financiero. Disponible en: https://www.elfinanciero.com.mx/economia/estos-son-los-paises-en-donde-los-que-mas-ganan-pagan-mas-impuestos/ Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2021.
8.MOHORTE, A.P. (20/06/2020). Si quieres ser como Suecia, prepárate para subir los impuestos a las rentas más bajas (artículo). Magnet. Disponible en https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/quieres-ser-como-suecia-preparate-para-subir-impuestos-a-rentas-bajas Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2021.
9.COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. (agosto 2019). Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica (documento). COFECE. Disponible en: https://www.cofece.mx/recomendaciones-para-cumplir-con-la-lfce/ Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2021.
10. Código de buenas prácticas de profesionales tributarios (s.f.). Recuperado de: https://www.sdelsol.com/pub/book/adjuntos/2593/CBPT_PROFESIONALES_TRIBUTARIOS.pdf (23/09/2021).
11.SOTO MOYA, M. (s.f.). Los códigos de buenas prácticas tributarias: beneficios de adhesión en CISS Compliance Fiscal. Disponible en: https://www.cisscompliancefiscal.com/documento.php?id=DT0000304800_20200115.html Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2021.

[31]MARTÍNEZ RIOJAS, C. (15/10/2019). "Los empresarios anuncian que combatirán la reforma sobre facturas falsas". Expansión. Recuperado de: https://expansion.mx/economia/2019/10/15/la-coparmex-alista-batalla-contra-reforma-sobre-facturas-falsas (21/09/2021).
[32]La tasa impositiva marginal considera las contribuciones a la seguridad social y los impuestos al consumo, además de los impuestos sobre la renta.
[33]CUEVAS, E. (19/05/2020). Estos son los países en donde los que más ganan... pagan más impuestos (noticia). El Financiero. Recuperado de: https://www.elfinanciero.com.mx/economia/estos-son-los-paises-en-donde-los-que-mas-ganan-pagan-mas-impuestos/ (22/09/2021).
[34]MOHORTE, A.P. (20/06/2020). Si quieres ser como Suecia, prepárate para subir los impuestos a las rentas más bajas (artículo). Magnet. Recuperado de: https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/quieres-ser-como-suecia-preparate-para-subir-impuestos-a-rentas-bajas (22/09/2021).
[35]Comisión Federal de Competencia Económica. (agosto 2019). Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica (documento). COFECE. Recuperado de: https://www.cofece.mx/recomendaciones-para-cumplir-con-la-lfce/ (24/09/2021).

La importancia del análisis de riesgos en la elaboración de programas de compliance penal

Víctor Manuel Palacios

La contingencia que representa para una persona moral ser sujeta de un procedimiento penal[36], ha llevado a que muchas empresas y organizaciones identifiquen la necesidad de contar con un programa de Compliance, buscando no solamente evitar la comisión de malas prácticas o incluso delitos en el seno de la empresa, sino previendo un escenario de litigio en el cual, dado el caso, la empresa pueda justificar y demostrar que existe un debido control organizacional.

En los últimos años, el concepto de Compliance penal ha adquirido mucha relevancia y se ha convertido, por un lado, en un nicho de negocios para quienes se dedican a asesorar empresas y por el otro, en una constante preocupación de los directores, socios, y accionistas de personas morales que buscan evitar que se actualice un supuesto de responsabilidad penal para su empresa.

En efecto, cada vez más firmas jurídicas anuncian entre sus servicios la "implementación de un programa de Compliance" que, dicen, evitará que sus clientes empresariales enfrenten una contingencia penal.
Esta nueva tendencia, si bien es positiva en cuanto a que ha generado en los empresarios la conciencia de tener programas de cumplimiento, tiene un gran riesgo, pues algunos empresarios pueden estar bajo la falsa idea de que, al haber contratado un abogado que les vendiera un programa de Compliance, sus empresas se encuentran "blindadas" de tener una contingencia penal.

Lamentablemente, y hablo específicamente del caso mexicano donde no existe la obligación para los abogados de apegarse a un código de ética, algunos colegas se han dedicado a vender "machotes" a los que les llaman "programas de Compliance".

El caso se complica cuando, además, en México no existe una norma que regule de manera amplia y precisa lo que debe contener un programa de Compliance, haciendo que sea muy difícil evaluar ex ante si un programa de Compliance tiene los requisitos y las características que lo hará eficaz ante una acusación penal.

Es decir, estos abogados venden a todos sus clientes, con independencia de la actividad que realice, un "manual" al que le hacen alguna que otra modificación, quizá le den algún curso adicional al cliente, y quizá le recomienden establecer un canal de denuncias en la empresa, y con ello dan por cumplido su contrato, cobran, y dejan detrás a un cliente satisfecho pero engañado, pues lo que adquirió es lo que se conoce como un programa de Compliance "de papel", es decir, un programa de Compliance que únicamente existe en el papel pero, al no atender las necesidades y los riesgos específicos de la empresa, pierde toda utilidad ante una contingencia de carácter penal.

Uno de los pasos necesarios para que un programa de Compliance sea realmente eficaz, es la realización de un análisis de riesgos adecuado.
El análisis de riesgos será precisamente la tarea que realicen las personas morales para dejar establecidos las posibles contingencias a futuro y la posible solución en caso de que se actualicen esas contingencias. Es, en otras palabras, identificar los "focos rojos" que tiene cada empresa.

Realizar un análisis de riesgos idóneo es comparable con el diagnóstico que tiene que hacer un médico de su paciente: si el médico diagnostica una enfermedad distinta a la que realmente tiene el paciente, probablemente aplique un tratamiento correcto para una enfermedad incorrecta.

Así, un programa de Compliance que se diseñe y ejecute sin realizar un análisis de riesgos idóneo, va a generar que la organización en cuestión tenga una "medicina" que no le sirve para sus males que, ni va a evitar las conductas indebidas, y ni va a funcionar como defensa en un procedimiento penal.
Tengamos siempre en mente Compliance es la adopción de modelos de organización y gestión que sirvan (esta palabra es importante, que SIRVAN) para la prevención e identificación de operaciones delictivas dentro de la empresa. Son instrumentos autorregulatorios que señalan un mapa de riesgos y medidas de control sobre ellos.

Por ello, la adopción de medidas de Compliance variará según la naturaleza de la empresa, así como del giro de sus actividades, y el análisis de riesgos será el primer paso para lograr establecer un modelo de Compliance que cumpla con sus finalidades.

Por último, considero que es importante recalcar la importancia de la ética en el ejercicio de la profesión jurídica, pues es precisamente la carencia de profesionales éticos, la que ha hecho que muchas empresas hoy cuenten con programas de Compliance de papel que de nada servirán ante un procedimiento. Resulta extremadamente importante que los colegios de abogados atiendan esta situación y que se difunda adecuadamente lo que realmente debe tener un programa de Compliance penal, pues de lo contrario las empresas seguirán cayendo en manos de profesionistas sin ética.

[36]México es uno de los países que admitió, recientemente, la posibilidad de que las personas morales fueran sujetas a responsabilidad penal, dejando atrás aquella máxima romana que había permeado en los sistemas jurídicos latinoamericanos referente a que las sociedades no delinquen.

El artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

Víctor Manuel Palacios

Entrevista realizada a
Víctor Manuel Palacios
7 de octubre 2021

Actualmente es Socio en el Despacho García González y Barradas S.C., despacho de abogados especializado en litigio penal y constitucional. Previamente, fue abogado en la Gerencia Penal de la Subdirección Jurídico Contenciosa de Petróleos Mexicanos.

Regulatory Compliance: Una estrategia necesaria para una correcta operación empresarial

Sofía Tamayo

Compliance es un concepto que se originó a partir de la tradición jurídica anglosajona, situación que ha llegado a dificultar el proceso de conceptualización y alcance del término una vez tropicalizado y aplicado a los sistemas jurídicos basados en la tradición civilista[37].

Dicho concepto en México se ha visto limitado, en la mayoría de los casos, a un enfoque de prevención de delitos. Se ha concentrado en la implementación de normas de autorregulación para eliminar o mitigar riesgos asociados a posibles imputaciones de responsabilidades penales a las personas morales, usualmente vinculados a evitar llevar a cabo actos de mala conducta en el ambiente laboral, corrupción o de crimen organizado derivado de recursos de procedencia ilícita, ya sea por parte de sus empleados o de terceros con los que se tenga relación.
Sin restarle importancia a lo mencionado anteriormente, es muy importante no perder de vista que una sanción aplicada a una empresa, de cualquier índole, puede repercutir en considerables impactos negativos en su reputación e imagen pública, implicaciones financieras considerables o hasta encontrarse en una situación que la imposibilite a continuar con sus operaciones.

Bajo esa tesitura, resulta deseable que el término Compliance se analice y se entienda desde una perspectiva amplia ya que para prevenir que existan sanciones, las empresas deben sentar las bases para fomentar y formar culturas organizacionales de cumplimiento y promoción de la legalidad, a partir de valores como la ética, la transparencia y la integridad desde dos dimensiones: por una parte, el establecimiento y cumplimiento de normas internas que definan las características de la propia empresa y, por otra, el cumplimiento y seguimiento puntal de normas externas.
Ambas dimensiones con sus respectivos procesos de gestión e interacción dentro y fuera de la organización.

Estas dos categorías se encuentran intrínsecamente vinculadas y su aplicación va más allá de la mera prevención de riesgos asociados al ámbito penal. Es imperativo tener presente los posibles riesgos dentro del ámbito de derecho administrativo; sobre todo para aquellas empresas que se desenvuelven en áreas de la economía donde el aparato gubernamental regula sus actividades a partir de disposiciones federales y estatales de carácter económico, técnicas y operativas, estableciendo obligaciones de índole jurídico que representan cargas administrativas importantes y que se encuentran bajo constante escrutinio por parte de los Reguladores.

El no-cumplimiento de las anteriores deriva en sanciones pecuniarias o en la pérdida, revocación o terminación anticipada de permisos, autorizaciones y/o contratos. Dentro de las empresas que están sujetas a dicha regulación, se pueden mencionar a las empresas de los sectores financiero, energético, farmacéutico y de telecomunicaciones, entre otras.

Es con base en lo anterior que el término Regulatory Compliance adquiere gran relevancia y, para efectos del presente artículo, se define como la obediencia de las organizaciones empresariales, en tiempo y forma, de las reglas y regulaciones[38] que rigen su operación y actividades de mercado.

Es importante mencionar que los requerimientos regulatorios no son un fenómeno nuevo. Las empresas que desarrollan sus actividades en mercados y áreas con fuerte injerencia Estatal se han enfrentado a reglas generales, estándares y códigos desde que entraron en escena. Sin embargo, la importante variable a considerar en la actualidad es la seriedad y el rigor que han aplicado los Reguladores en el cumplimiento de sus funciones, lo que hace que el entorno regulatorio sea cada vez más complejo y severo, dejando a las empresas con la ardua tarea de lidiar y gestionar formas de demostrar, documentar e informar periódicamente sobre su cumplimiento regulatorio.

Evidentemente, con los desafíos anteriores y la vulnerabilidad fácilmente identificada en un panorama complejo, las empresas no pueden darse el lujo de abordar al azar el cumplimiento regulatorio inherente a sus operaciones y actividades del mercado. Por ello, es fundamental que las empresas bajo esta coyuntura integren a su catálogo de normas internas un programa que tenga como finalidad la implementación de un Sistema de Cumplimiento de Requerimientos Regulatorios (SCRR) que permita de manera efectiva y sin exceder las capacidades de recursos dentro de la empresa, el cumplimiento puntual de todas las obligaciones frente a las agencias gubernamentales sectoriales, elevando la relevancia y trascendencia frente a todo el personal sobre el cumplimiento regulatorio al pie de la letra.

Así será posible evitar que la persona moral se coloque en una situación de riesgo que la pueda hacer acreedora a sanciones de carácter administrativo con efectos perjudiciales profundos en su imagen frente a terceros – incluyendo clientes – hasta la pérdida de documentos que amparan su participación en un sector correspondiente.
Para lograr la implementación de un SCRR que ayude eficientemente a una empresa cuyas operaciones se encuentran sustancialmente reguladas para cumplir a cabalidad sus obligaciones frente a los Reguladores sectoriales, propongo las siguiente siete actividades:

1. Enlistar los documentos regulatorios industriales que sean aplicables para las actividades de la empresa.

2. Identificar y tener presentes, mediante la elaboración de una matriz, los requisitos regulatorios específicos con los que se debe cumplir. Señalar

[37]Situación que ocurre de la misma manera con el concepto de "regulación de la economía". En inglés: Regulation.

[38]Documentos jurídicamente vinculantes con disposiciones con contenido técnico, operativo o económico aplicable a las empresas que participan en mercados regulados por el Estado buscando preservar la eficiencia económica y mitigar fallas de mercado para asegurar que los bienes y servicios socialmente deseables sean proporcionados y protegidos en condiciones de competencia, calidad y precio adecuado

Sofía Tamayo

Entrevista realizada a Sofía Tamayo
14 de octubre 2021

Actualmente desempeña el cargo de Asuntos Regulatorios en AES México, una de las empresas líderes en el sector energético, teniendo a su cargo el análisis y monitoreo puntual de las regulaciones y reglas del mercado, la interacción con Reguladores y diversas entidades gubernamentales. Previamente trabajó en la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Comisión Reguladora de Energía participando en el desarrollo de la regulación aplicable a partir de la Reforma Constitucional de 2013.

de forma clara el impacto que tienen sobre la organización, incluyendo la manera solicitada por parte de las autoridades de documentar su cumplimiento.

3. Llevar a cabo una revisión interna inicial para estar en condiciones de evaluar el estado de cumplimiento actual de la regulación sectorial y así identificar áreas de riesgo y de oportunidad para actuar en consecuencia.

4. Elaborar un programa escrito para la implementación y monitoreo del SCRR en función de lo identificado en la revisión interna a detalle, principalmente teniendo claro lo referente a la autoridad gubernamental que lo solicita, fechas de cumplimiento, listado de información o documentación necesaria a ser presentada, entre otros.
5. Informar a los integrantes de la organización sobre la relevancia e importancia del SCRR para la operación y continuidad de las actividades de la empresa.

6. Designar a una persona o equipo que sea responsable del conocimiento de la regulación sectorial a detalle y pueda resolver situaciones o cuestionamientos por parte del personal de la empresa y, por otro lado, gestione el archivo de todos los documentos relevantes en formato físico y digital. Mantener el cumplimiento normativo de requerimientos regulatorios es responsabilidad de todos aquellos que conforman la organización y, por ende, deben estar informados y capacitados para reaccionar de conformidad con las políticas de cumplimiento regulatorio desde una consciencia ética.

7. Monitorear, actualizar y mejorar constantemente el SCRR, a partir de factores como podría ser un riesgo regulatorio o cualquier otro posible, para actuar con prontitud en su adecuado manejo.

Para lograr su implementación, se puede hacer uso de herramientas tecnológicas que aseguren un seguimiento del cumplimiento de los requerimientos regulatorios mediante procesos automatizados que faciliten su uso y manejo y los ponga accesibles, a la vista y apoyo de todo el personal de la empresa.

Contar con una visión dentro de las empresas respecto a la trascendencia y relevancia del cumplimiento de los requerimientos regulatorios, o sea del Regulatory Compliance, es una estrategia necesaria para una correcta operación empresarial que permita a la empresa y a sus empleados seguir desarrollando sus actividades en un ambiente de riesgos mínimos o controlados y que sirva como ejemplo de la integridad de la organización tanto en la dimensión interna como en la externa.

Hacer las cosas bien, sí hace la diferencia.

La Firma Electrónica y su relación con el Compliance

Eduardo Alejandro Morfín

Introducción

En materia contractual, la práctica ha llevado a que el consentimiento, como elemento de existencia del contrato, es decir, la manifestación de la voluntad de las partes para consentir un acto, se otorgue, en la mayoría de los casos, por medio de la firma autógrafa, es decir, aquella que es trazada en un documento por una persona de puño y letra, sin embargo, el mismo Código Civil de tiempo atrás ha mencionado que dicho consentimiento puede ser expreso o tácito. Al hablar de un consentimiento expreso, el Código Civil Federal ya menciona esta manifestación de la voluntad de forma verbal, escrita o incluso por medios electrónicos, ópticos o cualquier tecnología.

Hablando de la Firma Electrónica y Compliance

Como ya se comentó en la Introducción, el Código Civil Federal prevé el otorgamiento del Consentimiento por medio de cualquier tecnología, ahora bien, es el Código de Comercio el instrumento legal que define a la Firma Electrónica dentro de su artículo 89 refiriéndose a "Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio". Ahora bien, la definición que hace el Código de Comercio, transcrita de manera literal en el párrafo inmediato anterior, contiene una serie de aspectos a considerar. El primero de ellos, se refiere a los "datos consignados en un Mensaje de Datos", definiendo en el mismo instrumento legal un Mensaje de Datos como "La Información Generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología."

Lo anterior implica, a mi parecer, hablar de los mismos medios por los cuales se otorga el consentimiento, sin embargo, la definición de la firma electrónica también da la opción de que el mismo mensaje de datos "sea adjuntado o lógicamente asociado por cualquier tecnología", encontrándonos con el problema de que no se describe ni se define a qué se refiere con ello.

El segundo, se refiere la necesidad de identificar al firmante en relación con dicho mensaje de datos e indicar (comprobar) que éste aprueba la información contenida en el mismo. Sin embargo, considero que nuevamente nos encontramos ante un precepto legal que no describe a detalle cómo es que se debe identificar al firmante para poder acreditar y comprobar que existió consentimiento para obligarse y que no hubo algún vicio del consentimiento.

Con lo anterior y entrando en materia de Compliance, considero que es sumamente importante observar cada precepto legal en el que se prevea la Firma Electrónica como medio de otorgamiento del consentimiento y cuáles son los requisitos que cada norma contempla para su uso. Esto último, a efecto de minimizar los riesgos legales que pudiesen derivar con la aceptación de la misma.
Algunos de los preceptos que considero que se deben observar son, por ejemplo, que la firma electrónica se lleve a cabo por medio de un Prestador de Servicios de Certificación, que se cumpla con la "NOM-151-SCFI-2016.- Requisitos que deben observarse para la Conservación de Datos y digitalización de documento sellos digitales de tiempo, entre otros", o verificar la identidad del firmante tal y como lo establece el Código de Comercio, entre otros.

Así, al estar regulada la firma electrónica en diversos ordenamientos legales, los cuales, establecen diversas características específicas para su uso y aceptación, el desconocimiento de toda esta regulación y el uso inadecuado de la misma implica diversos riesgos para las empresas que llevan a cabo el uso de la firma electrónica.

Por ejemplo, ¿de qué manera se puede acreditar que la Persona Física que se encuentra firmando electrónicamente, es la persona física que tiene la capacidad jurídica para representar a la entidad que está obligando?, o bien, ante un incumplimiento del contrato, ¿cuáles serán los instrumentos idóneos que se deberán de presentar como pruebas ante un juzgador para validar la firma electrónica?

Considero que una solución al problema anterior sería regular de una manera ordenada e incluso incluir en los Códigos de Procedimientos, los requisitos mínimos necesarios para acreditar la validez de la firma Electrónica a efecto de: i) reducir los riesgos en materia de Compliance para las empresas y; ii) tener conocimiento de cuáles son los lineamientos, procesos y procedimientos que el juzgador usará para acreditar la validez de la firma electrónica, para así, cumplir previamente con los mismos.

De año y medio a la fecha, a raíz de la Pandemia denominada COVID-19, como abogados, nos hemos enfrentado a migrar a otros esquemas tecnológicos a efecto de poder continuar con las transacciones contractuales que día a día realizamos y con ello observar el cumplimiento de cada precepto legal para dar la seguridad jurídica que requieren las empresas que representamos.

Por ende, no podemos pasar por alto la importancia que tiene la relación de la firma electrónica y el Compliance, pues no solo trata de tema de mero Cumplimiento Normativo o de Seguridad Jurídica, sino que también abarca temas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), por ejemplo, ahorrar impresiones y con ello sumar esfuerzos para ser "amigables" con el medio ambiente; o temas de prevención de riesgos penales, como es el fraude, entre otros tantos.

Es evidente que la firma electrónica y el Compliance tienen relación tanto en un sentido jurídico, medio ambiental, reducción de costos, productividad e incluso de tecnología y modernización.

Eduardo Alejandro Morfín

Entrevista realizada a
Eduardo Alejandro Morfín
21 de octubre 2021

Actualmente se desempeña como Head of Legal de ALD Automotive México, empresa líder en arrendamiento de vehículos y administración de flotillas a nivel global, así como operadora de arrendamientos de vehículos en Europa y alrededor del mundo y precursora del modelo de arrendamiento conocido en la industria como Full Service Leasing. Previamente se desempeñó como abogado en el Sector Financiero principalmente en temas de Arrendamiento, Crédito y Factoraje.

El Modelo de Compliance como prueba para impedir la responsabilidad penal de la persona jurídica

Guillermo Urosa

En virtud de la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta sumamente importante entender la forma en cómo ésta se aplica, la forma en cómo se puede cometer el delito y la forma en cómo la empresa se puede defender ante una investigación criminal en su contra.

Atendiendo a lo que refiere el Código Nacional de Procedimientos Penales y legislaciones sustantivas penales, la responsabilidad penal de la empresa se configura de la siguiente manera:

Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

La legislación procesal -de forma indebida- establece la forma en cómo se debe acreditar la responsabilidad penal de las empresas, estableciendo los siguientes tres requisitos:
1. La comisión de un delito.
Esto es, debe de existir la comisión de un delito previsto en el catálogo -numerus clausus- de delitos que establece el Código Penal, por virtud del cual, puede ser sancionada una persona jurídica.
Existen algunos códigos que no establecen un catálogo de dichos tipos penales, refiriendo que pueden cometerse todos los delitos contemplados en dicho ordenamiento, por ejemplo, el Código Penal para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

2. Que el hecho delictivo haya sido realizado:
a)A su nombre,
b)Por su cuenta,
c)En su beneficio, o
d)A través de los medios que ellas proporcionen.
Se puede actuar a su nombre, ostentándose como representante de la empresa, de hecho, o de derecho, por su cuenta, en su beneficio, sin señalar si es un beneficio económico o no, o bien, a través de los medios que las empresas proporcionen, pudiendo realizarse, por ejemplo, a través de medios electrónicos.

3. Que exista la inobservancia de un debido control en su organización.
El debido control en su organización se debe de entender como todas aquellas medidas de prevención que podrían haber evitado la comisión de un delito.

Por lo tanto, se debe de entender como el fundamento de la responsabilidad de la empresa, el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos.

Sin embargo, existe un presupuesto para dicha responsabilidad, que es la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal aplicable, conforme lo que refiere el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo anterior, en el entendido que la persona jurídica no responde por el hecho de un tercero, sino por haber hecho posible o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa[39].

Por lo tanto, una vez que se ha cometido el delito como presupuesto de la responsabilidad penal empresarial, se debe analizar puntualmente el fundamento, esto es, si la persona jurídica contaba, al momento del hecho, con un programa de cumplimiento eficaz a efecto de evitar la comisión del delito por parte de las personas físicas.

Luego entonces, a la persona jurídica se le imputa el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, ésta lo comete debido a la omisión de contar con un debido control al interior de la organización [Compliance], en virtud de contar con una posición de garante legalmente establecida, tendiente a evitar la comisión de determinados delitos.
La empresa podrá ser sancionada penalmente por no contar con códigos, políticas, protocolos, procedimientos, capacitaciones, canal de denuncias, etc., encaminados a evitar que alguno de sus integrantes [empleados, directivos, accionistas, etc.] delincan, o bien, teniéndolos, éstos no resultan eficaces para tal efecto.

Ahora bien, si entendemos la necesidad de contar con correcto programa de cumplimiento, también debemos entender la forma en cómo la autoridad ministerial o jurisdiccional podrán valorar el mismo, y así, determinar si una persona jurídica es responsable de un hecho con apariencia de delito.
En primer orden, tenemos que aclarar que la empresa únicamente podrá ser sancionada por delitos de

[39]Resolución emitida por el Juzgado Central de Instrucción No. 006 de Madrid-España con fecha 29 de julio de 2021. https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Auto%20de%20Sobreseimiento%20%20Juzgado%20Central%20de%20Instrucci%c3%b3n%20N%20006%20Madrid-Espa%c3%b1a%20%20CaixaBank%20y%20Repsol%20%202021.pdf?fbclid=IwAR3NOO3_rZmDEcXj7sIoUT5L2WwSwx3eiouo0b5zSEHaytCY3_5hZrqwmUk

[40]Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma. Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

[41]Compliance Program.

[42]Artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Guillermo Urosa

Entrevista realizada a Guillermo Urosa
28 de octubre 2021

Actualmente es Socio fundador del despacho Urosa Abogados, firma especializada en Litigio y Consultoría en Materia Penal y Compliance. Cuenta con más de 12 años de experiencia en materia penal, participando activamente en la defensa jurídica de personas físicas y morales, tanto nacionales como extranjeras en el fuero federal como en el fuero común. Es Socio Becompliance, firma internacional especializada en Cumplimiento Normativo.

resultado material, excluyendo por propia definición y mandato legal, los delitos de resultado formal o de mera actividad. Lo anterior, restringe aún más la responsabilidad empresarial.

Se le atribuirá el resultado típico a la empresa, en virtud de no haber impedido su comisión, y la forma en cómo tuvo que haberlo impedido, es mediante la debida observancia en el control de su organización[40]. Al establecerse el mandato legal en la legislación procesal, se le otorga la calidad de garante a cualquier empresa, a efecto de no violentar el ordenamiento jurídico.

Luego entonces, si la empresa no cuenta con un debido control en su organización[41], se consuma el tipo penal que el sujeto activo del delito primigenio haya cometido, debido a que la empresa contaba con el deber jurídico de evitarlo por contar con la calidad de garante y tener la obligación de llevar debidos controles internos, políticas y procedimientos, a efecto de evitar su comisión. Lo anterior, se traduce en la inobservancia del debido control de su organización, tal y como lo refiere el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el mismo orden de ideas, es importante referir que dicha conducta puede ser cometida tanto de forma dolosa como de forma culposa, ya que se puede consumar el ilícito conociendo y queriendo no realizar o no contar con un programa de cumplimiento o bien, teniéndolo, no se aplicaron correcta y debidamente los controles implantados y eso, produce la violación al deber objetivo de cuidado, lo que conlleva la consumación del ilícito de forma imprudente.

Ya que se analizaron aspectos fundamentales de la forma en cómo se puede fincar responsabilidad penal para las personas jurídicas, es importante señalar que se considera que no se está trasladando a la empresa la responsabilidad penal de los administradores, empleados o cualquier integrante de sus grupos de interés, debido a que en el sistema actual de responsabilidad criminal de la empresa mexicana, se sanciona a la persona jurídica como autor responsable del ilícito, tal y como lo refiere el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, para que exista una sentencia en contra de una empresa, es necesario que el Juez Penal valore lo siguiente:
a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma;

b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo, en su caso;

c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral;

d) El puesto que ocupaban, en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito;

e) El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y

f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad, la imposición de la pena[42]."

Por lo tanto, resulta importante acreditar que la empresa contaba con un debido control al interior de la organización y que este es eficaz para prevenir la comisión de delitos, independientemente de que el delito se haya cometido, ya que la persona física, fraudulentamente violó la normatividad interna de la empresa, a efecto de cometer el hecho delictivo.

Las sanciones que se le pueden imponer a la empresa van desde una sanción pecuniaria o multa, decomiso, publicación de la sentencia e, incluso, la disolución de la propia persona jurídica.
Además de estas sanciones, se pueden imponer consecuencias jurídicas como lo son la suspensión de actividades, clausura de locales, inhabilitación temporal, intervención judicial y amonestación pública.

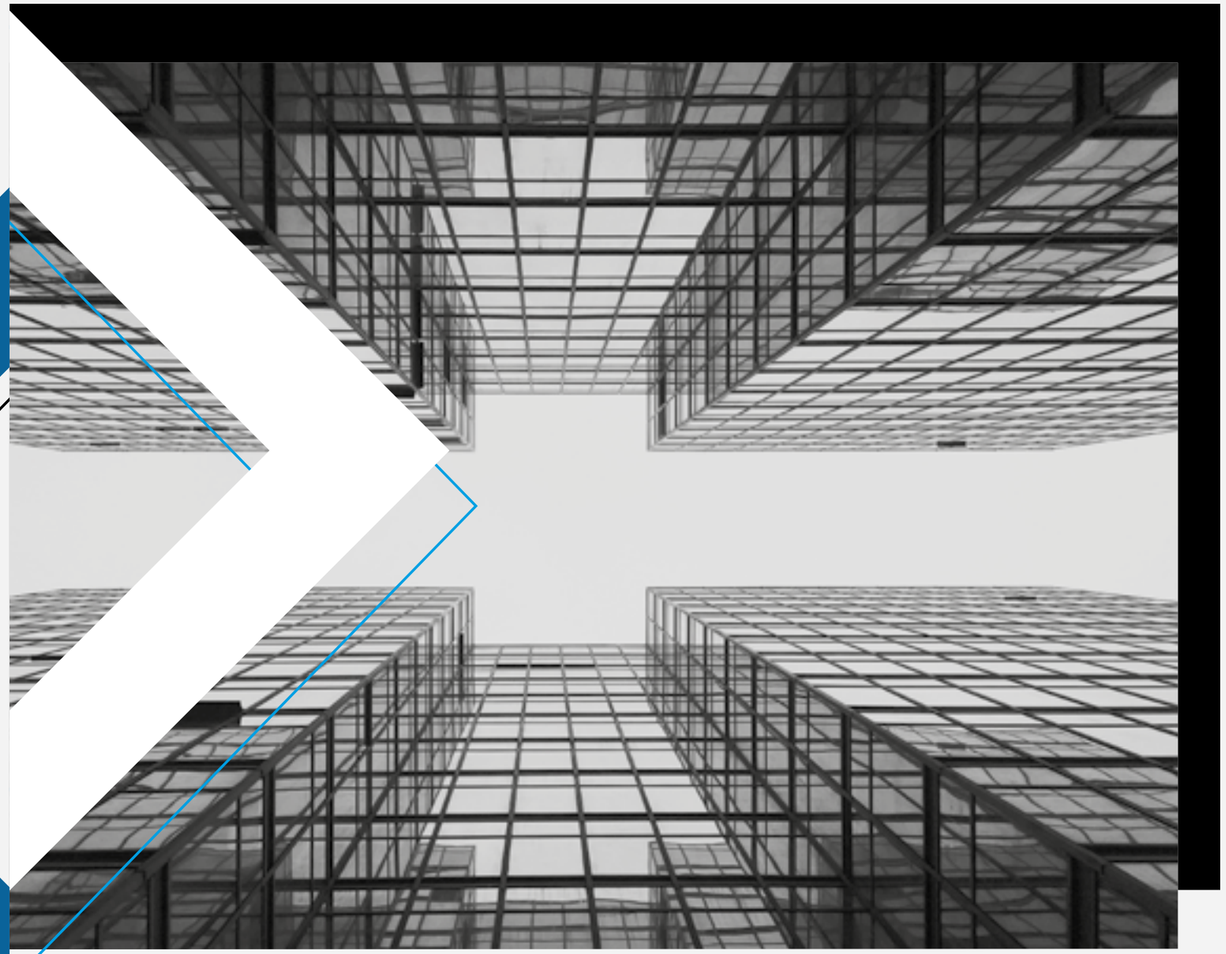
Bibliografía
1.Resolución emitida por el Juzgado Central de Instrucción No. 006 de Madrid-España con fecha 29 de julio de 2021.

El contar con un Compliance eficaz puede evitar que la empresa sea sancionada penalmente y así, evitar que se le impongan este tipo de "penas"; sin embargo, también existe una forma de atenuar estas sanciones, siempre y cuando se acredite que, antes de la realización del hecho delictivo, las empresas contaban con un órgano de control permanente [Dirección de Cumplimiento o Compliance Officer], siendo la persona o área encargada de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención de delitos, y que hayan realizado, antes o después del hecho imputado, una disminución del daño provocado por el delito, conforme lo refiere el artículo 11 bis del Código Penal Federal.

Por lo tanto, el hecho de contar con un Compliance eficaz, en todos sus aspectos, puede servir como eximente o atenuante de responsabilidad penal para la empresa.

Es por ello que, independientemente de la cultura de cumplimiento ético que se busca implantar en la organización, el hecho de contar con Código de Ética, Manual de Prevención de Delitos, Matriz de Riesgos Penales, Política Anticorrupción, Política para Prevenir el Lavado de Dinero, entre otras, manuales y procedimientos para llevar a la práctica dicha normatividad interna, un Canal de Denuncias que permita investigar la comisión de actos ilícitos, así como la figura de Compliance Officer; todo esto, genera evidencia idónea, pertinente y eficaz a efecto de acreditar que una empresa cumplió con la fidelidad al derecho y así, evitar que pueda ser sancionada penalmente y minimizar un inminente impacto reputacional grave para la sociedad.

Por lo tanto, resulta indispensable para las empresas en México, el contar con un Programa de Cumplimiento, a efecto de poder plantear una defensa adecuada en contra de una investigación criminal iniciada en su contra y así impedir que pueda ser sancionada penalmente.



LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS INTERNAS DE COMPLIANCE POR PARTE DEL SECTOR PRIVADO COMO FACTOR CLAVE EN EL COMBATE AL USO INDEBIDO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA O INSIDER TRADING EN EL MERCADO DE VALORES MEXICANO

Juan Pablo Villela Vizcaya

Debido a diversas circunstancias del contexto económico y social global actual, entre las que se encuentra el ritmo vertiginoso en el que ha aumentado el uso de las redes sociales a nivel mundial y el cambio de paradigma que ha supuesto el innegable hecho que las mismas se han convertido en una de las principales fuentes de acceso a la información en tiempo real, las noticias sobre los mercados financieros en general y sus participantes, así como aquellas relacionadas con la comisión de delitos financieros publicadas a través de las redes sociales ha captado la atención y generado mayor interés entre varios sectores del público en general que anteriormente no consultaban (o, al menos, no directamente y/o con tanta frecuencia) los medios de información especializados en el sector.

El caso de México no es la excepción, y uno de los temas más discutidos en distintos foros de las redes sociales es el delito financiero conocido como uso indebido de información privilegiada o "insider trading", el cual, en opinión del autor, no obstante suele ser un "tema en tendencia" (trending topic) del que existe mucha información disponible para consulta pública, no es del todo comprendido conceptualmente por los usuarios de redes sociales y la sociedad en general, lo cual resulta desafortunado tomando en cuenta el notable efecto adverso que conlleva dicha práctica ilegal en la confianza y percepción del público inversionista del mercado bursátil mexicano, el cual, en la opinión de algunos especialistas, atraviesa actualmente por un momento crítico de contracción y cuyas señales de debilidad son, entre otras, la falta de interés de los inversionistas y la notoria escasez de ofertas públicas iniciales por parte de emisoras de valores, en contraste con las cifras récord de recaudación en los mercados internacionales[1].

El aparente consenso de la prensa financiera nacional e internacional es que el insider trading en el mercado de valores mexicano ha sido históricamente y continúa siendo una práctica habitual y generalizada que, aunque sujeta a la imposición de sanciones administrativas y penales de conformidad con el marco legal aplicable, según se detalla más adelante, ha motivado a que algunos medios de comunicación incluso llamen a México el "paraíso del insider trading"[2]. Ello, debido principalmente a que los esfuerzos de supervisión por parte de las autoridades financieras han resultado insuficientes para combatirlo y las sanciones impuestas han sido pocas y muy laxas en comparación con otros países (poco más de 25 sanciones económicas y, con base en información oficial a marzo 2018, ninguna pena privativa de libertad).Cabe mencionar que, según una encuesta de delitos económicos realizada por el Área de Práctica Forense de la firma internacional de consultoría PriceWaterhouseCoopers, la comisión de delitos financieros en México muestra una tendencia a la alza, presentando un aumento del 37% al 58% en el periodo comprendido entre los años 2016 y 2018, destacando que la incidencia en el uso de información privilegiada representa un 12% del total de dicho aumento[3].

Convencido de la relevancia de la problemática, a la luz de la situación crítica actual en la que se encuentra el mercado bursátil nacional y, en consecuencia, la importancia de mejorar la comprensión del público sobre el tema y del papel clave que puede desempeñar el sector privado en el combate al insider trading desde un punto de vista de Compliance regulatorio, el propósito del presente artículo es (i) definir el concepto de insider trading y presentar un panorama general del marco legal mexicano aplicable a la materia y (ii) exponer la importancia de implementar políticas de cumplimiento en materia de insider trading y ciertas consideraciones prácticas para tal efecto.

1. Panorama General del Marco Legal aplicable al Insider Trading.

En términos generales, el uso de información privilegiada o insider trading puede definirse como aquel uso ilegal de información relevante de una emisora de valores que no ha sido hecha del conocimiento del gran público inversionista y que incide o puede incidir en la cotización o precio de los valores emitidos por dicha emisora al momento de negociar con los mismos por parte de personas conocidas como insiders, de las cuales se considera que, por sus circunstancias personales (entre otras, su empleo), tienen acceso a dicha información confidencial, lo cual los sitúa en una posición "privilegiada" o ventajosa frente al resto de los inversionistas, con el propósito de obtener un beneficio económico o evitar una pérdida.

El marco legal aplicable al insider trading en México se conforma por la Ley del Mercado de Valores ("LMV") y por las disposiciones de carácter general emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (autoridad reguladora del mercado de valores; la "CNBV") al amparo de dicha LMV, destacando principalmente (i) las Disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores (también conocidas como la "Circular Única de Emisoras"; en lo sucesivo, la "Circular Única"), (ii) las Disposiciones de carácter general aplicables a las casas de bolsa (también conocidas como la "Circular Única de Casas de Bolsa") y (iii) las Disposiciones de carácter general aplicables a las operaciones con valores que realicen los consejeros, directivos y empleados de entidades financieras y demás personas obligadas.

Entrevista realizada a Juan Pablo Villela Vizcaya 4 de noviembre 2021

Actualmente es el Director Jurídico Bursátil de Grupo Financiero Banorte, S.A.B. de C.V., siendo responsable como titular del área encargada (i) del diseño, revisión y cierre de operaciones bursátiles que llevan a cabo o en las que participan las entidades financieras integrantes del Grupo Financiero y (ii) de brindar asesoría legal interna especializada en materia financiera. Anteriormente, fue asociado en el área de Servicios Financieros de Creel, García -Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C.

De conformidad con el artículo 1 de la LMV, el objeto de dicha Ley consiste en “desarrollar el mercado de valores en forma equitativa, eficiente y transparente; proteger los intereses del público inversionista; minimizar el riesgo sistémico; fomentar una sana competencia” mediante la regulación de las actividades del sector bursátil y los participantes del mismo (incluyendo, precisamente, el uso de información privilegiada). En línea con lo anterior, conforme a la LMV y la Circular Única, se considera como “información privilegiada” el conocimiento de “eventos relevantes” que influyan o puedan influir en los precios de los valores y que no hayan sido revelados por la emisora a través de la bolsa de valores en donde dichos valores coticen.

Para fines de claridad en la determinación de si cierta información confidencial es o no información privilegiada desde un punto de vista legal, la Circular Única incluye una serie de lineamientos cuantitativos y cualitativos para determinar qué acontecimientos constituyen un “evento relevante”, entre los cuales se encuentra un listado de acontecimientos que versan sobre la estructura societaria de la emisora en cuestión, así como sus negocios, valores, situación financiera, entre otros temas, recayendo la responsabilidad inherente a dicha determinación en la emisora. Si bien, por regla general, la divulgación de eventos relevantes debe realizarse pronta y oportunamente al momento en que se tiene conocimiento de los mismos, la LMV y la Circular Única permiten que una emisora difiera dicha divulgación en la medida en que se cumplan ciertos requisitos, lo cual precisamente constituye el supuesto base de la información privilegiada.

Por otro lado y salvo prueba en contrario, de conformidad con lo dispuesto en la LMV, se consideran como “insiders” o personas que tienen información privilegiada, entre otras, las siguientes personas: (i) los miembros y secretario del consejo de administración, los comisarios, el director general y demás directivos relevantes, así como los factores y los auditores externos de la emisora o personas morales que ésta controle; (ii) las personas que, directa o indirectamente, tengan el diez por ciento o más de las acciones representativas del capital social de una emisora o títulos de crédito que representen dichas acciones o que ejerzan “poder de mando” sobre la misma (según dicho término se define en la LMV); (iii) los miembros y secretario del consejo de administración, los comisarios, el director general y demás directivos relevantes, los factores y los auditores externos o los equivalentes de los anteriores, de personas morales que, directa o indirectamente, tengan el diez por ciento o más del capital social de la emisora; (iv) la persona o grupo de personas que tengan una “influencia significativa” (según dicho término se define en la MV) en la emisora y, en su caso, en las sociedades que integran el grupo empresarial o consorcio al que la emisora pertenezca; y (v) aquellas personas que realicen operaciones con valores apartándose de sus patrones históricos de inversión en el mercado y que razonablemente puedan haber tenido acceso a la información privilegiada a través de otras personas consideradas como insiders para efectos de la LMV, en los términos establecidos en dicha Ley.

La LMV establece expresamente que los insiders y cualquier otra persona en posesión de información privilegiada deben abstenerse de:

- Realizar, directa o indirectamente, o dar instrucciones a un tercero para que realice operaciones con valores emitidos por la emisora de valores en cuestión;
- Revelar dicha información privilegiada a cualquier persona, a menos que dicha información deba ser revelada por razón de su empleo; y
- Emitir cualquier recomendación relativa a los valores de la empresa pública.

El incumplimiento de las restricciones anteriormente mencionadas tiene como consecuencia, respectivamente, la imposición de sanciones económicas, la indemnización por daños y perjuicios y, en ciertos casos hasta 12 años de prisión.

Adicionalmente, las emisoras de valores y, en ciertos casos, otros participantes del mercado de valores, tales como los intermediarios del mercado de valores e incluso los inversionistas en lo personal, están obligados, en términos de la LMV y la Circular a (i) implementar lineamientos, políticas y mecanismos de control sobre las operaciones con valores relacionadas con la emisora en cuestión que realicen sus insiders y (ii) a cumplir con otras disposiciones relativas a la revelación de eventos relevantes y el diferimiento de la misma, así como la entrega de información en relación con el uso de información privilegiada por parte de insiders y las operaciones con valores llevadas a cabo por los mismos.

1. La Importancia de Implementar Políticas de Cumplimiento en Materia de Insider Trading.

Según se señala en la introducción de este artículo, las medidas adoptadas por el Gobierno Mexicano para combatir el insider trading han resultado históricamente insuficientes, en perjuicio del mercado de valores nacional. No obstante, en opinión del autor, resulta indispensable robustecer la supervisión por parte de las autoridades financieras y la imposición de sanciones más estrictas para desincentivar el uso de información privilegiada y, en consecuencia, fortalecer al sector bursátil mexicano, lo cual depende de una extensa serie de factores legales y políticos que dificultan su realización en el corto plazo.

La contribución encaminada al cumplimiento regulatorio por parte de los participantes del mercado de valores pertenecientes al sector privado es fundamental para lograr dicho objetivo y es realizable en el corto plazo. Para lograr lo anterior, indudablemente es necesario que dichos participantes del sector bursátil implementen de forma apropiada políticas de Compliance en materia de uso de información privilegiada que, más allá de meramente señalar las obligaciones que conforme al marco legal aplicable deben cumplirse (lo cual no es sino un ejercicio reiterativo), se diseñen a la medida considerando las características específicas de la integración y operación de la entidad en cuestión, así como el sector económico al que pertenece y se encaminen a prevenir y detectar oportunamente el insider trading mediante la adopción de medidas prácticas concretas.

A manera de propuesta, el autor considera que las siguientes acciones preventivas potencialmente contribuyen de manera sustancial a la prevención, detección e identificación del insider trading y que pueden ser contempladas dentro de las políticas internas de Compliance:

- Implementación de órganos y mecanismos de control y monitoreo: más allá de prever el cumplimiento de las obligaciones comprendidas en el marco legal aplicable, resulta de suma importancia establecer órganos y mecanismos de control y monitoreo que provean de mayor visibilidad sobre el comportamiento de los insiders, así como una cobertura amplia de protección contra los riesgos y responsabilidades inherentes al uso de información privilegiada y que permitan prevenir de manera más efectiva el insider trading, específicamente mediante (a) la creación de una estructura de control interna que supervise el Compliance interno, actúe como órgano de consulta interno y establezca procedimientos de entrega de información y obtención de autorizaciones previas a la realización de operaciones con valores aplicables a los insiders y (b) el establecimiento de restricciones específicas, tales como periodos restringidos para realizar operaciones con valores conocidos como “blackout periods”;
- Tratamiento interno de la información confidencial en general: con independencia de si se trata o no de información privilegiada, es sugerible que los participantes implementen controles y diseñen políticas que regulen el tratamiento de la información confidencial en general, conforme al principio de “necesidad de conocer” (need-to-know basis);
- Mecanismos de control con asesores externos, prestadores de servicios en general y otros terceros: previo a que se comparta información confidencial y/o información privilegiada a asesores externos, prestadores de servicios en general y otros terceros, particularmente de emisoras de valores, es aconsejable requerir, en la medida de lo correspondiente y aplicable, que se adhieran a las políticas de tratamiento de información confidencial en general y concretamente de insider trading e incluso, en lo conducente y en caso de que existan, solicitar que dichos terceros manifiesten por escrito, bajo protesta de decir verdad, que darán cumplimiento a sus propias políticas internas aplicables a dicha materia a lo largo de la relación contractual correspondiente; y
- Concientización y capacitación interna: con el objetivo de mejorar el conocimiento sobre el tema y fomentar la concientización sobre las repercusiones negativas del uso de información privilegiada en general tanto al participante en cuestión como al mercado de valores mexicano, así como las implicaciones y consecuencias específicas para los insiders en lo personal, es recomendable que los participantes del mercado de valores mexicanos, a través de campañas de comunicación internas y capacitaciones periódicas impartidas por expertos en la materia, hagan del conocimiento de su personal toda la información relevante sobre el marco legal aplicable y las políticas internas y los mantengan actualizados periódicamente.

III. Conclusiones.

Habiendo ya planteado la problemática actual que conlleva la práctica del insider trading para el mercado bursátil nacional, expuesto el panorama general del marco legal aplicable a dicha materia en México, enfatizado en la importancia de la participación del sector privado en el esfuerzo conjunto con el Gobierno Mexicano en el combate al uso indebido de la información privilegiada y propuesto una serie de medidas concretas que pueden ser adoptadas por los participantes del mercado de valores, en opinión del lector, la esperanza de un mercado de valores mexicano más justo y confiable en el futuro próximo para beneficio de los inversionistas y de la economía nacional en general recae en la concientización social, resultando imperativa la participación proactiva y responsable del sector privado para alcanzar dicha meta.

Bibliografía

1. La Bolsa mexicana 'agoniza'... huyen empresas y no llegan nuevas, 21 de octubre de 2021, El Financiero, disponible en: https://www.elfinanciero.com.mx/bloomberg-businessweek/2021/10/21/la-bolsa-mexicana-agoniza-huyen-empresas-y-no-llegan-nuevas/. Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021.
2. México es un paraíso de información privilegiada y no pasa nada, 23 de marzo de 2018, El Financiero, disponible en: México es un paraíso de información privilegiada y no pasa nada – El Financiero Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021.
Es México paraíso del 'insider trading', 30 de marzo de 2018, Excelsior California, disponible en: Es México paraíso del 'insider trading' – Excelsior California Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021.
3. Uso indebido de información privilegiada, 8 de junio de 2021, disponible en: https://www.forbes.com.mx/red-forbes-uso-indebido-de-informacion-privilegiada/ Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021.
4. HERNÁNDEZ, Alfredo y JAQUEZ, Alberto. Fraude y corrupción, un análisis de su impacto en las organizaciones Encuesta de Delitos Económicos 2018, disponible en: Encuesta de Delitos Económicos 2018 – Fraude y corrupción, un análisis de su impacto en las organizaciones (pwc.com) Fecha de consulta 28 de octubre de 2021.

LOS PRINCIPALES RETOS DE COMPLIANCE FISCAL PARA LA INDUSTRIA DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN MÉXICO

Paulina Cuevas Vidal

El presente artículo, tiene por objeto identificar los principales retos que las empresas de la industria de la economía digital enfrentan para lograr un Compliance fiscal diligente en México.

Como un primer reto, es importante tomar en cuenta que la problemática para lograr un Compliance fiscal atiende a la falta de legislación, doctrina y precedentes tanto domésticos como internacionales, que contengan parámetros de cumplimiento, normas o disposiciones generales que puedan orientar a las empresas dentro del país a la implementación de las acciones de Compliance necesarias.

Apenas en el año 2015, se dio inicio a un acercamiento por parte de las organizaciones internacionales hacia los desafíos fiscales que representan los modelos de negocios relacionados con la economía digital, mediante la publicación de la Acción 1 denominada: "Abordar los retos de la economía digital para la imposición" contenida en el "Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios" o "BEPS", creado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en lo sucesivo, "OCDE").

Tal y como lo señaló la OCDE, este plan fue desarrollado con el objetivo de actualizar las normas y así poder alinearlas con el avance de la economía global, garantizando que las utilidades sean gravadas en donde se realicen las actividades económicas y, por tanto, en donde se esté creando valor.

El planteamiento descrito, deriva del hecho que las lagunas e inconsistencias presentes en las normas de fiscalidad internacional pueden permitir que los beneficios o utilidades desaparezcan de la base imponible o bien sean desviados a jurisdicciones de baja o nula tributación, donde la actividad económica es escasa o inexistente, es decir, que se genere erosión de la base imponible y traslado de beneficios.[1]
La Acción 1 del referido plan aborda en específico los desafíos fiscales de la economía digital.
Derivado de los nuevos modelos de negocio que involucran la economía digital, los legisladores, el poder judicial, en sus distintos niveles, así como las autoridades fiscales mexicanas, se encuentran ante situaciones en donde las normas fiscales no prevén los supuestos generados por las actividades de esta industria.

Es decir, que ante la falta de una normatividad que atienda a la realidad que, de facto, supone la implementación de nuevos negocios basados en la economía digital, los órganos jurisdiccionales se han visto en la necesidad de ir improvisando conforme a cada caso en particular, para determinar hasta qué punto pueden actuar dichos negocios dentro del marco jurídico insuficiente que integra nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no sería necesario de existir un marco normativo eficiente que abarque y regule de manera justa y equitativa el desarrollo de este tipo de negocios en nuestro país.

En segundo lugar y como consecuencia natural de lo anterior, los legisladores de los países miembros de la OCDE, tal como lo es México, (basándose en la poca y muy reciente información disponible sobre el tema) han intentado legislar fijando nuevas reglas que pretenden establecer un "nexo" y atribución de beneficios a empresas multinacionales, lo cual nos lleva a un mayor reto: el establecer una relación de cooperación y colaboración entre la industria de economía digital y las autoridades fiscales para lograr una comprensión acertada de los modelos de negocio innovadores y disruptivos que existen hoy en día.

Adicionalmente, la legislación no sólo busca el Compliance fiscal por parte de las empresas digitales sino que busca, utilizando a las mismas como agentes retenedores, asegurar el cumplimiento fiscal de las personas físicas que prestan servicios o enajenan bienes a través de éstas.

Lo anterior, se puede observar en la regla 3.11.12 publicada en la Resolución Miscelánea Fiscal (en lo sucesivo, "RMF") para 2019: "Retención de ISR e IVA aplicable a los prestadores de servicio de transporte terrestre de pasajeros o entrega de alimentos" en la cual se concedía la opción a las personas morales residentes en México o residentes en el extranjero con o sin establecimiento permanente en el país que proporcionarán el uso de plataformas tecnológicas a personas físicas, de retener el Impuesto sobre la Renta (en lo sucesivo, "ISR") e Impuesto al Valor Agregado (en lo sucesivo, "IVA") por los ingresos obtenidos derivados de la prestación del servicio de transporte terrestre de pasajeros o entrega de alimentos preparados obtenidos a través de dicha plataforma para prestar sus servicios de forma independiente.

Dicha regla fue modificada y reflejada en la reforma fiscal que entró en vigor en junio de 2020, mediante la cual se incorporó formalmente en la Ley del Impuesto sobre la Renta (Sección III: De los ingresos por la enajenación de bienes o la prestación de servicios a través de Internet, mediante plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas y similares (Arts. 113-A a 113-D)), en la Ley del Impuesto al Valor Agregado (Capítulo III Bis: De la prestación de servicios digitales por residentes en el extranjero sin establecimiento en México (Arts. 18-B a 18-M LIVA)), y en la RMF (Título 12. De la prestación de servicios digitales).

Es interesante observar que lo que antes era una opción de retener por parte de las personas morales (referidas en la regla miscelánea 3.11.12), se convirtió en una obligación legal cuyo incumplimiento va acompañado de sanciones que van desde el bloqueo temporal del acceso al servicio digital del prestador de los servicios digitales hasta la cancelación de la inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes (en lo sucesivo, "RFC").

No son pocas las obligaciones establecidas para las personas morales que proporcionan el uso de

Paulina Cuevas Vidal

Entrevista realizada a Paulina Cuevas Vidal
10 de noviembre 2021

Actualmente se desempeña como Gerente de Impuestos para la región de México, Chile y América Latina en la plataforma tecnológica "Uber". Ha colaborado en diversas investigaciones y publicaciones en materia tributaria nacional e internacional a cargo de EY México y Tron Abogados, S.C. Anteriormente, fue abogada Senior en el departamento de Servicios Fiscales Internacionales en EY México

plataformas tecnológicas, las cuales requieren una fuerte inversión de recursos humanos, administrativos y de tiempo.

Asimismo, la implementación de dicha reforma trajo consigo dificultades de Compliance tales como requerir: señalar un domicilio nacional a empresas que operan en el extranjero y que no tienen presencia física en el país, proporcionar información de las personas físicas que prestan servicios o enajenan bienes a través de las plataformas tecnológicas en la declaración informativa mensual inaccesible para la empresa o prácticamente imposible de recolectar o de corroborar tales como: el domicilio completo o cuenta bancaria, entre otras.

Es decir, en ciertos supuestos, las normas que pretenden regular este esquema de negocios digitales, parecerían no ser concordantes con la naturaleza misma del negocio.

Esto es, en lugar de proveer un marco jurídico estable que brinde seguridad jurídica tanto a los gobernados como al Estado, se han implementado reglas excesivas que lejos de facilitar la ejecución de las actividades económicas en el país, representan, de inicio un perjuicio, tanto para las empresas, como para los usuarios de los servicios digitales.
A. modo de ejemplo, a continuación se listan de manera enunciativa más no limitativa las obligaciones para las personas morales que proporcionan el uso de plataformas tecnológicas contenidas en la legislación fiscal mexicana:

1. Respecto de las retenciones de ISR e IVA efectuadas sobre los ingresos e IVA cobrados por las personas físicas a través de la plataforma tecnológica:

2. Presentar un "Aviso de actualización de actividades económicas y obligaciones para plataformas que prestan servicios digitales de intermediación entre terceros" ante el Servicio de Administración Tributaria (en lo sucesivo, "SAT").

3. Presentar un caso de aclaración en el que se ratifique al representante legal con domicilio en territorio nacional y se señale un domicilio en territorio nacional para efectos de notificación y vigilancia, en caso de ser residente en el extranjero sin establecimiento permanente.
4. Inscribirse en el RFC ante el SAT como personas retenedoras.

5. Tramitar la firma electrónica avanzada.

6. Retener el ISR a las personas físicas sobre el total de los ingresos que son efectivamente percibidos sin incluir IVA, conforme a las tasas de retenciones señaladas en la ley y retener el 50% del IVA cobrado.

7. Proporcionar un comprobante fiscal digital (en lo sucesivo, "CFDI") de retenciones e información de pagos, a las personas físicas en las que conste el monto del pago y el impuesto retenido.

8. Enviar un reporte mensual a través de la "Declaración Informativa de servicios digitales de intermediación entre terceros" de sus clientes prestadores de servicios, en cuyas operaciones hayan actuado como intermediarios, aun cuando no hayan efectuado el cobro de la contraprestación y el IVA correspondiente.
9. Enterar mensualmente el ISR e IVA retenidos mediante la "Declaración de pago de retenciones del ISR para plataformas tecnológicas".

10. Conservar la documentación que demuestre que efectuaron la retención y entero del impuesto.
B. Respecto del IVA por cobrar sobre la contraprestación por servicio digital de intermediación entre terceros en caso de aplicarse a clientes, las obligaciones son las siguientes:

1. Presentar un "Aviso de actualización de actividades económicas y obligaciones para plataformas que prestan servicios digitales de intermediación entre terceros" ante el SAT.
2. Realizar el cobro de IVA sobre la contraprestación por el servicio digital de intermediación entre terceros.
3. Presentar mensualmente la: "Declaración de pago del IVA, por la prestación de servicios digitales".
4. Presentar un caso de aclaración en el que se ratifique al representante legal con domicilio en territorio nacional y se señale un domicilio en territorio nacional para efectos de notificación y vigilancia, en caso de ser residente en el extranjero sin establecimiento permanente.

Cabe señalar que varias de estas obligaciones requieren la realización de trámites que a su vez precisan el cumplimiento de numerosos y detallados requisitos y documentación sin los cuales no se podrá cumplir en tiempo y forma.
En conclusión, se puede regular tanto como se considere necesario, pero se puede llegar a un punto en el cual la misma legislación no permita a las empresas estar al día con sus obligaciones formales y de fondo, dado que aún y cuando éstas

estén dispuestas a hacerlo, debido a disposiciones que establezcan requisitos que fácticamente no son posibles de cumplir.

De esta manera, por un lado, es necesario, de parte de las empresas de la industria de la economía digital, aceptar el hecho que sus modelos de negocios más pronto que tarde serán regulados y, por otro lado, de parte de las autoridades, mantener una actitud receptiva y accesible ante el funcionamiento y estructuras de estos nuevos modelos.

Lo anterior es esencial para: (i) la creación e implementación de una regulación que vaya acorde con la naturaleza y funcionamiento de dichos modelos; y (ii) que dicha legislación permita el cumplimiento efectivo de esas normas sin mermar o hacer inoperante el desarrollo integral de la industria.

El no lograr superar estos retos puede llevar a las empresas de la industria de la economía digital a tener desventajas competitivas significativas con otras empresas de giros similares (más no parte de la economía digital) en el país o, inclusive, a la partida de dicha empresa del país.

El superar estos retos, permitirá a la industria de la economía digital, a través del Compliance, mantener una relación simbiótica y fructífera con las autoridades fiscales que no sólo derivará en una operación exitosa, sino el desarrollo de la economía de nuestro país.

Bibliografía
1. Resumen Informativo – OECD. (n.d.). Disponible en:https://www.oecd.org/ctp/beps-resumen-informativo.pdf .Fecha de consulta: 28 de octubre de 2021.

WHISTLEBLOWER LINES: LA NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE PLATAFORMAS EN APOYO AL ANONIMATO

Malenie Gilles Herrera

"La distancia entre el número uno y el número dos, es siempre una constante. Si quieres mejorar la organización, debes mejorar tú, y la organización crecerá contigo." – Indra Nooyi, CEO de Pepsi Co.

Toda persona que ha llegado a trabajar dentro del sector financiero, o en empresas trasnacionales ha escuchado la frase "contacta nuestra whistleblower line" una y otra vez, a veces no dándole la importancia que merece. Estas líneas de reporteo, son uno de los conceptos más importantes a reconocer, cuando hablamos de Compliance.

Su denominación en idioma inglés no siempre resulta la más afortunada ya que puede llegar a relacionarse con "informante" o "soplón", cuando en realidad representa un mecanismo para acercar el cumplimiento de la ley y de las políticas internas de las compañías, a las manos de todos y cada uno de sus empleados, sin importar su área ni cargo.

El mundo descubrió la importancia de contar con líneas de reporteo dentro de las empresas en el año 2001, cuando el término llegó a los oídos de todos, siendo utilizado sin control por algunos de los medios de comunicación.

Todos escuchamos "Enron" y "Whistleblower" dentro de la misma oración una y otra vez, y conforme se iban difundiendo las notas periodísticas, no sólo nos sorprendió cómo la gente en los altos mandos lograron cometer fraudes incalculables o cómo fue posible que las autoridades norteamericanas no discernieran entre información real e información creada, sin omitir mencionar las tantas veces que los empleados intentaron advertir tal situación sin éxito alguno, sufriendo en algunos casos represalias laborales y en otros se vieron obligados a actuar en contra de las políticas internas de su empleador, de la ley y de su actuar ético.

Fueron casos emblemáticos como éstos, por los que, con el cambio de milenio, todos los reguladores y abogados motivados en un actuar mejor, decidieron incorporar líneas de reporteo anónimas, acercando el mundo de Compliance a todos los empleados.

Asimismo, se derivaron reformas a legislaciones como lo fue la Dodd-Frank Act (regulación federal estadounidense) y, a su vez, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realizó análisis y reportes sobre la implementación de los canales de denuncia y el manejo de éstos últimos.

Muchos pensamos que el mundo laboral había entendido con tales precedentes, que los directores generales ya no podrían actuar en contra de la ley sin que el personal de reporte y equipo a su cargo se enteraran, y por lo tanto, que ya no se tomarían represalias contra los empleados que quieren actuar éticamente.

Sin embargo, muy poco tiempo después, a finales de 2016, volvimos a escuchar el tan sonado término "Whistleblower" pero esta vez de la mano de "Wells Fargo".

Los fraudes cometidos fueron diferentes a los que se vieron en el caso de Enron, pues fueron los mismos empleados quienes aperturaron cuentas bancarias, contrataron servicios de banca electrónica y solicitaron nuevas tarjetas a nombre de los clientes sin su consentimiento ni aviso.

Llama la atención que las autoridades que investigaron el caso Enron, se dieron cuenta que no se había creado un canal de comunicaciones seguras para los empleados que quisieron levantar la alerta sobre las actividades dentro de la empresa, y como bien lo ha mencionado Sherron Watkins (whisteblower de Enron): "Si las protecciones actuales para denunciantes hubieran estado vigentes en ese momento, se habría podido informar sus inquietudes a la Comisión de Bolsa y Valores (Securities and Exchange Commission), manteniendo su nombre confidencial.[1]"

Y quince años más tarde, Bill Bado, uno de los empleados que perdió su trabajo por llamar a la línea de reporte de Wells Fargo señaló que: "Un exfuncionario de recursos humanos de Wells Fargo incluso dijo que el banco tenía un método para tomar represalias contra los informantes. Dijo que Wells Fargo encontraría formas de despedir a los empleados «en represalia por arrojar luz» sobre cuestiones de ventas. Podría ser tan simple como monitorear al empleado para encontrar una falla, como llegar unos minutos tarde en varias ocasiones. [2]"

Si bien cada día es más sencillo presentar quejas anónimas dentro de las empresas mexicanas, muchas veces el responsable de investigar y dar seguimiento se ve imposibilitado para buscar al informante y solicitar más información o dar respuesta sobre el proceso relacionado con dicha queja.

Sin darnos cuenta, aquéllos que hemos estado dentro de las áreas de Compliance de las empresas mexicanas, nos vemos ante la misma problemática: ¿Cómo investigamos una queja anónima o avisamos el resultado del proceso sin afectar el anonimato del quejoso?

Más de una vez, con los hechos narrados, la forma de escritura o vocabulario, o por el conocimiento de los sucesos, es muy fácil que, al mencionar la queja al investigado, éste pueda darse cuenta de la persona detrás del anonimato y tomar represalias laborales o personales bajo cualquier otro concepto o excusa como fue el caso de Wells Fargo.

La realidad es que si bien, estamos preparados como abogados para discernir entre lo legal, lo ético y las actividades que van en contra de dichos principios, no hay suficiente información ni cursos disponibles que nos preparen para el manejo de estas situaciones.

Melanie Gilles Herrera

Entrevista realizada a
Melanie Gilles Herrera
25 de noviembre 2021

Actualmente es Subdirectora de Cumplimiento en HR Ratings de México, primera calificadora latinoamericana y la décima en ser registrada por la US Securities and Exchange Commission (SEC) para emitir calificaciones crediticias de valores gubernamentales, corporativos y de instituciones financieras en los Estados Unidos. Encargada de la revisión de toda la normativa interna de conformidad con la legislación aplicable en México, Estados Unidos y Europa para la privacidad de los datos, posibles conflictos de interés y principios de IOSCO. Previamente fue asociada en Haynes and Boone.

Adicionalmente, debemos considerar que el uso de recursos tecnológicos dentro del área Legal continúa siendo escasa en comparación de otras áreas.
Por supuesto, los cursos y foros son nuestra primera solución para brindar una mejor capacitación y prepararnos mejor ante estas situaciones, pero podemos también hacer uso de las nuevas tecnologías para asegurar anonimato, seguimiento y protección laboral a los empleados que necesiten o deseen usar las líneas de reporte.

La necesidad de una plataforma de fácil acceso, creada conforme a la legislación mexicana y a la nueva ISO 37002 – 2021 "Whistleblowing management systems — Guidelines", que pudiera ser replicada y adaptada a las empresas mexicanas que deseen incorporarla, es inminente.

A través de este tipo de plataformas, se podrían incluir datos prellenados para limitar la redacción personal del suceso a reportar y de cierta manera, eliminar componentes humanos que pudieran ser rastreables a dicha persona.

Asimismo, se podría incluir un número de folio (sin datos de autenticación como correo) para continuar la comunicación, que éste pueda dar seguimiento al proceso realizado por el área de Compliance y descargar un reporte de las quejas presentadas para futura protección laboral y evidencia a presentar en caso de despido injustificado, nuevamente resguardando en todo momento el anonimato del informante.

La evolución tecnológica hoy en día nos brinda nuevas posibilidades para crear herramientas de fácil acceso y uso, con configuraciones de cifrado que eliminen la información detrás de un correo (nombre, fecha, hora, IP, entre otros) y que pueden ayudar a que las áreas que a veces tratamos con los elementos más humanos como son los principios legales y éticos, sean más productivos y a la par, se obtengan mejores resultados.

Por supuesto que es un reto de gran magnitud el poder desarrollar, incorporar y gestionar este tipo de herramientas, sin embargo, al no hacerlo nos estaremos perdiendo la oportunidad de crear nuevos estándares nacionales para las áreas de cumplimiento. Si estos recursos tecnológicos existen para áreas como protección de datos personales, ciberseguridad o de contabilidad, ¿por qué no podemos incluirlos en áreas consideradas como estratégicas, por su capacidad para poder atentar contra el correcto desempeño de los empleados de una compañía? Sin omitir mencionar, las sanciones infundadas que pudieran recibir por presentar información que, al final del día, está afectando a los clientes, inversionistas o al público en general.

Adicionalmente, al lograr implementar este tipo de herramientas innovadoras las empresas pueden fomentar una nueva estandarización a nivel nacional, lo cual se podría reflejar en un mayor interés y atención por parte de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a través de la implementación de un programa de recompensas similar al establecido por la Comisión estadounidense, el cual, a la fecha, ha otorgado más de un billón de dólares a las personas que presentan información relevante y de uso para establecer la condena relacionada con delitos de carácter financiero o establecer sanciones por el desarrollo de malas prácticas[3].

Si el día de hoy estamos revolucionando y teniendo avances en cómo firmamos la documentación legal, cómo llegamos a nuestros destinos, cómo compramos ropa o comida, cómo realizamos inversiones en las distintas Bolsas alrededor del mundo y hemos logrado desarrollar herramientas de apoyo para los pequeños empresarios o inversionistas, acercando la banca a aquéllos que antes no hubieran tenido acceso o interés a través de la innovación, ¿por qué no atrevernos a revolucionar la forma en cómo protegemos a nuestros clientes, inversionistas, accionistas y empleados?

Bibliografía
1. Former Enron Executive: SEC Whistleblower Program Is a Game Changer. Mengqi Sun, Wall Street Journal. Disponible en: https://www.wsj.com/articles/former-enron-executive-sec-whistleblower-program-is-a-game-changer-11625662801 Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2021.
2. I called the Wells Fargo ethics line and was fired. Matt Egan, CNN Business.
Disponible en: https://money.cnn.com/2016/09/21/investing/wells-fargo-fired-workers-retaliation-fake-accounts/index.htm Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2021.
3. Información disponible en la página web de la Securities and Exchange Commission: https://www.sec.gov/whistleblower Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2021.

El cumplimiento de las buenas prácticas por los funcionarios públicos del Gobierno de México en las negociaciones de los Acuerdos Comerciales Internacionales

Sofía Flores Palomar

Marco Jurídico aplicable.

De inicio resulta pertinente señalar el marco jurídico aplicable a las relaciones y negociaciones comerciales internacionales. Corresponde a la Secretaría de Economía (SE) conducir las relaciones y negociaciones comerciales internacionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, fracción V de la Ley de Comercio Exterior.

Al interior de esta Secretaría es la Subsecretaría de Comercio Exterior la que tiene la atribución específica para conducir dichas relaciones y negociaciones comerciales internacionales, según lo establecido en el artículo 9 del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía.

Además de la Ley de Comercio Exterior y del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía, resultan aplicables a los funcionarios de la Subsecretaría de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía las siguientes:

i) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,
ii) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,
iii) Los Reglamentos, Decretos y Acuerdos del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos,
iv) El Código de Conducta de la Secretaría de Economía, y
v) Código de Ética de los Servidores Públicos de la Administración Pública Federal.
El rol de los funcionarios públicos de la SE en la negociación de los Acuerdos Comerciales Internacionales.

Actualmente, México cuenta con una red de 14 Tratados de Libre Comercio (TLCs) con 50 países, 30 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRIs) con 31 países o regiones administrativas y 9 acuerdos de alcance limitado (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) [1]. Los objetivos que se buscan lograr al negociar un Acuerdo Comercial Internacional, siempre están establecidos en el "preámbulo" del Acuerdo. Por ejemplo, en el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá[2] (T-MEC) se señalan los siguientes: establecer un marco legal y comercial claro, transparente y predecible para la planificaciones de negocios que apoye una mayor expansión del comercio y la inversión; facilitar el comercio entre las Partes promoviendo los procesos aduaneros eficientes y transparentes que reduzcan los costos y aseguren predictibilidad para importadores y exportadores, y alentar la expansión de la cooperación en materia de facilitación del comercio y aplicación, facilitar el comercio de mercancías y servicios entre las Partes mediante la prevención, identificación y eliminación de obstáculos técnicos innecesarios al comercio, el mejoramiento de la transparencia y la promoción de buenas prácticas regulatorias; entre otros.

Es importante mencionar que en los Acuerdos Comerciales Internacionales no se establecen disposiciones relativas a los derechos humanos, sin embargo, al entrar a una negociación de cualquier Acuerdo Comercial Internacional lo que el Gobierno de México busca, a través de los funcionarios públicos encargados de los temas, es que el acuerdo en cuestión mejore la calidad de vida de los mexicanos, sus negocios y familias, con disposiciones que fomenten la inversión y crecimiento de las empresas mexicanas.

La labor de los funcionarios públicos de la Secretaría de Economía, al ser los encargados de negociar los diferentes capítulos en los acuerdos comerciales, es presentar y defender la postura más benéfica para México en el texto de la negociación. Esta postura es elaborada en colaboración con la Administración Pública Federal y de los gobiernos de los estados en las actividades de promoción del comercio exterior, así como con el sector privado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, fracción VI de la Ley de Comercio Exterior.

Cabe resaltar, que la participación del sector privado en las negociaciones de los Acuerdos de Comercio Internacional es pieza clave para obtener buenos resultados, ya que es el sector privado el principal involucrado en la ejecución de las nuevas reglas establecidas en los acuerdos negociados.
En la negociación de los Acuerdos de Comercio Internacional se establece "El cuarto de junto" (CDJ) que es el mecanismo de comunicación entre los sectores productivos y el Gobierno. El CDJ se implementó por primera vez en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1991.Y esta figura jugó un papel relevante en la renegociación del TLCAN en 2017, al acompañar al Gobierno Federal durante el análisis y establecimiento de posiciones que contribuyeron a la generación de fuentes de empleo, inversión y crecimiento. Destacándose la labor de la delegación del sector privado mexicano que se integró por 150 líderes empresariales de diversas áreas de la economía.[3]

"En la pasada modernización del TLCAN, la participación, acompañamiento y dialogo del sector privado con el gobierno facilitó la comprensión de los beneficios del acuerdo no solo en México, sino también en los Estados Unidos, principalmente, con otros grupos empresariales, algunos congresistas, y hasta gobernadores en estados clave de la unión americana."[4]

Cumplimiento de las Buenas Prácticas

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de las buenas prácticas por parte de los funcionarios de la Subsecretaría de Comercio Exterior, es importante señalar que la legislación mexicana no contempla la dinámica de las negociaciones de los Acuerdos de Comercio Internacional, es decir, no establece

Sofía Flores Palomar

Entrevista realizada a Sofía Flores Palomar
9 de diciembre 2021

Actualmente es Primera Secretaria Misión Permanente de México ante la Organización Mundial del Comercio. Encargada de representar la posición de México ante la Organización Mundial del Comercio en el Consejo de los ADPIC, Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Comité de Facilitación del Comercio y el Comité de Licencias de Importación. Previamente fue Directora de Disciplinas de Comercio Internacional en la Secretaría de Economía México.

los procedimientos que los negociadores deben seguir al sentarse en la mesa a negociar un Acuerdo Comercial Internacional.
Las negociaciones no deben hacerse de manera deliberada, deben partir de principios como la integridad, la transparencia, la ética, entre otros. Cada negociación es diferente y cada capítulo dentro de la misma negociación también lo es, en algunos capítulos se debe ser más ofensivo, esto significa que México va a buscar que la contraparte acepte las propuestas presentadas, mientras que en algunos casos se debe ser más defensivo, pero todos con el objetivo de lograr el mejor resultado para México.

De acuerdo a lo mencionado con anterioridad, México cuenta con 14 TLCs con 50 países, entre los que se encuentran algunos de los países más ricos y poderosos del mundo, por ejemplo, Estados Unidos, Japón, Canadá, Australia, la Unión Europea, entre otros. Estos países tienen una agenda política comercial muy fuerte y dinámica, lo que significa que en varias ocasiones, durante la negociación, intentan imponer su postura para que México, al ser una economía clave por todas las relaciones bilaterales y multilaterales que tiene, acepte y se sume a sus propuestas presentadas.

Puede llegar a ser sencillo aceptar las propuestas presentadas por las contrapartes, cuando éstas se encuentran establecidas en las leyes nacionales o son claros los beneficios para México, sin embargo, el reto inicia cuando las propuestas presentadas son contrarias a lo establecido en el marco jurídico nacional o suponen una modificación normativa que no conlleva beneficios para el país.
En estos casos, lo primero que los negociadores hacen es convocar a CDJ del tema que se esté discutiendo, y como se mencionó anteriormente, es el sector privado el que tendrá que hacer uso de las nuevas reglas comerciales, por lo tanto, la principal buena práctica que se tiene que llevar a cabo es la de la transparencia con el CDJ. Aun cuando no haya algún tema sensible que discutir, las reuniones con el CDJ se llevan a cabo al menos una vez durante la ronda de negociación, a fin de que estén enterados del proceso.

Es importante referir que en algunos casos, el mismo sector privado nacional está dividido, ya que sus intereses se contraponen. En estos casos, a través de reuniones juntas o separadas, se tiene que transparentar, en la medida de lo posible, los argumentos de un sector al otro, a fin de conocer todos los argumentos y con base en éstos, y en colaboración con las otras dependencias del gobierno, se establece la postura que se presentará en la mesa de negociación a nombre del Gobierno de México.

En muchas ocasiones lo más sencillo sería aceptar y posteriormente implementar las políticas comerciales de las grandes economías, sin embargo, cuando se tiene conocimiento de que dichas políticas pueden poner en riesgo a algún sector económico del país es necesario no sucumbir a la presión y mantener la postura que sea más beneficiosa para México.

En conclusión, las buenas prácticas de los funcionarios públicos en las negociaciones de los acuerdos comerciales internacionales se cumplen, no sólo acatando lo establecido en las leyes, sino a través principalmente de la transparencia con el CDJ y del actuar con honestidad, respeto e integridad teniendo la convicción de que lo que están negociando, sin importar el poder político y económico del país que este sentado al frente, cumple con el objetivo del acuerdo que es mejorar la calidad de vida de los mexicanos, sus negocios y familias, con disposiciones que fomenten la inversión y crecimiento de las empresas mexicanas.

Bibliografía
1.Información disponible en: https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico Fecha de consulta :15 de noviembre de 2021.
2. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465782/00ESPPre_mbulo.pdf Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2021.
3. “Por negociación del TLCAN, se instala ´Cuarto de Junto´ en Washington”. 16 de agosto de 2017. Milenio Digital. Disponible en: Por negociación del TLCAN, se instala ‘Cuarto de Junto’ en Washington (milenio.com) Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021.
4. NAVA, Karla. 12 de noviembre de 2020. “El rol del “Cuarto de Junto” en la negociación de acuerdos comerciales de México”. El Financiero. Disponible en: Karla Nava: El rol del “Cuarto de Junto” en la negociación de acuerdos comerciales de México – El Financiero Fecha de consulta: 01 de diciembre de 2021.
.

Equidad de género en la materia de Compliance

Rosa María Cuevas Brun

Introducción

Derivado de la reforma penal del año 2010 y posterior modificación de 2015, en México la responsabilidad jurídica de las personas morales cobró importancia al introducir en el marco legal el régimen de la responsabilidad penal de las empresas y la necesidad de que éstas cuenten con políticas de prevención de riesgos penales y de un órgano que supervise y verifique su cumplimiento, con el objetivo de prevenir que incurran en actos o hechos ilícitos.
En ese contexto, me refiero ahora al término Compliance que se traduce literalmente como cumplimiento, sin embargo, no debe reducirse al mero cumplimiento de normas legales sino que incluye las buenas prácticas, los principios, un conjunto de políticas y procedimientos internos, que permita, entre muchas otras cuestiones, capacitar e informar a los empleados en materias de prevención de lavado de dinero, anticorrupción, prevención y manejo de riesgos. De ahí que actualmente las funciones de cumplimiento se estén convirtiendo en una necesidad para las organizaciones (sin importar su tamaño).

Dentro de los riesgos organizacionales se encuentran aquéllos relacionados con las normas laborales, de seguridad social y derechos humanos. Cuya inobservancia hay que recordar también puede derivar en consecuencias jurídicas y responsabilidad para las personas jurídicas. Lo anterior, sumado al contexto actual de nuestro país, en el que tanto mujeres como hombres no gozan de condiciones iguales en el ejercicio pleno de sus derechos humanos y laborales, es que considero crucial que las empresas complementen sus políticas de cumplimiento con normas relacionadas con equidad de género, planes y programas adicionales que garanticen su cumplimiento y fomenten una verdadera cultura de equidad en el seno de la organización.

En el presente artículo explico la importancia de incluir dentro de la agenda de Compliance de todas las empresas, la materia de equidad de género y mejores prácticas, sin importar su giro de negocios, derivado de la relevancia que cobra el tema en la actualidad nacional e internacional.

Considero importante partir de algunas definiciones antes de desarrollar el tema central del presente artículo. La equidad de género se define como "la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades. En el ámbito del desarrollo, un objetivo de equidad de género a menudo requiere incorporar medidas encaminadas a compensar las desventajas históricas y sociales que arrastran las mujeres."[43]
Como parte de la equidad de género se comprenden aquellas reglas y políticas que tienen entre algunos de sus objetivos, el de permitir la igualdad de oportunidades en la participación de hombres y mujeres, tomando como base los ejes del respeto y garantía de los derechos humanos, evitando así la discriminación y estereotipos de género para que las personas puedan desarrollar sus capacidades y personalidad libremente.

Estereotipo se define como "las preconcepciones, generalmente negativas y con frecuencia formuladas inconscientemente, acerca de los atributos, características o roles asignados a las personas, por el simple hecho de pertenecer a un grupo en particular, sin considerar sus habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales".[44]

Lamentablemente, la falta de equidad en el ámbito empresarial en México se hace aún más evidente cuando las cifras de mujeres en posiciones directivas o de liderazgo continúan siendo muy bajas; esto se debe a una falta de regulación en nuestra legislación y a la ausencia de políticas privadas por parte de las empresas que las contratan.

"En 2017, de acuerdo con la 5ª Edición del Estudio "Mujeres en los Consejos de Administración: Una perspectiva global", elaborado por Deloitte, solo 15% de los puestos en estos órganos era ocupado por mujeres, cifra que representa un ligero avance respecto al 12% registrado en 2015. En México, la cifra es aún más alarmante, pues según los datos del mismo estudio, en el que se analizó la composición de los consejos de administración de las empresas públicas, la participación femenina llega únicamente al 6%. Esta situación ha provocado que, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo, se utilicen diferentes tipos de medidas para promover e impulsar la inclusión de las mujeres en este tipo de órganos empresariales."[45]

En México, en materia de Compliance tenemos dos directrices importantes. La primera, es el Código de Mejores Prácticas Corporativas del Consejo Coordinador Empresarial de 2018 (en adelante, el "Código") y la segunda, la constituyen los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.
Por su parte, las prácticas corporativas del Código mencionan el tema, sin embargo, no indican ningún porcentaje o número específico recomendado de mujeres en posiciones dentro de las empresas. Mientras que el Código incluye las mejores prácticas 14 y 15, mismas que establecen lo siguiente:

"MEJOR PRÁCTICA 14: Se sugiere que cuando menos el 60% del Consejo de Administración esté integrado, en forma conjunta, por consejeros independientes y por patrimoniales. … El Comité considera importante la incorporación de la mujer en la integración del Consejo de Administración, pues sus habilidades le permiten aportar ideas y puntos de vista distintos a los asuntos de la sociedad, enriqueciendo así la diversidad de conocimientos y experiencias.
MEJOR PRÁCTICA 15: Se recomienda la incorporación de la mujer en la integración del Consejo de Administración."

[43]Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. Pág, 4, Disponible en: Igualdad de genero.pdf (unesco.org) Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2021.

[44]Disponible en: Glosario_TDSyG_WEB.pdf (conapred.org.mx). Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2021

[45]Disponible en: https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/incluir-mujeres-en-consejos.html Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2021.

Rosa María Cuevas Brun

Entrevista realizada a
Rosa María Cuevas Brun
2 de diciembre 2021

Actualmente se desempeña como In-House Corporate Legal Manager en MXT Holdings, una plataforma de inversión dedicada a desarrollar, adquirir, poseer y operar activos de infraestructura de telecomunicaciones en México. Tiene a su cargo los temas legales de las empresas de MXT, incluyendo principalmente, temas laborales, regulatorios, marcas y patentes, contractuales con diversos clientes, transacciones relacionadas con fusiones y adquisiciones y corporativos en general. Previo a ello, era abogada de la oficina de Holland & Knight en la Ciudad de México.

Desde el punto de vista de la legislación aplicable, en México existe la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en cuyo artículo 1 se prevé que dicho ordenamiento tiene por objeto regular y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a nuestro país al cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres y la lucha contra toda discriminación basada en el sexo.

Asimismo, la Ley Federal del Trabajo (en adelante "LFT") la cual regula las relaciones entre los empleados y sus empleadores, menciona en su artículo 2 que la igualdad sustantiva "es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres. Asimismo, establece que las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres."

"Además de ser un periodo notablemente menor al de las mujeres, su remuneración es cubierta por el empleador, a diferencia del de maternidad, que es cubierta por los Institutos de Seguridad Social. Vale la pena mencionar que actualmente existen diversas iniciativas de ley en la materia, sin embargo, no han sido materializadas en su calidad de ley."[46]

La LFT al no otorgar los mismos periodos para ambos sexos, genera una desventaja significativa para las mujeres y hombres, desincentiva el empoderamiento económico de las mujeres y se traduce en un obstáculo para su integración al mundo laboral. Este tema se ha intentado reformar, sin embargo, por cuestiones de presupuesto no se ha logrado hacer el cambio en la LFT. No obstante, las empresas deberían tomar la iniciativa de cubrir algunas semanas adicionales para intentar terminar con el estereotipo de la mujer cuidadora y permitir a los hombres involucrarse con su rol de padres, de tal forma que se contribuya a acabar con la discriminación laboral por razón de género.

Así como las empresas se esfuerzan en cumplir con las leyes en materia anticorrupción o prevención de lavado de dinero, deberían adquirir un compromiso para contratar a mujeres en puestos directivos y no sólo eso, sino otorgarles condiciones favorables si lo necesitaran (embarazo, cuartos de lactancia, horarios flexibles, etc.). Asimismo, se debería contar con (i) políticas de no discriminación e igualdad de oportunidades mediante las cuales se promueva el trato justo, la no discriminación y la igualdad de oportunidades de todos los trabajadores, y (ii) códigos de conducta anti acoso o protocolos de género mediante los cuales se prevengan casos de violencia y discriminación por motivos de género, así como Comités que analicen los casos que se puedan llegar a dar.

Como se mencionó en párrafos anteriores, nuestro país ha comenzado a implementar algunas políticas de paridad de género y prácticas en el ámbito público que podrían replicarse en el privado. En septiembre de 2021, el ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar, anunció que propuso al Consejo de la Judicatura Federal y al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal autorizar las licencias de paternidad por tres meses derivado de la situación de las mujeres en términos de nuestra legislación. La iniciativa intenta terminar con estereotipos y además el ministro reconoció que muchas veces no se contrata a las mujeres o no se les asciende de cargo a fin de evitar precisamente el otorgamiento de las licencias de maternidad.

Tomando como ejemplo a España, en abril de este año entró en vigor el Real Decreto 901/2020 mediante el que se regulan los planes de igualdad que deberán ser implementados por las empresas españolas, con independencia del número de personas trabajadoras que tengan en su plantilla, y que las obligan a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual, arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.[47]

Además, las empresas que no cuentan con dichos planes son sancionadas con multas.

Derivado de lo anterior, las empresas mexicanas podrían implementar reglamentos y códigos de conducta que fomenten y garanticen la equidad de género entre sus miembros, así como capacitar a sus empleados en la materia y crear una verdad cultura de equidad de género. Los objetivos y acciones de dichos reglamentos estarían encaminados a garantizar el derecho a la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Para ello, las empresas deben desarrollar acciones para fomentar la integración de políticas con perspectiva de género e impulsar liderazgos igualitarios.

Como se ha analizado previamente, las disposiciones de la LFT no son suficientes y resultan poco actualizadas para garantizar la equidad de género en el ámbito empresarial. Por lo anterior, propongo que las empresas implementen políticas internas que, entre otros:

1. Promuevan la participación equitativa de mujeres y hombres en programas de capacitación y formación que desarrollen sus potencialidades y favorezcan su crecimiento profesional y personal. Contratar a mujeres y contar con cuotas de género.

2. Apoyen al ejercicio de la maternidad y la paternidad, en igualdad de condiciones. Siguiendo el ejemplo de la Suprema Corte, las empresas podrían comenzar a otorgar licencias de paternidad las cuales terminen con estereotipos. Adicionalmente, estar en comunicación con sus empleados para crear planes de carrera los cuales logren un balance con su vida personal para lograr conciliar las responsabilidades laborales con aquellas que se derivan de la maternidad y la paternidad. Las empresas no deben considerar la maternidad como impedimento para la promoción laboral de las mujeres, en las entrevistas de trabajo eso no debe ser un tema. Adicionalmente, se debe contar con espacios de lactancia para mujeres.

3. Asignen tareas sin importar el sexo del trabajador. El trabajo puede ser realizado tanto por hombres como por mujeres y no deben asignarse tareas basadas en estereotipos sexuales, sino según las competencias, aptitudes y aspiraciones de las personas, así como propiciar el desarrollo de un sano clima laboral en favor de la productividad y la equidad de género.

[46]La Ley Federal del Trabajo y su contribución a la desigualdad en el cuidado de los hijos", disponible en: https://www.abogadasmx.org.mx/la-ley-federal-del-trabajo-y-su-contribucion-a-la-desigualdad-en-el-Cuidado-de-los-hijos-por-gabriela-farias-elizondo Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021.

[47]Disponible en: https://www.feda.es/actualidad/normativa-empresarial/item/10991-real-decreto-901-2020-por-el-que-se-regulan-los-planes-de-igualdad-y-su-registro Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2021.

4. El salario debe ser igual para ambos sexos, los niveles jerárquicos deben existir con base en responsabilidades y funciones y no en el sexo de los trabajadores.

5. Apliquen sanciones en caso de actos discriminatorios, no permitir el uso del lenguaje discriminatorio o excluyente, que implique un trato desigual u ofensivo para las mujeres y los hombres en su diversidad, así como combatir el acoso sexual y contar con políticas claras y métodos de solución de controversias y comités para saber cómo reaccionar en esas situaciones. Garantizar un ambiente libre de violencia, sea ésta verbal, física, psicológica o de naturaleza sexual.

6. En general, mantengan siempre una conducta respetuosa y educada en el trato hacia las demás personas, tomando en cuenta sus ideas y aportaciones para fomentar una sana relación, promoviendo el trato adecuado y cordial, sin distinción de sexo, edad, origen social o étnico, credo, nacionalidad, preferencia sexual, filiación política o jerarquía.

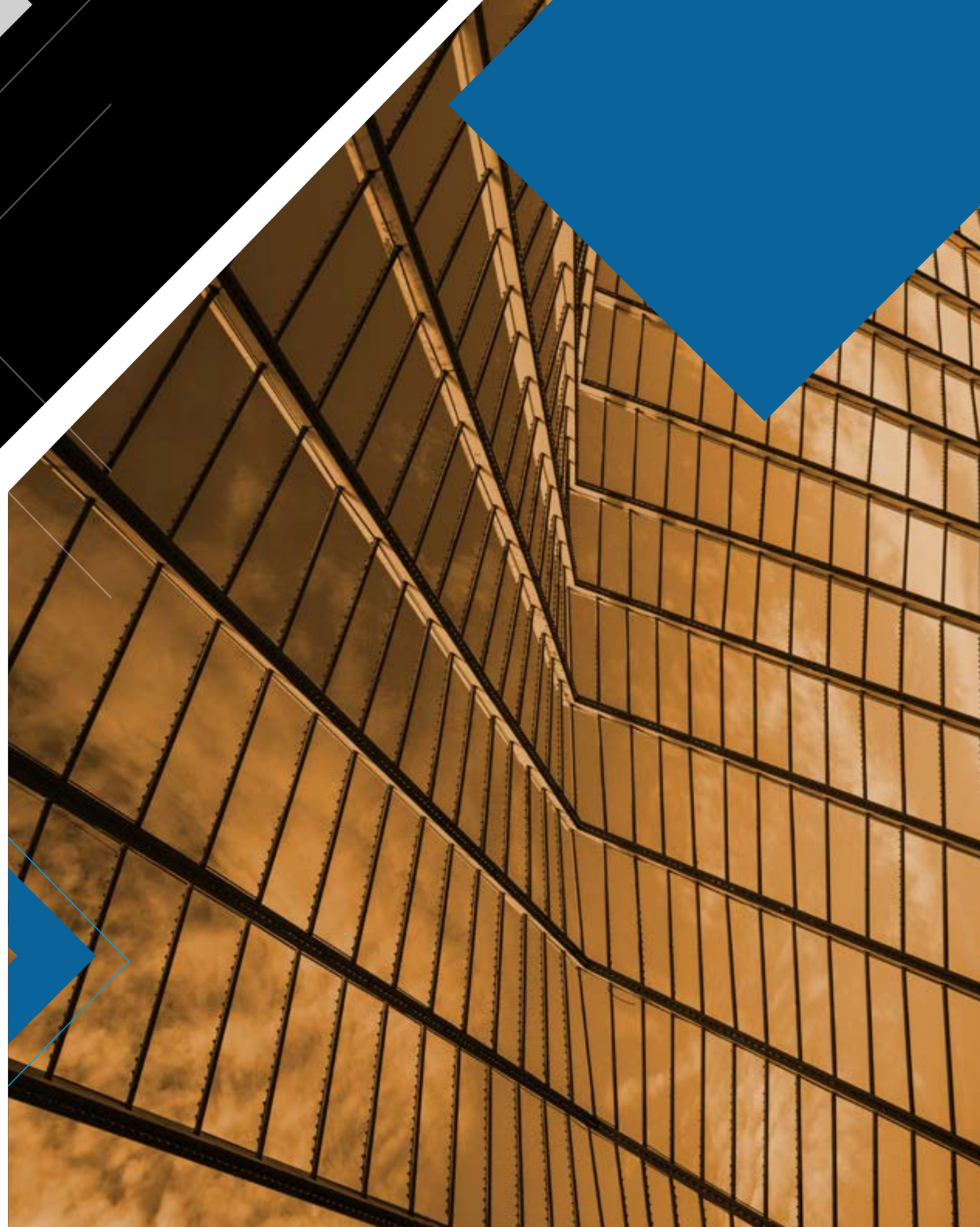
Si bien la cultura ética empresarial debe abarcar la materia penal y anticorrupción, la equidad de género también debería ser considerada como algo fundamental para lograr un mejor ambiente laboral en nuestro país.

Conclusiones.

Como se ha desarrollado en el presente artículo, la materia de equidad de género es un tema que ha cobrado relevancia en los últimos años y que debe formar parte de la agenda de Compliance de las empresas mexicanas. Específicamente se deberían cubrir mínimo los siguientes puntos para lograr un ambiente profesional que permita la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y eventualmente, un mejor país:

1. Proceso de selección y contratación.
2. Clasificación profesional.
3. Formación.
4. Promoción profesional o planes de carrera.
5. Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.
6. Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
7. Infrarrepresentación femenina.
8. Prevención del acoso sexual y por razón de sexo (Comités, entre otros).

Bibliografía
Estudio Mejores Prácticas Gobierno Corporativo. Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2021.
https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/incluir-mujeres-en-consejos.html. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2021.
https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf. Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2021.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIMH_140618.pdf. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2021.
https://www.abogadasmx.org.mx/incidencia/. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2021.
https://www.igualdadenlaempresa.es/faq/respuestas.htm. Fecha de consulta: 11de noviembre de 2021.



¿Puede ser responsable penalmente un Compliance Officer?

Sandra Campillo Colmenares

Acabas de ser nombrado (a) Compliance Officer de la empresa para la que trabajas y no sabes si es una buena noticia - porque probablemente tendrás un incremento en tu salario - o una no tan buena, - toda vez que implica una tremenda carga de responsabilidad laboral - que inclusive, puede conllevar un riesgo de carácter penal.

Tal y como lo refiere Juan Antonio Lascuraìn, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, los Compliance Officers constantemente tienen en mente la siguiente sospecha “Como lo que se me pide es, entre otras cosas, que impida el delito de los miembros de la empresa, a ver si por una falta de cuidado, por no percatarme de que algún miembro cometió un delito, voy yo a ser el delincuente. ¿Puedo acabar teniendo yo responsabilidad penal por no prevenir el delito de otro?”.[48]

Para resolver la pregunta que acecha a todos los Compliance Officers de las empresas, considero pertinente hacer una primera reflexión ¿Qué es y qué hace un Compliance Officer u Oficial de Cumplimiento?

A continuación una definición “genérica”, pero asertiva, de lo que es y hace el Compliance Officer “es la persona responsable en dirigir o coordinar la función de cumplimiento en una empresa; es decir, el conjunto de políticas, procedimientos y medidas dirigidos a detectar y minimizar los riesgos de infracción y a reaccionar en caso de que dichos riesgos se concreten en conductas infractoras o situaciones antijurídicas”.[49]

Es importante dejar claro que el Compliance Officer no es el responsable de impedir la comisión de un delito en el seno de la organización. No está obligado a impedir que se cometa un fraude o un robo en la empresa para la que trabaja. El Compliance Officer en principio, es un asesor de cumplimiento, que tiene principalmente un deber de vigilancia, supervisión y control, “podríamos decir que es un policía de cumplimiento, y en este sentido, tendrá la posible responsabilidad penal de un asesor o de un policía.”[50]

Asimismo, es importante tener en cuenta que a pesar de que cierta normativa sectorial da pautas sobre cómo deben las empresas configurar sus órganos internos de cumplimiento, el Compliance Officer únicamente tiene las funciones, capacidades y recursos que su principal delega sobre él, independientemente de ser denominado “oficial de cumplimiento”.[51]

Ahora bien, una vez que ya quedó claro qué hace el Compliance Officer y cuál es el alcance de sus funciones, capacidades y recursos, para poder responder la pregunta principal del artículo, es necesario hacer una segunda reflexión que versa sobre la responsabilidad penal por omisión, pues lo que nos preocupa no es la responsabilidad penal que pueda derivar de un delito que cometa activamente el Compliance Officer, sino cuál sería su responsabilidad en relación con los delitos que otros cometan.

Y ¿cuándo puede ser responsable penalmente por los delitos de otro?, ¿cuál es el fundamento de ésta responsabilidad? La respuesta de estas dos interrogantes radica en la «posición de garante». Sólo se responde como autor por los delitos de otro cuando se es garante.

Y en estos casos de responsabilidad penal de la empresa, ¿quién es el garante?, en principio el empresario, por su injerencia o por mantener como propia una fuente de riesgos que derivan de la propia actividad de la empresa (por ejemplo, contra la seguridad de los trabajadores, contra el medio ambiente etc.)[52]. Es decir, si la organización utiliza químicos peligrosos para el medio ambiente, es deber del empresario prevenir la comisión de delitos contra el medio ambiente.

A pesar de lo anterior, el empresario puede delegar esa posición de garantía en el Compliance Officer o en cualquier otro miembro de la organización, quién pasaría a ser garante por delegación. En estos casos recomiendo que esa delegación de posición de garantía quede materializada -de preferencia por escrito- vía contractual.

En este orden de ideas, el Compliance Officer podrá ser penalmente responsable como autor si la empresa ha delegado en su figura un deber de garantía propio de la organización, es decir, si se le ha delegado ser garante respecto de los riesgos imbricados en el proceso de producción o prestación de servicios de la empresa que se trate. Debemos dejar claro que la empresa no es garante de que no se cometa ningún delito en su seno y a su favor, sino sólo de que no se cometan determinados delitos que sean expresión de los riesgos productivos de la empresa.

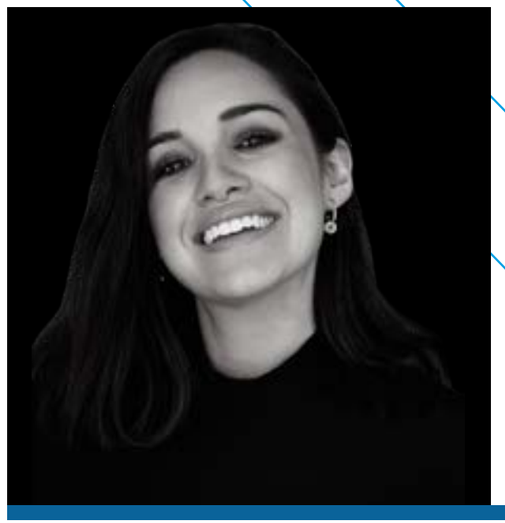
Por ejemplo, podría fundamentarse una responsabilidad penal del Compliance Officer a título de autor si el empresario garante le delega el deber de seguridad que conlleva realizar un análisis de riesgos y por negligencia éste no los realiza, o lo hace mal y se comete un delito por imprudencia que se puede imputar a esa omisión.

Es importante tener en cuenta que la asunción de garante no eliminará el deber de garantía del empresario delegante, que pasará a ser ahora un deber de supervisión y corrección de su delegado. En otras palabras, la delegación no sólo genera un deber

[48]LASCURAIN, Juan Antonio, “Puede tener responsabilidad penal el Compliance officer” , Almacén D. Derecho, mayo 2017, (¿Puede tener responsabilidad penal el compliance officer? - Almacén de Derecho (almacendederecho.org).
[49]DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del “compliance officer” tras la reforma penal de 2015», en AAVV/FRAGO AMADA, J.A. (Dir.) Actualidad Compliance 2018, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 215-232.
[50]LASCURAÌN Juan Antonio, ob. cit.
[51]DOPICO GÓMEZ, Jacobo, ob. cit.
[52]Una completa exposición sobre el fundamento de la posición de garantía del empresario se encuentra en DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal por omisión del empresario, Iustel, Madrid, 2009, pp. 125 y ss.
[53]LASCURAÌN, Juan Antonio, ob. cit.

Sandra Campillo Colmenares

Entrevista realizada a
Sandra Campillo Colmenares
16 de diciembre 2021



Actualmente es uno de los socios fundadores de Total Compliance Consulting, Firma española especializada en el diseño e implementación de Sistemas de Gestión de Compliance y prevención penal, asi como de la implementación y gestión de Canales de denuncia interna para empresas (whistleblower channel). Es Coordinadora del proyecto AMEXICOM UNDER 35. Anteriormente abogada asociada en Requena Abogados S.C.

under35.amexicom.org

de seguridad nuevo en el delegado que la acepta, sino que transforma el contenido del deber de seguridad del empresario delegante, que pasa a ser de control y corrección del delegado. Para ello, será necesaria una selección adecuada del delegado, una asunción libre por parte del mismo de las funciones que se le trasladan y la dotación de los medios necesarios para cumplirlas.

Ahora bien, esta aproximación a la responsabilidad por omisión como autor del Compliance Officer debe ser complementada con otra relativa a la participación por omisión en un delito.
Lo más habitual es que el Compliance Officer sea responsable por participación por omisión cuando no es garante, porque no lo sea la empresa en relación con el delito de que se trate o porque no sea un delegado de la misma, pero incumplió con un deber, específicamente con sus tareas de supervisión, vigilancia y control, y facilitó la comisión del delito por parte del tercero. En este supuesto el Compliance Officer incumplió con su "deber de policía" (con sus funciones de detección e investigación de un delito) y no evitó el delito que se está cometiendo o se va a cometer.

Para hablar de la responsabilidad penal del Compliance Officer como cooperador en el delito ajeno es importante saber qué es lo que debería haber hecho y no hizo. En estos casos el Compliance Officer debió haber facilitado, tolerado o favorecido la comisión presente o futura de un delito y, esto es posible en dos supuestos básicos:

a. Si se denuncia un delito que se va a cometer o se está cometiendo (delito aún no consumado), teniendo el Compliance Officer posibilidad de impedir su consumación, ya sea de modo directo o indirecto.

b. Si se denuncia un delito que, pese a estar consumado, es indicio de que existe una continuidad delictiva que debe ser interrumpida.
Y al ser responsabilidad como partícipe solo es punible en nuestro Código Penal si es dolosa su actuación, es decir si el Compliance Officer sabe que está incumpliendo su deber y facilitando con ello la comisión de un delito por parte de un tercero.

Del análisis anterior ya podemos responder a la pregunta inicial del artículo ¿puede ser responsable penalmente el Compliance Officer? No, siempre y cuando sus funciones sean de asesoramiento y supervisión y las realice con un mínimo de diligencia.[53]

De lo contrario, si no actúa diligentemente e incumple con sus tareas de investigación de un delito denunciado, el Compliance Officer sí puede ser responsable penalmente a título de partícipe. Y, si sus funciones son directas y ejecutivas de seguridad, podría responder a título de autor por un delito de empresa si incumple la labor de detección de riesgos (anexa a todo deber de garantía) que le haya delegado la empresa como como delegante originario.

A manera de conclusión me gustaría dar tres consejos a los Compliance Officers para protegerse de posibles responsabilidades de carácter penal en el desempeño de sus funciones. Mi primer consejo es, delimiten sus funciones a las de asesor y supervisor. El segundo, que actúen diligentemente en el ejercicio de sus funciones y, por último, mi tercer consejo es que siempre documenten y dejen huella de esa debida diligencia.

Bibliografía
1. LASCURAIN, Juan Antonio, "Puede tener responsabilidad penal el Compliance officer" , Almacén D. Derecho, mayo 2017, (¿Puede tener responsabilidad penal el compliance officer? - Almacén de Derecho (almacendederecho.org).
2. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del "compliance officer" tras la reforma penal de 2015», en AAVV/ FRAGO AMADA, J.A. (Dir.) Actualidad Compliance 2018, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018.
3. DEMETRIO CRESPO, Responsabilidad penal por omisión del empresario, Iustel, Madrid, 2009.

ASOCIACIÓN MEXICANA
DE INTEGRIDAD Y COMPLIANCE

AMEXICOM
UNDER 35

Influencers Corporativos

secretaria@amexicom.org
8870 690 557 / 0276 088 555
www.amexicom.org

Hegel 141, piso 3, Col. Polanco,
Alcaldía Miguel Hidalgo, CDMX,
C.P. 11560