EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DE *COMPLIANCE*: LECCIONES APRENDIDAS

JUAN BOSCO GIMENO

Todas las organizaciones, cualesquiera que sea su naturaleza están sometidas a la disciplina de las leyes, unas de ámbito general, tanto si se trata de entidades privadas de cualquier tipo –con o sin ánimo de lucro– en sus diferentes formas de organización –de responsabilidad limitada, anónima, cooperativas, etc.– sujetas a la legislación mercantil, tributaria, social..., como si se trata de entidades públicas vinculadas por las disposiciones del derecho administrativo. Añádase que unas y otras son a su vez reguladas por normativa y disposiciones administrativas específicas en razón de su actividad.

El incumplimiento de unos y otros preceptos puede acarrear consecuencias negativas para las organizaciones como también, eventualmente, para sus responsables. No es por lo tanto una novedad el que las organizaciones se vean compelidas al cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, siendo además este cumplimiento su comportamiento habitual. El interés por el *compliance*, que no es nuevo, se multiplica cuando surge la figura de la posible imputación penal de la persona jurídica que tiene algunos momentos clave en el ordenamiento jurídico español.

Destaca la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal al fijarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, independiente, distinta, diferente y potencialmente concurrente con la responsabilidad que recaiga sobre las personas que tienen poder de representación de las mismas, y justificada por no ejercer la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.

Otros dos aspectos relevantes se introducen en relación con esta asignación de responsabilidad penal para las organizaciones: el númerus clausus de los delitos y el catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas que se moderarán en determinadas circunstancias si se confiesa la infracción a las autoridades, se repara el daño o se establecen medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse.

Como se ha señalado, al tratar de las eventuales circunstancias atenuantes, confesión, colaboración en la investigación, reparación de daño y establecimiento de medidas eficaces para su prevención, no se entra en más detalle sobre éstas si no que puedan ayudar a descubrir potenciales futuros delitos.

Para encontrar referencias a los contenidos que pudieran orientar sobre qué medidas establecer que en el marco de la aplicación del derecho puedan interpretarse como eficaces para la prevención de un delito contamos con una segunda disposición destacada, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Procede señalar que en la ley 5/2010 mencionada anteriormente se describe el delito de

receptación y blanqueo de capitales y se incluye en el elenco de delitos imputables a la persona jurídica. En esta norma sobre la prevención del blanqueo de capitales se señalan ya lo que deberán de constituir elementos básicos del conjunto de medidas para la prevención de delitos.

Se espera que las organizaciones cuenten con un conjunto de políticas y procedimientos que estén formalmente expresados por escrito incluyendo medidas de debida diligencia para aplicar internamente y con terceros en función del nivel de riesgo teniendo en cuenta diversos parámetros. Se requiere por tanto que se realice un análisis de los riesgos tal que permita cuando menos determinar el grado de aplicabilidad de las medidas de debida diligencia ordinarias, simplificadas o reforzadas. Se impone la necesidad de que existan procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos, canales de denuncias que puedan ser anónimos, y la adopción de medidas que eviten represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto a los denunciantes. Se requiere la existencia y mantenimiento actualizado de un manual con información completa de las medidas de control interno. Se insta a disponer de un órgano de control interno que será responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos. Se ordena un examen anual de las medidas de debida diligencia por un experto externo, y que los resultados queden consignados en un informe escrito que valore su eficacia operativa. Se impone una adecuada formación, planificada para las personas de la organización en función de sus responsabilidades y de los riesgos del sector de negocio.

No obstante se da particularidad de que esta Ley de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo tiene un alcance limitado en su ámbito de aplicación que se centra en aquellas actividades que se mueven en el entorno financiero o que puedan tener una elevada incidencia en el mismo, actividades que a su vez tienen reconocido su carácter ilícito en el Código Penal, así como alcance limitado por los sujetos obligados, que se centran en empresas, entidades y personas expuestas a riesgos de intervención en la comisión de los delitos, o que por la información de que disponen pueden contribuir a su identificación y prevención.

En definitiva, es una Ley que no aplica a todas las personas jurídicas, ni contempla todo el conjunto de delitos que el Código Penal establece como imputables a la persona jurídica, aunque sí establece la obligatoriedad de adoptar medidas de prevención –control interno– y de información, y da una orientación sobre cómo deben de ser esas medidas.

Pero lo que la experiencia nos enseña es que el interés por el *compliance* arraiga y se extiende a partir de la modificación del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se introduce con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Contribuirá también a ello la Circular 1/2016 de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, que de todos los textos citados es el primero que hace referencia expresa al término "*compliance*", ya que hasta ese momento se venía hablando de medidas o de controles con la finalidad de prevenir o de informar, de modelos de gestión, o de instrumentos a implantar en las organizaciones.

Son varias y notables las modificaciones introducidas con la L.O. 1/2015 que contribuyen a despertar el interés general por el *compliance*, pero merece la pena destacar algunas de las que tienen en cuenta las organizaciones. Destacan las siguientes:

1. **La exención de responsabilidad penal de la persona jurídica que cuente con un sistema eficaz de *compliance*.** Me permito utilizar la expresión sistema de *compliance*, para interpretar lo que el Código Penal describe como "modelos de organización y gestión", "modelo de prevención" y "modelos de organización y prevención", cuya eficacia se valorará en función de que se incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos. Y aquí conviene remarcar que el hecho de que se produzca un delito imputable a la persona jurídica no anula el valor eximente del modelo –de facto ya se prevé la posibilidad de que se cometa eludiendo fraudulentamente las medidas adoptadas–.

   Esta exención de responsabilidad es motivación capital para que las organi-

zaciones se interesaran por el *compliance*, es decir por contar con un modelo o sistema de gestión del *compliance*.

Mientras que en la Ley 5/2010 se contemplaba la consideración de circunstancias atenuantes, que no eximentes, que se siguen manteniendo con la posterior reforma de la Ley 1/2015, en esta última se establece la exención de la responsabilidad, exención que vendría a obtenerse con anterioridad a la comisión de un ilícito penal imputable a la persona jurídica si la organización dispone de un sistema de *compliance*.

2. **La extensión de personas que pueden comprometer la responsabilidad penal de la organización**. En la redacción de la Ley 5/2010, se citan como imputables a la persona jurídica los delitos cometidos por los representantes legales, y los administradores de hecho o de derecho y quienes están sometidos a su autoridad, en este último caso cuando pueda evidenciarse que no se ha ejercido sobre ellos el debido control.

   En la redacción modificada por la Ley 1/2015 este concepto se matiza y se amplía a cualquier persona en la organización que esté autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, pero también a quienes ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

   Este cambio extiende el número de personas expuestas al riesgo a todo el equipo directivo, y a todas las personas que ejerzan algún tipo de responsabilidad en la actividad de la organización.

   Pero va más allá, porque además las implica en los deberes de supervisión, vigilancia y control, de manera que si estos deberes se incumplieran cualquier persona que estuviera sometida a su autoridad podría con su conducta conducir a la imputación penal de la persona jurídica.

   Esta situación lleva, de facto, a que se tenga que contemplar el riesgo para cualquier persona de la organización.

3. **La inclusión de requisitos para la configuración del modelo de organización y gestión del *compliance*.** La redacción del artículo 31 bis del Código Penal tras la reforma de la Ley 1/2015 hace referencia en su número 5 a una serie de requisitos que tienen que cumplir los sistemas de *compliance*, y menciona además en el número 2 una serie de condiciones que tienen que darse para que se dé la exención de responsabilidad, que guardan en buena medida relación con las condiciones del modelo o sistema de *compliance*.

   Cierto es que los requisitos vienen descritos de una forma genérica, y así debe de ser si pensamos en la gran diferencia que existe entre tantas personas jurídicas a las que la norma se dirige –solo el estado, las administraciones, agencias y entidades públicas quedan fuera del marco de esta imputación penal– pero establecen unos elementos que son básicos para que el sistema de *compliance* que se establezca pueda alcanzar un grado razonable de eficacia.

   Estos requisitos, complementados con las medidas más detalladas de la normativa de prevención del blanqueo de capitales, y atendidas algunas de las pautas del informe de la circular de la Fiscalía General del Estado a las que ya hemos hecho referencia, contribuyen a perfilar el procedimiento y contenidos que deberá tener el sistema de *compliance*.

   Esto ha permitido y fomentado el desarrollo e interés de las organizaciones por el *compliance* una vez que les permite en buena medida saber qué es lo que tienen que hacer al respecto.

QUÉ ANIMA A UNA ORGANIZACIÓN A DESARROLLAR UN SISTEMA DE *COMPLIANCE*

Primer factor: la protección

Lo que enseña la experiencia es que el primer factor que anima a las organizaciones a desarrollar un sistema de *compliance* es su protección. La exposición a una imputación penal de la persona jurídica conlleva aparejada la exposición a una pérdida eco-

nómica que podría en algunos casos llevar a terminar con la viabilidad de las actividades, de la organización, y significar la finalización de sus operaciones de negocio e incluso la desaparición de la persona jurídica.

Las organizaciones, poniéndose en lo peor, visualizan que se da la circunstancia de que en el caso de las personas jurídicas cabe incluso lo que podría considerarse como su pena de muerte. Efectivamente el Código Penal que en su artículo 33. 7 empieza diciendo que todas las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la consideración de graves –no leves o menos leves– señala de una forma clara e indiscutible como pena aplicable la disolución de la persona jurídica, lo que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. No es difícil adivinar la complejidad de resolver una situación tal, impuesta a los socios o titulares de la organización.

Hay que decir que tal pena fue ya impuesta y ratificada por sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia N.º: 154/2016), si bien cabe decir que se imponía a una empresa que bien podía quedar encuadrada en el grupo definido por la Circular 1/2016 de Fiscalía como "estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos", en este caso un delito contra la salud pública por tráfico de drogas.

Por lo tanto, el riesgo de disolución existe, pero hay que hacerla muy gorda para que se aplique con toda su contundencia. Ahora bien, como hemos dicho, sin llegar a este extremo, la mera imposición de una multa por cuotas o proporcional, podría llegar al extremo de terminar con la viabilidad de las actividades y por lo tanto situar a la persona jurídica en situación de expirar.

Con lo que venimos diciendo se pone el foco en la protección de la titularidad de la persona jurídica, de sus dueños, los socios en sociedad mercantil, los cooperativistas, los asociados, los patronos de una fundación... según y conforme sea la configuración de la persona jurídica.

En los dueños hemos podido apreciar que la protección del *compliance* se valora en función de dos circunstancias: el número y la proximidad a la actividad o su participación en ella. Cabría concluir que en las organizaciones en las que la titularidad está menos repartida, hablamos de sociedades limitadas, de empresas familiares y en general pequeñas y medianas empresas, pequeñas cooperativas o asociaciones, sus titulares son quienes ponen un mayor interés en la prevención de su responsabilidad penal.

De igual manera se aprecia que en las organizaciones en las que la propiedad está involucrada en la gestión diaria de la actividad, ostentando la responsabilidad propia de los administradores o conduciendo de una u otra forma las operaciones de negocio y ejerciendo la acción directiva su sensibilidad hacia el *compliance* es mayor, y no solo en el plano teórico o formal sino también en la aplicación práctica de medidas de prevención de la comisión de delitos.

En las organizaciones de mayor tamaño o entidad, aquellas que cuentan con un equipo directivo o con un consejo en el que las personas que ocupan los puestos relevantes son profesionales de la gestión que actúan en representación de la propiedad, bien porque la titularidad del patrimonio está muy distribuida, por ejemplo las acciones de una sociedad anónima, o bien porque la titularidad corresponde no a personas físicas sino a otras entidades, personas jurídicas de carácter privado, sin ánimo de lucro o de naturaleza pública, se aprecia un interés adicional por la protección de sus propios y personales intereses.

La aplicación de un programa de *compliance* se valora como protección de los intereses de la persona jurídica, pero también de sus propios intereses personales y profesionales. Por un lado evitando que se pueda poner tacha a su cometido por no promover en la organización un modelo de organización y gestión del *compliance* que exonere de una eventual imputación penal a la persona jurídica, pero también como prevención de que en la organización se lleguen a producir hechos por los que circunstancialmente se pueda ver implicado, de tal modo que no se pueda acreditar indiferencia por su parte u omisión del deber

de vigilancia y en consecuencia expuesto a una responsabilidad personal en el caso de cometerse en el seno de la sociedad determinado tipo de delitos cometidos en el seno de la organización.

Segundo factor: interés por potenciar su actividad y sus operaciones de negocio

La calidad de los productos y de los servicios, y su precio, son ahora y han sido desde siempre el foco de atención para los mercados y para los consumidores. Cierto que hay también otros factores que podemos estimar como complementarios, puntualidad y proximidad, facilidad de transporte, repuestos y reposiciones, mantenimiento, etcétera, siempre en el marco de esa evaluación de calidad suficiente y precio ajustado que permiten a la organización llevar a cabo sus actividades con éxito.

La solidez económica de una organización es punto de referencia para constituir una opción preferencial en operaciones de negocio, pero desde hace ya unos años, con ocasión de la adopción por Naciones Unidas de los objetivos de desarrollo sostenible han entrado en consideración otros factores a los que la sociedad y el mercado otorgan valor de forma creciente.

La preocupación por el medio ambiente obliga a reconocer, valorar e informar en las memorias anuales de empresas y entidades sin ánimo de lucro sobre los temas medioambientales, por ejemplo, y cada vez gana más peso y relevancia la responsabilidad social corporativa (RSC) de las organizaciones y es mayor el número de ellas que periódicamente elaboran, además de una memoria de sostenibilidad, una memoria específica sobre cómo abordan su compromiso no solo en temas medioambientales sino también de orden social, internamente en relación con los trabajadores, y externamente en relación con el mercado con el entorno social y con los derechos humanos.

En este marco la experiencia nos viene enseñando que se ha pasado a considerar un factor muy relevante el comportamiento ético de las personas de una organización, evidenciado por el cumplimiento de las obligaciones legales, y objetivado en un sistema de *compliance*.

No sorprende que a fecha de hoy que a una persona o candidato llamado a un puesto directivo o de responsabilidad en una organización se le pregunte, indague y condicione su decisión a la información que sobre aspectos de carácter ético o de cumplimiento se pongan de manifiesto. Esto implica obviamente que la adquisición de talento puede quedar mermada para aquellas organizaciones que no ofrezcan una confianza suficiente.

Toca hablar del temido impacto reputacional. En el análisis y evaluación de los riesgos de una organización para el *compliance*, es decir la consideración de qué irregularidades, incumplimientos, o tipo de delitos si hablamos específicamente de *compliance* penal y responsabilidad penal de la persona jurídica, y de las posibles consecuencias negativas a que pueden dar lugar, nos encontramos que en todos los casos se tiene en cuenta el daño reputacional.

El daño reputacional es uno de los hitos que plantean una más difícil objetivación cuando la organización realiza una evaluación de los riesgos de *compliance*. A fin de cuentas, en la práctica no preocupa tanto la reputación cuanto las posibles consecuencias económicas, no importa el qué dirán sino el qué harán. Me refiero a qué hará el mercado, los clientes actuales y potenciales a los que dedica su actividad la organización, o quienes la apoyan con sus recursos. Cómo reaccionarán y hasta qué punto la difusión pública de la comisión de irregularidades se convierta de hecho en una pérdida de operaciones de negocio y de recursos.

Las consecuencias económicas del impacto reputacional pueden ir más allá de las derivadas de una multa por cuotas o proporcional u otra de las que se le pueda imponer a la persona jurídica por la comisión de un delito. Es más, el impacto reputacional puede operar, y opera de hecho cuando la irregularidad se convierte en noticiable por pequeño que sea el motivo dada la facilidad de difusión que ofrece internet, la remanencia de las informaciones y la comodidad de consulta, aunque finalmente no

se produzca la sanción penal de la persona jurídica o incluso no se llegue a la imputación a esta de delito alguno. La difusión de un hecho irregular o de una sospecha fundada, aunque sea de modo aparente ya entraña un daño potencial para la organización.

En las circunstancias actuales de sensibilidad social ante la corrupción, ante privilegios injustificables, ante diferencias sociales, incluso ante el contexto internacional, se miran con atención los aspectos culturales y éticos de una organización con carácter previo a establecer una relación comercial.

Sirva como ejemplo lo que ocurre en los supermercados, importa el precio por supuesto, pero cada vez más se tiende a leer en la letra pequeña el origen o la composición del producto o información del fabricante, salvo si confía en la marca por su prestigio, pero si el prestigio se pierde no importan la composición, el origen, el tamaño o el diseño, decae el interés por el producto.

Lo mismo está ocurriendo en el entorno empresarial. En la práctica hemos encontrado que las organizaciones, acostumbradas a un proceso de homologación de sus proveedores con carácter previo a establecer de una manera regular un aprovisionamiento en provecho de la calidad y de la seguridad, ahora incluyen criterios de *compliance* y analizan los aspectos éticos y el comportamiento y reputación del potencial proveedor antes de confirmar su idoneidad.

En este contexto disponer de un sistema de *compliance* en la organización bien documentado, convincente y además eficiente, que resulte evidente a terceros significa contar con una ventaja competitiva, representa por lo tanto la oportunidad de potenciar su actividad y sus operaciones de negocio.

También de las que puedan derivar de administraciones públicas. La forma de contratar de las administraciones públicas está regulada, tasada y medida en sus procedimientos, en sus formas, en sus criterios de decisión. Para quien licita o concursa en algunos casos el sistema de *compliance* o antisoborno llega a ser una exigencia. En otros, no siendo una exigencia si se considera un aspecto valorable, y en otros ni se menciona.

No quiero entrar en el dilema de qué es más eficaz, comisión o *compliance*, o de la posibilidad de que ambas sean compatibles, ahí lo dejo. Por la experiencia acumulada puedo adelantar que el tema es polémico y no es fácil de abordar en la práctica para algunas organizaciones.

Tercer factor: interpelación de los socios de negocio

En línea con lo que hemos visto anteriormente hay un factor adicional que motiva a las organizaciones a considerar el desarrollo de un modelo o sistema de *compliance* que no es otro que la instancia de los socios de negocio.

Esta situación procede de la redacción del artículo 31 bis a) y b) del Código Penal al señalar el ámbito subjetivo de quienes pueden comprometer la responsabilidad penal de la organización, que no se limita a actividades realizadas por representantes legales y quienes están autorizados a tomar decisiones u ostentan facultades de organización y control, sino también por quienes, estando sometidos a su autoridad de las personas físicas han podido realizar los hechos, si bien señala una condición que es haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad.

Es natural entender que cuando una organización subcontrata una determinada actividad, quien la lleva a cabo lo hace sometida a la autoridad de las personas que han tomado la decisión, que han definido su contenido, su alcance, su valor, etcétera. Por lo tanto las personas que llevan a cabo la actividad subcontratada, y por ende la propia organización subcontratada si se trata de una entidad, podrían con sus actos realizar hechos de manera que acarrearan responsabilidad penal para la organización entendiéndose que esta pudiera siquiera indirectamente obtener un beneficio de ello.

Queda a la organización el recurso de ejercer correctamente –no incumplir gravemente– los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad. Tales deberes pueden quedar claros y explícitos en un modelo o sistema de gestión del *compliance* aplicable y aplicado en la propia organización, pero en principio ésta carece de autoridad para imponerlos a un tercero. Por otra parte, este tercero, la entidad subcontratada, podría estar llevando a cabo esa parte de las actividades de la organización que le han sido encomendadas en un lugar o de una manera que sea difícil de sujetarse a una supervisión directa de la organización contratante.

Buscando algún ejemplo de experiencias vividas. Pensemos en una entidad que tiene a su cargo el suministro de agua o el mantenimiento del alcantarillado en una población y que en consecuencia tiene la necesidad de atender mejoras o eventuales incidencias y que para ello necesita subcontratar la realización de obras o reparaciones a un tercero cuyo perfil se ajusta al de una pequeña empresa del sector de obras y construcciones de ámbito local o comarcal. La organización hará una supervisión puntual del inicio, su desarrollo y conclusión de la intervención concreta que se ha subcontratado, pero no estará presente durante el ciento por cien de la ejecución de las tareas. En estas circunstancias le es difícil controlar algunos extremos, como por ejemplo la correcta dotación y empleo de los equipos de protección individual por parte de los trabajadores, la correcta capacitación o autorización de los mismos en el manejo de la herramienta, equipos o maquinaria que vaya a utilizarse, la legalidad de su contratación, alta y liquidaciones a la Seguridad Social, y así podríamos seguir con una extensa relación de hechos y circunstancias que podrían calificarse como delitos contra los trabajadores, contra el medio ambiente, contra la hacienda pública y la seguridad social…

Las preguntas que surgen son ¿hasta dónde llega el deber de supervisión, vigilancia y control de la actividad? ¿reportaría el incumplimiento algún beneficio directo o indirecto para la organización contratante? No es fácil de responder, pero sí que es recomendable actuar. Pensemos que del supuesto de las irregularidades mencionadas cometidas por parte del subcontratista resultara que la organización contratante ha optado por la opción de un presupuesto más económico ¿no representaría esto un beneficio económico directo o indirecto?

Las organizaciones comprometidas con el *compliance*, las que desarrollan modelos o sistemas con el convencimiento de querer consolidar una cultura ética y de cumplimiento en su organización y sus actividades están actuando. Y lo hacen instando a sus socios de negocio a contar con un modelo de gestión del *compliance* o cuando menos aceptando el cumplimiento de un código ético para sus proveedores, o disponiendo del suyo propio con un contenido alineado al de la organización requirente.

Esta circunstancia va creando una ola que recorre el entramado empresarial y social llamando la atención de organizaciones que inicialmente o motu proprio no se habrían planteado disponer de un sistema de *compliance*. Se suma al impulso de esta ola la actitud de algunas empresas e incluso administraciones públicas más cautelosas o prudentes que para adjudicar determinados contratos acuden al concurso o licitación y que incluyen entre los criterios de valoración que el concursante disponga de un modelo de *compliance*.

Otra forma de sentirse interpelada la organización viene del artículo 33.7.f) que establece como pena para la persona jurídica la inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Aquellas organizaciones que por su naturaleza o actividad dependen, aunque sea en parte, de fondos públicos o que gozan de beneficios o incentivos fiscales que facilitan su viabilidad, han de considerar que en cierto modo las administraciones de quienes reciben fondos, incentivos o beneficios son terceras partes interesadas y próximas a la consideración de socios de negocio. Se despierta en la organización la alarma de que la falta de un modelo o sistema de *compliance* pone en riesgo la colaboración que reciben, lo que viene a ser otra forma

de verse compelidos a contar con tales modelos por parte de socios de negocio, actuales o potenciales.

También me he encontrado con organizaciones para las que este tercer factor ha sido determinante en la decisión de desarrollar un modelo de *compliance*.

DÓNDE ENCUENTRAN LAS ORGANIZACIONES UNA MAYOR DIFICULTAD EN LA IMPLANTACIÓN Y EN EL MANTENIMIENTO DEL SU SISTEMA DE *COMPLIANCE*

Ya se señaló al principio dónde encontrar pautas en el marco del ordenamiento jurídico referido a la responsabilidad penal de la persona jurídica, y otras referencias normativas, para el establecimiento en la organización de un modelo o sistema de *compliance*.

Quiero referirme ahora a dos extremos de un sistema de *compliance* que es, por la experiencia acumulada, donde las organizaciones encuentran una mayor dificultad en el proceso de implantación. Es obvio que no todas las organizaciones reaccionan de la misma manera, las hay que encuentran dificultades en otros puntos como puede ser el de definir medidas y controles para una prevención eficaz de determinados tipos delictivos, y las hay que resuelven de forma muy eficiente las que voy a mencionar, pero éstas son dos obstáculos que habitualmente se presentan, en el inicio y al término del diseño e implementación del modelo de organización y gestión del *compliance*.

Determinar de los riesgos de *compliance*

Una primera dificultad surge al determinar de los riesgos de *compliance*. Los tipos delictivos imputables a la persona jurídica en el ordenamiento jurídico español están tasados, son numerus clausus, o más o menos en función del ritmo al que el legislador quiera ampliarlos o reducirlos, que de todo estamos viendo.

Pero determinar los riesgos no es solamente identificar los tipos delictivos incluidos en el Libro II del Código Penal determinados como imputables a la persona jurídica (y otras disposiciones como por ejemplo en la Ley de Represión del Contrabando), hay que profundizar un poco más.

En el tipo penal se va a hacer referencia a diferentes formas de comisión del delito y se va a hacer indicación de la posible concurrencia de circunstancias que razonablemente serán consideradas por el juez o tribunal para determinar el alcance de la pena, o dicho de otra forma las consecuencias para la persona jurídica.

Será preciso, como señala la Circular 1/2016 de Fiscalía, que la persona jurídica disponga de procedimientos que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades, señala que será la alta dirección de las organizaciones la que apruebe un el nivel de riesgo global y el específico en función de los tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc. tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

Insiste además esta circular en la formalidad de los programas de *compliance* –redactados por escrito de forma clara y precisa– señalando que no basta su existencia para exonerar del delito que se impute a la persona jurídica, por muy completo que sea el programa, si no puede acreditarse su idoneidad para prevenir el delito concreto de que se trata, y que para ello se hará un juicio de idoneidad del modelo frente a la infracción.

La experiencia muestra que en el común de las organizaciones cuando son de mayor y mediano tamaño, y cuando disponen de algún otro sistema de gestión implantado en la organización –sistema de gestión de calidad, de gestión medioambiental, de seguridad de la información, por ejemplo– es el área o los responsables del área de sistemas quienes están más familiarizados con los procedimientos de identificación y análisis de riesgos, por lo que contar con

su colaboración puede ayudar a facilitar el proceso.

Pero el riesgo para el *compliance* deriva de la posibilidad de que se cometan irregularidades, si hablamos del *compliance* penal irregularidades que puedan derivar en un hecho delictivo imputable a la persona jurídica.

Esto significa analizar los tipos delictivos y las diferentes formas de comisión del delito, para lo que se hace imprescindible el concurso de alguien con formación jurídica, y mejor si tiene experiencia en temas de *compliance* y si ha tenido la oportunidad de conocer el entorno de riesgos en diferentes organizaciones, dentro y fuera del sector de la organización de que se trate.

Insisto, porque es necesario hacerlo, en que no vale aplicar sin más los resultados de otra organización por muy parecida que sea la actividad. Cada organización tiene matices que no se repiten en otra y a la hora de evaluar los riesgos o adoptar medidas de prevención se impone una consideración individualizada. Los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

Súmese a lo dicho que muchas organizaciones al abordar el *compliance* se proponen hacerlo contemplando el riesgo de incumplimiento de otras normas, no solo del código penal.

Es común encontrarse en el código ético o de conducta de las organizaciones la declaración de compromiso y exigencia de cumplimiento de la normativa vigente, que englobaría a toda aquella que le aplica de carácter general o específica por su actividad, llegue o no a representar un delito imputable a la persona jurídica o se salde con una sanción administrativa.

Yendo más allá, hay organizaciones que engloban en el *compliance* los riesgos de fraude a la propia organización, lo cual es muy loable y conveniente. Irregularidades de las que no se derivará un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica y por lo tanto fuera del tipo penal sino todo lo contrario, un perjuicio que puede llegar a ser importante.

Por experiencia la recomendación a realizar es que la identificación y el análisis de riesgos sea conducida por alguien con formación jurídica, con conocimientos del mundo de la empresa y por tanto del derecho mercantil y del derecho penal, capaz de integrar en la metodología los procesos de que disponga la organización para el análisis de otros riesgos. Necesariamente se tendrá que contar con la colaboración de personas de cada una de las áreas expuestas, y de aquellas que puedan aportar medidas preventivas y de control.

El resultado de la identificación y de la evaluación de los riesgos ha de ser una tarea colectiva de la organización. Téngase en cuenta que la identificación y valoración de los riesgos no tiene un fin en sí misma, sino que es el cauce para encontrar una manera de gestionarlos y de controlarlos con eficacia para prevenir las potenciales irregularidades derivadas de tales riesgos.

Finalmente, el compromiso de la organización en aplicar las medidas de control y de gestión de los riesgos no será nunca eficaz sin la determinación de hacerlo de quienes hacen cabeza en la organización. Probablemente los máximos responsables no estarán en las tareas de identificación y de análisis, que encomendarán a otros, pero si no asumen como propio el resultado, como hecho por ellos mismos, para que se apliquen sus conclusiones, es decir medidas y controles, con el rigor necesario, el resultado por elaborado y objetivo que se pretenda no llegará a ser eficaz.

Conseguir el compromiso de las personas de la organización

La segunda dificultad a la que quiero referirme es la de conseguir el compromiso de las personas de la organización.

Se ha señalado en muchas ocasiones y repetido como un mantra que los sistemas de *compliance* no deben de tener como objeto único exonerar de la sanción penal a la empresa sino preferentemente el de promover una cultura ética en la organización. Lamentablemente suena a broma a la vista

de los noticieros de televisión y de las portadas y titulares de los diarios.

El razonamiento no es malo si se sigue una lógica congruente: la cultura ética, recta y conforme a la moral, asumirá el respeto a la ley, y por ende un comportamiento de las personas de la organización honrado e íntegro, en el que la presencia de una irregularidad o la comisión de un delito no quepa, y si sucede sea un acontecimiento excepcional, accidental o consecuencia de un error.

Pero de hecho no es así. En las organizaciones se cometen irregularidades, de mayor o menor entidad. No voy a extenderme con ejemplos que son fáciles de encontrar. Sí quiero señalar que se producen a todos los niveles, y cuando digo a todos es porque los encontramos cometidos por las personas en el nivel más alto de la organización y hasta el último nivel del organigrama, incluso por terceros que participan en las actividades de la organización.

Es habitual encontrarse que la organización vincula al modelo de compliance medidas de debida diligencia con las personas de la organización e incluso con terceros, lo que por otra parte es exigencia legal, y que adicionalmente establece planes de formación. Pero también nos encontramos con que muchos de estos planes son de dudosa eficacia. No basta la capacitación, hay que llegar al convencimiento, no es suficiente con instruir, hay que educar.

He elegido la expresión conseguir el compromiso de las personas no por capricho. El compromiso se adquiere internamente. Las acciones irregulares y delictivas las realizan las personas, no la organización.

El buen ejemplo es en este sentido una pieza imprescindible, puede y debe de ejercerse el ejemplo en todos los niveles de la organización, cabe el ejemplo de los directivos de mayor nivel, por supuesto, puede que formular una pregunta oportunamente en una reunión de un consejo directivo transmita mucho más que una conferencia de veinte minutos, pero también el ejemplo en otras escalas de la organización, es más, el ejemplo de los de más abajo en el organigrama es altamente eficaz en favor del compromiso con el compliance, sí, el empleado puede preguntarle su jefe ¿esto no resulta un poco irregular?, o negarse, por ejemplo, a tramitar una factura que no venga bien respaldada, o a dar por válida una entrada en almacén sin verificar la mercancía, pongo por caso.

En ocasiones será conveniente que ese proceso de concienciación para conseguir el compromiso de las personas de la organización se desarrolle internamente, otras veces será conveniente contar con algún tipo de soporte exterior, esa elección se debe de hacer no solo pensando en el contenido del ejercicio sino en el impacto que resultará sobre la cultura, ética, recta y conforme a la moral, y de respeto a la ley.

Post del autor en LinkedIn (https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:ugcPost:6995739319441211392/) *"Ninguna organización es inmune a las violaciones de la integridad, ni es difícil encontrar alguna excusa para participar en un esquema de soborno, de corrupción o de fraude. Son actitudes que fuerzan la toma de decisiones contra justicia o derecho y exponen a situaciones de extorsión. Sin olvidar que son las personas las que determinan la integridad del comportamiento de las organizaciones, éstas deben de articular las medidas a su alcance para regirse por un comportamiento ético."*

SOBRE EL AUTOR

Juan Bosco Gimeno es Abogado, así como, consultor y auditor de modelos y sistemas de gestión del *compliance*, así como Senior *Compliance Officer*. MBA Master en Dirección y Administración de Empresas (IESE).