

doinGlobal™

Curso Superior en Derecho | Compliance Officer

La gestión del Compliance y la responsabilidad de la empresa en Ecuador

Ricardo Darquea Córdova

Resumen:

En este trabajo se lleva a cabo un breve análisis sobre la comprensión del *Compliance* y su incorporación y desarrollo en el marco regulatorio en Ecuador, dando un énfasis particular a su aplicación en el ámbito de las actividades relacionadas con la industria inmobiliaria y reflexionando a cerca de la responsabilidad empresarial en la gestión de cumplimiento normativo.



Índice

INTRODUCCIÓN:	2
1. COMPLIANCE: CONCEPTO Y NORMATIVIDAD EN ECUADOR:	2
2. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA EN ECUADOR:	6
3. ELEMENTOS CLAVE DE UNA GESTIÓN EFECTIVA DEL COMPLIANCE:	7
CONCLUSIONES: DESAFÍOS Y OBSTÁCULOS EN LA GESTIÓN DEL COMPLIANCE EN ECUADOR.	9
BIBLIOGRAFÍA	10

Introducción:

El *compliance*, en general, es el término utilizado para describir el cumplimiento de estándares legales, éticos y de buenas prácticas en una empresa. Su objetivo se centra en construir una cultura de prevención, que busca evitar violaciones de la ley y la identificación de conductas inadecuadas, con la finalidad de reducir el riesgo de incumplimiento tanto a nivel normativo como ético. En términos específicos el *compliance* contribuye a que una organización observe la normativa que le es aplicable en función de su sector y actividad, lo que repercute en su imagen y reputación.

Para analizar la gestión del *compliance* y la responsabilidad de la empresa en el Ecuador, se ha optado por analizar la interacción entre el gobierno y la empresa, con el propósito de establecer las incidencias de la aplicación normativa, su alcance y sus efectos en la actividad empresarial. Se pretende por una parte analizar las iniciativas gubernamentales para promover políticas públicas que incentiven y regulen el *compliance*, y por otra los efectos de estas en la actividad de la empresa, la que debe adoptar medidas internas que aseguren el cumplimiento normativo y ético.

El propósito de este artículo es exponer sobre los conceptos de *compliance* o cumplimiento normativo, su estado actual y reconocimiento en el Ecuador, así como la normatividad ecuatoriana sobre la materia y su aplicación en el ámbito empresarial, con un especial énfasis en el sector del mercado inmobiliario. Para ello, se hará una revisión bibliográfica y documental sobre los antecedentes, las definiciones y los principios del *compliance*, así como un análisis crítico sobre las ventajas y desafíos que implica su implementación.

1. *Compliance*: concepto y normatividad en Ecuador:

Teniendo en cuenta el entorno sobre el que se pretende reflexionar, esto es, la situación y comprensión en el marco jurisdiccional ecuatoriano, es apropiado considerar que el *compliance* es (Muriel Bedoya, 2017, pág. 161): el conjunto de políticas y estrategias previstas por cada empresa para prevenir, detectar y evitar prácticas de corrupción dentro de su estructura.

Con la directa influencia de las construcciones normativas dadas en Estados Unidos, como la Ley de Prácticas Corruptas (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977 y la posterior *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991, en las que se desarrolla y sistematiza la necesidad y aplicación de programas de cumplimiento para las personas jurídicas, con la finalidad de evitar las prácticas ilegales que generen entornos de criminalidad (Ballesteros Sánchez, 2020, pág. 14), y las recomendaciones emitidas por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en conjunto con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Mundial, derivadas de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), la Convención Sobre Lucha Contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1999) o la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1977), entre

otras declaraciones de alcance internacional y regional (OCDE, UNODC, BANCO MUNDIAL, 2013), es que, en el Ecuador, se promulga y entra en vigencia en el año 2016 la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Su alcance será complementado en lo posterior con normativa secundaria, aplicable a los diferentes sectores y actividades económicas. Se debe señalar que esta Ley, sustituyó y derogó la Ley para reprimir el Lavado de Activos (Registro Oficial No. 127 de 18 de octubre de 2005), denominada posteriormente Ley de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (Registro Oficial Suplemento No.352 de 30 de diciembre de 2010), que a su vez fuera sometida a reformas.

La Ley de 2016, con los mismos presupuestos de sus antecesoras, obedece a la garantía constitucional relativa a la seguridad humana, la convivencia pacífica de las personas, la promoción de la cultura de paz y la prevención de toda forma de violencia y discriminación y la comisión de infracciones o delitos (Constitución de la República del Ecuador, Art. 393. 2008), que se materializa en el Código Orgánico Integral Penal, cuando este, tipifica y sanciona los delitos de lavado de activos, omisión de control de lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo, delincuencia organizada y otros delitos que generan recursos económicos que pueden ser objeto de lavado de activos (Código Orgánico Integral Penal, Arts. 317, 319, 366, 367, 369. 2014); así como en el Código Orgánico Monetario y Financiero, que define las funciones de la Junta de Política y Regulación Financiera, estableciendo sus competencias para la prevención de prácticas fraudulentas, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos como el terrorismo; siendo esta Junta responsable de la formulación de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores, que permitan mantener la integridad del sistema económico (Código Orgánico Monetario y Financiero, Arts. 47.6, 244 y otros. 2014), entre las que se debe incluir a las sociedades mercantiles constituidas para cumplir con roles económicos relacionados con el comercio y la actividad inmobiliaria y de construcción, reguladas en la Ley de Compañías (1999).

Luego, la Ley, que en su artículo 1 señala que “tiene por finalidad prevenir, detectar y erradicar el lavado de activos y la financiación de delitos, en sus diferentes modalidades”, y determina como finalidad la prevención, la detección y erradicación del lavado de activos y la financiación de delitos y sus objetivos inherentes, así como el manejo de la información relacionada con las operaciones, transacciones, movimientos económicos realizados por personas naturales o jurídicas “que no guarden correspondencia con el perfil económico y financiero que éstas han mantenido en la entidad reportante y que no puedan sustentarse”, detallando en forma taxativa los sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico, entre los que se señala a “Las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la inversión e intermediación inmobiliaria y a la construcción” (Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Arts.3, 5, 5.6. 2016).

Así, y con el fin de cumplir con la atribución de regulación y supervisión, en concordancia con el marco jurídico antes descrito, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, mediante resolución No. SCVS-DSC-2018-0029 del 17 de julio de 2018, expidió las Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos, en complemento y subordinación directa con la Ley de la materia, en sustitución de normas anteriores, y que, del mismo modo, fueran actualizadas y reformadas mediante actos resolutorios posteriores, recogidos e incluidos en la publicación del Registro Oficial No. 248 de 10 de febrero de 2023.

En esta normativa, desde su parte considerativa, se intenta incorporar un enfoque basado en riesgos como *una forma eficaz de combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*, y, en lo resolutivo, se describe con profundidad el ámbito de aplicación, el alcance de la administración del riesgo de lavado de activos, la estructura del sistema de prevención y administración de riesgo, la definición de reserva, mantenimiento y confidencialidad de la información, la importancia y el contenido del manual de prevención de lavado de activos como herramienta de control interno y de construcción de cultura organizacional, el alcance sobre el conocimiento del cliente, del beneficiario final y personas expuestas políticamente, la aplicación de debida diligencia como método de análisis, y, la identificación, registro y reporte de operaciones inusuales e injustificadas o sospechosas. También se detalla la estructura y alcance del control interno organizacional, el rol de la auditoría y lo propio del Oficial de Cumplimiento; el rol del control ejercido por la Superintendencia de Compañías, el régimen sancionador aplicable al Oficial de Cumplimiento y la potestad de control y de sanción de la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos adscrita a la misma entidad de supervisión.

En un capítulo específico y extenso de la resolución en cuestión, de manera exhaustiva se incorporan las normas de prevención aplicables a los sujetos obligados del sector societario, según su actividad, incluyendo como tal, la inversión e intermediación inmobiliaria y construcción. Bajo este presupuesto, en función de la demanda de productos o servicios la normativa segmenta en: **inmobiliaria**, aquella realizada por los sujetos obligados que tengan como actividad: la compra y venta de bienes inmuebles, y, aquellos que lleven a cabo actividades de agentes y corredores inmobiliarios en la intermediación de la compra y venta de bienes inmuebles; y, de **construcción**, para quienes realizan construcción y particularmente, la construcción de obras de ingeniería civil, pública o privada. (Normas de control para la administración del riesgo de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, aplicadas a los sujetos obligados del sector societario, Art. 44. 2023)

Aquí cabe destacar que, a diferencia de la normativa precedente en el tiempo, esto es, la producida por la entidad de control, entre los años 2014 y 2021, en las Normas de control de 2023, se omite, en lo relativo a la definición de actividad inmobiliaria, la inclusión del término *bienes arrendados*, como efecto a su vez, de la Resolución No. UAFE-DG-2021-0362, emitida por la Unidad de Análisis Financiero y Económico el 24 de septiembre de 2021, que incluyó a las “Actividades de arrendamiento o alquiler”, como exentas de reporte, al señalar que “las personas naturales, personas jurídicas, y figuras jurídicas que realicen las operaciones y transacciones, no serán consideradas como sujetos obligados a reportar a la UAFE” (Norma para los sujetos obligados a entregar información del sector de la inversión e intermediación inmobiliaria y construcción, Art. 3. 2021).

Es así que, las actividades de arrendamiento y alquiler, normalmente vinculadas a las actividades inmobiliarias, dejan de ser controladas, por lo tanto, las medidas de debida diligencia pasan a un espacio de aplicación ambiguo, sujetas más bien a la voluntad de quien, hasta antes de la emisión de la resolución de la UAFE (Res. No.UAFE-DG-2021-036), debía cumplir con una obligación, sin duda o discusión.

Efectivamente, es con la Resolución No. SCVS.INC.DNCDN-2023-0002, de febrero de 2023, que se acepta la exención prevista en la resolución de la UAFE antes referida, aunque se pretende insistir en medidas y procedimientos de debida diligencia para intentar mitigar y prevenir el riesgo, bajo la responsabilidad de *una persona* de la propia compañía, sin la calidad, calificación o atribuciones plenas de un oficial de cumplimiento, toda vez que

se trataría de *un persona* carente de la investidura de un Oficial de Cumplimiento, sin la certificación y calificación de la entidad de control, siendo un mero gestor delegado, carente de potestades reales, sin responsabilidades u obligaciones objetivas. La Disposición Transitoria Sexta de la resolución referida dice:

Las compañías inmobiliarias que realizan la actividad de alquiler, arrendamiento o administración de bienes inmuebles, por buenas prácticas de prevención, deberán establecer políticas de control de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, mediante la aplicación de procedimientos de debida diligencia. Para lo cual desarrollarán su matriz institucional de riesgos de estos delitos, y sus políticas de control que deberán estar dirigidas a mitigar y prevenir los riesgos identificados. Adicionalmente, deberán incluir en dichas políticas el reporte de operación sospechosa – ROS a través de los medios establecidos por la UAFE.

Los sujetos obligados declarados exentos por la UAFE, deberán designar a una persona de su compañía o podrá contratar de forma directa, para que implemente sus políticas de control de prevención lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, sin que esto signifique registro y calificación de un oficial de cumplimiento. (Normas de control para la administración del riesgo de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, aplicadas a los sujetos obligados del sector societario, D.T. Sexta. 2023)

Con este supuesto normativo surge como inevitable interrogante: ¿cuál es el alcance de la responsabilidad de una *persona*, dependiente de la compañía o contratada por esta, respecto de la implementación de políticas de control de actividades irregulares, ilegales o conductas inmorales?

Cabría la aplicación general de la Ley, o la observación de los códigos de ética o de buen gobierno implementados por la compañía, que en todo caso tendrían consecuencias administrativas, sancionadoras o punitivas, en razón de su función, pero que no involucrarían la responsabilidad determinada o propia de quien tiene la calidad de *oficial de cumplimiento*, quien está obligado a la aplicación de una normativa específica, con alcance e implicaciones de responsabilidad administrativa, civil y penal.

Por otra parte, también surge la inquietud sobre: ¿cuál es la responsabilidad de la compañía como persona jurídica y sujeto obligado, respecto del control de prevención lavado

de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, en cuanto a las actividades de arrendamiento o alquiler?

Es notorio que la normativa limita el ámbito de aplicación a las *compañías inmobiliarias* que tengan *actividad de alquiler, arrendamiento o administración de bienes inmuebles*, eximiéndolas de la obligatoriedad de designación de *oficial de cumplimiento*, y, sin embargo, previniéndoles de la necesidad de implementar prácticas de debida diligencia con la implementación de políticas de control. Por otra parte, la norma deja de lado y omite la referencia de aquellas entidades societarias con un objeto social que no incluya la actividad inmobiliaria, pero que podrían, en la práctica, llevar a cabo operaciones coincidentes con el ámbito inmobiliario, por circunstancias o coyunturas que no implican el ejercicio del objeto y fin social.

2. Responsabilidad de la empresa en Ecuador:

Como se ha descrito en el apartado anterior, cuando se trata de actividades inmobiliarias y de construcción, la responsabilidad de la empresa se encuentra circunscrita a la actividad de inversión e intermediación inmobiliaria y construcción, en relación únicamente con las operaciones de *compra y venta de bienes inmuebles, actividades de agentes y corredores inmobiliarios en la intermediación de la compra y venta de bienes inmuebles*, y la *construcción y particularmente, la construcción de obras de ingeniería civil, pública o privada* (Normas de control para la administración del riesgo de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, aplicadas a los sujetos obligados del sector societario, Art. 44.3. 2023), excluyendo *ipso jure* a la actividad de arrendamiento y alquiler, como obligación de reporte y por lo tanto de control real, o sujeta a sanción por incumplimiento de la misma acción.

Resulta pues, del todo evidente, que el acto resolutivo de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE-DG-2021-0362) provocó el levantamiento de control real de actividades, debilitando la potestad de supervisión y control de la entidad estatal, que por su naturaleza, debiera ser la llamada a ejercer autoridad, derivando la responsabilidad de debida diligencia a la iniciativa autónoma de la persona natural o jurídica, a la voluntad incontrolada e incontrolable de aquella, por lo tanto, abandonando la potestad de la política legal y la pretendida eficacia del principio constitucional.

Ante lo expuesto, es prudente destacar que la Ley de la materia, prevé la imposición de sanciones de carácter administrativo, de orden pecuniario, tanto a la representación legal del sujeto obligado como al responsable de cumplimiento (Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Arts. 17, 18, 19, 20. 2016), quedando reservadas para el ámbito penal, las acciones tipificadas y sancionadas como delitos, que han sido previamente descritas, en las que puede involucrarse la persona jurídica conforme lo previsto en los supuestos desarrollados en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal.

Siendo así, el riesgo de contingentes legales y reputacionales por incumplimiento, en este caso, de políticas de debida diligencia por parte de una persona jurídica cuyo objeto sea inmobiliario o de construcción, por lo menos, es incierto, toda vez que estará sometida a la implementación voluntaria de políticas de control interno para la debida diligencia.

3. Elementos clave de una gestión efectiva del *compliance*:

Siendo así, y superando las prescripciones estrictamente legales, es posible, partiendo de la iniciativa autónoma de las personas naturales o jurídicas, apostar por el reforzamiento de políticas de *compliance* o cumplimiento normativo, sin depender de una estricta subordinación a la Ley, represente más bien, una apuesta que por el desarrollo de códigos éticos y de conducta, que sean reflejo de los principios de buen gobierno y responsabilidad social empresarial, por medio de los que, o, con los que, las empresas asuman un rol de observancia y vigilancia de principios y presupuestos legales inherentes al quehacer comercial inmobiliario, en aplicación directa y estricta de herramientas que, sin bien, conforme a la norma vigente no existe obligación real o se ha generado una exención, por principio de administración responsable, se aplique el principio de deber de debida diligencia, en sujeción de lo previsto en la Ley de Compañías, en la que se prescribe:

Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes, reglamentos, estatutos y demás normativa aplicable, con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Para tales efectos, los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección de la compañía.

En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la compañía la información que fuere necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con la regla de la discrecionalidad, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya tomado una decisión con información suficiente, objetiva y razonable, con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Por lo tanto, la responsabilidad de los administradores sociales será de medios, mas no de resultados.

Cuando el administrador hubiere demostrado que ha actuado de acuerdo con los requisitos previstos en el inciso precedente, quedará cobijado por la regla de la discrecionalidad. En tal caso, los jueces y las autoridades administrativas respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones estratégicas y de negocio relacionadas con el ejercicio de su cargo, dado que se presumirá que se adoptaron de buena fe y en el mejor interés de la compañía. Por lo tanto, una vez que la regla de la discrecionalidad hubiere surgido, los jueces y las autoridades administrativas no podrán analizar los méritos de la decisión empresarial como tal.

La presunción establecida en el inciso precedente quedará desvirtuada únicamente cuando se demuestre que el administrador actuó de mala fe, que se extralimitó en sus funciones, que mediaron actuaciones ilegales, violatorias del estatuto social, abusivas o viciadas por un conflicto de interés del administrador.

En estos casos, la carga de la prueba recaerá sobre quien alega la responsabilidad del administrador. (Ley de Compañías, Art. 262. 1999)

De esta manera se aplicarían los presupuestos de *diligencia de un ordenado empresario*, manteniendo a salvo su actuar en función de la *regla de la discrecionalidad* como elemento sustancial de protección de las decisiones estratégicas y de negocio, en razón del óptimo cumplimiento de funciones derivado del adecuado y oportuno manejo de la información para la toma de decisiones, dejando a salvo la llamada responsabilidad de *medios, mas no de resultados*, con la garantía de la *buena fe*, que quedará desvirtuada únicamente cuando se demuestre que el administrador actuó de mala fe, en extralimitación de funciones, con actuaciones ilegales, en violación del estatuto social, abusivas o viciadas.

Por supuesto que, este buen actuar del administrador, para una real aplicación del *compliance*, deberá encontrarse reforzado por los actos resolutorios de la junta de socios o accionistas, que es la manifestación misma de la propiedad societaria, que está en la capacidad real de justificar, motivar, desarrollar y emplazar la construcción de una cultura organizacional de cumplimiento y transparencia, a todas las partes relacionadas, incluyendo empleados, proveedores y clientes.

A esta pretensión, se vuelve exigible el desarrollo de un código ético y de conducta empresarial, así como la implementación de programas de prevención de delitos y políticas

internas, la capacitación y concienciación del personal en relación con el cumplimiento normativo, y, finalmente, el monitoreo, detección y respuesta ante posibles incumplimientos, consideraciones que se verán materializadas en los manuales de prevención y en los códigos de ética, que solo serán aplicados en la medida que se lleven a cabo procesos de educación organizacional real, con la participación activa de propietarios, ejecutivos y empleados de la organización empresarial.

Conclusiones: Desafíos y obstáculos en la gestión del *compliance* en Ecuador.

En líneas anteriores se ha reflexionado sobre los factores culturales, estructurales, e inclusive legales, —aunque resulte paradójico— que dificultan la implementación efectiva del cumplimiento normativo en el caso de las actividades de empresas vinculadas al sector de la industria inmobiliaria en Ecuador.

Sobre lo expuesto, caben las siguientes afirmaciones:

1. En el ámbito de las actividades relacionadas con el sector de la industria inmobiliaria, Ecuador cuenta con un desarrollo normativo inapropiado, que genera ambigüedad en su aplicación y debilita las políticas de cumplimiento normativo.
2. Es necesario apostar por la revisión de barreras regulatorias, simplificándolas y convirtiéndolas en herramientas eficaces, con las que el rol de las autoridades de control y supervisión, se muestre eficiente y competente.
3. Las autoridades de control y supervisión, en corresponsabilidad con la sociedad, deben asumir la promoción de una cultura de cumplimiento y responsabilidad empresarial.

Bibliografía

- Muriel Bedoya, B. (2017). Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador ¿hacia dónde ir? *USFQ Law Review*, 159-183.
- Ballesteros Sánchez, J. (julio-diciembre de 2020). "Compliance" Empresarial: La labor de empresas más allá de los bienes jurídico-penales. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI(111), 13-60.
- OCDE, UNODC, BANCO MUNDIAL. (2013). *Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas*. Recuperado el Agosto de 2023, de <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial 449.
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de Febrero de 2014). Registro Oficial, Suplemento, No. 180.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. (12 de Septiembre de 2014). Registro Oficial, No. 332, Segundo Suplemento.
- Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. (21 de Julio de 2016). Quito: Registro Oficial, No. 802, Segundo Suplemento.
- Ley de Compañías. (5 de Noviembre de 1999). Registro Oficial, No. 312.
- Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos. (28 de Diciembre de 2018). Registro Oficial Suplemento No. 396.
- Normas de control para la administración del riesgo de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos, aplicadas a los sujetos obligados del sector societario. (10 de Febrero de 2023). Registro Oficial No. 248.
- Norma para los sujetos obligados a entregar información del sector de la inversión e intermediación inmobiliaria y construcción. (7 de Octubre de 2021). *Resolución No. UAFE-DG-2021-0362*. Registro Oficial No. 554.