

Los servicios de compliance los desarrollamos por medio de nuestra filial COMPLIANCE MANAGEMENT SERVICES, SL

Previamente a establecer que servicios de “compliance” y cómo establecemos estos servicios, debemos entender **¿Qué significa o qué es Compliance?**

El origen de la figura y terminología “Compliance” proviene de los países anglosajones y se traduce como “cumplimiento” o “conformidad”. “Compliance” no es sólo cumplimiento penal o normativo, aunque es una de sus funciones.

Una forma de entender o definir el Compliance de forma sencilla es como una herramienta o sistema de gestión de control, bien de carácter Penal, bien de carácter legal (que incluye el Penal) o bien corporate compliance (de gestión de la organización). El Compliance tiene como finalidad asegurar el futuro, la viabilidad de la empresa u organización e intenta conseguir esta finalidad identificando aquellas actividades que pueden causar o suponer un riesgo o peligro para el futuro de la empresa.

El compliance en nuestro ordenamiento jurídico español se fundamenta en el Código Penal. El legislador español ha querido introducir la función de compliance de las empresas por vía penal. En derecho comparado, a nivel europeo como en Alemania, la Compliance tiene un sistema de responsabilidad administrativo que permite establecer sanciones de multas a las personas jurídicas.

El legislador español, desde la reforma del Código Penal en el año 2010, ha eliminado el principio de derecho romano que las personas jurídicas (empresas/organizaciones) no delinquen (*Societas delinquere non potest*). A partir del año 2010 en el ordenamiento español las personas jurídicas son responsables penalmente y el Código Penal lo establece en el artículo 31 bis, que dice literalmente:

Artículo 31 bis Código Penal

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Entre los delitos propios o más habituales del ámbito empresarial:

- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197).
- Estafas propias e impropias (art. 251 bis).
- Insolvencias punibles: alzamientos y concursos punibles (art. 261 bis).
- Daños informáticos y hacking (art. 264).
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 288).
- Delitos contra el mercado y los consumidores (art. 288). Incluyen a su vez:
 - Descubrimiento y revelación de secretos de empresa (arts. 278 a 280).
 - Desabastecimiento de materias primas (art. 281).
 - Publicidad engañosa (art. 282).
 - Fraude de inversores y de crédito (art. 282 bis).
 - Facturación fraudulenta (art. 283).
 - Manipulación de cotizaciones en los mercados (art. 284.1 y 2).
 - Abuso de información privilegiada (arts. 284.3 y 285).
 - Facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión (art. 286).
- Corrupción entre particulares y deportiva (art. 286 bis).
- Blanqueo de capitales (art. 302).
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis).
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis).

- Delito sobre la ordenación del territorio (art. 319).
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y 328).
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343).
- Delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348).
- Cohecho (art. 427).
- Tráfico de influencias (art. 430).
- Corrupción de funcionario extranjero (art. 445).

Para hacer un símil, un sistema de prevención de compliance es un cortafuegos, un rompeolas.

El sistema de prevención de “Compliance” tiene que estar establecido por el órgano de administración y consiste en una batería de normas de carácter interno cuya objetivo final es el de implementar en la empresa un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos o exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y/o empleados.

Pero un Manual de Compliance es algo más, va más allá de ser un cortafuegos o un muro de contención; la implementación de un sistema de compliance en la organización empresarial tiene que ir de la cúpula a la base, consiste en implementar cual es la ética del órgano de administración en la organización, es un valor añadido dirigido a consolidar los principios éticos y conductas que generen y consoliden en la empresa la cultura de la legalidad y buenas prácticas.

El Compliance es un conjunto de herramientas de carácter preventivo, que tienen por objeto garantizar que la actividad que realiza la empresa y quienes la conforman y actúan en su nombre lo hagan en apego a las normas legales, políticas internas, Códigos Éticos sectoriales y cualquier otra disposición que la misma esté obligada a cumplir o que haya decidido hacerlo de forma voluntaria, como parte de sus buenas prácticas.

El Código Penal es el punto de partida, y establece una serie de requisitos que debe contener todo sistema de Compliance:

Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos

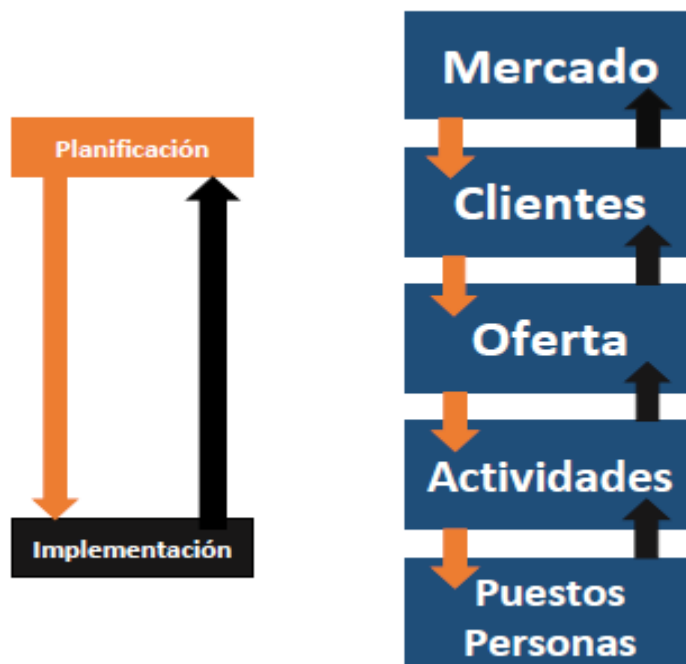
Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención

Instaurar un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios.

Como ya hemos mencionado anteriormente el Compliance parte del código penal, pero, en realidad va mucho más allá, denominándose Corporate Compliance.

Toda organización, toda empresa, sea cual sea su tamaño y su actividad, en esencia actúa igual. Toda empresa tiene que ir al Mercado para conseguir clientes, venderles su oferta Y esta oferta la obtiene realizando unas actividades/controles que se llevan a cabo en unos puestos de trabajo y por personas.



El corporate compliance consiste en un sistema de gestión que le permitirá al órgano de administración tener una mayor visibilidad de su funcionamiento de la organización, una visión holística de la misma, un mayor control sobre cómo se opera y así tomar decisiones de negocios que afecte al mercado, a los clientes a la oferta, a la actividad, a los puestos de trabajo y/o a las personas (trabajadores) que reduzcan sus riesgos legales y reputacionales, además que le permitirá detectar fraudes e incidencias en la gestión operativa y comercial.

No obstante, no hay que olvidar que el objetivo básico establecido por nuestro ordenamiento jurídico es el Compliance Penal.

El Compliance, ya sea penal, legal o de gestión, permitirá a la persona jurídica u organización avalar ante el juez, ante la administración y terceros su grado de cumplimiento conforme a un estándar recogido en el artículo 31 bis del Código Penal; demostrando no sólo su compromiso con la legalidad sino con las buenas prácticas del sector y aquellos que asuma voluntariamente.

Este tipo de garantías es cada vez más exigido por clientes y en procesos de contrataciones públicas, en un entorno global en donde la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales adquiere cada vez más protagonismo.

En definitiva, nuevas y poderosas razones para que las empresas vayan comprendiendo que, si bien disponer de un sistema de compliance penal no es obligatorio legalmente desde un punto de vista formal, cada vez lo es más desde el punto de vista del buen gobierno corporativo. Pudiendo llegar incluso el caso de que los administradores de una sociedad acaben siendo responsables frente a la misma de los daños causados por no haber implantado un adecuado sistema de cumplimiento normativo, con fundamento en el deber de diligencia que el art. 225 de la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores.

Es por este motivo que desde COMPLIANCE MANAGEMENT SERVICES, SL recomendamos a las empresas implementar un programa de Compliance integral, con una estructura que, como mínimo, considere el ámbito penal como enlace entre todas las normas que debe cumplir, y como garantía del buen funcionamiento del negocio.

Abordar un proyecto de compliance no es tan complicado e inabarcable como pueda parecer para las pequeñas y medianas empresas. En primer lugar, hay que identificar los riesgos reales que afronta cada empresa en función de su actividad y circunstancias, lo que se concreta en un documento técnico conocido como diagrama de Ishikawa o diagrama de espina de pescado.

Este diagrama de riesgo se extrae del análisis de las posibles fuentes mencionadas anteriormente, del análisis en la actividad de la empresa en el mercado, con los clientes, con la oferta, en la actividad, en los puestos de trabajos y en los trabajadores o colaboradores. Al mismo tiempo, el órgano de administración ha de establecer y definir la política de cumplimiento normativo de la sociedad a través del código ético y el protocolo de compliance.

Por último, y tal vez más importante, hay que ponerlo en marcha, evaluarlo periódicamente y revisarlo cuando resulte necesario por cambios en la actividad de la empresa o modificaciones normativas. Un proceso que además está cada vez más claro y elaborado gracias a instrumentos como la norma UNE 1960 y SGE 900.

MODELO DE ORGANIZACIÓN Y DE GESTIÓN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS SEGÚN SGE 900.

Para implementar una política de Compliance en una empresa u organización, previamente se ha de establecer un modelo de organización y gestión de prevención de riesgos, en sus diferentes ámbitos de actuación, penal, legal y de gestión, según las situaciones concretas a cubrir, basado en la Norma Referencial Internacional SGE 900 en Compliance y Dirección de Empresas, así como la UNE 19601 que implanta un sistema eficaz de análisis, supervisión y control del cumplimiento en la empresa.

Este modelo de Organización y Gestión SGE 900, alineado con toda la normativa compliance establecida en la norma referencial UNE 19601 y el Código Penal Vigente, es certificable por entidad Certificadora independiente, validando específicamente los riesgos detectados y la idoneidad de las medidas aplicadas para su control y prevención, incorporando un sistema de formación, comunicación y denuncia, de difusión y de actualización y mejora continua,

basado en la implementación de la plataforma tecnológica homologada “Smart Compliance SGE 900”, que incorpora las siguientes para fases:

- Dirección y Liderazgo en compliance, que incluye el compromiso y liderazgo del órgano de gobierno, junto con el nombramiento del órgano de compliance, la definición de roles, responsabilidades y autoridades, así como la definición y actualización de la política de Compliance, ofreciendo una visión global de la situación de la organización al inicio del proceso de compliance.
- Descripción del contexto de la organización, identificando las características principales de la organización y su alcance operativo y de negocio. La incorporación del organigrama de la organización, especialmente en relación a los puestos que ocupan de los miembros de la organización, definiendo sus principales actividades, sobre las que posteriormente se realizará el análisis de su adecuación en el desempeño y en el cumplimiento.
- Creación del Buzón Ético asociado a los riesgos y al sistema sancionador o disciplinario. Diseño y seguimiento del proceso de comunicación, implantación en la organización y responsables de su seguimiento.
- Análisis de los riesgos de incumplimientos penales, legales y de gestión, en los que puede incurrir la organización. Valoración de su grado de criticidad y la definición de las medidas a adoptar para la minimización de dicha graduación, delimitando las personas encargadas de ponerlas en marcha y la supervisión y control de las mismas.
- Definición de un programa de formación y seguimiento de las actuaciones llevadas a cabo y las pendientes a realizar para detectar.
- Operaciones y Medidas a aplicar ante la situación del riesgo detectado. Asignación de los responsables de su implantación, seguimiento y control. Delimitación de los recursos a asignar tanto materiales, personales como económicos, del porcentaje de realización y de su índice corrector respecto a la valoración del riesgo. Obtención del presupuesto para asignar a la implantación del compliance.
- Repositorio de procesos, procedimientos y documentación de la organización aplicable a la compliance o creados ad hoc para solventar las diversas situaciones detectadas o medidas a aplicar.
- Documentación o informes. Resumen ejecutivo de la situación y evaluación de riesgos por departamentos y por puestos, Manual de Organización y Gestión de Prevención de Riesgos SGE 900, Certificado de idoneidad, otros documentos de interés para la organización y terceros que puedan estar interesados en conocer el cumplimiento de la organización.
- Propuesta de contenido para la elaboración del Código ético de la organización.
- Trazabilidad de todas las operaciones realizadas a través de la plataforma Smart Compliance SGE 900.
- Compatibilidades y otras actuaciones.

En aras de una mejora continua, se realizará una revisión anual a partir del cierre de la revisión anterior, que mantendrá la continuidad en el seguimiento e incorporará las mejoras y

nuevos riesgos detectados. Esta revisión anual es necesaria y forma parte de la renovación de la Certificación en Compliance SGE 900 por Applus, en el caso de haber optado por ella.

Sin perjuicio de todo lo anterior, por parte del órgano de compliance ha de mantener un control y seguimiento continuo de la situación de riesgo en la organización, adoptando las medidas correctoras o preventivas adecuadas, con independencia de la revisión anual, facilitado todo ello por la incorporación en la gestión de la organización de la plataforma "Smart compliance SGE 900" y la asistencia continua de COMPLIANCE MANAGEMENT SERVICES, SL.

Así, el Modelo de Organización y de Gestión de Prevención de Riesgos de la Persona Jurídica. se mantendrá personalizado y actualizado en todo momento a las circunstancias de la organización y estará siempre a disposición de las autoridades jurídicas y administrativas pertinentes en el caso de ser solicitado.

Estos principios de actuación y la aplicación del Modelo de Organización y Gestión de prevención de riesgos compliance SGE 900, reflejan el compromiso y la política de la organización con el cumplimiento de requisitos, comprometiendo e implicando a todos los miembros de la organización en su aplicación en todas cada una de las actividades de la organización.

Un sistema de Compliance no puede concebirse como un gasto para la empresa, sino como una buena inversión. La compliance se explica, no se vende. Es seguridad jurídica para los administradores, para los altos directivos, para los trabajadores, para socios/accionistas, para clientes, para consumidores. Es credibilidad.