EL COMPLIANCE Y SU DISEÑO

PASO A PASO

El *compliance:* concepto, finalidad y diseño

EDICIÓN 2024

Incluye formularios

COLEX READER

COLEX

Disfrute gratuitamente **DURANTE UN AÑO** del eBook de esta obra

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña. En caso de no disponer de una cuenta regístrese.
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña «Mis códigos» e introduzca el que aparece a continuación:

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook estará disponible **durante 1 año desde su activación** en la pestaña «Mis libros» en el menú de usuario

No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.

COLEX READER

¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook

Acceso desde cualquier dispositivo

Idéntica visualización a la edición de papel

Navegación intuitiva

Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP "Editorial Colex" para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.

Available on the iPhone App Store

GET IT ON Google play

Síguenos en:

EL COMPLIANCE Y SU DISEÑO

EL COMPLIANCE Y SU DISEÑO

El *compliance*: concepto, finalidad y diseño

EDICIÓN 2024

Obra realizada por el Departamento de Documentación de Iberley

COLEX 2024

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-277-5
Depósito legal: C 126-2024

SUMARIO

1. ¿QUÉ ES EL *COMPLIANCE*? 9
1.1. La función de *compliance* 11
1.2. El principio de proporcionalidad 15

2. NORMAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE *COMPLIANCE* 19
2.1. Estándares específicos 19
2.2. Estándares genéricos 22

3. LA CULTURA DE CUMPLIMIENTO: EL OBJETIVO PRINCIPAL DEL *COMPLIANCE* 27
3.1. La cultura de cumplimiento 27
3.2. Evidencias de la cultura de cumplimiento 28

4. BENEFICIOS DEL *COMPLIANCE* PARA LAS PYMES 33

5. EL PLAN DE CUMPLIMIENTO 39

6. DISEÑO DE UN PROGRAMA DE *COMPLIANCE*. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO 41
6.1. Políticas, normas y procedimientos. 44
6.2. Código ético o código de conducta 45

7. CÓMO DISEÑAR E IMPLEMENTAR UN SISTEMA DISCIPLINARIO 49
7.1. Diseño y características principales del sistema disciplinario. 49
7.2. Funcionamiento del sistema disciplinario de la empresa 51

8. EL MAPA DE RIESGOS 55

9. IMPLANTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN EL SENO DE UNA ORGANIZACIÓN 73

ANEXO. FORMULARIOS

Modelo de denuncia de incumplimiento 91
Modelo de nombramiento de *compliance officer* 93
Modelo de recepción y aceptación de código ético 95
Modelo de índice general de código ético 97
Modelo de identificación y análisis de riesgos inherentes 99
Modelo de plantilla para medidas técnicas de corrección de incidencias . . . 101
Modelo para documentar el contenido del informe de revisión del programa de *compliance* 103
Modelo de plantilla para informar a la dirección de los resultados del plan de monitorización 105
Modelo de plantilla para elaborar un plan de monitorización y documentar sus revisiones 107

1.
¿QUÉ ES EL *COMPLIANCE*?

El *compliance* puede traducirse como «cumplimiento normativo» y es el término empleado para referirse a los **sistemas de detección de infracciones en las empresas.** El **objetivo** del *compliance* es **controlar que la empresa cumple con la legislación vigente**, a través de la adopción de las medidas necesarias para evitar que la compañía pueda incurrir en delitos, sanciones u otras situaciones que puedan repercutir en su reputación.

El *compliance* tiene su origen en el mundo anglosajón cuando el presidente Carter en 1977 firmó la «Foreing Corrupt Practices Acts» (FCPA) con la finalidad de acabar con los pagos y sobornos a funcionarios para recuperar la confianza con el sistema de negocios de los EE.UU. Como consecuencia de este acto nació, en 1985, el «Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission» (COSO) cuyo objetivo era el de ser un referente como foro de profesionales centrado en la elaboración de marcos de actuación y proporcionar orientación sobre la gestión empresarial.

En España la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Para la fijación de esta responsabilidad se optó por establecer una doble vía:

- Imputación de aquellos delitos **cometidos en su nombre o por su cuenta**, y en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas.
- Responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por **no haber ejercido la persona jurídica el debido control** sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Con la previsión de esta responsabilidad se hace necesario para la empresa adoptar las medidas necesarias para evitar el nacimiento de la misma. Especialmente teniendo en cuenta que con la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de tal forma que después de la misma el apartado 2 del art. 31 bis del CP recoge la exención de responsabilidad si la empresa cuenta con modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos.

RESOLUCIÓN RELEVANTE

Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 13/2020, de 29 de septiembre, ECLI:ES:AN:2020:2347

«En definitiva, la falta de debido control o el defecto de organización es el núcleo de la tipicidad penal de la persona jurídica, constituyendo el requisito sin el cual no puede existir tal responsabilidad de la empresa, con independencia de cual fuere el cargo de la persona física en la organización que cometa el delito, al no admitirse la responsabilidad objetiva (S.T.S. 221/2016, de 16 de marzo)

Y profundizando en el cuarto requisito que habíamos adelantado, decir que la probanza de este " defecto de organización" recae en las Acusaciones, por elemental aplicación del principio acusatorio, pues como con toda claridad resalta el Tribunal Supremo en la sentencia a la que nos estamos refiriendo "el análisis de la responsabilidad social de la persona jurídica, manifestada en la no existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación está lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica responsable a afirmar la inexistencia detales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperabilidad de su pretensión".

Sigue diciendo la indicada sentencia que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas deberá ser respetuoso con los principios irrenunciables que informan el derecho penal, como indica la S.T.S. nº 514/15, de 2 de septiembre, por lo que los derechos y garantías constitucionales, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez predeterminado por la ley, etc., amparan también a la persona jurídica, en igual medida que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del mismo procedimiento penal, y por ello pueden ser alegados por aquellas como tales y denunciar las posibles vulneraciones».

Dentro de la figura del *compliance* podemos **distinguir** los modelos genéricos y los modelos específicos:

- El **modelo genérico** es aquel que se apoya en el marco de la norma ISO 19600 la cual ha sido publicada como una guía de referencia internacional para dotar a las empresas de un sistema eficaz de gestión de *compliance* y con ello minimizar los riesgos de incumplimiento legal.
- Los **modelos específicos** son aquellos que abordan un área de actuación concreta de la empresa, a modo de ejemplo podemos referirnos:
  - ***Compliance* penal**: es el programa destinado a garantizar el cumplimiento de las normas penales y con ello evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este caso se incluye en la previsión medidas para evitar delitos fiscales, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la propiedad intelectual, etc.
  - ***Compliance* medioambiental**: se destina a la prevención de delitos medioambientales, aunque su función puede ser más amplia y superar el mero cumplimiento normativo, pudiendo ser una herramienta útil para alcanzar los compromisos climáticos.
  - ***Compliance* de prevención de riesgos laborales**: su finalidad es la de adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la

normativa en materia de prevención de riesgos laborales y evitar con ello la imposición de sanciones o, incluso, la posible existencia de delitos contra los derechos de los trabajadores.

- ***Compliance* anticorrupción**: el objeto, en este caso, es evitar las posibles situaciones de blanqueo de capitales, corrupción en los negocios...
- ***Compliance* tributario**: se refiere al conjunto de acciones destinadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de acuerdo a la normativa tributaria aplicable.

1.1. La función de *compliance*

Podemos definir la función de *compliance* como la figura de referencia para la implementación y funcionamiento del sistema o programa de *compliance* en la empresa. Esta actividad se desarrolla con el apoyo del órgano de gobierno y de la dirección.

Las tareas de las que está encargada esta figura son las de prevención, detección y gestión de riesgos, las cuales desarrolla por medio de los programas de *compliance*, contribuyendo de esta forma a promover y desarrollar una cultura de cumplimiento. Esta función interna puede desarrollarse tanto en organizaciones públicas como privadas, con o sin ánimo de lucro; pudiendo ser el órgano encargado unipersonal o colegiado.

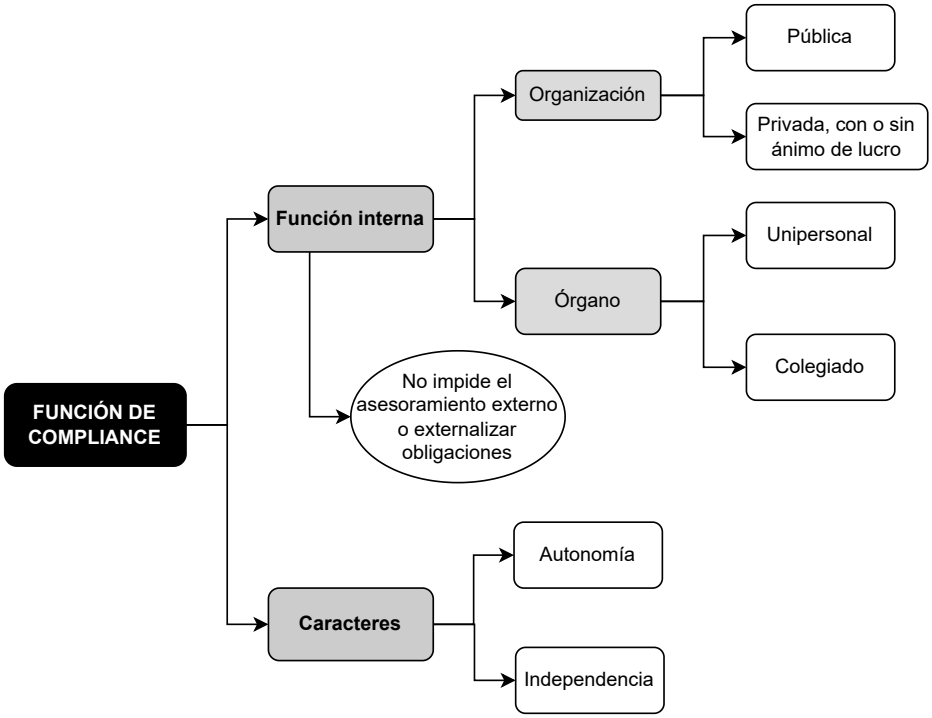
A TENER EN CUENTA. Cuando la función *compliance* se establece como órgano colegiado debe identificarse a la persona que lo represente en calidad de responsable *compliance* y/o su máximo representante.

Estamos ante una función interna de la organización, pero ello no impide que pueda recurrir al asesoramiento externo o incluso externalizar algunas de las obligaciones que se hayan establecido o deriven de la propia ejecución del programa de *compliance*. En cualquier caso, la responsabilidad última de supervisión de la correcta ejecución del programa le corresponde al órgano de administración de la organización o, en su caso, a las comisiones delegadas que tenga atribuciones para ello.

La función de *compliance* estará dotada de los siguientes caracteres:

– **Autonomía** de tal forma que pueda desarrollar sus cometidos esenciales sin necesidad de que se le señalen mandatos específicos para ello. Para que la función de *compliance* pueda desarrollar sus tareas sin necesidad de órdenes específicas el órgano de administración la dotará de la autoridad y legitimidad suficientes para que pueda acceder a la información y documentos que le resulten necesarios. Así mismo, deberá asignarle recursos, materiales y humanos, suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones.

– **Independencia** de modo que su juicio y modo de actuar no estén condicionados, pudiendo desarrollar sus labores esenciales libremente sin temor a represalias. Como garantías de esa independencia podemos señalar:
  - El cese del máximo representante deberá fundamentarse por escrito expresando de manera concreta y razonada lo motivos por lo que se toma esa decisión.
  - La valoración del desempeño de sus obligaciones no puede condicionarse a la opinión de áreas de la organización que se hayan visto afectadas por sus actuaciones.
  - La retribución no podrá condicionarse a objetivos comerciales ni a resultados económicos de la organización, sino que la misma será acorde a la relevancia de sus cometidos.



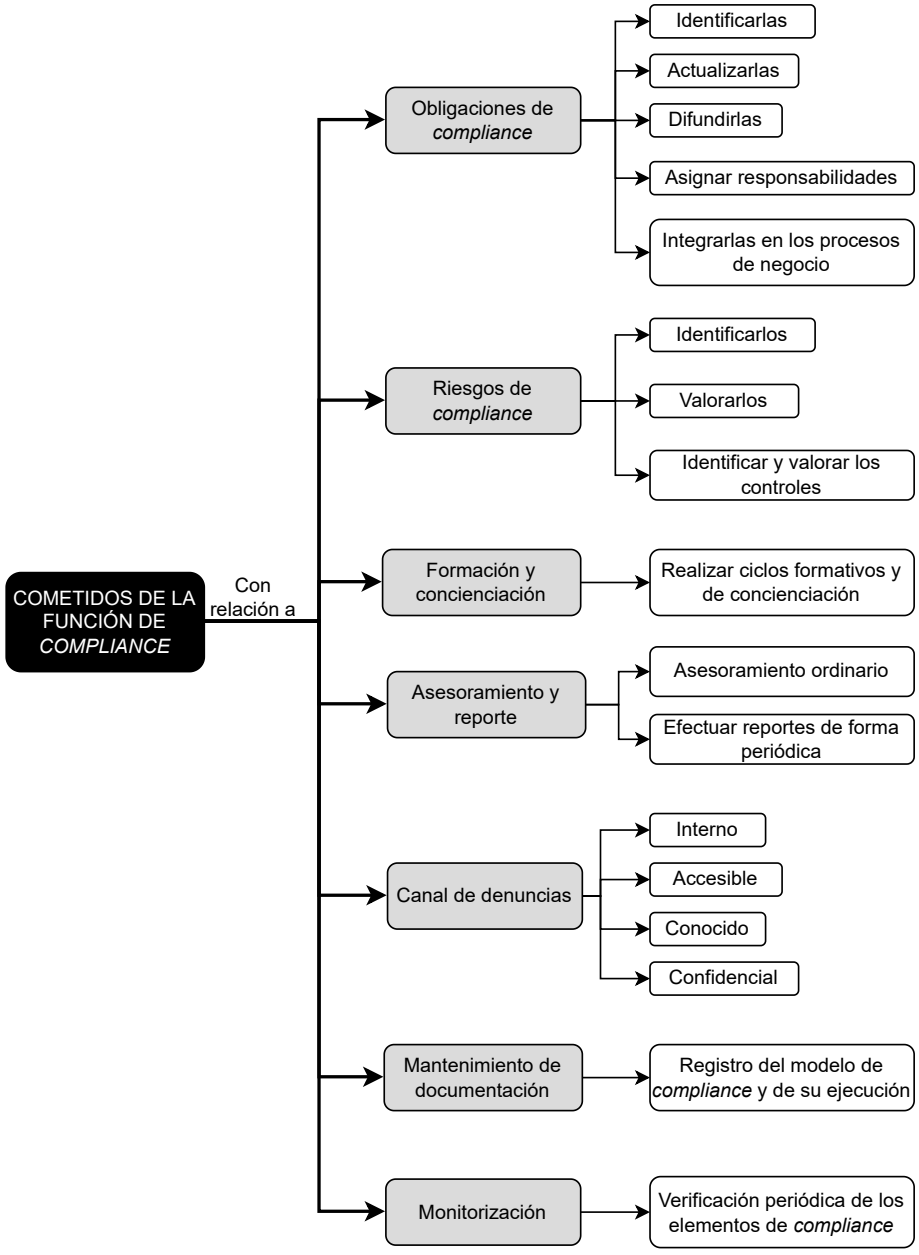
Algunos de los cometidos más destacables de la función de *compliance* tienen que ver con las siguientes materias:

– **Obligaciones de *compliance:***
  - **Identificarlas.** Constituye una responsabilidad del órgano de administración la identificación de las obligaciones de *compliance*.
  - **Actualizarlas.** La función de *compliance* deberá encargarse de que los miembros de la organización tengan un conocimiento actualizado de las obligaciones.

- **Difundirlas.** Deberá facilitarse el acceso a las normas o documentos de los que deriven las responsabilidades.
- **Asignar las responsabilidades**. Todo el personal debe conocer los deberes que se le imponen con relación al cumplimiento de las obligaciones.
- **Integrarlas a los procesos de negocio**.

– **Riesgos de *compliance*:**

- **Identificar los riesgos**. Esto supone conocer los riesgos que supone el incumplimiento de las obligaciones los cuales pueden ser tanto de naturaleza penal, económica o reputacional. Así mismo debe valorarse la probabilidad de que esos riesgos lleguen a producirse.
- **Valoración de los riesgos.** Deberán clasificarse según su relevancia teniendo en cuenta el nivel de amenaza que pueden suponer.
- **Identificar y valorar los controles.** Se trata de precisar las políticas, procedimientos y controles de los que la empresa dispone para prevenir, detectar y gestionar los riesgos, debiendo proponer la incorporación de aquellos otros que se entiendan necesarios para el cumplimiento del programa de *compliance.*
- **Formación y concienciación.** Utilización de recursos para realizar ciclos formativos y de concienciación sobre las materias de *compliance*. Dentro de esta tarea se incluye la de facilitar el acceso por parte del personal y de los terceros vinculados a la organización al código ético, código de conducta o norma equivalente.
- **Asesoramiento y reporte.** Debe realizarse un asesoramiento ordinario tanto al personal como al órgano de administración o sus comisiones delegadas y a la alta dirección. Así mismo, deben efectuarse reportes de forma periódica en los que se recojan los aspectos relacionados con la ejecución del programa de *compliance*, estos reportes pueden consistir en: reportes operativos, memorias anuales o eventuales comunicaciones urgentes.
- **Canal de denuncias.** Los canales de denuncias deberán ser internos y han de ser fácilmente accesibles, conocidos y confidenciales, garantizando en todo caso los derechos de los titulares de los datos tratados y la no adopción de represalias frente a comunicaciones que se realicen de buena fe.
- **Mantenimiento de documentación**. Registros adecuados del modelo de *compliance* y de su ejecución, además del cuidado de que solo tengan acceso a la misma las personas que estén legitimadas para las cuales el acceso debe ser inmediato.
- **Monitorización.** Verificación periódica de que los elementos de *compliance* funcionan adecuadamente para adaptarlo a las circunstancias internas y externas.



Para una auténtica efectividad de la función de *compliance* es necesario que éste se integre con otros departamentos de la empresa siendo vital la **labor de la alta dirección** la cual debe asumir una serie de funciones:

– Fijar procedimientos y políticas internas con el fin de garantizar el cumplimiento normativo.

- Implantar canales de comunicación e instaurarlos en todos los departamentos, en especial a aquellos que puedan ser más sensibles al incumplimiento normativo como pueden ser los departamentos financieros o de recursos humanos.
- Asegurar que los procedimientos se cumplan debidamente.
- Establecer mecanismos que se activen en el caso de que surja alguna incidencia.

Para dar respuesta a la necesidad de cumplimiento normativo en la empresa nace la figura del ***chief compliance officer o compliance officer***:

- ***Chief compliance officer*:** se refiere al encargado del departamento de compliance cuando éste se configura como un órgano colegiado.
- ***Compliance officer*:** es la persona encargada del compliance de una empresa cuando la función recae sobre un único individuo.

El perfil del *compliance officer* es eminentemente jurídico al ser su función principal asegurar que en la empresa se cumple la normativa vigente, pero también debe tener un conocimiento multidisplicinar. Derivado de las funciones que tiene atribuidas el *compliance officer* debe poseer las siguientes **aptitudes**:

- **Capacidad para relacionarse.** Debiendo poder relacionarse tanto con la alta dirección como con el resto de departamentos de la empresa, estos últimos serán los que le permitan obtener información sobre el cumplimiento normativo. Además, debe estar capacitado para asesorar, formar, realizar recomendaciones y supervisar al resto de personal tanto interno como externo de la empresa.
- **Proporcionalidad y equilibrio.** La inexistencia de riesgo cero obliga a tener sentido de la proporcionalidad y equilibrio que permita fijar las «líneas rojas» que no deben ser sobrepasadas y que le faculten para buscar soluciones alternativas cuando se produzca inconvenientes insalvables para ejecutar una actuación determinada.
- **Integridad y firmeza.** En el ejercicio de esta función es esencial que la persona sea honesta debiendo excluirse a aquellas personas que hayan cometido un delito o participado en malas prácticas. También se requiere una persona firme para comunicar las decisiones y en algunos casos malas noticias. Por otro lado, en este conjunto de aptitudes, derivado de la sensibilidad de determinadas informaciones que puede manejar el *compliance officer,* debemos incluir la discreción.
- **Sentido común.** Podemos decir que esta aptitud supone el resumen de todas las anteriores. El *compliance officer* no debe ser un experto en todas las materias que son objeto de supervisión, pero debe ser capaz de adoptar decisiones en cuestiones complejas para lo que resulta fundamental el sentido común.

1.2. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un factor determinante para establecer la adecuada aplicación de los programas de *compliance.* Esta figura permite

ajustar los estándares internacionales a las concretas condiciones de cada empresa, teniendo en cuenta tanto factores internos, como externos.

Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico, han nacido múltiples incertidumbres sobre la gestión de los programas *compliance* para poder evitar la responsabilidad penal. Una de las grandes incertidumbres en este ámbito es la delimitación del principio de proporcionalidad que se establece en el Código Penal y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero. Estos textos no definen unos criterios claros para poder determinar el nivel de proporcionalidad que es adecuado en el momento de diseñar e implementar el sistema de *compliance*.

El principio de proporcionalidad permite adaptar el programa de *compliance* a todas las organizaciones, no limitándose esta figura solo a las empresas de gran tamaño. Los estándares internacionales recogen la posibilidad de ajustar sus principios y requisitos a las concretas condiciones de cada empresa. Aunque el tamaño de la organización es un factor determinante para aplicar correctamente el principio de proporcionalidad, también debe tenerse en cuenta otros factores como pueden ser el mercado geográfico, tipo de negocio, terceros con los que se relaciona, etc. Por tanto, la aplicación proporcional del programa de *compliance* no se ve determinado solo por factores internos, sino que depende también de factores externos.

Es importante que cuando se analiza la situación de la empresa debe hacer un análisis completo de todos los aspectos que deban ser valorados para elaborar el programa de *compliance*. Esto no debe ser confundido con el llamado *cherry picking* o falacia de la prueba incompleta.

CUESTIÓN

¿Qué es el *cherry picking* o falacia de la prueba incompleta?

Esta expresión hace referencia a una conducta de manipulación por la que de todos los datos de los que se dispone, únicamente se escogen los que interesan, ignorando los que no.

La transcendencia del principio de proporcionalidad no es meramente formal, sino que se extiende a la aplicación práctica del programa de *compliance*. La viabilidad del programa que se ha elaborado solo es posible si el modelo de cumplimiento se ha diseñado a la medida de la estructura y recursos, de personal y financieros, de la organización de que se trate.

Un reflejo del principio de proporcionalidad lo encontramos en las pymes con relación al canal interno de denuncia y a la figura del *compliance officer:*

– El canal de denuncias en las pymes es común que consista en la comunicación directa entre los empleados y el responsable del cumplimiento. Mientras que en grandes empresas lo habitual es que el mismo sea mediante medios electrónicos.

– En relación con la figura del *compliance officer* en las pymes esa función suele estar asumida por el propio gerente o propietario. Sin embargo, en grandes empresas el control suele realizarse por un equipo de compliance que se encuentra dirigido por el *chief compliance officer.*

EL COMPLIANCE Y SU DISEÑO

PASO A PASO

Esta guía acerca al lector a la figura del *compliance* como base de cumplimiento normativo para todas las entidades, desde grandes empresas a pymes. En una primera aproximación analizaremos la figura de *compliance* prestando especial atención a su función, beneficios y normas específicas en esta materia. Se pondrá especial atención al concepto de «cultura de cumplimiento» y al plan de cumplimiento como base y objetivo del *compliance*.

También se proporcionan, por medio de esta guía, las claves esenciales para poder elaborar un programa de *compliance*, incluyendo especificidades con relación a las pymes. Se incide en cada una de las fases que deben seguirse desde la elaboración del programa hasta su completa implantación en la entidad.

Para facilitar la labor de creación de un programa de *compliance* se incluyen los modelos de los principales documentos necesarios.

PVP 18,00 €
ISBN: 978-84-1194-277-5

www.colex.es

COLEX

COLEX READER