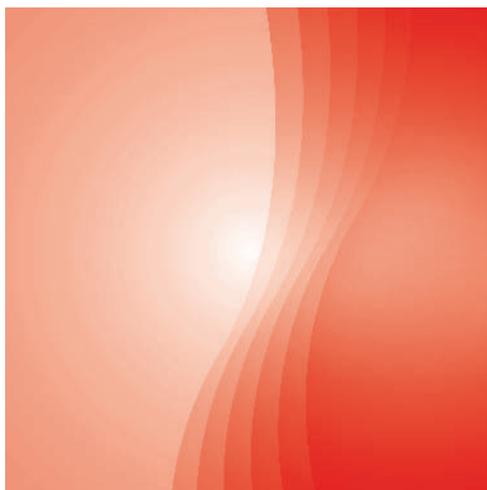


Guía para la implantación del Compliance en la empresa

Javier Puyol



[BOSCH]

Guía para la implantación del Compliance en la empresa

Javier Puyol

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017, **Varios autores**

Para la presente edición:
© 2017, **Wolters Kluwer, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Junio, 2017

ISBN: 978-84-9090-240-0 (papel)
ISBN: 978-84-9090-241-7 (digital)
Depósito legal: M-19023-2017
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

Esto debe ser tranquilizador para la empresa pero no actuar como una suerte de bálsamo que relaje su cultura de cumplimiento. Todavía se puede hacer más y esto se consigue a partir del riesgo residual que sería el nivel que éste alcanza cuando, evaluadas las medidas y controles, fijamos en el mapa la probabilidad y el impacto.

Así, sobre el riesgo residual y especialmente sobre la hipotética probabilidad de que, a pesar de los controles existentes, pueda materializarse del delito, quedan nuevas medidas y controles o mejoras sobre las existentes que rebajan el riesgo hasta niveles negligibles o razonablemente bajos.

¿Cuál es el nivel de riesgo que la organización está dispuesta a soportar? En el argot de *Compliance* esta variable se denomina «apetito por el riesgo» y define la propia estrategia empresarial de cada organización dado que alude a la determinación de ésta para operar con mayor o menor proximidad a las líneas rojas que delimitan actuaciones éticas, irregularidad, incumplimientos o actuaciones delictivas.

Incumplir como variable de la forma de hacer negocios no debe ser una opción. Esto forma parte del ADN de la cultura de cumplimiento de una empresa y la tolerancia y permisividad con incumplir debería ser inexistente. Dicho esto, muchas empresas que conocen su mapa de riesgos, asumen algunos de ellos atendiendo al impacto que los incumplimientos puedan tener para sus cuentas de resultados. Es frecuente en la estrategia fiscal que se adopta ponderar, por ejemplo, que la denuncia de una irregularidad en este ámbito pueda «solo» tener impacto en el plano administrativo y solventarse con multas cuyo importe es significativamente inferior al beneficio obtenido.

Otros riesgos asumidos pueden tener que ver con los llamados «pagos de facilitación» que a modo de peaje se han de abonar en jurisdicciones internacionales para poder cumplimentar con éxito trámites burocráticos o conseguir permisos o accesos a los que, teniendo derecho, se ve la empresa obligada a pagar para su agilización.

El mapa de riesgos que resulta de efectuar el análisis de las medidas y controles y determinar el riesgo residual de una organización, confronta a ésta con el dilema de tener que decidir respecto del mismo y, en relación con su impacto en los negocios, asumirlos, compartirlos con terceros, modificar o eliminar la fuente del mismo (abandonar por ejemplo un negocio donde hay un riesgo de tener que efectuar pagos y/o sobornos) y supone el punto de partida de la generación de una verdadera cultura de cumplimiento.

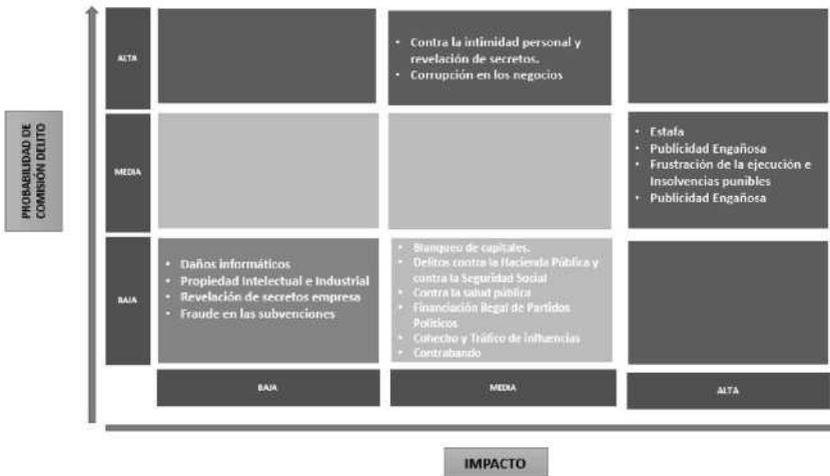
Es sobre la base de la misma, por encima de la eficacia y eficiencia de las medidas controles, donde la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la propia Fiscalía han puesto el acento a la hora de valorar la exención de responsabilidad penal de la empresa.

La archifamosa sentencia de la Sala 2.^a del T. Supremo (Rec. 154/2016 de 29 de febrero) apuntaba a la existencia de una cultura de cumplimiento como elemento revelador de la existencia eficiente y real de mecanismos y controles para prevenir delitos. De esta forma y estableciendo las bases de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el máximo Tribunal indica que la responsabilidad penal de la empresa debe partir del delito que previamente ha cometido una persona física en beneficio directo o indirecto de la organización pero se configura en virtud de un *hecho propio*, de una *autorresponsabilidad* de la persona jurídica cuyo reproche penal vendría determinado por la inexistencia de una cultura de cumplimiento, de una voluntad determinada de cumplir con la legalidad que hubiera favorecido la comisión del delito.

Si partiendo de la admisión de nuestro riesgo residual y la verdadera intención de cumplir con la ley, se cometen delitos cuya responsabilidad alcanza a la empresa, sería nuestra cultura de cumplimiento la que, verificada su operatividad a través de evidencias, demostraría que la comisión del delito es un accidente (riesgo cero no existe) y no una consecuencia de la inexistencia de cultura de cumplimiento reflejada en sistemas de control y prevención de delitos.

3.2. Los parámetros del mapa: Probabilidad e impacto

Nuestro mapa de riesgos parte de dos vectores: La probabilidad y el impacto. Cada uno de los riesgos delictuales se situará en un nivel gráfico que reflejará la probabilidad de que se materialice el riesgo debido a la ausencia de medias y controles o a pesar de los mismos y por ser insuficientes o poco eficaces.



3.2.1. La probabilidad

Será más probable que un riesgo delictivo se materialice por dos razones básicas:

- *La regularidad* con la que la actividad donde el riesgo se ha detectado se lleve a cabo. A mayor proximidad del riesgo delictivo con la o las actividades donde se ha detectado el riesgo, mayor es la probabilidad de que en la ejecución de las mismas pueda cometerse una irregularidad con consecuencias delictivas. Por el contrario, si son actividades muy residuales o infrecuentes, la probabilidad será obviamente menor. Generalmente las empresas que se dedican a las transacciones de dinero tienen una alta probabilidad de que se produzcan actos de blanqueo de capitales en las numerosas operaciones que efectúan a lo largo del día. Si operamos en mercados internacionales y tenemos contacto permanente con funcionarios de aduanas en países fuera de la UE, hay mayor probabilidad de que en el despacho de aduanas se cometa un delito de soborno de funcionario público extranjero (*art. 286. bis, ter del Código penal*).
- *El número y eficacia de los controles* que en relación con dichas actividades tiene implementada la empresa. Utilizando el ejemplo

anterior y coincidiendo con la práctica de muchas empresas y organizaciones, en actividades de mucha frecuencia y alto riesgo, suele haber más medidas y controles. Para calcular por tanto la eventual probabilidad acudiremos a la verificación de dichos procesos y controles dado que su uso y eficacia reducen la probabilidad de ocurrencia de irregularidades detectando y permitiendo una rápida actuación. En este campo, el control correctivo que supone el canal de denuncias juega a menudo un papel clave.

3.2.2. *El impacto*

Muchas organizaciones ponen el foco de los riesgos no tanto en la probabilidad de que ocurran los hechos como en el impacto que estos tienen en el seno de la misma. No les falta razón a las empresas que priorizan sus controles y medidas en base a este último factor dado que determinados eventos con riesgo o impacto negativo no son reducibles o evitables pero sus consecuencias pueden ser mitigadas por otras vías. Así, los seguros de responsabilidad civil o patronal en relación con actividades de riesgo (alimentación, construcción, medioambiente) son una forma de mitigar el riesgo «*ex post*» y por tanto minimiza el impacto admitiendo que la probabilidad es más difícil de controlar y que en términos finalistas, son las consecuencias las que deben ser objeto de medidas. En la ponderación de esta variable juega un papel importante el llamado «apetito por el riesgo» al que nos hemos referido anteriormente.

El riesgo penal —su responsabilidad— no se asegura ni se comparte de forma solidaria por lo que en términos de impacto penal no cabe atenerse a seguros o cláusulas de exención sino que debe medirse cuáles son los delitos que por su pena (arts. 33.7 y 66 bis del Código Penal) conllevan consecuencias más gravosas para la empresa.

Pero dicho lo anterior y dado que muchos de los delitos que «arrastran» a la empresa conllevan largas instrucciones en sede penal, conviene tener en cuenta para determinar el impacto otros factores a menudo más importantes que la imputación de un delito. A nuestro juicio serían:

Reputacional. Dada la larga y complicada instrucción de algunos delitos en nuestro sistema judicial, la llamada *pena de banquillo* para una empresa comienza desde que es llamada a un procedimiento como investigada y la prensa se hace eco de estos hechos. En ocasiones, la ejecución de una sentencia penal se encuentra con un solar devastado, un erial, donde antes

existía una empresa. Dicho de otra manera, en muchas ocasiones lo que «mata» a una empresa no es la clausura, la intervención judicial o el cierre de sucursales sino la pérdida de credibilidad que para su mercado supone la publicidad de una investigación por un delito de blanqueo de capitales o de corrupción en los negocios. El extremo más devastador sería a nuestro juicio la imputación de delitos contra la salud pública (en su vertiente de tráfico de drogas...) o la corrupción de menores, tráfico de órganos... por poner algunos ejemplos.

Por lo anterior, para determinar el impacto habrá de tenerse en cuenta el riesgo reputacional que conlleva la investigación o la acusación de determinados tipos de delitos y la relación de la empresa con sectores más o menos sensibles a determinadas prácticas. La investigación por un supuesto delito de abuso de mercado en la vertiente de uso de información privilegiada, siendo grave en sí, puede tener menor riesgo reputacional en el sector que la acusación de uso de mano de obra infantil o trata de personas, máxime si la empresa cuenta con accionistas o grupos de intereses contrarios a dichas prácticas y cuyas represalias ante una investigación pueden castigar más que la eventual multa que les imponga una sentencia condenatoria en sede penal.

Económico. Aquéllos delitos cuyas penas previstas incluyan multas del tanto al triplo o al quíntuplo del beneficio obtenido pueden alcanzar cifras millonarias que hipotecan a una empresa hasta dictar su sentencia de muerte.

En otras ocasiones y sin llegar a la condena penal, determinados delitos medioambientales activan sistemas punitivos en sede administrativa que retiran licencias, permisos, concesiones sin cuya vigencia la actividad comercial de la empresa se paraliza. El cierre —aún cautelar— de una planta potabilizadora de agua que se estratégica para una empresa del sector puede significar una auténtica catástrofe. Por ello, al analizar el impacto y con independencia de que la probabilidad sea baja, deberemos ponderar cuáles serían las consecuencias económicas de que se materializase el riesgo.

Es un ejemplo de lo anterior la caída del gigante mundial de la consultoría Arthur Andersen que en el año 2002 y pese a ser posteriormente absuelto, no pudo recuperarse del gran daño que supuso la pérdida de licencia para ejercer su actividad en EEUU y la exposición mediática de su papel en el escándalo ENRON.²⁵⁸

258. La responsabilidad penal de la Persona Jurídica: La experiencia de EEUU. VI-LLEGAS GARCÍA, M.^a ÁNGELES. Thomson-Reuters, 2016, pág. 212.

Corolario de todo lo anterior, en ocasiones la intervención penal recupera en este ámbito su condición de ultima ratio por cuanto que cuando se activa el ius puniendi del estado, el impacto ya ha alcanzado toda la dimensión posible en relación con la viabilidad de la empresa por lo que, en términos de determinación del riesgo penal, tendremos en cuenta la pena prevista para la persona jurídica en el art. 33.7 del Código Penal pero sin perder de vista que no todos los delitos tienen la misma repercusión mediática, reputacional o administrativa.

4. FIJACIÓN DE MEDIDAS Y CONTROLES

Sin pretender ser exhaustivos conviene hacer una breve lectura de la fijación de medidas como cierre final del apartado del diseño de un mapa de riesgos.

Las medidas (también denominadas procesos) podrían definirse como aquellas acciones directamente diseñadas e implementadas para evitar una irregularidad. Se caracteriza por ser concreta y sobre una actividad precisa en la cual se ha detectado la existencia de un riesgo *más que bajo*²⁵⁹. Por ejemplo, si se ha detectado que un riesgo de comisión de un delito contra la propiedad intelectual se presenta alto ante la inexistencia de una política de uso de herramientas informáticas, la medida sería la redacción de un documento que entre otras cosas, prohíba instalar programas no oficiales o sin licencia en ningún servidor o terminal de la empresa y las acciones de divulgación y concienciación de dicho documento (política) y formación en materia delictual sobre vulneración de la propiedad intelectual.

Los controles serían aquellas acciones llevadas a cabo para verificar que las medidas implementadas funcionan, es decir son *eficaces* para el fin perseguido y *eficientes* por cuanto que están correctamente implementadas (se ha dado formación a todos los colectivos afectados, se ha divulgado la política a todos...).

Hay muchas medidas prediseñadas para minimizar riesgos que son inherentes a determinadas actividades. Sin ánimo de ser exhaustivo, la tónica general en cuanto los controles se suele dividir, por el ámbito en el que se aplican, en los grupos:

259. “*más que un riesgo bajo...*”. Terminología que utiliza la norma UNE-ISO 37001 referida al soborno

La presente obra delimita, desde un punto de vista práctico, el contenido de un Compliance ajustado al máximo a la realidad de las empresas y que no solo pretende abarcar la implementación de elementos de prevención en aras a evitar la producción de hechos delictivos sino que va mucho más allá, al tratar de construir y analizar un modelo de Compliance basado tanto en los valores típicamente empresariales como en aquellas normas, usos y prácticas que resultan comunes en cualquier empresa o persona jurídica.

A lo largo de la obra se dedica especial atención al diseño integral de un sistema de Compliance; al mantenimiento del modelo y su actualización periódica; la gestión del riesgo y su control; la función del Compliance Officer; el canal de denuncias; etc. En definitiva, a diferencia de otros estudios, se han tratado de analizar los elementos más trascendentes de esta nueva institución aportando de una manera positiva, ideas y valoraciones que permitan dibujar un mapa global de riesgos que haga posible la identificación y evaluación de los mismos.

ISBN: 978-84-9090-240-0



9

788490

902400



3652K28088

