



## CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE EL CONTROL LEGAL, EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE) Y LA AUDITORÍA JURÍDICA, EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ECUATORIANAS.

**Autor.**

### **1.- Rodney Eduardo Mejía Garcés,**

ecuatoriano, de 40 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Diplomado Superior en Desarrollo Económico, Diploma Superior en Gerencia de Marketing, Especialista en Gerencia de Proyectos, Especialista en Tributación y Magister Ejecutivo en Dirección de Empresas con énfasis en Gerencia Estratégica. Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal Mercado de Productores Agrícolas, Ex Asesor Jurídico de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado, Ex Asesor de la Alcaldía del cantón Riobamba, Ex Asesor Jurídico de la empresa BC ÖKO GARANTIE, Docente titular de la Cátedra Aspectos jurídicos empresariales de la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años. Aspirante a Doctor de la Universidad de la Habana - Cuba.

Email: rodneymejia79@gmail.com

### **2.- Regis Ernesto Parra Proaño,**

ecuatoriano, de 46 años de edad, Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Máster en Educación, Doctor en Ciencias Jurídicas. Ex Asesor Jurídico del Congreso Nacional, Comisión de Fiscalización. Ex Asesor de la Asamblea Nacional Constituyente. Ex Asesor Jurídico de la Comisión de Legislación y Fiscalización del Ecuador. Ex Asesor de la Asamblea Nacional del Ecuador. Ex Rector de la Universidad Estatal Amazónica, Docente titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Administración de Empresas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo desde hace 10 años.

Email: regis\_parra@hotmail.com

### **3.- Bolívar Eduardo Vergara Solís,**

ecuatoriano, de 33 años de edad, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Exanalista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador; exabogado y exdirector jurídico de la Dirección Distrital de Guayaquil del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; exdirector provincial del Guayas del Consejo de la Judicatura. Actualmente se desempeña como Director Nacional de Consultas y Desarrollo Normativo en la Intendencia Nacional de Compañías de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. Desde el año 2017 es docente invitado de las cátedras de *Terminology* y *Legal Translation* de la Carrera de Lengua Inglesa de la Facultad de Artes y Humanidades de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Rodney Eduardo Mejía Garcés, Regis Ernesto Parra Proaño y Bolívar Eduardo Vergara Solís (2018): "Consideraciones teóricas sobre el control legal, el cumplimiento normativo (compliance) y la auditoría jurídica, en las sociedades anónimas ecuatorianas.", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (julio 2018). En línea:

[//www.eumed.net/rev/caribe/2018/07/sociedades-anonimas-ecuador.html](http://www.eumed.net/rev/caribe/2018/07/sociedades-anonimas-ecuador.html)

## **SÍNTESIS.**

La presente investigación aborda una temática novedosa para las sociedades anónimas ecuatorianas; y se trata de las consideraciones teóricas del control legal, el cumplimiento normativo (compliance) y la auditoría jurídica empresarial.

En el mismo aspecto, se da mucha relevancia al principio de legalidad, como un pilar fundamental de las sociedades anónimas, por cuanto no se puede obtener lucro sin el cumplimiento normativo respectivo, y reconociendo que las normas jurídicas son paraguas al cual nos encontramos sometidos todas las personas tanto naturales como jurídicas.

## **SYNTHESIS.**

The present investigation deals with a novel topic for the Ecuadorian corporations; and it deals with the theoretical considerations of legal control, compliance (compliance) and business legal audit.

In the same aspect, there is a lot of relevance to the principle of legality, as a fundamental pillar of corporations, because you can not get profit without compliance with regulations, and recognizing that legal rules are an umbrella to which we are all subject. people both natural and legal.

En esta investigación teórica, se aborda sobre el control legal, el cumplimiento normativo (compliance) y la Auditoría jurídica. Éste recrea el concepto de control legal, el cumplimiento normativo (compliance), y aborda aspectos conceptuales sobre la auditoría jurídica, desde la óptica de varios tratadistas.

### **1.1. Conceptualización del control legal y cumplimiento normativo (compliance).**

Con relación a Ecuador, país donde se desarrolla la investigación es preciso señalar que es un Estado constitucional de derechos y justicia en donde la ley como norma derivada del derecho positivo, es suprema ante todos los actos y gestiones de los ciudadanos, y se funda en el principio de legalidad que otorga plena potestad a las instituciones y a las personas quienes ostentan y cargo público; así lo sostiene (Salgado, 2006) el principio de legalidad es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como garantía del reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades constitucionales. Es la Ley la que atribuye facultades a la administración y la acción de ésta se realiza a través del ejercicio de potestades públicas, las mismas que no son ni pueden ser ilimitadas, incondicionadas o absolutas, sino evaluadas en su extensión y contenido. La Constitución reconoce un orden de derechos y libertades en favor del ciudadano que constituyen los verdaderos límites del ejercicio de toda potestad pública.

En este mismo sentido la función de control se encomienda a la Superintendencia de Compañías, organismo del Estado ecuatoriano que amparado en lo que dispone la (Constitución de la República de Ecuador , 2008), en su artículo 213: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano.

Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley”.

Concordante a ésta disposición constitucional la (Ley de Compañías , 1999) otorga facultades de vigilancia y control; así lo expresa claramente el artículo 431: “La Superintendencia de Compañías y Valores tiene personalidad jurídica y su primera autoridad y representante legal es el Superintendente de Compañías y Valores.

La Superintendencia de Compañías y Valores ejercerá la vigilancia y control:

- a. De las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, en general
- b. De las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie;
- c. De las compañías de responsabilidad limitada; y,
- d. De las bolsas de valores y sus demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores.”

Y lo ratifica con el artículo 432 del mismo cuerpo legal: “La vigilancia y control a que se refiere el artículo 431 será ex post al proceso de constitución y del registro en el Registro de sociedades.

La vigilancia y control comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Para estos efectos la Superintendencia podrá ordenar la verificación e inspecciones que considere pertinentes...”

Para desarrollar el estudio del control legal en las S.A<sup>1</sup>., iniciaré definiendo de manera individual cada componente del mismo.

Al respecto del término control, (CABANELLAS, 1999), dice: “Según los casos es comprobación, fiscalización. Inspección, intervención, registro, vigilancia, regulación”.

A criterio de este autor, el control es un hecho de investigación, pero no se hace relación ni referencia a un proceso específico, más bien se lo emite como un criterio valioso, pero aislado.

En esta misma línea (HELLRIEGEL Don, JACKSON Susan, SLOCUM John , 2002) distan mucho del criterio anteriormente citado y manifiestan que: “el termino **control** comprende un

---

<sup>1</sup> Siglas de sociedad anónima; de aquí en adelante.

proceso mediante el cual se garantiza que los comportamientos y el desempeño se ajusten a los estándares de la organización, entre los que se hallan reglas, procedimientos y objetivos. Para la mayoría de personas, la palabra control tiene una connotación negativa –restricción, imposición, delimitación, vigilancia o manipulación-

Hay dos modalidades generales de controles organizacionales: los preventivos y los correctivos.

Los **controles preventivos** son mecanismos destinados a disminuir errores y, por tanto, reducir al mínimo la necesidad de acciones correctivas.

Los **controles correctivos** son mecanismo que tienen por objeto reducir o eliminar las acciones indeseables y, por ende, conseguir el apego a los reglamentos y las normas de la organización”

A criterio de estos autores el control comprende un proceso; en el que se destacan dos modalidades control preventivo y correctivo.

Para continuar con el estudio del control legal en las S.A., citaré a varios autores que se referirán al término legal.

Desde la visión de (CABANELLAS, 1999) el término legal denota: “Lo mandado por la ley. Lo contenido en ella. Conforme a su letra o a su espíritu. Legítimo, lícito.”

Como se aprecia en esta definición, existe una conjunción hacia lo recto, hacia lo justo; por tanto nuestro primer deber como profesionales del Derecho es luchar por que las normas jurídicas, su aplicación en todos los ámbitos sean realizadas de manera estricta y recta.

Analizando los elementos conceptuales citados, surge la necesidad de definir al control legal dentro de las sociedades; por ello me atrevo a decir que si bien las sociedades anónimas han sido sujetos de control por parte de su órgano natural de control como es la Superintendencia de Compañías; solamente se lo ha realizado de manera parcial y en un solo ámbito: el financiero; por cuanto la productividad y la rentabilidad de una organización se mide por sus ingresos. Esta concepción es válida, pero aplicada de manera aislada, analizando únicamente el componente financiero, se pasa por alto un aspecto legal, que es fundamental en la organización.

Pues bien con estos antecedentes, el control legal aparejado al cumplimiento normativo (compliance) son un instrumento de medición del acatamiento de las normas jurídicas dentro de las sociedades o compañías. Este instrumento aplicado de manera efectiva por parte del auditor jurídico (compliance officer)<sup>2</sup> permite obtener varios beneficios, que se anotan a continuación:

1. Se minimiza o se elimina el riesgo legal.
2. Se cumple de manera eficiente las normas jurídicas tanto internas como externas.
3. Se mantiene a las sociedades saneadas.
4. Se evita cometer fraudes y corrupción.
5. Se evita la pérdida de recursos económicos por imposición de multas y sanciones por parte del organismo regulador del ramo.
6. Se impide sanciones internas o externas en contra de los administradores, socios y empleados de la sociedad.
7. El prestigio de la sociedad mejora; su nombre su marca obtienen relevancia en el mercado.

Estas consideraciones resultan útiles para lograr un efectivo control legal dentro de las sociedades anónimas.

Una vez definido el control legal, surge la necesidad de definir el cumplimiento normativo (compliance); según (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016) el riesgo de Compliance es el riesgo de que una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdida de su reputación como resultado del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad.

( SÁIZ PEÑA CARLOS ALBERTO Y OTROS, 2015), plantean que la función de cumplimiento normativo supone la ejecución de las acciones y la creación de estructuras necesarias para identificar, valorar, asesorar, controlar y evidenciar el cumplimiento de requerimientos regulatorios y la adecuación de sus procedimientos de revisión. Se trata, por tanto, de una

---

<sup>2</sup> Término en inglés, que significa: oficial de cumplimiento. Es una función nueva dentro de la organización, que se encarga de la responsabilidad del cumplimiento normativo (compliance).

actividad preventiva y no reactiva...La función de compliance no solo suele englobar las leyes y las directrices de derecho positivo, y obligatorias de cumplir por los sujetos afectados (conocidos como hard law), sino que también se suelen englobar recomendaciones y estándares de voluntaria adopción (conocidos como soft law).

En esencia lo que se trata viene derivado de dos efectos, que se encuentran al mismo nivel uno del otro, de gran valía e importancia y son:

- El control externo. Como se dejó señalado anteriormente, el control externo de una sociedad o compañía, es una facultad normativa encargada al ente de control y vigilancia, que en la República del Ecuador es la Superintendencia de Compañías.
- El cumplimiento normativo. Al respecto de este apartado, surgen dos ámbitos que se debe considerar:
  - Como es sabida una característica de la norma jurídica es la coercibilidad, que implica la presión sobre determinado individuo para generar un cambio de conducta; y así lo hace el ente regulador al aplicar las leyes, los reglamentos y las Resoluciones que emana, disponiendo su acatamiento obligatorio; y,
  - El otro aspecto a considerar, es que el cumplimiento normativo nace al interior de la misma organización societaria, por parte de los funcionarios, accionistas, empleados y trabajadores. Aquí se puede destacar que quienes integran las sociedades o compañías deben mantener una conducta apropiada en el desarrollo de su gestión; aquí se pone de manifiesto incluso aspectos éticos y morales tendientes a la observancia de la normativa vigente.

A criterio del especialista en sociedades (Vergara, 2017) sobre el cumplimiento normativo expresa que es vital, porque si se incumple la normativa y obligaciones que no se hicieron, información que se dejó de presentar la compañía puede ser multada y hasta la cancelada su inscripción. La compañía que incumple la ley de compañías, puede ser sujeto de sanciones en el ámbito administrativo y sus representantes y administradores pueden ser sujetos también de responsabilidad de índole civil y penal. Las consecuencias del incumplimiento normativo son muy funestas y perjudiciales para la compañía.

## **1.2. Origen del control legal y del cumplimiento normativo (compliance)**

La delincuencia organizada busca formas de perpetrar los hechos delictivos; y constantemente se está especializando para conseguir su fin. Cuenta entre su filas a personas de denota inteligencia que está constantemente trabajando para delinquir. Por su puesto que me refiero a la delincuencia económica, que busca aumentar su patrimonio a costa del cometimiento de delitos y en desmedro de las personas jurídicas y de toda la comunidad.

Ante estas prácticas dolosas, corruptas, anti éticas surge la necesidad de crear nuevos mecanismos de control legal y de cumplimiento de las norma jurídicas, que minimicen el riesgo legal o en suma lo desaparezcan.

Por ello, el cumplimiento normativo a criterio de (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016) tiene su origen en Estados Unidos, a comienzos del siglo XX, como respuesta a la necesidad de luchar contra las mafias, la corrupción y el blanqueo de capitales obtenidos de actividades delictivas. El inicio y posterior desarrollo de la función de compliance en la empresas americanas fue impulsado por diversas normas publicadas en Estado Unidos en esos años, tales como la Pure Food an Drug Act (1906), la Federal Reserve Acta (1913), la Clayton antitrust Law (1914), la Banking Act (1933) o la Securities Acts (1933).

Posterior, tras conocerse que cientos de empresas americanas estaban envueltas en casos de corrupción, se publicó en 1977 en Estado Unidos la Foreign Foreign Corrupt Practices Act. Esta ley, junto con las distintas guías para su aplicación en los procesos judiciales publicadas por la US Sentencing Comission a partir de 1991, hicieron que se generalizara la necesidad de que las empresas norteamericanas contaran con programas de prevención, denominados Compliance Programmes, y con una función específica en su estructura organizativa que vigilara y controlara el cumplimiento normativo interno de las leyes, las normas y los códigos éticos.

El tratadista (Bonatti, 2014) al referirse al mismo tema, manifiesta que El Legal compliance es una tendencia que tiene casi cincuenta años de inercia y que se ha acelerado durante estas dos primeras décadas del S XXI en una progresión que lejos de frenarse, se incrementará en el

futuro inmediato. Es útil conocer los orígenes para comprender dónde estamos y hacia dónde vamos.

Años 70.- Caso Watergate - iniciativa “salvemos al capitalismo”

Los orígenes del Legal compliance debemos buscarlos en la lucha entre bloques que configuró la guerra fría. En los años 70 concurre en EEUU, dos hechos críticos por una parte el caso Watergate con todas las investigaciones que se derivaron y por otro la campaña “promovida” por la URSS a nivel mundial denunciando las prácticas de corrupción que utilizaban las multinacionales americanas, especialmente en los países en vías de desarrollo. Las investigaciones realizadas por las autoridades la iniciativa “salvar al capitalismo” en búsqueda de unos comportamientos empresariales más ético que mostrar al mundo, cuyo buque insignia fue la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) que exige a las corporaciones americanas por primera vez la figura de un “Compliance Officer” que vele por evitar ese tipo de prácticas. La FCPA es el embrión de todos los Sistemas Antibribery<sup>3</sup> que se han desarrollado posteriormente.

En este contexto de análisis, y citando a varias empresas a nivel mundial, entre ellas Enron, Parmalat, Siemens, Lehman Brothers, AOL, Arthur Andersen, después de ser modelos exitosos, conquistar los mercados y obtener muchas ganancias sufrieron la quiebra.

Esto interesa de manera especial a los autores; por cuanto las empresas mencionadas se pudieron sanear si habría existido control legal y cumplimiento de las normas jurídicas.

De estos acontecimientos y fracasos empresariales, la comunidad aprendió lo que no es bueno realizar, por ello se han elaborado nuevas normas jurídicas, los marcos normativos de los distintos Estados han sido adaptados para evitar el delito en el interior de la empresa.

### **1.3. Cumplimiento normativo (compliance), y la Asesoría Jurídica.**

En sentido general, puedo indicar que la figura jurídica del cumplimiento normativo (compliance) es netamente nueva en la empresa; en cambio la Asesoría jurídica es una herramienta de vieja data.

---

<sup>3</sup> Sistemas Antibribery, término empleado mundialmente para hacer referencia a los sistemas o normas contra la corrupción o el soborno.

En la misma línea el cumplimiento normativo (compliance) y la asesoría jurídica que se ejecuta en el interior de una empresa son dos herramientas técnico – jurídicas diferentes una de la otra; por ello es importante, que se señale los aspectos que las caracteriza:

- El oficial de cumplimiento normativo (compliance officer) se encarga de determinar cuáles son los riesgos legales a los que se encuentra expuesta la sociedad; en cambio el asesor jurídico actúa con su criterio en la solución de los conflictos legales.
- El cumplimiento normativo (compliance), es una herramienta que se encarga de la prevención de actos dolosos en la compañía; por el contrario la asesoría jurídica se ejecuta cuando existe algún hecho o acto jurídico.
- El oficial de cumplimiento normativo (compliance officer) se encarga de elaborar normas jurídicas y procedimientos internos de cumplimiento obligatorio en la compañía; por el contrario asesor jurídico aplica y emplea la normativa interna elaborada por el oficial de cumplimiento normativo para lograr su objetivo.

#### **1.4. Los riesgos legales en las sociedades.**

Las sociedades o compañías de este siglo, deben enfrentar cada día nuevos retos y desafíos en la consecución de sus logros y objetivos; dejando atrás mitos y paradigmas, que de cierto modo se fueron haciendo parte de su realidad y también de su conformidad y comodidad. En época de transformación es indispensable que las personas jurídicas sean flexibles y acojan de manera voluntaria; o sino mediante el imperio de la ley el nuevo marco jurídico que las va a regular; por ello resulta indispensable que su comportamiento se adecue a las mismas.

En el mismo aspecto, las sociedades a nivel global, han visto la imperiosa necesidad de que su gestión vaya de la mano del avance de la norma jurídica tanto interna como externa. En el primer ámbito citado, las sociedades dentro de su potestad auto regulatoria han decidido brindar su aporte o contingente a la comunidad mediante programas de “responsabilidad social”; que permite al empresario tener una visión más humana y menos lucrativa, por cuanto su ganancia se devuelve a la población menos favorecida y más necesitada.

En el segundo ámbito propuesto no menos imprimante que el anterior, la normativa externa de cada nación ha permitido que el marco regulatorio de la empresa se establezca la

“responsabilidad penal de la persona jurídica” para de ésta forma controlar los actos atentatorios contra el régimen legal constituido y eliminar la gestión dolosa de las personas naturales que se encubren dentro de una persona jurídica. Con ello, las personas jurídicas son susceptibles del cometimiento de algún hecho delictivo, diferentes de la responsabilidad individual de las personas naturales que la integran.

Para el autor, la responsabilidad penal de la persona jurídica, se manifiesta por los hechos que relato a continuación:

- La sociedad puesta en el escenario del delito: Cuesta entender que se constituyan personas jurídicas de derecho privado, que pretendan delinquir y soslayar el cumplimiento de las normas; al mismo tiempo es difícil saber que siempre deben lucrar a costa de cualquier hecho, no importa si es legal o no.

Un factor que detona lo manifestado anteriormente es la presión que los directivos ejercen sobre los empleados, para que éstos cometan actos delictivos, desviando los objetivos fundamentales de la sociedad; entre ellos está el contratar personal joven con poca experiencia profesional para poder influir negativamente en ellos, no contar con un Comisario o que las funciones de éste se limiten únicamente a extender dictámenes favorables sobre la buena marcha contable dejando en completa “libertad” a los directivos para que hagan los que deseen, la manipulación de la contabilidad, la defraudación tributaria por citar son algunos casos que se realizan en este apartado delictivo de la sociedad. Y por supuesto que todos estos actos conculcan la legalidad.

- La auto regulación de la sociedad: cada sociedad a parte de cumplir con los deberes y las formalidades que la norma jurídica exige, debe mirar casa a dentro y generar un ambiente propicio para que las actividades se desarrollen en completa normalidad. Un aspecto favorable es que los directivos, socios y empleados de una sociedad deban hacer conciencia respecto de sus actuaciones, y que cada una de ellas va encaminada a generar un buen nombre y prestigio de la organización.

Otro aspecto favorable es la inclusión de programas de prevención de riesgos legales, programas de cumplimiento normativo (compliance) y normas de conducta y ética, que

permitirán que la sociedad alcance sus objetivos, compita en los mercados, tenga estabilidad y que cumpla las normas jurídicas internas y externas.

Estas consideraciones expuestas han permitido que varias naciones implementen la responsabilidad penal de las personas jurídicas para controlar su gestión; entre ellas podemos mencionar:

- España: mediante la reforma al Código Penal, dada el 22 de junio del 2010, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas; hecho muy relevante desde el Código penal de 1995. (Moral, María Teresa y Gonzalez Begonia, 2015).
- Chile: con la aprobación de Ley número 20.393 acaecida el 25 de noviembre del 2009 y sus modificaciones posteriores mediante Ley número 20.931, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. (H. Congreso Nacional de Chile , 2009)
- Perú: el tratadista (Cano, 2016), manifiesta que el día 17 de marzo de 2016 el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional (en adelante “Ley”), regulado por el artículo 397°–A del Código Penal.
- México: Con la aprobación del Código Nacional de Procedimientos penales, se introduce en la legislación mexicana la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y que se encuentra consagrada en el artículo 421 y siguientes. (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2014).
- Ecuador: nuestra nación implemento en año 2014, el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en donde la novedad es la inclusión de una figura jurídica distinta, denominada responsabilidad penal de las persona jurídicas (Ministerio de Justicia, 2014)

De esta forma se destituyó el principio del Derecho romano “societas delinquere non potest”<sup>4</sup> en las legislaciones citadas. Dicho principio segrega la responsabilidad únicamente al individuo que comete el delito dentro de una organización, sociedad o empresa; por cuanto lo hace con voluntad. No así en el caso preciso de una persona jurídica, porque es sabido que ésta sin la acción de una persona natural no puede actuar, por tanto el elemento carente de responsabilidad es la falta de voluntad; entendido como el elemento subjetivo de imputación en un delito.

En el mismo sentido, la (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2013), dicta el programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas; señalando por parte del su Director Yury Fedotov que la corrupción sofoca el crecimiento económico, distorsiona la competencia y presenta graves riesgos legales y para la reputación. Aleja a los inversionistas, actuando como un “impuesto” oculto o un cobro administrativo ilegal, que aumenta consecuentemente los costos para las empresas y, a la larga, para sus clientes.

Las demandas por una mayor rendición de cuentas en el sector privado han llevado a muchas empresas, particularmente entre las corporaciones más grandes del mundo, a aplicar principios para protegerse de la corrupción, resguardando así su imagen empresarial y los intereses de sus inversores, trabajadores y clientes.

La Convención contra la corrupción, fue suscrita por 167 países del mundo y es el instrumento legal de mayor soporte, para combatir las prácticas corruptas en el interior de las sociedades compañías.

Con esta aprobación, es preciso señalar que las legislaciones de las naciones se vayan adecuando al nuevo marco jurídico internacional, que pretende dos hechos fundamentales: la creación de marcos jurídicos sancionatorios incluso rebasando la potestad entre la infracción administrativa y convirtiéndolo de una vez en delito de índole penal; y que las acciones de las sociedades sean lícitas, respetando las normas jurídicas y obteniendo lucro de manera honesta; evitando o eliminado todo acto doloso de corrupción.

---

<sup>4</sup> Locución latina que expresa: “la sociedad no puede delinquir”. Este concepto es propio del Derecho romano, y denota que las sociedades no pueden cometer delito alguno en razón de no contar con el elemento subjetivo fundamental para su imputación, como es la “voluntad”.

Con relación a los problemas internos de las compañías, uno de los elementos son los riesgos legales, poco conocidos y abordados, por ello señalamos que los riesgos legales son todas aquellas eventualidades a las que se encuentran expuestos por su gestión las personas dentro de una sociedad. Los riesgos legales son abstractos y de esta forma pueden ser percibidos por los individuos de diferente manera; ante ello es fundamental que dentro de la compañía se definan parámetros claros y lógicos que puedan ser entendidos por todos y se pretenda eliminar o disminuir los mismos.

Para el tratadista (Sotolongo, 2015) al referirse en su obra Supervisión Bancaria determina el riesgo legal a las sociedades bancarias, en los siguientes términos: Riesgo legal es el riesgo que tienen las instituciones financieras derivado del incumplimiento de las disposiciones legales aplicables a sus operaciones y el cual se presenta en todas las instituciones del grupo. El supervisor comprobara que este tipo de riesgos sea controlado adecuadamente, mediante la verificación de que las operaciones que haya realizado la institución bancaria estén de conformidad con las disposiciones legales, así como las prácticas, normativas aplicadas por la Institución. Asimismo, el área jurídica debe dictaminar acerca del cumplimiento de estas legislaciones, normas y procedimientos.

Dentro de la investigación los autores, ha determinado que toda S.A., es susceptible que se pueda engendrar el riesgo legal; en consideración a los aspectos detallados a continuación:

- **FALTA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO:** Por cuanto la S.A. no cuenta dentro de su planta de profesionales con el oficial de cumplimiento normativo (compliance officer); y las acciones se generan de manera empírica incluso desconociendo el principio de supremacía y legalidad de las normas jurídicas.
- **FALTA DE NORMAS JURÍDICAS INTERNAS:** La S.A. se mantiene en estado de confort y se complace únicamente con la normativa externa en el ámbito societario; dejando de lado la creación de normas anticorrupción, normas de ética y buena conducta.
- **FALTA DE PROCEDIMIENTO CLAROS:** Al realizar las gestiones en la sociedad no existe procedimientos claros respecto de determinado hecho y no se trabaja en prevención de los riesgos legales, siempre se espera que “no suceda nada”.

- LA IGNORANCIA DE LEY (ignorancia iuris non excusat<sup>5</sup>): El desconocimiento de la norma jurídica, no es causa de excusa alguna; por tanto los individuos que formen parte de la S.A deben conocer la misma.
- EL DOLO (mala fe): Es la intención positiva de irrogar daño a otra persona o a su propiedad, dada por actos intencionales y dolosos.
- EL ERROR: Como vicio del consentimiento, que recae en situaciones fácticas que no son verdaderas y acarrearán nulidad de lo actuado.

### **1.5. Las funciones del oficial de cumplimiento normativo (compliance officer)**

Actualmente la nueva figura del oficial de cumplimiento normativo (compliance officer), dentro de una sociedad o empresa permite que éste sea un garante de la toma de decisiones, validándolas con estricto apego a las normas jurídicas. El responsable del manejo del cumplimiento normativo, es una persona natural o a su vez una persona jurídica, capaz de realizar lo siguiente:

- Identificar los riesgos legales a los cuales se encuentra sometida la sociedad
- Generar un cambio en la aplicación de las normas jurídicas, presentando proyectos de ley nuevos y reformando las existentes.
- Elaborar los métodos y procedimientos necesarios para que la sociedad, sus directivos y empleados se encuadren en el principio de legalidad y el cumplimiento normativo.
- Participar de manera activa en las juntas general de accionistas, en las reuniones de los órganos de administración y en la toma de decisiones en todos los niveles de la sociedad para generar un ambiente de satisfacción respecto del cumplimiento normativo.

El responsable del cumplimiento normativo dentro de la sociedad, puede ser empleado interno o externo. A nuestro parecer debe ser empleado interno, porque las acciones y las omisiones respecto de las gestiones que los directivos y los empleados se las realizan de manera cotidiana; y éste debe estar completamente involucrado con el quehacer de la sociedad. No

---

<sup>5</sup> Locución latina que manifiesta: “La ignorancia de la ley no es causa de excusa ”

obstante también se permite que el oficial de cumplimiento normativo (compliance officer) sea itinerante y visite la sociedad con alguna periodicidad.

No está por demás recalcar, que el responsable de cumplimiento normativo, debe ser independiente, imparcial, honesto, ético; porque solamente de esta forma su actuación dentro de la sociedad estará garantizada.

A criterio de (ENSEÑAT DE CARLOS, 2016) las atribuciones que debe tener el oficial de cumplimiento normativo (compliance officer); son:

a. PREVENCIÓN: La prevención constituye la piedra angular de las funciones del Compliance Officer. Prevenir los riesgos, es decir evitar que sucedan o mitigar sustancialmente su impacto, es su principal misión.

b. DETECCIÓN: Detectar las posibles deficiencias en los controles, bien en su diseño o bien en su efectividad, es el segundo pilar en el que se cimienta la función del Compliance Officer. La detección temprana de posibles deficiencias es un medio esencial para poder evitar que el daño vaya más y termine aflorando un riesgo importante.

c. INFORMACIÓN: Por ultimo informar permanentemente a la alta dirección, tanto sobre tareas realizadas, como sobre las deficiencias identificadas, las medidas correctoras propuestas y el progreso o incidencia de las mismas.

Cabe señalar que en la legislación ecuatoriana, en el ámbito societario existe una persona responsable de la fiscalización de las compañías anónimas, y éste es el Comisario, que dentro de sus funciones tiene:

- Cerciorarse de la constitución y subsistencia de las garantías de los administradores y gerentes.
- Exigir de manera mensual a los administradores la entrega del balance.
- Examinar cada tres meses y en cualquier tiempo los libros y papeles de la compañía en los estados de caja y cartera.
- Revisar el balance y el estado de pérdidas y ganancias, y emitir un informe a la Junta General de accionistas.

- Convocar a Junta General de accionistas en caso de que no se haya convocado a la Junta General para conocer el balance o no se hubiere deliberado sobre las utilidades; y, cuando faltare el administrador, el comisario convocará a Junta General para sustituirlo.
- Solicitar a los administradores los puntos que considere en la convocatoria a Junta General.
- Asistir con voz informativa a la Junta General.
- Vigilar en cualquier tiempo a la compañía.
- Pedir los informes necesarios a los administradores de la compañía.
- Proponer a la Junta General la remoción de los administradores.

Como queda señalado, las atribuciones del comisario, se circunscriben al ámbito financiero–económico de la sociedad; soslayando la importancia del cumplimiento normativo y el control legal en las mismas. Por ello es de mucha valía contar con un profesional en el área del Derecho dentro de la sociedad como responsable del cumplimiento normativo, que permita que todas las gestiones se adecuen al marco jurídico constituido en el Estado ecuatoriano.

#### **1.6. La auditoría jurídica empresarial**

El Ecuador al ser un Estado constitucional y de derechos y justicia, lo mínimo que puede pretender como objetivo general es la garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos; y se lo logra a través de la aplicación efectiva de las normas jurídicas por parte de los entes reguladores, entre ellos puedo citar: La Superintendencia de Bancos y Seguros, La Superintendencia de Compañías, la Contraloría General del Estado, la Fiscalía General, la Corte Nacional de Justicia, y demás instituciones.

La Contraloría general del Estado tiene como misión el control de los recursos públicos para precautelar su uso efectivo en beneficio de la colectividad; en este sentido dicho organismo práctica auditoría gubernamental y examen especial de varia índole para cumplir su objetivo; entre ellas puedo señalar:

- La auditoría financiera: esta es utilizada para determinar la razonabilidad de los estados financieros presentados.
- La auditoría de gestión: es la acción fiscalizadora del control interno y la gestión, para determinar si dichos componentes atienden a los criterios de economía, efectividad y eficiencia.
- La auditoría de aspectos ambientales: mediante esta auditoría se mide el impacto ambiental de la realización y ejecución de los proyectos ejecutados.
- La auditoría de obras de ingeniería: se la utiliza netamente para la administración de las obras públicas, la gestión de los contratistas y el cumplimiento de los contratos de ejecución de obras públicas.

Todas las auditorías relatadas, se las utiliza en el ámbito público, es decir de aplicación obligatoria a las instituciones que componen el sector público; o en el ámbito privado siempre y cuando maneje recursos públicos.

Cabe señalar que el desarrollo de la presente investigación se circunscribe al ámbito meramente privado; por ello no existe precedente alguno de la Auditoría jurídica empresarial en el Estado ecuatoriano, y menos aún un método de fiscalización que obligue al cumplimiento de las normas jurídicas.

Por ello, una de las formas de emprender operaciones mercantiles, es a través de la sociedad anónima, el proceso de constitución es viable y de corto plazo; y la inversión inicial es asequible a las personas.

Cuando se obtiene personería jurídica, se inicia las gestiones encaminadas a cumplir con el objeto para el cual fueron creadas, y desde la visión del empresario a obtener lucro; siempre y cuando se lo haga con estricto apego a la ley, desde la óptica del Derecho.

En la realidad, son múltiples empresas que se constituyen; pero su duración está limitada, por acciones erróneas y por factores que afectan su funcionamiento; siendo la falencia más común la inobservancia del marco legal.

Por tanto, es necesario implementar mecanismos que posibiliten el control; uno de ellos es la auditoría jurídica empresarial, como un examen de revisión para determinar el incumplimiento de las normas jurídicas en la gestión de la compañía.

Por ello, todos los actos realizados por las personas naturales y las obligaciones de las personas jurídicas, son susceptibles de control; entendiéndolo a éste como, el proceso de revisión y análisis, para comprobar que las cosas previstas se cumplen a entera satisfacción. Así lo expresa (Rojas Miguel, 2012) Henry Fayol: el control consiste en verificar si todo ocurre de conformidad con el plan adoptado, con las instrucciones emitidas y con los principios establecidos. Tiene como fin señalar las debilidades y errores a fin de rectificarlos e impedir que se produzcan nuevamente.

En esa misma línea, la palabra auditoría está ligada íntimamente al control. El control permite evaluar a las personas y a las organizaciones en el cumplimiento de determinada actividad. Así lo afirma (Peña, 2007) el control es congénito a la empresa; nace con ella, y por tanto hace de su propia naturaleza constituyéndose en una de las fases inherentes del proceso administrativo.

La auditoría es consubstancial a la empresa, es de su misma esencia, pero se deriva de su existencia constituyéndose en una necesidad imprescindible que apoya, mejora y alimenta el control empresarial.

En otras palabras, el control hace parte de la causa de la empresa. La auditoría es una consecuencia del control.

La palabra auditoría, viene del inglés *audit*, que significa verificar, inspeccionar. El término inglés *audit* encuentra su origen a su vez, al igual que la palabra española audiencia, en las voces latinas *audire*, *auditio* (acto de oír o audición de una lectura pública o de una declamación) o *auditus* (oído, facultad de oír) (Peña, 2007)

Con estas referencias, y a criterio de (Charry, 2001) expresa Una auditoría jurídica consiste en una constatación de la validez, licitud de los títulos jurídicos y de las convenciones de la empresa en el ámbito de su funcionamiento o de las relaciones con los proveedores y clientes. Estado sobre el plan jurídico, fiscal y social. Permite apreciar por un coeficiente de seguridad

las convenciones, así como la eficacia de los supuestos jurídicos, habida cuenta de los objetivos del jefe de la empresa.

Del mismo modo lo afirma (Vita, 2001) La Conceptué como un trabajo que puede ser Desempeñado únicamente por un abogado en regular ejercicio de su profesión, mediante una contratación previa y por escrito, dentro de los alcances conferidos por la ley, destinada a operar la revisión de un proceso de cualquier naturaleza o a proceder a la evaluación de una o más situaciones concretas que les son presentadas en el ámbito de la abogacía para emitir, concluido el trabajo y en cualesquiera de las hipótesis planteadas, un parecer vinculante observando principios éticos y legales.

A criterio de (Vergara, 2017) la auditoria jurídica se basa en el cumplimiento de la ley; la Superintendencia de compañías lo realiza a través del departamento de control, siendo la auditoria la esencia del trabajo y forma parte de las atribuciones de la misma.

La auditoría jurídica comprende vigilancia y control de aspectos jurídicos, básicamente el cumplimiento de la normatividad por la cual se rige la compañía; y me refiero a algunos de ellos la correcta integración del capital social, la verificación de los aumento y disminución de capital, verificación si la sociedad cumple con su objeto social, llevar libros sociales como las actas de juntas generales, libro de directorio, libro de acciones, documentos de trasferencias de acciones, cambio de objeto social y cambio de domicilio.

La inspección es un elemento esencial de la vigilancia y control que le corresponde a la Superintendencia de compañías.

A criterio de (Pombosa, 2017) la auditoria jurídica es el elemento fundamental dentro de una sociedad, por cuanto todo empresario y empleado debe respetar las normas jurídicas para alcanzar el objetivo que es obtener ganancia. Sin respeto a la norma jurídica la ganancia sería ilegal y mal obtenida.

A nuestros alumnos que cursan la Facultad de Administración de empresas, les enseñamos que lo primero que debe hacer el empresario es tomar las decisiones apegadas a la ley para que en lo posterior se evite incumplimientos y sanciones.

La auditoría jurídica, pone de manifiesto primero la ley y después la gestión de los empresarios; siendo de vital importancia su implementación.

Por último, los autores consideran que la AJE es una herramienta eficaz para el control y la fiscalización de las sociedades, mediante la aplicación de métodos y procedimientos que permita al empresario encuadrar su conducta en el cumplimiento. La AJE permite determinar en primera instancia determinar la inobservancia del marco legal instituido, posterior enmendar ese comportamiento y finalmente mantener las gestiones de los involucrados en la sociedad dentro del ámbito del Derecho, con una conducta recta y pulcra.

Con relación a Ecuador, país donde se desarrolla la presente investigación señalar que no existe método alguno de revisión y control del cumplimiento de las normas jurídicas dentro de las organizaciones societarias; las auditorías únicamente se limitan al aspecto económico como punto principal y soslayan el cumplimiento de la ley con eje transversal, que se encuentra presente en todas las gestiones de la empresa. La riqueza que generan las empresas y los empresarios nunca puede estar sobre las normas jurídicas.

En atención a lo señalado anteriormente, sin dudarle el derecho societario tiene una característica innata de transversalidad, porque reúne y modifica las reglas...para solucionar la situación de crisis económica y social que la comunidad vive (Alarcón Lora).

El control nace de la ley; emanado del Estado de derechos, que para su funcionamiento y perfeccionamiento se vale de ciertas instituciones; en el ámbito societario la institución elemental es la Superintendencia de compañía, reconocida como el organismo técnico dotado de autonomía administrativa, económica y financiera de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales de las compañías.

#### **BIBLIOGRAFIA.**

Alarcón Lora, A. A. (s.f.). *LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN EL NUEVO DERECHO SOCIETARIO COLOMBIANO.*

Bonatti, F. (Mayo de 2014). <https://www.bonattipenal.com>. Obtenido de <https://www.bonattipenal.com>: [https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/#\\_ftn2](https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/#_ftn2)

CABANELLAS, G. (1999). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires : HELIASTA.

- Cano, C. (5 de abril de 2016). <http://laley.pe>. Obtenido de <http://laley.pe>:  
[http://laley.pe/not/3210/la-responsabilidad-administrativa-de-las-empresas-corruptas-/](http://laley.pe/not/3210/la-responsabilidad-administrativa-de-las-empresas-corruptas/)
- Charry, H. (2001). *Auditoría Jurídica*. Sao Paulo.
- Constitución de la República de Ecuador* . (2008). Quito .
- ENSEÑAT DE CARLOS, S. (2016). *Manual de compliance officer*. Madrid: Arazandi SA.
- H. Congreso Nacional de Chile . (2009). *Ley número 20.393 LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO*. Santiago .
- HELLRIEGEL Don, JACKSON Susan, SLOCUM John . (2002). *Administración un enfoque basado en competencias* . Colombia : Thomson Editores .
- Ley de Compañías* . (1999). Quito.
- Ministerio de Justicia, D. H. (2014). *Código Orgánico Integral Penal* . Quito : Graficas Ayerve C.A.
- Moral, María Teresa y Gonzalez Begonia. (febrero de 2015). <http://www.cuatrecasas.com>. Obtenido de <http://www.cuatrecasas.com>:  
[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1427373226es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1427373226es.pdf)
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2013). *Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. New York .
- Peña, J. (2007). *Control, auditoría y revisoría fiscal incluye contraolría y ética profesional* . Bogotá: Ecoe ediciones Ltda.
- Pombosa, E. P. (09 de agosto de 2017). La auditoría jurídica empresarial y el cumplimiento normativo. (R. Mejía, Entrevistador)
- Rojas Miguel, C. A. (2012). *Sistemas de control de gestión*. Bogotá: Ediciones de la U.
- SÁIZ PEÑA CARLOS ALBERTO Y OTROS. (2015). *COMPLIANCE COMO GESTIONAR LOS RIESGOS NORMATIVOS EN LA EMPRESA*. PAMPLONA: ARAZANDI SA.
- Salgado, R. (2006). *Derecho societario, sociedades mercantiles con participación del Estado*. Guayaquil: Editorial Edino.
- Sotolongo, E. (2015). *Supervisión bancaria* . La Habana: Ciencias Sociales .
- Vergara, B. D. (05 de septiembre de 2017). La auditoría jurídica empresarial y el cumplimiento normativo. (M. Rodney, Entrevistador)
- Vita, J. (2001). *Auditoria Jurídica para a Sociedade Democrática*. Sao Paulo.