Febrero 2020 | Vol. 8
www.aeaecompliance.com/

AEAEC
ASOCIACION EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

"FOMENTAR, COMPARTIR, DIFUNDIR Y FAVORECER EL DESARROLLO E IMPLANTACIÓN DE LA CULTURA DEL COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL."

UNA REVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES
DESCÁRGALA AHORA

Potenciamos las capacidades de especialistas en materia de Compliance para así reforzar de cara al exterior la imagen de calidad, solvencia y profesionalidad de todos los socios.

EUROPEAN COMPLIANCE &NEWS

CONTENIDOS

EDITORIAL

El Compliance y los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Acabamos de iniciar una nueva década. El año 2020 debe marcar el inicio de un decenio de acción ambicioso a fin de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fijados por la ONU para el 2030. Los ODS constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en todo el mundo. En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron 17 Objetivos como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En la Agenda se establece un plan para alcanzar los ODS en 15 años.

Dado que solo quedan diez años para alcanzar los ODS, en la Cumbre celebrada en septiembre de 2019, los líderes mundiales solicitaron un decenio de acción y resultados en favor del desarrollo sostenible, prometiendo movilizar la financiación, mejorar la aplicación a nivel nacional y reforzar las instituciones para lograr los Objetivos en el año 2030, sin dejar a nadie atrás.

El Secretario General de las Naciones Unidas hizo un llamamiento para que todos los sectores de la sociedad se movilizasen en favor de un decenio de acción en tres niveles: acción a nivel mundial para garantizar un mayor liderazgo, más recursos y soluciones más inteligentes con respecto a los ODS; acción a nivel local que incluya las transiciones necesarias en las políticas, los presupuestos, las instituciones y los marcos reguladores de los gobiernos, las ciudades y las autoridades locales; y acción por parte de las personas, incluidos la juventud, la sociedad civil, los medios de comunicación, el sector privado, los sindicatos, los círculos académicos y otras partes interesadas, para generar un movimiento imparable que impulse las transformaciones necesarias.

Desde "European Compliance News" queremos alentar a nuestros asociados, colaboradores y a todas aquellas organizaciones y profesionales que nos dedicamos a diseñar, implementar, impulsar y difundir los sistemas de gestión de Compliance y la cultura ética en las organizaciones, a servir de impulsores de los ODS. Entre ellos, y en particular, el ODS 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.

Para lograr la paz, la justicia y la inclusión, es importante no solo el compromiso eficaz de los gobiernos, sino que las organizaciones privadas y la sociedad civil en general trabajemos juntos para poner en práctica soluciones eficaces que combatan eficazmente la corrupción y garanticen en todo momento la participación inclusiva.

Las experiencias prácticas en el mundo del Compliance, y su difusión a otros sectores, cómo la Administración, en sus diferentes escalas, las micro-pymes, o los profesionales autónomos, pueden servir para lograr estos objetivos.

Elementos tales como canales de denuncia externos que respeten la confidencialidad o el anonimato del denunciante y le garanticen la ausencia de cualquier represalia se pueden implantar en administraciones e instituciones públicas.

A mayor abundamiento todas las experiencias positivas que ha aportado el Compliance se pueden impulsar en otros países, con este mismo objetivo; por no hablar de todo lo que se puede hacer desde el punto de vista de la comunicación, y de la formación, y de la implicación del sector privado en la financiación y consecución de estos objetivos.

Desde la otra cara de la moneda, igualmente **el Compliance debe procurar incluir entre sus objetivos, los ODS, incorporando los mismos cómo valores que deben presidir el comportamiento de las organizaciones, y haciendo que la cultura de las mismas gravite sobre la consecución de dichos objetivos.**

En este sentido la Convención de Naciones Unidas en Contra de la Corrupción llamó recientemente a la comunidad empresarial a comprometerse con la nuevas y mejores medidas de anticorrupción haciendo énfasis en los posibles efectos adversos, reconociendo que la corrupción podría afectar de manera desproporcionada a las personas más desfavorecidas de la sociedad, atentando contra el Desarrollo Sostenible. Es por esto, que instó al sector privado a promover y divulgar información sobre metodologías para la evaluación de sus áreas con especiales vulnerabilidades, expuestas a mayores riesgos de corrupción, para así también instar a la comunidad empresarial a comprometerse con la prevención de la corrupción.

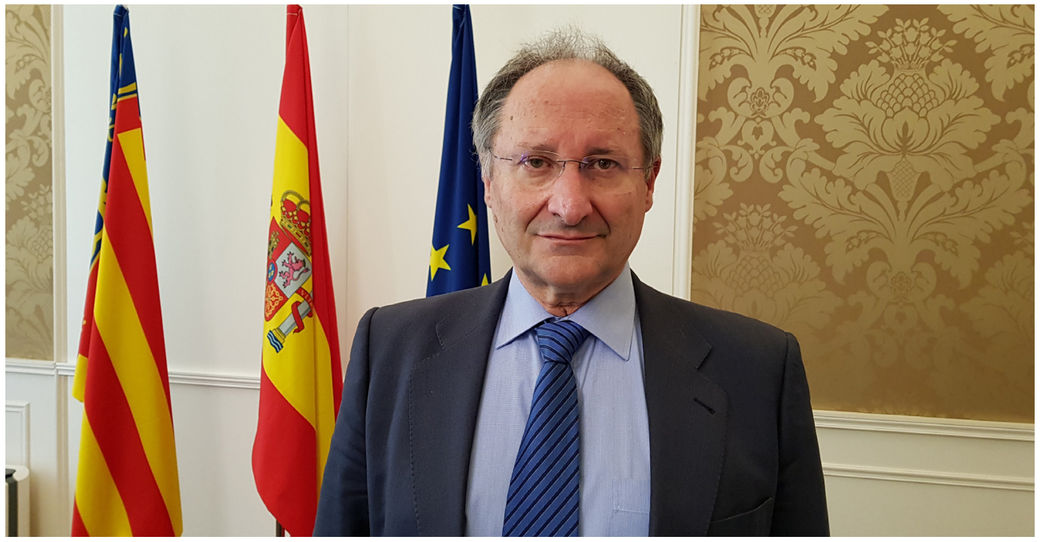
Del mismo modo, todas las organizaciones pueden involucrarse en la promoción efectiva de la inclusión de las personas de diferente procedencia, origen étnico, religión, género, orientación sexual u opinión, a través de Códigos Éticos y Reglamentos de Conducta, que pueden implantarse con carácter general en todo tipo de organizaciones, aun cuando no sean personas jurídicas sobre las que gravite una posible responsabilidad penal.

Se trata en definitiva de generar un clima general en el que toda la sociedad se vea comprometida por los ODS, y que los mismos acaben afectando al comportamiento de los inversores, de los consumidores y de la sociedad en general.

ENTREVISTA A
JOAN LLINARES GÓMEZ

Entrevistamos a don Joan Llinares Gómez, Director de la Agencia para la prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

Don Joan, vd. fue elegido por el Pleno de Les Corts por mayoría superior a las tres quintas partes y sin ningún voto en contra. Su candidatura fue propuesta por las organizaciones sociales Acción Cívica contra la Corrupción, Observatori Contra la Corrupció y Fundación por la Justicia, que trabajan en la actualidad contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana.



1. ¿Fue su elección una demostración de que la ética pública es realmente hoy un interés prioritario de los partidos políticos como reacción frente a la generalización de las prácticas corruptas que caracterizaron los años del boom inmobiliario?

Más que mi elección como director de la Agencia, que no es más que una consecuencia, **lo determinante fue la decisión en 2016 del parlamento valenciano, Les Corts, de aprobar una ley de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción en la Comunitat Valenciana que además creaba la Agencia como autoridad responsable de cumplir y hacer cumplir la ley. Esta decisión, muy bien explicada y motivada en el preámbulo de la misma ley, es la mejor evidencia de que la mayoría de partidos políticos valencianos con representación parlamentaria reaccionaron ante el hartazgo de tantos casos de degradación ética y de corrupción que había vivido la Comunitat Valenciana durante muchos años.** Solo el PP votó en contra de la ley cuando, en mi opinión, apoyarla le hubiese permitido tomar distancias de una época ignominiosa; así, ha caído en una contradicción difícil de explicar pues tanto la Junta de Andalucía como la Junta de Castilla y León, ambas presididas por este partido, han iniciado el procedimiento parlamentario para aprobar sus leyes autonómicas de lucha contra la corrupción y de creación de sus propias agencias tomando como modelo y referencia la ley valenciana. En Europa y muchos otros países del mundo las agencias y oficinas antifraude existen desde hace décadas por aplicación de las recomendaciones de la OCDE, de la Convención Internacional de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 o por tratados anteriores. La OLAF, que es la oficina anticorrupción para toda la Unión Europea, se creó en 1999.

En cuanto a la segunda parte de la pregunta, **sobre la relación entre corrupción y boom inmobiliario, no hay duda de que el urbanismo y la especulación inmobiliaria en la Comunitat Valenciana dieron lugar a una época negra para la integridad institucional y también para la armonía y el equilibrio territorial y ambiental.** Estos días ha empezado el juicio por el asesinato, hace 13 años, de un alcalde, el de Polop (Alicante), causado, según el Ministerio Fiscal y la UCO, por intereses relacionados con el control del urbanismo en aquel municipio. De hecho, antes de la gran crisis, los ayuntamientos fueron presa de grandes movimientos especulativos que unidos al desorden financiero de cajas y bancos reclasificaron millones de metros cuadrados sin otro criterio que la pura y rápida ganancia provocando la gran burbuja cuyo estallido todavía sigue sufriendo la economía española y en particular la valenciana cuyo sistema financiero se hundió irremisiblemente. Aún hoy, más de diez años después del estallido, se sigue sin digerir aquellos excesos del pasado. **No obstante, en la actualidad, la corrupción urbanística y según datos que maneja la Agencia, no es la más relevante de las corrupciones. Hay otros ámbitos diferentes del urbanismo donde las malas prácticas y la corrupción son más serias. Me refiero a la contratación pública, a las concesiones de servicios, a las subvenciones, a la gestión de fondos y activos públicos, o a los procesos de selección del personal, por citar los ámbitos sobre los que la Agencia viene actuando y ya cuenta con datos estadísticos.**

Y por terminar la respuesta a su pregunta, respecto de mi elección por el parlamento valenciano como director de la Agencia, deseo destacar que es el reflejo de una prerrogativa inaudita de **la propia ley que considera necesaria la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción otorgando capacidad legal e iniciativa a las organizaciones sociales que luchan por la integridad pública y contra la corrupción para proponer, al mismo nivel que los grupos parlamentarios, candidaturas a la dirección de la Agencia.** Mi candidatura formó parte de una terna que presentaron entidades sociales como Fundación por la Justicia, Acción Cívica contra la Corrupción y Observatori contra la Corrupció. Los candidatos comparecimos ante una comisión parlamentaria, expusimos nuestra visión, fuimos examinados y finalmente el pleno de Les Corts eligió a la persona que consideró más idónea. Un procedimiento que considero que podría trasladarse a muchos otros nombramientos.

En cuanto a los partidos políticos estoy seguro de que, como tales, tienen interés en que no exista corrupción pero el problema reside en que la corrupción es un riesgo que subyace en todos los ámbitos del ejercicio del poder y de la gestión de los asuntos públicos. **En mi opinión, la corrupción no tiene color político, es un fenómeno relacionado con la ausencia de ética personal y profesional que aprovecha la carencia de buenos controles internos y externos para infiltrarse con una enorme capacidad de contagio sobre lo que toca, se trate de partidos, organizaciones sociales o empresas. El gran problema es su impacto sobre lo público, sobre la calidad de la gobernanza, sobre la economía, sobre el funcionamiento eficiente de los servicios y sobre el bienestar de la ciudadanía.** Los corruptos tienden a infiltrarse en cualquier organización desde la que puedan obtener ventajas y beneficios para sus intereses particulares y lo que es peor, a implantar un sistema de conductas que se retroalimentan.

2. ¿Cree que los partidos políticos han sabido trasladar a la ciudadanía su interés por combatir la corrupción y el fraude?

No, si atendemos a las encuestas periódicas del CIS sobre los problemas que más preocupan a los españoles. En los primeros puestos de las encuestas nos encontramos desde hace muchos años la preocupación por la corrupción. La estrategia de ignorar su existencia o de denunciarla solo cuando afecta a los oponentes, ha sido una de las causas que han minado la confianza de la ciudadanía en los políticos. En realidad, no lucha contra la corrupción quien solo critica la corrupción de los otros. No es ninguna sorpresa que en las últimas encuestas del CIS los tres primeros puestos en la preocupación de los españoles los ocupen el desempleo, los políticos y la corrupción, por ese orden.

La ausencia de una estrategia nacional contra la corrupción impulsada por el Estado, la falta de medios en la Justicia, la fijación intencionada de plazos reducidos en la instrucción de procedimientos, la prescripción prematura que deja impunes delitos muy graves, los indultos, la ausencia de consecuencias, la falta de protección y reconocimiento a las personas que denuncian o alertan contra la corrupción… son ejemplos de que algo no funciona en la lucha contra la corrupción desde las instancias del Estado. Consecuencia de todo ello es que la ciudadanía interpreta que desde el poder político no hay interés real en poner medios contra la corrupción y que se prefiere que los controles sean débiles y sumisos.

Además es necesario destacar que a la ciudadanía se la convence con la ejemplaridad desde la política y estamos todavía muy lejos de que el comportamiento político, en términos generales, se convierta en un ejemplo donde la sociedad desee reflejarse. Todavía hacen falta muchos cambios de comportamiento para que se perciba que existe un interés real en luchar contra la corrupción.

Es un hecho constado que buena parte de la legislación o medidas antifraude se han venido aprobando a remolque de las exigencias de la Unión Europea y otras instancias internacionales y no por iniciativa ni convencimiento de nuestros propios poderes públicos. Llegado a este punto merece la pena resaltar que una cosa es aprobar normas y crear órganos y otra muy distinta dotarles de medios suficientes y estables que diseñen y desarrollen planes de prevención y lucha. La debilidad del Estado en la lucha contra la corrupción se constata periódicamente en los informes anuales de GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción) que reiteradamente informa que España es un estado rezagado e incumplidor de los planes y reformas necesarias para prevenir la corrupción.

3. ¿Cuál es la experiencia de estos años al frente de la Agencia?

La Agencia Valenciana Antifraude es una institución muy joven. Fui nombrado por el parlamento valenciano a mediados de 2017 pero en el momento de mi toma de posesión la Agencia no existía. No tenía ni un solo funcionario adscrito, no disponía de presupuesto ni de sede… Así es que los primeros meses los tuve que dedicar a proveer lo más básico para que la institución pudiese empezar a funcionar. Comencé solo, en un pequeño despacho de Les Corts, desde donde preparé el diseño e inicio de la actividad, el primer presupuesto de la Agencia y una relación provisional de puestos de trabajo que fueron aprobados por la Mesa del parlamento. El pequeño despacho provisional fue insuficiente con la llegada de los primeros funcionarios y se dotó al presupuesto de la Agencia de una partida para pagar un alquiler que permitió convocar el concurso público y conseguir una sede adecuada hasta que la Generalitat o el parlamento adscriban definitivamente un inmueble de titularidad pública.

De hecho, el primer ejercicio completo con unos medios materiales y humanos aceptables ha sido 2018, con un ámbito de actuación competencial enorme y, aunque somos una entidad en desarrollo, he de decir que **se ha realizado un trabajo ingente con los recursos disponibles. Vamos completando nuestra estructura y atendemos las cuestiones fundamentales como son la prevención y la lucha contra la corrupción así como la protección de las personas denunciantes -Whistleblowers - a partir de las denuncias que recibe la Agencia.**

Estamos convencidos de que la prevención pasa por una buena formación de los funcionarios, del personal del sector público y también de los cargos electos. La corrupción es un riesgo permanente: al no controlar las razones y mecanismos por los cuales una persona termina corrompiéndose, es necesario disponer una serie de barreras anticorrupción que empiezan por compromisos de naturaleza ética y de buenas prácticas, códigos de conducta que detecten e impidan situaciones como los conflictos de interés que son la antesala de la corrupción, combinando la transparencia con los controles internos y externos, eficientes y comprometidos. Por otro lado, la dimensión de la actividad de la Agencia, es decir, lucha directa contra la corrupción ha consistido en investigar las denuncias que nos llegan a través del buzón electrónico puesto a disposición de la ciudadanía sin abandonar las formas tradicionales de comunicación. Asimismo, la Agencia es la única autoridad en España con potestad para proteger a los alertadores y denunciantes de corrupción.

En 2018 la Agencia se incorporó como miembro de pleno derecho a la EPAC/EACN, la red europea de agencias anticorrupción, que estructura a las entidades públicas de ámbito estatal o regional de una treintena de Estados con el objetivo común de luchar y prevenir la corrupción. Contar con la experiencia de las agencias europeas a través de sus grupos de trabajo nos es muy útil y a la vez ayudamos a que se vaya modificando la percepción exterior de que España es un país donde no se ponen medios para la lucha contra la corrupción.

4. ¿Con qué recursos cuenta la Agencia para llevar a cabo las tareas que tiene encomendadas?

La Agencia dispone de su propio presupuesto, constituido por una partida independiente del presupuesto de las Corts Valencianes. En 2019 el presupuesto ha sido de 3,5 millones de euros y el presupuesto aprobado por Les Corts para 2020 sube a 4,3 millones. Hasta el momento hemos evaluado las necesidades de funcionamiento para el cumplimiento de los objetivos y se nos ha dotado de los recursos económicos que se han considerado necesarios para poder hacer frente a las mismas.

Sin recursos financieros suficientes es imposible realizar un trabajo eficaz frente a la corrupción. Precisamente, en el caso de la Agencia, los recursos asignados nos están permitiendo construir la plantilla de personal profesional imprescindible y proveernos de los medios materiales y técnicos más modernos. Estamos construyendo una Agencia con dotación de personal altamente cualificado y con recursos para poder dar un buen servicio público.

Con el poco tiempo de funcionamiento de la Agencia ya podemos hablar de un retorno para la sociedad de los costes de funcionamiento de la Agencia: se han recuperado subvenciones indebidamente justificadas, se han denunciado ante fiscalía o el Tribunal de Cuentas casos que permitirán recuperar muchos miles de euros; se han paralizado procedimientos de selección de personal por sospechas fundadas de amiguismo, etc. **Con el tiempo se visualizará que el coste de funcionamiento de la Agencia es una inversión de alta rentabilidad económica y también social pues la hipoteca reputacional que ha soportado la Comunitat Valenciana por tantísimos casos de corrupción del pasado se va reduciendo ostensiblemente**.

5. ¿Son suficientes dichos recursos?

Sí, hasta ahora sí. La Agencia se ha ido construyendo paso a paso, según las necesidades de cada etapa. Desde lo básico a lo complejo. La implementación de la estructura ha sido más lenta de lo deseado. No es fácil construir desde cero una institución de la naturaleza de la Agencia. Ha habido que encontrar los mejores perfiles profesionales dentro de las administraciones públicas y conseguir que estas los cedieran cosa que no siempre ha sido posible por desgracia. **El factor humano es determinante en el éxito de cualquier proyecto y especialmente en proyectos como la Agencia que nacen para ir a contracorriente de una cultura generalizada donde la ética, el principio de legalidad y la eficiencia en las administraciones públicas no han estado atendidos como su vital importancia requiere**.

6. Uno de los elementos imprescindibles de lucha contra la corrupción es sin duda el análisis de riesgo de corrupción a partir de las distintas actividades que desarrollan las administraciones, fundamentalmente en la contratación y el urbanismo.

¿Qué labor ha desarrollado la Agencia en lo que se refiere al análisis de riesgos y la evaluación de la eficacia de los instrumentos jurídicos y de las medidas existentes en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción?

Los análisis de riesgo de corrupción son técnicas ya implementadas en muchos países de Europa y **sirven para diagnosticar si una estructura pública se encuentra preparada para impedir conductas corruptas y detectar sus puntos débiles susceptibles de ser aprovechados por los corruptos. Es una estrategia que debería ser obligatorio desarrollar en todas las administraciones públicas y especialmente en sus sectores empresariales, fundacionales e institucionales.** La Agencia trabaja en esa línea y la Generalitat Valenciana aprobó en 2018 la ley que contempla la realización de dichos estudios de riesgo además de habilitar un sistema informático de alertas tempranas que permitirá detectar situaciones de riesgo antes de que éste se materialice. Todavía queda bastante por hacer y nos quedan los municipios, las diputaciones y su importante sector público local e institucional vinculado. También las universidades y las propias corporaciones de derecho público, los sindicatos y los partidos. Todos deberían realizar sus estudios de riesgo, analizar, definir e implementar las medidas que del diagnóstico se deduzcan.

7. ¿Los programas de Compliance penal que ahora se implantan en muchas empresas siguiendo modelos de gestión y medidas de control ya ensayadas desde hace años en otros países de nuestro entorno y que han sido normalizadas en determinados modelos estandarizados, son trasladables a las administraciones públicas?

El "compliance" penal en las empresas privadas es un procedimiento que advierte a los órganos de gobierno de que las personas jurídicas también pueden ser sujetos de imputación penal y por lo tanto ser condenadas por infracciones de naturaleza criminal por las acciones de sus empleados y o sus directivos. Básicamente se trata de apelar al cumplimiento riguroso de las normas y asegurar que se ponen los medios y los sistemas de detección para que no se produzcan infracciones de la legalidad. **En el sector público empresarial, sorprendentemente y en contra de nuestro parecer, no se han llevado a cabo, hasta ahora, programas de "compliance" ni de estudios de riesgo. Esta es la realidad actual a pesar de que la Agencia ha venido advirtiendo de esta situación de huida de los sistemas administrativos de control como muy bien se puede leer en la Memoria de 2018 de la Agencia, Sección 7.6, sobre sistemas de integridad y controles de cumplimiento normativo.**

8. ¿Es labor de la Agencia instar a las administraciones públicas que están bajo su control a implantar modelos de gestión y medidas de control útiles para prevenir el fraude? ¿Qué instrumentos utiliza la Agencia con dicho objetivo?

La Agencia se crea precisamente para prevenir y erradicar el fraude y la corrupción de las instituciones públicas valencianas y para impulsar la integridad y la ética pública. Para ello **realiza una tarea muy importante como es fomentar una cultura de buenas prácticas y de rechazo del fraude en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas. En este sentido le corresponde evaluar, colaborando con los órganos existentes, la eficacia de los instrumentos jurídicos y las medidas existentes en materia de control, prevención y lucha contra el fraude y la corrupción a fin de maximizar los niveles de integridad, eficiencia y transparencia en temas como la contratación pública, los procedimientos de toma de decisiones, la prestación de servicios públicos y la gestión de recursos públicos, además de los procesos de acceso y provisión en el empleo público.** Trabajamos para que se creen marcos de integridad que garanticen valores y principios de justicia, legalidad, igualdad, la libre concurrencia competitiva en el caso de las empresas en la contratación pública o en el acceso a las subvenciones públicas; y también en que los méritos y capacidad sean los criterios que imperen en la selección de personal en un régimen de igualdad.

También se contempla en nuestra ley que la Agencia asesore y formule propuestas y recomendaciones a Les Corts, al gobierno de la Generalitat y a las entidades incluidas en nuestro ámbito de actuación, así como la emisión de dictámenes no vinculantes a requerimiento de las comisiones parlamentarias de investigación en caso de haber indicios de uso o destino irregular de fondos públicos o uso ilegítimo de la condición pública de un cargo.

9. ¿Cómo evalúa la Agencia la eficacia de los instrumentos jurídicos y medidas implantadas por las administraciones públicas bajo su control en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción?

Mediante el análisis de si se han implantado o no dichos instrumentos, en el seguimiento de sus resultados y en el aprovechamiento de los casos positivos para que puedan extenderse a todos los ámbitos de lo público. **En las diferentes administraciones públicas, aunque no en todas, se están realizando precisamente acciones conducentes a establecer o mejorar los controles, como por ejemplo con la utilización de herramientas de carácter tecnológico que asisten a la detección de infracciones.** La reciente ley de Contratos del Sector Público promulga por primera vez en la historia de la legalidad contractual la obligación explícita de luchar contra la corrupción y de erradicar riesgos como el conflicto de interés. **Asimismo, la Agencia cuenta con una fuente de información telemática que es el buzón de denuncias donde de forma nominal o anónima nos llega información sobre procedimientos administrativos o actuaciones que pudieran conculcar las normas, desde contratación hasta urbanismo, pasando por subvenciones, gestión de activos patrimoniales, de fondos públicos, selección de personal, etc.**

10. Otra labor importante es la concienciación, y formación en materia de ética pública.

Una de las áreas operativas de la Agencia aborda la formación en valores. Un servidor público bien formado y éticamente motivado es más difícil de manipular y contaminar. **La formación en valores infunde capacidad de análisis y bagaje para hacer frente a los riesgos de fraude y corrupción.** No olvidemos que la corrupción política, que es la que más daño ha venido haciendo y cuyas cuantías descomunales tanto han empobrecido a la sociedad española, no podría existir sin la colaboración activa o pasiva del estamento funcionarial. **Nuestra misión como Agencia es armar éticamente al funcionariado con formación y competencias para hacer frente a las situaciones de riesgo convirtiéndose en garantes de la legalidad y muro contra la corrupción. Reforzar la conciencia de servicio público y construir la visión institucional de que la administración siempre debe servir con objetividad, eficacia y eficiencia al interés general, como muy bien ordena el art. 103 de la CE, tantas veces olvidado.**

En este sentido, la Agencia realiza cursos y jornadas, participa en foros de reflexión y debate llevando a cabo acciones que ayuden a realizar diagnósticos de riesgos y planes de prevención en los diversos ámbitos comprendidos en sus competencias.

11. ¿Qué labor de formación a los funcionarios públicos en materia de ética pública, integridad y respeto a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho, realiza la Agencia?

Tal y como he explicado en la respuesta anterior **la Agencia está realizando cursos en colaboración con la institución responsable de la formación de los funcionarios de la administración valenciana, el IVAP-** Instituto Valenciano de Administración Pública dirigidos a los empleados públicos. Ya vamos por la segunda edición dedicada a la Contratación Pública e integridad. La buena respuesta la estamos comprobando pues las plazas en estos cursos se agotan a los pocos días de convocarse. El balance es muy positivo y por ello continuamos en esa línea. **También se han llevado a cabo sesiones de trabajo dirigidas a cargos electos y hemos comprobado también el interés que despiertan nuestras actividades en el ámbito universitario estudiantil** donde nuestras acciones pretenden formar a los futuros profesionales atendiendo a que muchos de ellos elegirán en un futuro nada lejano ser profesionales del servicio público.

12. Se ha demostrado, que en las empresas privadas, los canales de denuncia son el instrumento más eficaz de detección del fraude. ¿Ocurre lo mismo en la administración?

En la empresa privada todo está mucho más claro. El empresario sabe que el fraude o la corrupción interna le puede arruinar o poner en serios aprietos. Han sido los avanzados en establecer estrategias contra el fraude interno o la corrupción entre particulares. **En las administraciones públicas todo es más difuso, el compromiso en la defensa del interés general se construye más sobre un convencimiento que sobre un interés material directo o crematístico a diferencia de lo que rige en la empresa privada.** Además, por la disparidad de agentes y procedimientos que intervienen en los procesos del sector público unido a unos controles débiles o con escasos medios, en muchas ocasiones, quien tiene intención de defraudar, lo tiene más fácil. **La Transparencia es uno de los medios de luchar contra el ocultismo y donde no llega la transparencia debemos infundir el deber de denunciar cuando se presencian ilegalidades o conductas**

corruptas.

13. ¿Tiene establecida la agencia uno o varios instrumentos a través de los cuales todos los funcionarios y personas que entran en contacto con la administración puedan denunciar cualquier comportamiento irregular, o corrupto?

A la Agencia puede dirigirse cualquier persona, bien por los medios tradicionales: correo postal, email, de forma presencial, o bien a través de su portal virtual representado por el Buzón de denuncias accesible desde la web de la Agencia. Se trata de un canal seguro y confidencial de participación en la lucha contra la corrupción al que de forma electrónica se puede acceder desde casa o cualquier lugar. Tiene garantizada la confidencialidad siempre y permite alertar o denunciar de forma anónima sin que ello impida mantener un contacto continuado y bidireccional con la Agencia a través de un sistema de encriptado y códigos algorítmicos. Cualquier persona, colectivo o entidad, tiene todas las facilidades para formular denuncias relacionadas con el fraude y la corrupción y aportar cuanta documentación considere que puede ayudar a esclarecer los hechos denunciados.

14. ¿Cuál es la experiencia de estos instrumentos?

La puesta en marcha del Buzón de denuncias ha facilitado la participación ciudadana y ha supuesto que más de la mitad de las que entran en la Agencia lleguen por esta vía. Las actuaciones de la Agencia están sujetas al deber de sigilo, reserva y confidencialidad y así las denuncias de carácter anónimo son tratadas con doble sigilo a fin de evitar denuncias falsas. La Agencia trabaja desde la perspectiva de la protección de los derechos de los denunciantes pero sin perder de vista que al denunciado también le asiste el derecho a la presunción de inocencia.

Las denuncias, lleguen en el modo en el que lleguen a la Agencia, pasan por un procedimiento de análisis de verosimilitud y solo si éste análisis se supera se pasa a la fase de investigación, de lo contrario, se archivan sin más.

15. ¿Cuántas denuncias recibe la Agencia al año?

Durante el año 2017, cuando todavía no contábamos con infraestructura para funcionar ya se abrieron 33 expedientes por denuncias. **En 2018 fueron 181 los expedientes que se abrieron y en 2019 han sido 169.**

16. ¿Cuáles han sido los resultados de las investigaciones realizadas por la Agencia a partir de las denuncias recibidas? ¿Qué porcentaje de denuncias termina en una investigación y la demostración de una conducta corrupta o contraria a los principios de objetividad, integridad y eficacia que deben presidir la conducta de las administraciones públicas?

Tan altas cifras de denuncias presentadas, sobre todo cuando aún no habían medios para investigarlas, nos ha conducido a que muchos expedientes se encuentren o en fase de análisis o de investigación. Son resultados que detallaremos en la Memoria del ejercicio 2019 que ya estamos elaborando y que se presentará a Les Corts antes de finalizar este primer trimestre. **Como avance le puedo indicar que 21 expedientes de investigación han sido remitidos a la fiscalía tras deducirse que los hechos investigados podían constituir ilícitos penales y uno al Tribunal de Cuentas por un presunto quebranto al erario público de 1,2 millones de Euros. Doce denuncias se han archivado por constatarse en las conductas investigadas ausencia de fraude o corrupción. Otras nueve denuncias ha sido inadmitidas por estar judicializado el asunto, por falta de fundamento o por falta de competencia de la Agencia, remitiéndose en este último caso a las instancias competentes. Dos denuncias han sido resueltas con recomendaciones a las administraciones correspondientes y una se ha resuelto con advertencia de nulidad de un procedimiento.** Hay que destacar que entre las denuncias remitidas a Fiscalía, una está dirigida a la Fiscalía Anticorrupción del Estado por tratarse de un presunto fraude de subvenciones extendido a otros territorios además de la Comunidad Valenciana. La mayor parte de las denuncias en 2018 y 2019 afectaron al ámbito de la contratación pública, la gestión de personal, las subvenciones y el urbanismo. El ámbito institucional que mayor número de denuncias acumula es el de la administración local.

17. ¿Con qué medios o instrumentos de investigación cuenta la Agencia?

El personal de la agencia es el principal activo en cuanto a medios. Se trata de funcionarias y funcionarios de carrera, experimentados en sus diversos campos. Asimismo, la Agencia también se viene dotando de medios tecnológicos y sistemas de investigación que iremos incrementando junto a la colaboración con otros órganos de control y fiscalización para el intercambio de información.

18. ¿Son esos instrumentos que acaba de enumerar, suficientes?

No, todavía no contamos con todos los medios necesarios pero se va resolviendo y el presupuesto para el 2020 recoge prácticamente esas necesidades.

19. ¿Con qué otros instrumentos les gustaría contar?

Con el acceso a otras fuentes de información y documentación como los de la Agencia Tributaria. Pero poco a poco y mediante acuerdos de colaboración se irá consiguiendo.

20. ¿En la labor de investigación que realiza la agencia puede requerir ayuda de instituciones, funcionarios, empresas o particulares?

Si, así está previsto en nuestra ley de creación. La colaboración interadministrativa e institucional es fundamental en la lucha contra el fraude y la corrupción. La ley de la Agencia ordena a los funcionarios denunciar a la Agencia cualquier ilegalidad de la que conozcan y a las administraciones entregar toda la documentación e información que se les reclame. Las empresas contratistas y subcontratistas de las administraciones públicas así como los beneficiarios de subvenciones públicas también deben colaborar con la Agencia en el esclarecimiento de hechos que relacionados con el mal uso de recursos públicos. Son obligaciones de carácter imperativo y su incumplimiento está sujeto a responsabilidad. La Agencia cuenta con potestad sancionadora para quienes las incumplen, potestad que puede llegar a la imposición de sanciones de hasta 400.000€.

Además, la Agencia ha establecido un sistema estable de colaboración ciudadana creando el Consejo de Participación, el cual se constituyó el pasado cuatro de octubre, órgano de asesoramiento y consulta como cauce para la participación de la sociedad civil y de personas expertas, dentro del ámbito de la prevención y lucha contra el fraude y la corrupción, la transparencia en la actividad pública y la calidad democrática. El Consejo está formado por personas, entidades y asociaciones cívicas que se han destacado especialmente por su lucha contra el fraude y la corrupción. Quiero agradecer la colaboración desinteresada y no remunerada de todos ellos y el apoyo que dan a la Agencia. Su existencia permite impulsar la vinculación de la Agencia con la sociedad civil y la ciudadanía facilitando su comunicación y relación y ayudando a crear un clima de rechazo de este organismo nocivo que es la corrupción.

21. ¿Ha tenido la Agencia que adoptar medidas de protección a personas denunciantes?

La Agencia Valenciana Antifraude es la primera institución de España que ha puesto en marcha un programa efectivo de protección de personas denunciantes. Nuestra ley, adelantándose años a la Directiva UE 2019/1937 de protección de los Whistleblower, ha creado el Estatuto de la persona denunciante de corrupción desarrollado en el Reglamento de funcionamiento de la Agencia. La institución que legalmente es responsable de asesorar, acompañar y proteger a las personas denunciantes y alertadoras de corrupción en el ámbito geográfico de la Comunitat Valenciana es la Agencia. Desde nuestra entrada en funcionamiento se ha protegido a 19 personas, la mayoría empleados públicos. Nuestra ley también va más allá que la propia Directiva Europea en cuanto que el estatuto de protección puede alcanzar no solo a personas físicas sino también a personas jurídicas.

22. ¿Cómo actúa la Agencia cuando recibe una denuncia en esa labor de protección del denunciante?

La Agencia presta especial atención a los denunciantes y sin necesidad de declaración o reconocimiento previo del estatuto previsto en nuestra ley. **Las personas que denuncian de buena fe, reciben inmediatamente asesoría legal por los hechos relacionados con la denuncia a la vez que tienen garantizada la confidencialidad sobre su identidad.**

La Agencia defiende con afán el papel importantísimo de la participación ciudadana y del funcionariado en la detección de actos de corrupción y de su denuncia como forma de defensa de la legalidad. Beneficia el interés general y al bien común. Es muy injusto que unas conductas ejemplares que tanto beneficio aportan a la sociedad puedan suponer en la mayoría de los casos para sus protagonistas, alertadores y denunciantes, perjuicios profesionales, represalias y perturbaciones graves para su propia vida y estabilidad. La Agencia debe impedirlo y por ello cuenta con

potestad sancionadora

23. ¿Cómo comunica la Agencia el trabajo que desempeña y los resultados del mismo?

La Agencia elabora y publica en su web anualmente la Memoria en la que se recogen los detalles de su actividad. Además, la Agencia rinde cuentas ante el Parlamento valenciano mediante la comparecencia de su director al menos una vez al año y cuantas veces sea llamado.

Asimismo, la dirección de la Agencia también rinde cuentas ante la ciudadanía a través del Consejo de Participación, un órgano plural creado por el reglamento de la Agencia siguiendo el mandato legal de crear cauces de comunicación y relación con la sociedad civil. En él están representadas las organizaciones sociales que desde hace muchos años vienen trabajando por la ética pública, la transparencia y la lucha contra la corrupción.

Muchísimas gracias don Joan por compartir la experiencia de la Agencia con nosotros, ha sido un privilegio conocer de primera mano cómo el Compliance y la cultura ética se están implantando con rigor por parte de la Generalitat Valenciana. Tenemos la impresión de que a toda la ciudadanía, menos a quienes han escogido el atajo de la corrupción, interesa tener unas administraciones comprometidas con la ética pública y la probidad, y que conseguirlo es tarea de todos. La Normativa que regula la Agencia para la prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana es una de las más rigurosas y avanzadas de nuestro país y debe de ser un ejemplo para que todas las demás vayan avanzado en este objetivo común.

AEAEC

LA GESTIÓN DE INCIDENTES OPERACIONALES.

CLAVES PARA DESARROLLAR UN PROCEDIMIENTO DE BRECHAS DE SEGURIDAD

Jorge García Mallo

Compliance Officer &
DPO de la compañía EOS Spain

Las empresas y organizaciones se ven sometidas a innumerables riesgos que conllevan todo un ciclo de gestión apropiado. Su identificación, análisis, adopción de medidas mitigadoras y saber encarar en caso de que finalmente se produzcan. Decir esto es una obviedad en un entorno de control de riesgos regulatorios y no regulatorios.

Otra obviedad es concluir que en la actualidad nos encontramos en un entorno corporativo en el que paulatinamente los activos más valiosos y rentables han pasado de tener un carácter tangible a intangible.

Además de la diferencia de su naturaleza, estos activos conllevan complejidades a la hora de la gestión interna, puesto presentan mayores dificultades de gestión preventiva al resultar más complejo realizar planes preventivos fiables y proporcionados para los mismos. Esto es, la base del análisis previo a su gestión es meramente estimatoria de los posibles efectos y daños susceptibles de sufrirse.

Idéntica situación nos encontramos con los planes restauradores. A través de estas líneas intentaré dar algunos rasgos esenciales para poder llevarlos a cabo de manera efectiva intentando que cumplan con el fin que se plantean las empresas a la hora de ponerlos en marcha.

Dentro de los intangibles comentados hablaremos de la información y, más en concreto, de los datos personales que por su naturaleza requieren medidas preventivas y reactivas específicas, las cuáles vienen determinadas por regulaciones comunitarias como el RGPD; estándares internacionales de calidad como las ISO 27001/27002 de Seguridad de la Información o la reciente 27701 de gestión de la información de privacidad; y las nacionales como la vigente LOPDGDD. Cuando hablamos de datos personales y de brechas de seguridad es fácil que nos vengan a la cabeza situaciones y riesgos que puede y realmente sufren las empresas más o menos rebuscados y con una casuística compleja.

Ataques a los sitios web con el fin de desviar los navegadores hacia páginas maliciosas, acciones con el fin de dañar los sistemas de gestión de contenidos (CMS); ataques malware, programa malicioso utilizado para infiltrarse en dispositivos y dañarlos como los troyanos o los botnets; ataques por inyección de códigos dañinos a servidores o aplicaciones; el phising; o las denegaciones de servicio (DDos) son los ejemplos más típicos. No obviando su amenaza constante y real, es cierto que existen otro tipo de incidentes y negligencias de origen interno y externo que pueden derivar en una brecha de seguridad.

Para aclarar el campo de actuación en el que nos movemos, partamos de una serie de premisas que ayudarán a definir el alcance de la cuestión y las dificultades que implica antes de meternos en cómo gestionarlo:

• Concepto de brecha: como comentaba, lo primero que se nos puede venir a la cabeza (profesionales de la disciplina, incluidos) son casos como los comentados anteriormente. Cierto es que son 5 de los ejemplos más típicos y a los que cada vez pequeñas y grandes empresas se ven impactados. Casos recientes como los sufridos por La Ser, compañías como Everis, o la aplicación Wallapop lo corroboran. Pero la regulación establece que puede ser considerada como tal una simple indisposición sufrida que sea susceptible de afectar a los derechos y libertados de los interesados. Por tanto, hasta problemas de seguridad físicos como un incendio o una mera caída del sistema utilizado puede llevarnos a activar nuestra gestión de las brechas.

• El sistema de gestión de brechas de seguridad es la herramienta aplicada para dar respuesta al principio de Privacidad por defecto, como un eje más de la gestión de seguridad, cuyo ciclo se inicia en el diseño del bien o servicio con el fin de cubrir toda la gestión de los datos personales desde su recogida hasta su devolución o eliminación de los sistemas y bases de datos de la organización.

• Plazo temporal: el marco temporal de respuesta en estos eventos en caso de que resultase preceptiva la notificación a la autoridad de control y a los interesados, según los casos, exige una respuesta rápida y coordinada desde el momento en que se detectan los primeros efectos, por lo que contar con un procedimiento claro y bien definido resulta vital. Esto lo desarrollaré más adelante detallando los aspectos a considerar.

• Tener en cuenta procedimientos internos que se encuentren en vigor y que pueden verse afectados en el momento en que se activa el plan de contingencia de una brecha, como puede ser el caso de las comunicaciones internas o externas a proveedores, clientes, consumidores, usuarios, gestión de operaciones, etc.

Temoloraero et dolore venectas volor acium utem qui consequ odionse ctatio excerna menihil modis enim et aut optae et faccum esci occus sum ut ut volecto eate eum dolore nim quam.

• Tener presente la relación de cargos y profesionales de la organización que deberán estar implicados cuando el procedimiento se active. No pensemos que por contar con un Delegado de Protección de Datos (DPD/DPO) hace que el resto de la organización deba plantear una actitud receptiva. Todo lo contrario, resultará esencial que determinados grupos de interés internos y, en algunos casos, externos se involucren desde el primer momento para restaurar la situación y que todo vuelva a la normalidad.

• Mantenerse al tanto de las guías, informes, resoluciones y opiniones publicadas por los reguladores en materia de protección de datos que nos conciernen. En el caso español, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha aydado a dar claridad en este sentido con la publicación de una Guía específica conpautas elementales sobre cómo afrontar brechas de seguridad sufridas en la que aporta, entre otros detalles interesantes, cómo debemos analizar y calificar los incidentes en los que nos veamos implicados, forma de graduarlos y cuándo deben ser notificados en base a las calificaciones planteadas como marcos de referencia.

En el caso de las multinacionales y organizaciones con intereses en otros Estados y territorios deberán tener en cuenta al resto de autoridades de control que les puedan afectar. Pongámonos en casos tan frecuentes como en aquellos en los que la captación de datos se realiza en un determinado mercado, pero los servicios de alojamiento se encuentran en otro. En este tipo de situaciones habrá que asegurarse si este mismo incidente es susceptible de ser notificado bajo consideraciones diferentes bajo los criterios de cada uno de estos reguladores (ICO en Reino Unido, CNIL en Francia, CNPD en Portugal, BfDI en Alemania, etc.). Sin duda, al menos ayuda el observar que no solo las jurisdicciones comunitarias están alineadas en este sentido, dado que muchas de las regulaciones que se están publicando en los últimos años mantienen unos estándares muy similares al RGPD. Ello es observable es leyes de las más diversas jurisdicciones en las que se requieren metodologías específicas para el tratamiento de incidentes de este tipo (Singapore's Cybersecurity Bill de 2018, Privacy Amendment Act de 2017, Data Privacy Act de 2012 en Filipinas, etc.).

• En el momento del diseño e implantación del procedimiento, tener presente la flexibilidad que precisa teniendo en cuenta las diferentes casuísticas a la que puede ser aplicado. Ello conllevará que el papel que desempeñarán los integrantes de la empresa o los responsables de área puede ser de diferente tipo. Así, no ejercerá el mismo rol un responsable de Recursos

Humanos en el caso que el incidente tenga como raíz su propio departamento porque su información se ha visto afectada y ha detectado que los sistemas fallan, o ha sufrido una filtración de datos a terceros no autorizados, o si los sistemas han sido vulnerados, situaciones en las que va a jugar un papel fundamental en las labores previas de investigación, con respecto a casos que no le afecten directamente pero que tendrá que tendrá un papel de corte mitigador en el momento que se desarrollen medidas correctoras como la comunicación a empleados o terceros que presten servicios en la empresa sobre la posible o efectiva vulneración de sus derechos ante un supuesto en que su información personal se haya visto comprometida o afectada.

Por tanto, este tipo de factores se tendrán en consideración a la hora de diseñar el propio procedimiento y plantearlo de una manera que sea aplicable y sea coherente con el perfil y las circunstancias que rodean a la organización, así como a los diferentes eventos que podrá afrontar. Esa redacción del procedimiento requiere de otra cuestión esencial: dar publicidad del procedimiento, que previamente deberá ser validado por los comités u órganos internos pertinentes o el máximo responsable de la empresa. Resulta improductivo un procedimiento que se pretenda aplicar si los departamentos y personal no conocen su existencia, contenido, razón de ser, qué se puede esperar de ellos y, lo más importante, qué deben hacer en el caso que detecten algún tipo de error, fallo o anomalía de cualquier tipo.

Hilando con uno de los factores que previamente comentábamos sobre la necesidad de adaptarlo a la realidad interna de la empresa y otros procedimientos operativos validados, resultará completamente infructuoso si previa a su ejecución no se han acometido acciones informativas y formativas en materia de protección de datos en la empresa para que toda la plantilla tenga un conocimiento básico y adecuado con el fin de generar la conciencia y compromiso necesario. De esta forma, nos aseguraremos de cómo se debe operar de manera adecuada y comunicar los casos que surjan.

Con respecto a la operativa, la primera cuestión que debe resolver un procedimiento eficaz de brechas de seguridad es determinar la manera en que se valorará un incidente y poder determinar la necesidad o no de ser calificado de brecha y susceptible de ser notificado a la autoridad de control, la AEPD, y a los interesados. En el momento en que se detecta un incidente debe ser conocido por el DPD/DPO, Compliance Officer o Responsable que gestiona la protección de datos de la organización con el fin de que valore la veracidad y tenga una información inicial que permita conocer la entidad del asunto y si es lo suficientemente considerable seguir indagando.

Una de las cuestiones a las que menos se le suele prestar la precisa atención es el determinar de manera clara el canal de interlocución que se debe usar. Así, todos los miembros deben conocer al interlocutor y su canal de recepción para que puedan ser informados con la mayor celeridad del evento surgido. De esa forma, nos aseguraremos que se conoce por las personas competentes la detección de una indisponibilidad de la información, de una filtración debido a una mala praxis o dolosa, o cualquier otra circunstancia que se produzca en un plazo de tiempo lo más corto posible con el fin de poder actuar dentro de los plazos requeridos.

En ese caso, se iniciarán las labores de investigación con las áreas implicadas para recopilar en el menor tiempo posible toda la información y poder valorar inicialmente el alcance del asunto con una base probatoria sólida. Para ello, el desarrollo de entrevistas, envío de cuestionarios diseñados para estos fines o reuniones departamentales o interdepartamentales son algunas opciones utilizadas en estos casos. El objetivo es tener una imagen clara de los hechos, de las alertas detectadas, el momento en que se detecta el evento, sintomatología de los sistemas en caso de que se vean afectados, tipo de información en riesgo o filtrada, categorías de datos implicados (identificativos, de contacto, financieros, etc.), volumen de datos, y cualquier otra información que pueda ser útil. El objetivo es tener la información básica como para poder determinar la gravedad del asunto y posibles medidas necesarias en caso de no haberse tomado medidas iniciales para mitigar o cerrar la brecha y que los daños no sigan agravándose.

Con esta primera información disponible se deberá decidir si el Comité de Crisis u órgano creado para la gestión y toma de decisiones de este tipo de situaciones, se debe convocar. En ese caso, se deberá reunir para poner en común la información recogida y tomar decisiones sobre las consecuencias, efectos, y medidas necesarias a desarrollar para poder restaurar la situación y poder afrontar los riesgos probables o existentes que se afrontarán, los cuáles pueden ser de carácter reputacional, operativo o financiero, entre otros. Es decir, se trata de alinear todas las acciones y comunicaciones a acometer en cada una de las áreas claves y por parte de las áreas implicadas. Todo ello con independencia de los protocolos que el Delegado de Protección de Datos deba realizar con la autoridad de control si fuese preceptivo.

Así, a nivel interno se deberá revisar el caso, los efectos que ha tenido y soluciones para el mismo. En este caso, lo aconsejable es apoyarse en otras unidades claves que ayudarán a hacer un análisis a nivel global, siendo habitual la consulta a áreas como la Jurídica, de Seguridad de la Información, Riesgos, Recursos Humanos o Dirección Financiera, dependiendo de la estructura organizativa en la que nos encontremos. Para poder realizar un análisis apropiado se deberán tener en cuenta factores como:

- Nivel de criticidad de los sistemas afectados, debiendo poder estimar el grado de afectación sobre la información y los sistemas, si es el caso.

- Categoría y sensibilidad de la información. No debemos otorgar la misma criticidad cuando se han visto afectados datos identificativos que cuando el objeto han sido datos financieros, de salud, menores o cualquier otro tipo de categoría que podamos considerar sensible o incluida dentro de la relación de categorías especiales de datos en las regulaciones vinculantes.

- Volumen y perfil de los afectados.

- Severidad de los efectos.

- Tipología de los sistemas afectados.

- Facilidad de identificación de los titulares de los datos.

El objetivo es trazar un plan de acción que finalice con la estabilización. En esta fase, se trata de determinar si la información se ha perdido o ha sido susceptible de perderse, si hay forma de reanudar el uso de sistemas y bases de datos afectados, o deberán ser objeto de restauración y monitorización para asegurar que su rendimiento vuelve a ser el adecuado en el menor tiempo posible, en caso de sufrir caídas.

Paralelamente, los especialistas en protección de datos y DPD/DPO que pueda haber nombrado la organización junto con su equipo deberá valorar la criticidad del incidente a nivel externo respecto a la susceptibilidad de notificación del evento. A nivel local, debemos poner el foco en 3 aspectos que la autoridad de control toma como referencia para poder calificar los incidentes y si requieren acciones de notificación:

1. Volumen de los datos afectados, según el número de registros afectados.

2. Tipología de los datos, haciendo la distinción únicamente entre los sensibles y no sensibles.

3. Impacto. Probablemente el aspecto que pueda resultar más controvertido de calificar dado que en determinadas situaciones resulta difícil discernir el factor subjetivo en su análisis, dado que puede ser susceptible de diversas interpretaciones respecto al impacto probable y real que ha tenido el incidente.

Por ello, resulta habitual que el DPD/DPO consulte la cuestión y busque el consenso con otros profesionales que pueda haber en la empresa con conocimientos en protección de datos. De esa forma, resultará más sencillo unificar el criterio y partiendo de la calificación final que se le dé al evento, se adopten las medidas necesarias.

De esa calificación nos debemos asegurar si finalmente resulta preceptiva la notificación a la AEPD y a los interesados. En ese caso, el siguiente paso será la planificación y diseño de la comunicación a la autoridad de control. Para ello, la AEPD ha puesto a disposición de las organizaciones en su sitio web un formulario para poder completarlo con la información relevante.

Este documento se acompañará de toda la información posible que hayamos podido reunir durante las fases anteriores. Siempre resulta aconsejable incluir un informe detallado de lo ocurrido especificando, además de la información considerada necesaria para estas cuestiones y que ya aparece reflejada en el cuestionario comentado, un detalle cronológico del suceso, efectos sufridos, acciones llevadas a cabo inicialmente y acciones de mejora acordadas con el fin de evitar reproducciones de casos similares. Además, permitirá dar a conocer la voluntad de cumplimiento de la organización y proporcionará una transparencia adecuada.

Este tipo de informes a acompañar siempre resultan de utilidad a nivel interno inclusive en los casos en que no sean susceptibles de notificación a la autoridad de control. Servirán como herramienta para recopilar todo lo acontecido y como base probatoria de la política de cumplimiento seguida. Además, servirá como elemento de control y monitorización, sirviendo como referencia en casos similares que pudiesen ocurrir.

Sin duda, serán utilizados como referencias en caso de que la gestión fuese adecuada. Por ello, siempre resulta aconsejable añadir por los especialistas en protección de datos diversas acciones de mejora detectadas en el transcurso de la gestión del incidente, buscando mitigar futuros riesgos y que estas situaciones sufridas puedan servir para prevenir otras futuras.

En el caso de las notificaciones a los interesados, resulta siempre de utilidad el contar con el apoyo de los departamentos que realicen en la empresa las comunicaciones externas de forma que podamos darle al contenido necesario el tono y carácter apropiado y en línea con las comunicaciones corporativas habituales.

Por tanto, podemos deducir la importancia de actuar de manera coordinada ante este tipo de eventos, siendo esencial la coordinación de los equipos implicados desde su detección hasta la clausura, buscando el aprender de lo ocurrido y retroalimentar a la organización para reducir los posibles incidentes futuros o afrontar en el futuro situaciones similares en las mejores condiciones. El objetivo no es solo mitigar los riesgos sufridos.

Además, se trata se salir reforzados y que sirva para madurar como organización.

COMPLIANCE ON DEMAND

Miguel Rull Cullen

Responsable de desarrollo de negocio en Defensa & Compliance

En un momento histórico en el que las relaciones laborales tienden a desestructurarse y cada vez más empresas optan por modelos mixtos de gestión, por una parte, con personal propio bajo el esquema de una relación laboral 'convencional', y por otra, e xternalizando, subcontratando o dotándose de otras relaciones profesionales bajo el régimen mercantil, nos preguntamos en este artículo si puede plantearse un modelo de responsable de cum-plimiento normativo externo a la empresa para la que desarrolle su actividad.

ANÁLISIS JURÍDICO

Si el derecho penal es la última ratio del sistema jurídico, quizá el mejor lugar para buscar una referencia al respecto de la naturaleza jurídica de la función de compliance officer sea el propio Código Penal, que en su artículo 31 bis establece como condición eximente de la responsabilidad penal de las empresas, entre otros, que

> *"la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autó-nomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica"*

Código Penal, art. 31 bis 2.2ª.

Parece que el legislador se refiere a un órgano interno de la empresa, pero aún no existe jurisprudencia al respecto, por lo que la cuestión merece varios matices:

1. Para empezar, no tiene por qué ser un órgano, o, dicho de otra manera, ese órgano puede ser unipersonal, como ocurre en muchas organizaciones en las que la función de cumplimiento en materia de riesgos penales y en cualesquiera otras relacionadas, recae sobre una sola persona.

2. El concepto órgano de la persona jurídica no disipa todas las dudas sobre si hablamos de un órgano necesariamente interno; podría ocurrir igual que muchos departamentos legales, que son encomendados por las empresas a despachos de abogados, pero terminan siendo internos a todos los efectos.

3. Más dudas sugiere la condición de poderes autónomos. Aquí el legislador peca de candidez, puesto que el compliace officer, aunque aparezca como un poder neutral, independiente y autónomo, raramente lo es. Al final, esa autonomía sólo es predicable del accionista: los administradores dependen de aquél, por lo que no gozan siquiera de plena autonomía en su toma de decisiones, y a partir de ahí, hacia abajo, todos son igualmente dependientes.

Debemos detenernos brevemente sobre esta última cuestión. Si de verdad se desea la total autonomía de poderes del órgano de control interno, quizá la fórmula más eficaz debe ser encomendar esa tarea a quien no esté sujeto a la jerarquía interna de la empresa, a quien no tiene relaciones de dependencia del Consejo, del Director General o de donde se dependa orgánicamente el responsable de cumplimiento, a quien no tiene compañeros dentro de la empresa cuya actividad deba vigilar. Cabe afirmar, siguiendo este argumento, que cuanto más externo más autónomo.

Adicionalmente, el Código Penal, en su artículo 31 bis 3, establece que la función de compliance puede ser asumida por el órgano de administración, para aquellas empresas medianas y pequeñas. Esta posibilidad, a la que pueden acogerse la mayor parte de las empresas españolas, supone que será el propio órgano de administración el que ejerza la función de control interno en materia penal.

Pero esta posibilidad sigue siendo poco realista, en la medida que difícilmente puede el administrador único, los administradores solidarios o mancomunados o el Consejo de Administración, acometer esa tarea de diseñar un modelo eficiente de control, implantarlo y vigilar su cumplimiento en la empresa. Habitualmente no tendrán la formación adecuada para tal tarea. Salvo casos excepcionales, es requisito indispensable el contar con ayuda externa para poder desempeñar las tareas propias relacionadas con el cumplimiento normativo de defensa penal, o en cualesquiera otras.

A falta de jurisprudencia sobre esta cuestión, una referencia muy significada es la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pero en la que tampoco encontramos una solución terminante. Por un lado, establece un argumento muy riguroso:

> **"ALL PROGRESS TAKES PLACE OUTSIDE THE COMFORT ZONE**

"El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. (…) Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas."

Pero, por otro lado, mitiga ese rigor con argumentos de corte más práctico y realista. El extracto que sigue resulta ciertamente muy revelador de la posición de la fiscalía al respecto:

"Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. (…) Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano (…)"

Se deduce con este último entrecomillado que la Fiscalía acepta órganos de control interno mixtos, internos y externos simultáneamente, con la concurrencia de responsables de la empresa y con la ayuda externa necesaria para lograr que ese órgano sea eficiente, tenga poder suficiente y mantenga autonomía.

Por último, ¿condenaría un juez o tribunal a una empresa si dispone de un órgano autónomo, eficiente, con poder suficiente, que haya demostrado un buen ejercicio de sus facultades, que haya diseñado un modelo de prevención eficaz… pero que no sea interno?

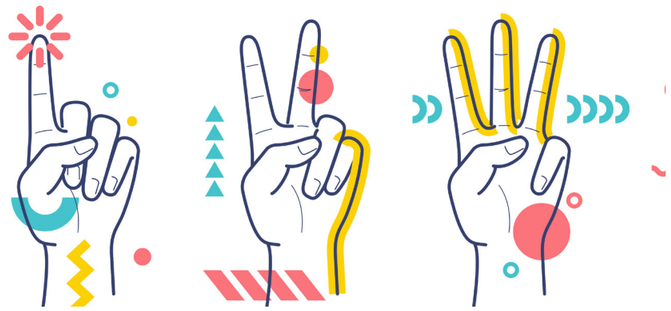
Todo lo anterior es aplicable a la función de cumplimiento normativo del ámbito penal, pero las razones esgrimidas son válidas, mutatis mutandis, a otras esferas del área de cumplimiento. Veamos ahora otras cuestiones más pragmáticas para elegir un modelo interno o externo de compliance officer o de un órgano de cumplimiento.

RAZONES DE ÍNDOLE PRÁCTICA

Las relaciones laborales se encaminan hacia un modelo menos estricto que el que marca la propia legislación laboral. En muchos ámbitos de la actividad de las empresas se recurre cada vez más a proveedores externos, subcontrataciones, colaboraciones esporádicas y trabajadores freelance, y no sólo en cuestiones tangenciales o no nucleares del negocio. Obviamente esta realidad no es homogénea en funciones, áreas, empresas y sectores, pero la tendencia es clara. Y las motivaciones detrás de ella son válidas también para una función teóricamente intrínseca a la propia realidad de la empresa como pareciera ser el cumplimiento normativo.

Además de lo anterior, hay que considerar la estructura del tejido empresarial español, en el que destacan, por número e importancia, las Pymes. El Círculo de Empresarios, en su informe ***"La empresa mediana española. Informe Anual 2018",*** el porcentaje de microempresas, pequeñas y medianas es del 72% y la plantilla media de trabajadores por empresa es de 4,5, lo que nos sitúa a estos efectos entre Francia e Italia.

Dejando de lado las grandes empresas, nos encontramos por tanto con una realidad en la que resulta de todo punto imposible cumplir con una serie de regulaciones cada vez más exigentes con los recursos humanos propios de las



empresas. La tentación en estos casos, la conocemos bien, es encomendarle la cuestión a uno de esos 4,5 empleados, para que acometa las tareas de cumplimiento en sus ratos libres, en el mejor de los casos con un curso previo para su (leve) aprendizaje.

Este panorama es abono para el fracaso. El cumplimiento normativo, en sus diferentes variantes, exige siempre para su correcto desempeño un conocimiento suficiente de cada ámbito de actuación y una dedicación a ello principal. Todo lo demás es poner parches y no abordar las obligaciones con la determinación que requiere el acierto.

Y por las razones esgrimidas arriba, tampoco es realista que el órgano de administración desempeñe la función de cumplimiento, sea en el ámbito penal o en cualquier otro.

Pero no nos olvidemos, son 4,5 empleados de una plantilla media en España, esta es la realidad a la que hay que dar respuesta. Y a la vista de los anteriores argumentos jurídicos, una posible solución pasa por lo que llamaremos un *"compliance on demand".*

QUÉ ES EL COMPLIANCE ON DEMAND

Nos referimos con este título a una función de cumplimiento normativo que se vincula con la empresa en régimen mercantil, no laboral, con la dedicación temporal que se exija en cada caso y en cada momento.

Esta tarea puede ser ejercida por un trabajador autónomo o, idealmente, por el integrante de un grupo de trabajo en el que poder apoyarse para mejorar la calidad de su trabajo.

Las ventajas de este modelo, principalmente para las Pymes, son notables:

- No se incrementa la plantilla, con lo que la relación con el profesional es mucho más flexible que en aquel caso.

- La empresa cuenta con un profesional especializado, que conoce bien su cometido y no necesita más formación previa para desempeñarlo.

- Los plazos de ejecución de cada fase de los diferentes modelos de cumplimiento se reducen notablemente.

- Puede aplicar desde el inicio las mejores prácticas y la mejor metodología de cada ámbito del cumplimiento normativo que acometa.

- El profesional puede compartir su tiempo entre varios proyectos, por lo que está en contacto con diferentes realidades empresariales y puede, por comparación, aportar mayor valor.

- Bajo este esquema, el profesional mantendrá su independencia y autonomía, sin sujeción a la disciplina y a la jerarquía que impone la empresa, ni estará tan condicionado como en otros casos por las amistades y enemistades que se generan en cualquier plantilla.

- Es económicamente muy eficiente: se cuenta con un especialista, sólo se paga por el trabajo desempeñado o por el tiempo semanal contratado, no existen costes ocultos ni existen indemnizaciones por despido, no hay costes relacionados con la disponibilidad de un puesto de trabajo físico en la oficina.

- Con una correcta planificación se puede adecuar el tiempo de dedicación al proyecto que asegure la mayor eficiencia.

- En caso de disconformidad con el trabajo realizado, una desvinculación del profesional al proyecto será siempre una alternativa menos compleja y menos traumática que un despido.

En todo caso, para salvar las posibles dudas que pudieran surgir al respecto de la viabilidad del modelo de compliance officer externo, una solución óptima pasa por contar con un órgano propio de la empresa, idealmente incluyendo a la administración de la empresa, la dirección general, el responsable legal, el director de recursos humanos y ese compliance officer externo, que será quien, a la postre, ejecute el trabajo, y reporte al mencionado órgano. De esta forma, los distintos modelos de cumplimiento de los que la empresa se dote tendrán el aval de su órgano de administración y éste estará adecuadamente informado de los riesgos detectados, el trabajo acometido y las incidencias que afloren en el desarrollo de esos modelos.

CONCLUSIÓN

La función de cumplimiento normativo ortodoxa está definida en los distintos ámbitos de actuación para un pequeño subconjunto de empresas que cuentan con la dimensión y estructura suficiente para poder permitírsela.

El resto de empresas, cuyo número es mayoritario, tienen que buscar alternativas sacrificando con ello esa ortodoxia. La idónea, en estos casos, es dotarse de una función de cumplimiento normativo externa, cuya fórmula no está prohibida en España, especialmente si dicha función se integra en un comité interno.

A modo de pronóstico y aún con el riesgo que ello supone, es previsible que veamos florecer este modelo de ejercicio de la función de cumplimiento en el futuro próximo en España.

AUDITORIA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Manuel Velasco Carretero
Abogado, economista y profesor mercantil
Experto en Compliance y protección de datos

Cuando ejercía de gerente de auditoría en un bufete de abogados, economistas y auditores, hace ya unos años, recuerdo el interés de la directora de recursos humanos, de un cliente sometido a verificación contable externa, en saber cómo el equipo de auditoría trataba los datos personales que aparecían en la documentación (nóminas, seguros sociales, contratos y otros soportes documentales de los trabajadores y trabajadoras de la entidad), que habíamos solicitado para valorar la bondad de los datos contables de los capítulos laborales. La respuesta de uno de los respetados socios de la firma de auditoría en la que colaboraba fue que todo el ordenamiento legal que teníamos que cumplir para realizar nuestro trabajo de auditoría externa era de por sí lo suficientemente garantista en materia de protección de datos y confidencialidad de la información, estando dicha normativa por encima de los dispuesto en la entonces (y ya derogada) Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, conocida como la LORTAD.

Me he acordado de esa experiencia al hojear la respuesta que el ICAC[1], realiza a una consulta planteada en relación a la aplicación de la normativa reguladora de la protección de datos personales en el ámbito de un trabajo de auditoría de cuentas, en el sentido de si los auditores de cuentas en la realización de sus trabajos de auditoría de cuentas se ven afectados por lo dispuesto en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal. Por un lado, el ICAC trae a colación el Considerando 9 del RGPD[2], que considera que *"es importante que los auditores legales y las sociedades de auditoría respeten la vida privada y la protección de los datos de sus clientes. Deben, por lo tanto, regirse por unas normas estrictas de confidencialidad y secreto profesional que, sin embargo, no deben impedir la correcta aplicación de la presente Directiva y del Reglamento (UE) no 537/2014 ni la cooperación con el auditor del grupo durante la auditoría de los estados financieros consolidados cuando la empresa matriz esté domiciliada en un tercer país, siempre que se cumpla lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo".*

1. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas dependiente del Ministerio de Economía y Empresa del Gobierno de España.

Por otro, en relación a la confidencialidad y al secreto profesional, el artículo 23 del citado RGPD, establece: "1. Los Estados miembros se asegurarán de que toda la información y documentos a los que tenga acceso el auditor legal o la sociedad de auditoría al realizar una auditoría legal estén protegidos por normas adecuadas de confidencialidad y secreto profesional. 2. Las normas de confidencialidad y secreto profesional relativas a los auditores legales o las sociedades de auditoría no impedirán la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva o del Reglamento (UE) n o 537/2014". También son interesantes el Considerando 11 y el artículo 35, que regulan la protección de los datos personales. Igualmente, como no podía ser de otra forma, hay que poner en valor el artículo 59 del RLAC[3] , donde se legisla que *"el tratamiento de datos de carácter personal llevado a cabo por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría como consecuencia del ejercicio de su actividad, incluido el de los datos contenidos en los documentos o papeles de trabajo utilizados para tal fin, se encuentra sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales[4]".* Obviamente, la Ley Orgánica 15/1999 debe ser sustituida por la LOPDGDD[5].

> **"EL TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL LLEVADO A CABO POR LOS AUDITORES DE CUENTAS Y SOCIEDADES DE AUDITORÍA COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD, INCLUIDO EL DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS O PAPELES DE TRABAJO UTILIZADOS PARA TAL FIN, SE ENCUENTRA SOMETIDO A LO DISPUESTO EN LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES"**

Lo lamento por el respetado socio de la firma de auditoría donde trabajaba, pero la reflexión técnica que expresó en su momento, actualmente decae puesto que atendiendo a la normativa anterior, el ICAC entiende que *"si los auditores de cuentas en el desarrollo de los trabajos de auditoría de cuentas tratan o pueden tratar datos de carácter personal, el tratamiento de dichos datos, incluido el de los datos contenidos en los documentos o papeles de trabajo utilizados para tal fin, se encuentra sometido a lo dispuesto en el RGPD y la LOPDP, actuando los auditores en calidad de responsable del tratamiento".*

En opinión del Instituto, *"los auditores de cuentas deberán adoptar las medidas de organización interna necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la aplicación de la normativa sobre protección de datos en el desarrollo de sus trabajos de auditoría de cuentas para proteger los intereses y derechos de los interesados, y sin que lo dispuesto en la normativa de protección de datos, o en la de confidencialidad y secreto profesional, pueda aducirse como impedimento a la aplicación de lo exigido por la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas".* Fuente de parte de la información en la que se ha basado este artículo: ICAC.

2. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE sobre esta materia.(Reglamento general de protección de datos).
3. Reglamento de desarrollo del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto 11517/2011, de 31 de octubre.
4. LOPD.
5. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD COMO UN ELEMENTO DE LA CULTURA ÉTICA EN LA EMPRESA

Rocío Guerrero Jareño

Investigadora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Rey Juan Carlos

Resulta innegable que en los últimos tiempos la gestión de la diversidad en el marco de las organizaciones empresariales se ha convertido en tendencia. La especial relevancia de esta materia así como los múltiples beneficios que trae consigo han conseguido atraer a un gran número de empresas que han decidido unirse a esta causa. Antes de dar comienzo al tema concreto que nos ocupa, esto es, la gestión de la diversidad cómo un elemento de la cultura ética en la empresa, resulta necesario establecer unas ideas básicas en torno a este concepto.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD?

A fin de establecer los cimientos del concepto diversidad, parece que lo más coherente sería acudir a la definición que establece la propia Real Academia Española. Del latín ***diversitas, -atas***, las dos acepciones del sustantivo diversidad vienen a significar "variedad, desemejanza, diferencia" así como "abundancia, gran cantidad de varias cosas distintas".

Así, si analizamos en detalle cada una de estas acepciones podemos reconocer las siguientes notas características del concepto de diversidad, tal y como se exponen a continuación:

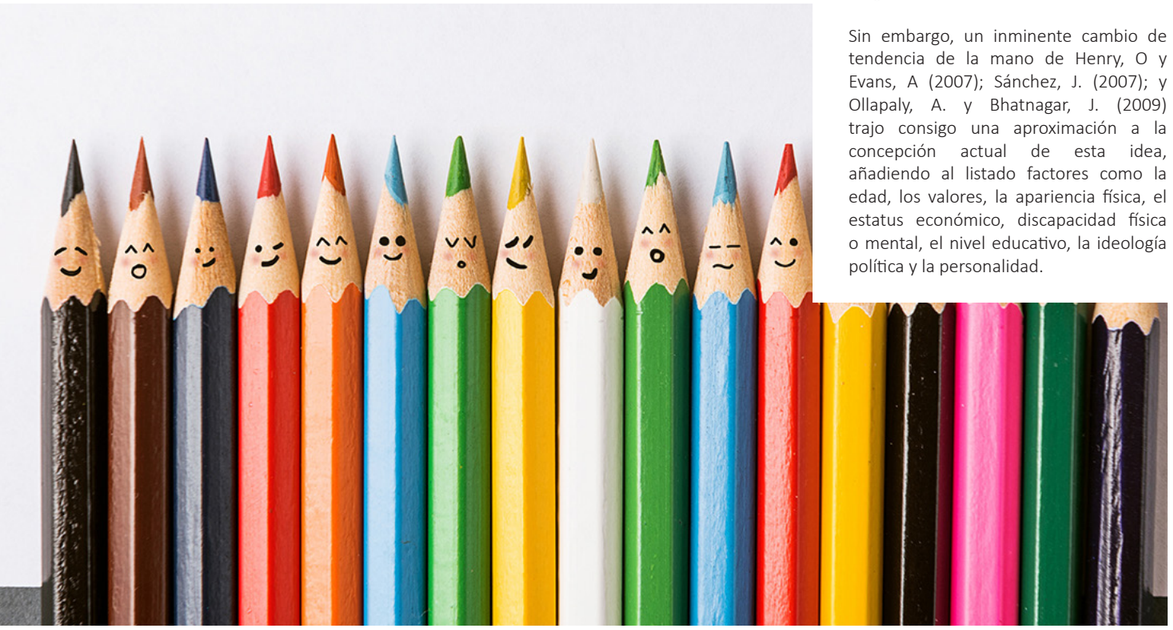
- Variedad: Multitud de cosas diversas.
- Desemejanza: Disimilitud entre las mismas.
- Diferencia: Cualidad por la cual algo se distingue de otra cosa.
- Abundancia: Gran cantidad, prosperidad, riqueza, bienestar.

Tales notas aplicadas al ámbito empresarial nos llevarían a apreciar la **diversidad** como un **conjunto amplio, heterogéneo y plural de características que permiten diferenciar los perfiles entre si y que traen consigo un enriquecimiento de su entorno laboral.**

En esta línea, cabe destacar que la lista de características que nos permiten diferenciar dichos perfiles podría resultar tan amplia como la propia individualidad de cada persona que hace de cada uno un ser único e irrepetible.

Tradicionalmente, autores como Kossek, E.E. y Lobel, S.A. (1996) utilizan una enumeración de motivos típicos de discriminación asegurando que la diversidad es "el conjunto de diferencias por etnia/nacionalidad, sexo, función o rol en el trabajo, habilidad, idioma, religión o estilo de vida".

Sin embargo, un inminente cambio de tendencia de la mano de Henry, O y Evans, A (2007); Sánchez, J. (2007); y Ollapaly, A. y Bhatnagar, J. (2009) trajo consigo una aproximación a la concepción actual de esta idea, añadiendo al listado factores como la edad, los valores, la apariencia física, el estatus económico, discapacidad física o mental, el nivel educativo, la ideología política y la personalidad.



De este modo, una vez tenemos conocimiento del contenido del concepto de diversidad, no presenta especial complejidad establecer una idea general de lo que puede significar la gestión de la misma.

Según el Instituto Europeo para la **Gestión de la Diversidad**, esta es **"un compromiso corporativo, una estrategia integral basada en la creación de una población laboral de perfiles diversos en la organización".**

Por tanto, las empresas juegan un papel esencial en la integración de estos perfiles con diferentes características mediante la correcta aplicación de medidas conducentes al fomento de la diversidad en la empresa.

2. PILARES DE LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

Aun cuando la diversidad es tan amplia como la propia naturaleza del ser humano, para una empresa sería una ardua tarea gestionar cada una de las características que hacen diferente a cada trabajador.

Por ello, la tendencia es dividir en varios pilares la diversidad que se pueda encontrar en el seno de una organización.

Generalmente, la referida clasificación se realiza del siguiente modo:

Diversidad de Género: Este pilar engloba las medidas tendentes a alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Entre ellas podemos encontrar la elaboración del Plan de Igualdad, protocolos de acoso por razón de sexo o acoso sexual, aplicación del currículum ciego en los procesos de selección, programas de sensibilización en materia de violencia de género y acciones para el desarrollo del talento femenino para la promoción de la carrera profesional.

Diversidad Funcional: Las empresas que fomentan este tipo de diversidad reconoce la discapacidad desde la igualdad al entender que cada uno contamos con distintas capacidades. Principalmente, destacan acciones que faciliten el acceso al empleo de este colectivo mediante la creación específica de vacantes dirigidas al mismo o, también conocido como, cuota de reserva.

Diversidad Generacional: La adecuada gestión de la diversidad generacional se ha convertido en uno de los grandes retos de las compañías para el año 2020. Es cada vez más común la coincidencia de trabajadores de distintas generaciones o la complejidad del acceso al empleo de las personas de avanzada edad o de los más jóvenes. Por ello, muchas compañías están optando por dar valor al conocimiento y a la experiencia de los trabajadores seniors mediante la creación de bancos de conocimiento o potenciando la contratación de los más jóvenes a través de programas específicos de talento.

Diversidad LGBTI+: Las empresas se están comenzando a sumar a la aplicación de medidas en aras de erradicar todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual, mediante la sensibilización y facilitando que los trabajadores se sientan libres de ser ellos mismos en un entorno de trabajo seguro, tolerante e inclusivo.

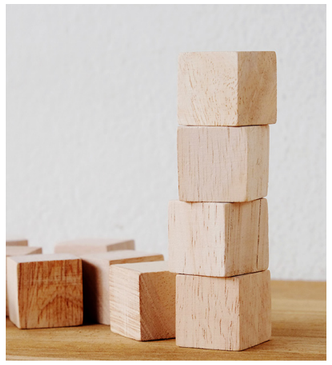
Diversidad de Origen, Cultural y Religiosa: Como en todos los tipos de diversidad, la sensibilización se presenta especialmente necesaria en cuanto a origen, cultura y religión se refiere. Resulta de gran relevancia crear un entorno de tolerancia por parte de la organización mediante la aceptación de cualquier símbolo religioso, así como vestimentas, que permitan el libre desarrollo del pensamiento y la ideología.

3. CAUSAS DEL AUGE DE LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

Como bien es sabido, en la actualidad, nos encontramos en una sociedad diversa, multicultural y globalizada. Además, las nuevas formas de trabajo han traído consigo una gran heterogeneidad de perfiles en lo que respecta al capital humano.

La consolidación de la mujer en el mercado de trabajo, el incremento de población inmigrante, la necesaria inserción laboral de las personas con discapacidad o la concurrencia de distintas generaciones en la misma organización han provocado un proceso de transformación generalizado cuyas principales afectadas son las empresas.

Pues bien, todo lo anterior pone de manifiesto que **una adecuada gestión de dicha diversidad en la empresa opera como un motor de crecimiento para las organizaciones, creando un foco de innovación, progreso y una sociedad más justa e igualitaria.** Por ello, la tendencia en este momento por parte de las empresas es llevar a cabo una estrategia eficaz de gestión de la diversidad corporativa.



Asimismo, tal y como se desarrollará más adelante, **la gestión de la diversidad** parece no ser una opción, sino **una exigencia para la cultura ética empresarial en aras a crear organizaciones diversas, inclusivas, igualitarias y libres de cualquier tipo de discriminación. Porque no se trata únicamente de una respuesta a la normativa, sino que se trata de dar un paso más allá del mero cumplimiento de las mismas apostando por la diversidad del talento personal como un modo real y efectivo de desempeño de la gestión comprometida con la responsabilidad social corporativa.**

Así las empresas, como agentes sociales del cambio, a través de la gestión de la diversidad se comprometen con la lucha contra la discriminación y la desigualdad, promoviendo la inclusión y la igualdad de oportunidades desde sus organizaciones.

Los numerosísimos beneficios que la gestión de la diversidad trae consigo para las empresas son realmente atractivos al favorecer la innovación, fidelizando el talento, aumentando la satisfacción de sus empleados o mejorando su imagen corporativa, tal y como se desarrollará en el próximo apartado.

4. BENEFICIOS DE LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

Además del impacto social que la adopción de esta estrategia supone, son múltiples los beneficios de la gestión de la diversidad. Los casos de éxito que demuestran los mismos son números, entre los cuales destaca el caso de empresas como AXA, Vodafone, SAP, P&G o Mapfre.

Algunos de los principales beneficios que hacen que muchas compañías de primer nivel hayan optado por asumir la gestión de la diversidad como un elemento más de la cultura empresarial de las mismas, son los siguientes:

Atracción y fidelización del talento diverso que contribuye a la innovación y aporta soluciones creativas.

Satisfacción de los empleados que encuentran un entorno tolerante e inclusivo donde sus diferencias son reconocidas como oportunidades y donde poder desarrollarse libremente.

Fomento de la innovación mediante la transferencia del conocimiento de diversos perfiles.

Aumento de la productividad que tendrá una repercusión directa en el beneficio económico de la compañía ante el aumento de compromiso y satisfacción de los empleados.

Equilibrio entre la realidad social y la realidad empresarial al reconocer la diversidad como algo natural lo que permite mantener una posición competitiva en el mercado.

Incremento y fidelización de los clientes con perfiles diversos que se sientan más identificados con la cultura de la compañía.

Mejora de las relaciones con proveedores y aumento de oportunidades con colaboradores externos al abrir las puertas a nuevos colectivos.

Transformación de la cultura ética empresarial al asumir valores y compromisos sociales en aras a impulsar una sociedad más justa e igualitaria.

Mejora de la imagen corporativa de la empresa ante el compromiso social que se asume al fomentar la diversidad, la inclusión y la igualdad de oportunidades.

Estos son tan solo unos ejemplos de los posibles beneficios que la gestión de la diversidad, que serán notables siempre y cuando esta práctica se asuma como elemento de la cultura ética de la empresa.

5. LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CÓMO UN ELEMENTO DE LA CULTURA ÉTICA EN LA EMPRESA

Cuando hablamos de gestión de la diversidad podría debatirse si ha de considerarse dentro de la esfera de la ética empresarial o, si por lo contrario, queda totalmente al margen de la misma.

Pues bien, si se entiende que esta estrategia tiene como único objetivo la eliminación de cualquier tipo de discriminación en la empresa, no podría quedar englobada en el marco de la ética ya que se consideraría una mera obligación legal.

Esto es, en caso de que la gestión de la diversidad tuviera la consideración de imperativo legal, no sería un acto dentro de la esfera de la ética al carecer el empresario que cualquier margen de actuación y perder, por tanto, el carácter voluntario que identifica a las acciones dentro de la ética.

Tal y como, Fernando Navarro García lo explicó en su artículo "El triunvirato entre Ética, Ley y Compliance" en esta misma Revista (véase, European Compliance & News, Julio 2018) "si hago algo obligado por una ley en realidad ya no sería un acto dentro de la esfera de la ética (que, como hemos visto, siempre es voluntaria) sino simplemente un acto legal (que siempre es obligatorio)".

Sin embargo, la normativa existente en la materia se limita a la proclamación del principio de no discriminación y al establecimiento de un marco de actuación, unas bases que son de obligado cumplimiento. Las normas internacionales, de la Unión Europea y españolas se limitan a prohibir las acciones que supongan cualquier tipo de discriminación y a establecer medidas básicas como, por ejemplo, la cuota de reserva de las personas con discapacidad.

Por lo tanto, **la gestión de la diversidad es sin duda un elemento de la cultura ética de la empresa, por cuándo va más allá del cumplimiento de las obligaciones legales establecidas en materia de igualdad y no discriminación.** No solo se encarga de la evitación de lo incorrecto, sino que **aspira a la excelencia de la organización contribuyendo al bien común** mediante la adopción de medidas para el fomento de la diversidad.

La empresa mediante esta estrategia realiza un aporte social de gran calado por cuanto está incluyendo en el mercado laboral colectivos especialmente vulnerables y en riesgo de exclusión. En este sentido, impulsa el acceso al empleo de distintos perfiles al valorar el talento diverso y facilita su adaptación al puesto de trabajo al reconocer las diferencias como una ventaja competitiva y un elemento de valor.

El papel de la organización como agente facilitador del cambio se evidencia en el compromiso social de permitir el libre desarrollo de la personalidad, en el seno de la misma, sin prejuicios y sin sesgos. El reconocimiento de la diversidad supone una representación de la realidad social dentro de la propia empresa.

Además, **la gestión de la diversidad está alineada con los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas,** un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también

tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia.

En esta línea, esta práctica cumple con varios de los objetivos entre los que se encuentran: garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades (objetivo 3); lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas (objetivo 5); promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (objetivo 8); reducir la desigualdad (objetivo 10); y promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas (objetivo 16).

De tal manera, este no debe ser un compromiso estanco y aislado como un objetivo únicamente del área de Recursos Humanos, sino que debe asumirse en la propia cultura de la empresa como un objetivo global, transversal de todas las áreas, con el principal compromiso de la directiva para que posteriormente se extienda al resto de la plantilla.

En este sentido, Enrique Suárez en su artículo "Oportunidades éticas del Compliance" en esta Revista (véase, European Compliance & News Julio 2016) estableció que "existe la necesidad de incardinar la ética empresarial en la misión, visión y valores de la empresa y, a la postre, en todas sus actividades".

Debe hacerse especial hincapié en que **la gestión de la diversidad es un compromiso 360º que debe impactar en todas las áreas y en todos las partes implicadas** en el proceso productivo de una empresa.

En primer lugar, debe asumirse por parte del Consejo de Administración, además de porque de este modo tendrá impacto en la propia cultura ética de la empresa, este órgano tiene la potestad de crear políticas y medidas concretas en la materia. Para que dichas medidas tengan verdadera eficacia no solo deberán implantarse en lo relativo al acceso al empleo, sino también en lo referente a contratación, formación y promoción profesional, condiciones de trabajo, compensación y beneficios, seguridad y salud laboral o prevención del acoso, entre otros.

Al formar parte de la cultura de la empresa, los empleados a través de medidas de sensibilización llevadas a cabo en el seno de la organización, contribuirán en la generación de un clima laboral de tolerancia y respeto de la diferencia, quienes a su vez estarán más satisfechos y con un mayor orgullo de pertenencia.

De igual forma, dicho compromiso debe materializarse en los colaboradores externos tratando de elegir siempre proveedores que respeten esta misma política de diversidad, lo que a su vez atraerá clientes con perfiles diversos que busquen empresas socialmente responsables. Esta dinámica crea un efecto contagioso y ejemplarizante para con la sociedad, contribuyendo así a la calidad de vida de la población en general.

Sin lugar a dudas, la gestión de la diversidad debe asumirse dentro de la propia cultura ética de la empresa y ser un proceso de mejora continua, ya que cada vez se demanda en mayor medida que el tejido empresarial no se limite a la producción de bienes o servicios, sino que contribuya a la consecución de una sociedad más justa, igualitaria e inclusiva.

RETOS DEL COMPLIANCE Y LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y CORPORATIVA EN EL ECUADOR

Santiago Reyes Mena

Abogado.
CEO de Compliance Ecuador

CONTEXTUALIZACIÓN

El 22 de mayo de 2019, el Ecuador se conmocionó con la noticia que el señor Patricio Ojeda, taxista de la ciudad del Puyo, en la Provincia de Pastaza (Amazonía ecuatoriana) devolvió una maleta con dinero (USD 5.000,00) a una pasajera al día siguiente del servicio de transporte. Este acto de honestidad le valió al mencionado señor varios reconocimientos, y en su familia se evidenció la Integridad del padre de familia en su diario vivir. Este evento loable y digno de destacar nos permite hacer las siguientes reflexiones: ¿El comportamiento del señor Ojeda en el Ecuador es un caso excepcional?, ¿Por qué la sociedad ecuatoriana estaca este acontecimiento cuando el actuar de todos sus ciudadanos debería ser similar al del señor Ojeda y desacreditar casos específicos contrarios a la Integridad?.

Precisamente, durante estos últimos tiempos han trascendido a los medios, casos que evidencian que en la sociedad ecuatoriana, queda mucho por hacer en el terreno ético y de la integridad. El caso *"FIFA Gate"* en el que dirigentes de la Federación ecuatoriana de Fútbol han sido procesados por delitos de corrupción; el caso Odebrecht, empresa que reconoció haber pagado en Ecuador USD$33,5 millones en sobornos a ex funcionarios del Gobierno de Rafael Correa Delgado, a cambio de la concesión de obras de infraestructura; y en el que estaba involucrado el exvicepresidente Jorge Glas Espinel, quien en diciembre de 2017 fue condenado por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador a 6 años de prisión al ser encontrado culpable del delito de asociación ilícita para delinquir y se mantienen en investigaciones otros delitos por peculado, delincuencia organizada, cohecho, concusión, tráfico de influencias, lavado de activos, falsificación de firmas, asociación ilícita; la aplicación de la *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* y normativa de Lavado de Activo a varios ecuatorianos y funcionarios de Petroecuador Empresa pública que se declararon culpables en dicha jurisdicción extranjera por pago de sobornos y que cumplen sus penas en los Estados Unidos de América.

MARCO REGULATORIO

La legislación del Ecuador no reconoce ni incentiva la implementación de programas de Compliance en las empresas, entiéndase por dicho programa como un conjunto de procedimientos y mecanismos orientados a prevenir, detectar, remediar y sancionar conductas contrarias a la Ley y a la Integridad cuya finalidad sea atenuar o eximir de responsabilidad civil y/o administrativa y/o penales.

La lucha contra la corrupción representa un principio fundamental reconocido en el artículo 3 de la Constitución de Ecuadir (2008), que señala que el Estado, entre sus deberes primordiales, tiene el de garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. El artículo 83 agrega que es un deber y una responsabilidad de todos los ecuatorianos administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción. Los artículos del 204 al 210 incluyen la lucha contra la corrupción entre los deberes y atribuciones de la Función de Transparencia y Control Social (FTCS), y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) que comentaremos más adelante. Finalmente, el artículo 233 señala: Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

La Constitución de 2008 estableció la creación de la FTCS y del CPCCS, entidades que hoy en día siguen vigentes. Por un lado, la FTCS, conocida como la quinta Función del Estado, ha sido entendida como un pilar fundamental para la construcción del poder ciudadano desde el Estado, con el mandato constitucional de articular la formulación del plan nacional de lucha contra la corrupción. Entre sus atribuciones fundamentales constan la de prevenir y combatir la corrupción por medio de la articulación de los organismos que la conforman y que gozan de personería jurídica y autonomía administrativa, financiera y organizativa. En particular, la FTCS está compuesta por las siguientes entidades públicas: Contraloría General del Estado, el CPCCS, Defensoría del Pueblo, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Superintendencia de la Información y Comunicación, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de Bancos del Ecuador, Superintendencia de Compañías, valores y seguros, Superintendencia de Reordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo.

Por otro lado, el CPCCS tiene como uno de sus objetivos promover el ejercicio de los derechos de participación ciudadana en el ámbito público; y, le corresponde designar algunas de las autoridades más importantes del Estado, como el Defensor Público, el Fiscal General del Estado, el Procurador General del Estado, el Contralor General del Estado y la primera autoridad de las superintendencias como designa también los miembros del Consejo de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral. El CPCCS es también el organismo constitucional encargado de fomentar la transparencia y de luchar contra la corrupción, al ser la entidad encargada de receptar e investigar denuncias que afecten la participación ciudadana, que generen corrupción o que vayan en contra del interés social.

El Ecuador introdujo la responsabilidad penal para las personas jurídicas a través del Código Orgánico Integral Penal (2014) ante los daños causados en materia económica y ambiental por las empresas. Este cuerpo normativo no incentivo ni propicio que las personas jurídicas cuenten con mecanismos de control interno para detectar y prevenir conductas delictivas o el denominado *effective Compliance programm*. El mencionado Código no establece circunstancias atenuantes para aplicar en la modificación de la pena de una persona jurídica.

Debemos mencionar que el Ecuador tiene un marco regulatorio de lavado de activos y del financiamiento de delitos para instituciones del sistema financiero, de seguros, entre otros. Dicho marco regulatorio crea la figura del Oficial de cumplimiento como la persona responsable de velar por la observancia e implementación de las políticas, control y procedimientos necesarios para la prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros

delitos. También en materia de Derecho de la Competencia, el Ecuador fue de los últimos países en acoger normas de esta naturaleza; por otro lado, el Ecuador carece de normativa de protección de datos personales. Por ello es un gran desafío para el legislador ecuatoriano comprender los conceptos entorno al Compliance, Integridad y ética empresarial mejorar o introducir en la legislación ecuatoriana que de forma directa permita solidificar un escenario mas robusto para los Programas de Compliance.

LOS PACTOS DE INTEGRIDAD. UN MODELO ÚTIL COMBATIR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El Decreto Ejecutivo 122 promulgado en el Registro Oficial No. 25 del 19 de febrero de 2003 por el cual se creó el Sistema Anticorrupción (derogado en la actualidad) que promovió, con la asistencia técnica de Transparencia Internacional (TI) capítulo Ecuador los denominados **Pactos de Integridad (PI),** acuerdos voluntarios, suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de contratación con recursos públicos, para fortalecer la transparencia, la equidad y la probidad de la modalidad contractual escogida, y que se han mostrado útiles para **combatir la corrupción en la contratación pública, muy especial en aquella que implica la delegación al sector privado de servicios y obras públicas**.

Ejemplo de estos PI es el que rigió el concurso internacional de ofertas de la Central Hidroeléctrica Paute-Mazar (2006), la compañía estatal de generación hidroeléctrica, y que se desarrolló con el apoyo de monitor independiente (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Capítulo Ecuador de TI). En dicho PI los proponentes se comprometieron, explícitamente, entre ellos y con Hidropaute S.A. a no ofrecer ni pagar sobornos y a acatar determinadas multas (10% del valor de la garantía de fiel cumplimiento) y la ejecución de una garantía económica de fiel cumplimiento del PI por un valor que ascendía a USD150.000,00 por faltar al compromiso. A estas obligaciones se sumó la participación activa del monitor independiente del proceso y de los otros competidores, la voluntad de denunciar cualquier irregularidad que se descubra y además acatar la decisión de una eventual sanción y la ejecución de la garantía por parte de todos los competidores.

LA AUTORREGULACIÓN EN EL SECTOR PRIVADO.

En la actualidad hemos evidenciado que el sector privado en el Ecuador no tiene claro el alcance del denominado Compliance y se lo asocia de forma exclusiva al Derecho penal, al lavado de activos, al fraude, a la auditoría interna, a la administración de riesgos legales, etc.

Si es cierto que existe una nueva corriente que emerge desde el sector privado requiriendo soluciones y productos en Integridad corporativa que ampare además de los aspectos enunciados anteriormente la promoción de una cultura ética empresarial de forma voluntaria (autorregulación) y ello desde las mejores prácticas internacionales de Compliance, Integridad y ética.

Este afán de los empresarios por implantar las mejores prácticas tiene como motor las exigencias del comercio internacional de bienes y servicios en un mundo globalizado; y, la interacción con sujetos activos de jurisdicciones que tienen Ley de combate a la Corrupción como los Estados Unidos con la *Foreign Corrupt Practices Act* que requiere a las empresas ecuatorianas someterse a normas de control de exportación y destino final, Códigos de Conducta y Debidas diligencias. Las empresas ecuatorianas que han implementado un Programa de Compliance han comprobado que dichos programas conllevan importantes beneficios:

a) El Incremento en la eficiencia dentro de la organización y la mejora de su valor reputacional;

b) La mitigación de riesgos asociados a la Integridad y de sanciones administrativas;

c) La mayor sostenibilidad y las crecientes oportunidades de negocios; y,

d) el *employee engagement* de sus funcionarios.

De manera paralela a la implantación voluntaria de estos modelos de gestión basados en el Compliance se demandan cada vez más, perfiles laborales acordes al desempeño de la función del Compliance Officer para:

a) Fomentar el Tone From the Top (liderazgo ético de la alta gerencia) en la empresa;

b) Realizar evaluaciones de riesgos de integridad;

c) Mantener controles internos;

d) Llevar a cabo investigaciones internas, acumular y proteger la información sensible bajo secreto profesional;

e) Desarrollar programas de formación y comunicación dentro de la organización como a las terceras partes relacionadas;

f) Promover el canal de denuncias o canal ético, ad intra y ad extra de la organización.

g) Ejecutar de forma constante mejoras continuas del Programa de Compliance de la organización frente a cualquier cambio en el entorno de la empresa;

h) Fortalecer el Código de conducta y actualizar los documentos relacionados con el Compliance e Integridad corporativa;

i) Realizar debidas diligencias a las terceras partes relacionadas;

j) Determinar indicadores, evaluaciones y monitoréos continuos para obtener mayor eficiencia y robustez de los Programas de Compliance guiados por estándares regulatorios internacionales.

k) Contribuir a realizar acciones colectivas para de forma participativa, entre las empresas, la sociedad civil y los responsables políticos, desarrollar herramientas eficaces para luchar contra la corrupción y construir estándares de integridad.

Los gremios empresariales nacionales han promovido varias declaraciones de principios y valores entre sus afiliados, pero carecen de objetivos concretos y de estándares de medición de dichas iniciativas lo que hace que las mismas sean vistas como buenas intenciones insostenibles. Lastimosamente hasta el momento no hemos visto el involucramiento y promoción de los gremios empresariales para proponer un marco regulatorio a las Autoridades Competentes de Lucha contra la Corrupción ya sea mediante una Ley o reformas a Leyes, o a través de políticas o lineamientos, la implementación de Programas de Compliance para las empresas en el Ecuador.

Es fundamental que los gremios empresariales se involucren en la gestación de Acciones colectivas a fin de dar mayor transparencia a escenarios para hacer negocios en el Ecuador con el fin de mejorar la competitividad del Ecuador y promover la inversión extranjera directa.

OTRAS ACCIONES DEL ESTADO.

Por otro lado, el Ecuador en materia penal internacional ha suscrito aproximadamente 70 instrumentos, entre tratados y convenios, de carácter multilateral, bilateral e interinstitucional, los cuales permiten que, en caso de darse un acto de corrupción - entre ellos, un soborno-, Ecuador pueda verse apoyado en las diversas investigaciones, juicios y actuaciones en materia penal por las autoridades de los otros países contratantes. Entre los tratados más emblemáticos podemos citar a la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Ecuador ha suscrito también el Pacto Global Anticorrupción de las Naciones Unidas, teniendo hasta la fecha 180 miembros adherentes entre empresas del sector público, privado, organizaciones de la sociedad civil, ONG, gremios y academias; y, por otro lado, el Gobierno Nacional ha iniciado las gestiones para ser suscriptor y adherirse al EITI (Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva y a la OCDE (Organización para la cooperación y el Desarrollo Económicos).

El Poder Ejecutivo, en cabeza del presidente de la Republica Lenin Moreno Garcés, mediante Decreto Ejecutivo No. 665 del 6 de febrero de 2019 creo la Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de la República para, entre sus diferentes funciones, proponer directrices para la generación de políticas públicas y acciones que faciliten la denuncia de los actos de corrupción de alto impacto cometidos en la administración pública. La secretaria se unió al convenio de cooperación interinstitucional del que ya formaban parte la Contraloría General del Estado, la Fiscalía, la Procuraduría y la Unidad de Análisis Financiero, con el fin de intercambiar información entre las instituciones del Estado, coordinar acciones para la recuperación de activos y elaborar proyectos de investigación en conjunto.

El 18 de febrero de 2019, el Gobierno anunció también la creación de una Comisión Internacional Anticorrupción, conformada por cinco expertos internacionales, para que apoyen la prevención, la investigación y la lucha de la justicia contra la corrupción, según explicó el presidente Moreno. La Comisión concertará además estrategias para la recuperación de bienes y activos que han sido desviados en actos de corrupción. En la actualidad no conocemos acciones de la mencionada Comisión Internacional Anticorrupción.

En los últimos meses el Gobierno Nacional ha promovido la implementación de la norma de gestión Antisoborno ISO 37001 en las Instituciones públicas con varias inquietudes que solamente el tiempo darás las respuestas como: a) ¿los implementadores cuentan con las d ebidas acreditaciones y experiencia?; b) ¿Las certificadoras internacionales acreditarán dichas implementaciones?; c) ¿Se han planteado evaluaciones y monitoreos de las implementaciones de dicha norma ISO de forma transparente?; d) ¿Cómo se implementa una la norma de gestión Antisoborno ISO 37001 si muchas entidades públicas nunca han tenido una norma ISO ni la cultura de procesos; y, e) Se pretende un efecto profundo bien intencionado de cambio entorno a entidades íntegras o solamente es un efecto cosmético?.

Por último, el Poder Ejecutivo como la Asamblea Nacional a propósito de los escándalos de corrupción originados por la empresa Odebrecht se han empeñado en presentar varios proyectos de Ley de Lucha contra la corrupción. Sobre los mencionados proyectos de Ley debemos manifestar que su enfoque está dirigido, casi exclusivamente, al sector público. Consideramos que del análisis de dichos Proyectos de Ley se deja sin tratamiento varios aspectos relevantes y de importancia para el Compliance, la Integridad y la Cultura ética empresarial como son, a título enunciativo:

a) La regulación de los *Lobby;*

b) El tratamiento de incentivos a los Programas de Compliance en el sector privado y como exigencia en grandes procesos de contratación pública;

c) *Las Clawback*, a las cláusulas de devolución de bonificaciones e incentivos para alto ejecutivos de empresas;

d) La responsabilidad de las empresas por corrupción privada;

e) La criminalización de la corrupción privada;

f) Tratamiento de los canales de denuncias, política anti retaliación; mayor protección al denunciante protegido; e incentivos a denunciantes de actos de corrupción.

CONCLUSIONES.

El debate sobre Compliance, Integridad y Cultura ética empresarial está en sus primeros pasos de discusión en el sector privado, sector que empieza a demandar soluciones, productos, acreditaciones y programas académicos en tal sentido; y, concibe como una ventaja competitiva contar con un Programa de Compliance implementado.

Desde el punto de vista del Gobierno Nacional se necesita pasar del discurso a la realización de acciones concretas y a la creación de un ente público técnico, dotado de medios adecuados, para velar por Integridad de forma eficaz

Esperamos los ecuatorianos que con el inicio de la década se multipliquen los Patricios Ojedas a todo nivel para el bienestar común y para dejar a las siguientes generaciones sociedades con desarrollo sostenible, paz, justicia e instituciones sólidas.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO GRANDA, M. PAULINA; La nueva Teoría del Delito económico y empresarial en el Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.

GRUPO FARO y DEL DICHO AL HECHO; Informe de Avance a la Lucha Política publica de Lucha contra la Corrupción. 2019.

GIOVANINI, WAGNER; Compliance A excelencia na práctica. Wagner Giovanini. 1ra. Edición. 2014.

LASIO, VIRGINIA y RODRIGUEZ, JORGE; Estado de las practicas empresariales contra el soborno: primer estudio latinoamericano – Capitulo Ecuador (Escuela de Negocios ESPAE de la Escuela Superior Politécnica del Litoral ESPOL. 2019.

MERINO DIRANI, VALERIA. Comentarios a los Pactos de Integridad: Logos, Límites y perspectiva. 2000.

REYES MENA, SANTIAGO; La importancia del cumplimiento, la ética y los Acuerdos de Integridad entre el sector público y privado. 2019.

COMPLIANCE VISTO DESDE EL "PROJECT MANAGEMENT" Y LA GESTIÓN DEL CAMBIO

"Todas las cosas se crean dos veces: primero mentalmente, luego físicamente. La clave para la creatividad es comenzar con el fin en mente, con una visión y un plano del resultado deseado ". **Stephen Covey**

María Camps

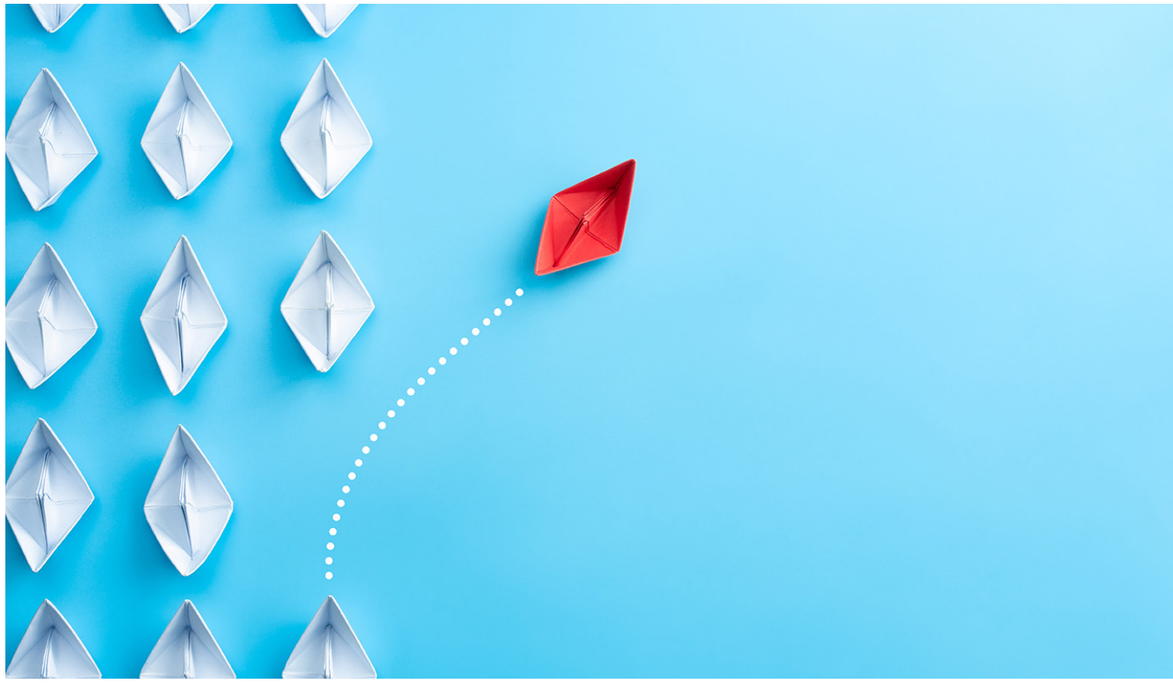
Abogada ICAV

Compliance & PM Consultant

Cada vez existen más organizaciones empresariales que parten de la idea de que establecer un modelo de negocio de acuerdo con estándares de gestión reconocidos con un enfoque sistemático, es apostar por la mayor obtención de beneficios y la mejora en el logro de los objetivos. Precisamente es en este marco donde cobran importancia el cumplimiento de los aspectos legales, regulatorios, con la aplicación de **los estándares de la industria o del sector, los códigos de conducta, como las buenas prácticas existentes y los requisitos específicos de los socios de negocio**.

Partiendo de esta idea, hay dos maneras de enfrentar la gestión del cumplimiento. Una es la que considera la misma como una obligación costosa de la que nadie se preocupará por ser un sistema falto de operatividad y relegado a un conjunto de medidas, políticas y /o códigos que prácticamente no interfieren en la gestión de la organización, y la otra, la que integra la gestión del cumplimiento en el día a día de la empresa como medio de optimizar los procesos de negocio y mejorar los beneficios, porque prevenir/ detectar/gestionar y mitigar los riesgos legales y las responsabilidades frente a terceros, supone una apuesta decidida por la mejora continua con repercusión en la obtención de beneficios.

Estas posiciones contradictorias nos llevan a la pregunta de si implementar un Sistema de Gestión de Compliance (en adelante SGC) eficaz es una tarea sencilla o compleja, ya que conlleva una exhaustiva planificación, conocimiento de la organización, moldeado de procesos, procedimientos, técnicas, métodos y demás actividades que han de estar adaptadas a cada organización, a los cambios normativos y operativos, interconectados entre si y ser capaces de generar una cultura de compliance.



Adoptar pues un SGC que garantice la verificación y la aplicación del cumplimiento no es una tarea sencilla, diseñarlo para que se integre adecuadamente en la organización es tan crítico como mantener y mejorar las operaciones de compliance. Atendiendo esta postura, existen numerosas cuestiones que el consultor, compliance officer o persona responsable que va a llevar a cabo la implementación deben adoptar antes de llevar a cabo un proyecto de esta envergadura si quieren apostar por el éxito, teniendo en cuenta que una estructura empresarial no es permanente, sino que está en constante cambio.

Para conseguir los beneficios deseados se debe proyectar previamente sobre la organización, sobre los requisitos del sistema y sobre los de compliance, ya que establecer un conjunto de técnicas, códigos y herramientas no nos aseguran que el sistema funcione o cumpla con los requisitos de la norma y del cliente o de la gobernanza de la organización. Hay que tener en cuenta que los proyectos en compliance pueden fallar por los siguientes motivos:

a) Por no cumplir con los requisitos de compliance y no desempeñar el fin para el cuál se implementan, esto es debido, principalmente a la falta de la calidad.

b) Por no completarse en el tiempo estimado, ocasionando un riesgo para la organización.

c) Por falta de aplicación y de definición del alcance del proyecto, de los beneficios y de los resultados esperados, convirtiéndose en una intención documentada, no interconectada y nada operativa que imposibilita su aplicación.

d) Por falta del presupuesto necesario para cubrir el coste necesario para su implantación, o por no dotar al mismo de los recursos financieros y humanos necesarios.

e) Por falta de la debida comunicación y de gestión de las expectativas en el proyecto, tanto interna, como externa con las partes interesadas del SGC.

Para poder controlar todas estas cuestiones es necesario determinar el alcance del trabajo y adoptar una visión en proyectos, que genere los resultados esperados por las partes interesadas, en particular por los clientes, planificando correctamente los requisitos iniciales

TEMPORAL | **ÚNICO** | **PRODUCTO O SERVICIO** | **RESTRICCIONES**

y las expectativas de éxito en finalizar el proyecto y atender la cultura de Compliance que queremos propiciar, siempre dentro de los parámetros de calidad que espera la organización.

¿Qué es un proyecto? es una estructura organizativa temporal que se configura de manera coordinada y controlada para crear un producto, servicio único (salida) o resultado único, dentro de ciertas restricciones tales como tiempo (un comienzo y un final definidos), recursos, costo y calidad, para conseguir un objetivo. Es aquí donde nuestro SGC se configura como un proyecto de servicio que involucra a toda la organización.

Para conseguir alcanzar el logro de los objetivos en un proyecto de compliance es importante que observemos determinadas características, para que nos proporcione los entregables conforme a los requerimientos específicos propios del sistema (es decir, el producto o servicio acordado y verificable con todos sus elementos), incluyendo las restricciones que tienen relación directa con la satisfacción del cliente en el resultado y en cuanto a la calidad de la implementación de un sistema de gestión de compliance.

Entonces, al hablar de proyecto ¿Qué relación tiene la implementación de un sistema de gestión con un proyecto?, ¿Qué nos aportan los proyectos a compliance? A priori, alinear los objetivos y el alcance del proyecto a los objetivos estratégicos de la organización respecto del compliance, agrupando las actividades que vamos a desarrollar de manera coordinada y controladas con fechas de inicio y fin.

¿Qué es la gestión de proyectos? puede describirse como las actividades de definición, planificación, organización, integración, seguridad, supervisión y gestión de los recursos que son necesarios para cumplir objetivos y metas específicos de una manera efectiva y eficiente, dentro de un presupuesto, de un tiempo determinado y bajo ciertos parámetros de calidad.

¿Por qué es necesario adoptar una Gestión de Proyectos? Porque nos ofrece una estructura que facilita a nuestro SGC:

a) Gestionamos el buen éxito a largo del ciclo de vida del proyecto desde los procesos de inicio hasta el cierre (que será cuando el sistema entra en operaciones de compliance).

b. Controlamos el presupuesto y coste de la implementación.

c. Controlamos el cronograma, si no se gestionan bien los tiempos del proyecto, puede que los requisitos cambien.

d. Garantizamos el cumplimiento de los requisitos necesarios, previamente determinados y el control de cambios.

e. Nos facilita una visión clara de las herramientas, instrumentos y recursos necesarios.

f. Nos garantiza el control de las restricciones al seguir el ciclo de mejora continua (PDCA).

g. Provee la definición de procesos, procedimientos y controles de acuerdo con la eficacia y eficiencia exigida por la norma a alcanzar.

h. Conlleva un adecuado soporte documental.

i. Nos permite una correcta gestión de las expectativas de los interesados.

Adoptar una gestión de proyecto implica que, durante su ciclo de vida, hemos de asegurar siempre los requerimientos del cliente con el fin de evaluar el cumplimiento del proyecto y el rendimiento, recomendar los cambios necesarios y planificar nuevas o perfeccionar las actividades de garantía de la calidad existentes dentro de tiempo y presupuesto.

Un proyecto, en este caso el SGC, debe estar documentado desde los procesos de inicio hasta su cierre, con el propósito de **definir y verificar que se ha cumplido con el alcance del proyecto para su última aprobación una vez se ha cerrado**. Esto nos permite asegurar el acuerdo entre todos los interesados, por ejemplo, en la organización que busca implementar un SGC, tanto el director, como el equipo del proyecto tiene que conocer el alcance con la finalidad de que todos compartan las mismas expectativas sobre lo qué se va a entregar, hacer, cómo, cuándo

hacerlo, etcétera, **proporcionando una imagen clara de los objetivos del proyecto según roles y responsabilidades, facilitando la comunicación con grupos de interés internos y externos.**

De esta manera, vamos a conocer a qué vamos a hacer seguimiento, monitoreo y control del progreso del proyecto y, al mismo tiempo, documentamos las decisiones importantes y mantenemos un repositorio a modo de memoria organizacional que, si debemos afrontar proyectos futuros nos va a servir como lecciones aprendidas.

Aunque los proyectos, en este caso relativo al SGC, puedan parecer similares, cada proyecto siempre es único, principalmente porque no existen dos organizaciones iguales, siempre van a existir diferencias, no sólo entre la organización destinataria del mismo con otras, sino fundamentalmente entre las personas encargadas de llevarlo a cabo y de aplicarlo y, en consecuencia, esas diferencias deberán de ser reflejadas en los entregables del proyecto de implementación, en los recursos afectados o utilizados y, sobre todo, en el modelado de los procesos de negocio hacia el Compliance con sus medidas de control adoptadas.

¿EXISTEN BUENAS PRÁCTICAS EN LA GESTIÓN DE PROYECTOS?

Para adoptar la visión de la gestión de proyectos o Project Management existen numerosas normas y metodologías, por mencionaros, quizás, las más relevantes que tienen su reflejo en estándares internacionales son las siguientes:

- El International Project Management Association (IPMA), de Europa.
- La norma PMBock, que proviene de el Project Management Institute (PMI) en los Estados Unidos.
- "P2M": Project and Program Management for Enterprise Innovation, originario de Japón.
- Projects IN Controlled Environments (PRINCE2) en el Reino Unido.

Estos estándares y/o metodologías en *"project management"* pretenden ayudar a las organizaciones de cualquier sector a desarrollar proyectos completos, con altos estándares de calidad, independientemente de su tamaño, dentro del presupuesto y de plazo. Comparte con compliance numerosas buenas prácticas, por ejemplo y entre otras, el compromiso, la gestión de riesgos, la comunicación o el enfoque en procesos de mejora.

Para aquellos familiarizados con *"International Organization for Standarization"* (en adelante "ISO"), tiene desarrollado el estándar **ISO 21500:2012 "Directrices para la Gestión de Proyectos"**, como norma internacional no certificable que proporciona una descripción de alto nivel de los conceptos y procesos que son considerados como buenas prácticas en esta disciplina.

De acuerdo con la norma **ISO 21500**, esta contempla los procesos del ciclo de vida del proyecto desde su inicio hasta su fin, observando 39 procesos agrupados por 10 grupos de materia o (PMBock, por ejemplo, denomina áreas de conocimiento), con sus entradas y salidas que nos permiten direccionar y gestionar adecuadamente los elementos necesarios para que prospere.

Al mismo tiempo, estos procesos se dividen en tres clases, los procesos relacionados con la **i) dirección de proyectos que nos ayudan a definir el servicio o producto, ii) los procesos relacionados con el producto o servicio (en este caso el SGC) y iii) los procesos de apoyo.**

> "HEMOS DE ASEGURAR LOS REQUERIMIENTOS DEL CLIENTE CON EL FIN DE EVALUAR EL CUMPLIMIENTO DEL PROYECTO"

EL PENSAMIENTO HACIA LOS FACTORES CLAVE EN LA GESTIÓN DEL PROYECTO

Existen componentes clave en los proyectos que durante su ejecución son necesarios abordar:

a. El entorno del proyecto (factores ambientales externos e internos) y su gestión.

El entorno del proyecto interno y externo afecta al desempeño y a su éxito. En la siguiente imagen adaptada a un proyecto de compliance y extraía de la norma ISO 21500, podemos observar cómo funciona la estrategia organizacional en relación con el proyecto y la empresarial.

b. La Gobernanza del proyecto

La gobernanza de proyecto es quién tiene la dirección y será la que específicamente decida sobre las actividades del proyecto, especialmente, obtiene el compromiso para establecer e implementar el proyecto del SGC.

Dentro de sus funciones incluirá la definición de la estructura de gestión, así como su planificación y cómo va a ser esta, establecer el equipo y quién ostenta la autoridad para adoptar dediciones, como también quien rendirá cuentas sobre su avance hasta su cierre. Es el máximo responsable de que el SGC cumpla con las especificaciones y funcione correctamente. Esta no tiene por qué coincidir en el órgano de gobierno de la organización, por ejemplo, una consultoría tendrá la gobernanza del proyecto y una pyme que decida implementar por sí misma el SGC, puede serlo o puede estar compuesto por el personal.

No hay que confundir con quién aprueba el SGC, esta función es del órgano de gobierno de la organización y se da al final del proyecto con su cierre de acuerdo, por ejemplo, en relación a los requerimientos de las normas ISO/UNE en compliance.

Las competencias de las personas que llevan a cabo el proyecto.

Constituir un equipo que lleve a cabo un proyecto sobre compliance no es una cuestión fácil, es importante que las personas estén familiarizadas con cómo gestionar eficazmente su inicio, la planificación, ejecución y control y cierre antes de que pase a operaciones el SG de compliance. El proceso de planificación puede requerir la contratación de personas expertas o la capacitación para un área, tema o tarea del proyecto.

También debe estarlo con conocimientos específicos sobre el tema y cómo se mantendrá el producto/servicio una vez finalizado y entregado. Siempre hay que considerar la postura de que compliance es de resultados operativos.

c. El entorno del proyecto

El entorno del proyecto puede impactar en su desempeño y su éxito al igual que en compliance. El equipo de proyecto sea de carácter interno de la organización o una consultoría externa, debería considerar siempre tanto los factores externos que afectan a las restricciones del proyecto, como los factores internos que pueden limitar o impedir cumplir con los planes y la estrategia como, por ejemplo, falta de compromiso, aspectos judiciales, disponibilidad de recursos, la cultura de la organización, su estructura, el tiempo o disponibilidad para hacer uso de esos recursos humanos o tecnológicos, etcétera.

d. La definición y relación de la estrategia de la organización y del proyecto en compliance.

En un proyecto de compliance es el cliente o propietario del proyecto quien determina qué es lo que quiere y nos plantee el alcance, sus limitaciones y restricciones, pero es competencia de la gobernanza del proyecto diseñar su estrategia y la de implementación del SGC para que responda a las necesidades de cumplimiento de las normas y que rigen la actividad propia de la empresa, sea a través de un equipo interno o a través de un servicio de consultoría externo.

Estos determinarán las necesidades, identificarán oportunidades, requisitos del proyecto, tanto a nivel estratégico como en la gestión de los riesgos de este (cumplir dentro del alcance y sus restricciones) en el alineamiento del SGC con la misión, visión y valores de la organización para obtener los beneficios previamente especificados.

Un típico error de confusión es el alcance del proyecto que comprende las características, requisitos y funciones que se hayan delimitado para entregar un producto, servicio o resultado dentro de las restricciones. Por ejemplo, un departamento interno de compliance exclusivo en materia fiscal con externalización de funciones vs un proyecto en formación y capacitación interna de compliance penal.

Respecto al SGC, aquí, nos referimos al alcance normativo y sobre que norma o normas se va a trabajar. Estará compuesto por el al conjunto de requisitos del SGC, por ejemplo, los procesos, procedimientos, planes, políticas, métodos, etcétera, dentro del sistema o una parte de este.

e. Las partes interesadas externas e internas afectadas por el proyecto.

Los proyectos, durante su ciclo de vida afectan a distintas partes interesadas respecto a los objetivos y requerimientos de este, principalmente al cliente. El propósito es identificarlas para conocer quiénes pueden implicar un problema o ser impulsoras para su buen término. Obtener el compromiso y la aprobación de todos los implicados en cuanto a sus roles y participación en la implementación del proyecto de SGC, comenzando por la gerencia, es un requisito para su éxito.

Esto es debido a que nos permite planificar sus tareas, coste, plazo y calidad dentro del proyecto, por ejemplo, en caso de ser necesaria la subcontratación de una consultora externa en formación de compliance o la necesidad de contar con asesores externos para planificar el alcance del producto o del servicio, es decir, formarán parte de la ejecución.

Suele darse también la confusión al interpretar que las partes interesadas del proyecto son las mismas del sistema, algunas podrán coincidir, pero otras no. Las partes interesadas en compliance son las que afectan al cumplimiento, de forma positiva o negativa y dentro de las operaciones.

En caso de que seamos una consultoría externa, el cliente es una parte interesada que afecta directamente a nuestro compromiso con el proyecto. Un buen ejemplo de parte interesada como aspecto negativo puede darse en caso de que nuestro cliente ante una situación contemplada en el artículo 31 Quater de Código Penal, nos busque para atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica al necesitar implementar un SGC antes del juicio oral, en este supuesto será parte interesada del proyecto el juzgado o tribunal que conozca y a quién se deberá rendir cuentas, por ello las restricciones juegan un papel muy importante en cuanto a los posibles riesgos del proyecto.

Consecuentemente, es importante que todos los involucrados en la gestión y ejecución de un proyecto de SGC (por ejemplo, el director del proyecto y las personas o miembros del equipo, como la organización y sus miembros, incluido el compliance officer en su caso) entiendan la relación existente entre los objetivos del proyecto y los resultados que son perseguidos por la organización concreta.

f. El ciclo de vida del proyecto y las restricciones de tiempo, costo y calidad.

EL ciclo de vida es la secuencia lógica y organizada por fases de un proyecto, conectadas por hitos de decisión de acuerdo con las necesidades de dirección, gobernanza y control. Cada fase estará debidamente planificada en tareas y subtareas que conectan el inicio con el cierre del proyecto, momento que obtenemos todos los entregables que no se hayan entregado en cada fase, es decir, todo el SGC.

Es importante controlar las restricciones de alcance, costo, calidad y tiempo (cronograma), ya que pueden tener un impacto en las decisiones tomadas dentro de los procesos de gestión de proyectos, todos ellos están relacionados, de tal forma que un cambio en una de ellas puede afectar a las demás y a los entregables (el propio SGC).

Existen muchas restricciones diferentes dentro del ciclo de vida que pueden ser impuestas a un proyecto de SGC. Algunas restricciones pueden ser:

- La duración o fecha de cierre del proyecto.
- El presupuesto del proyecto incluyendo todos los medios económicos y financieros para las adquisiciones.
- La capacidad y disponibilidad de recursos del proyecto tales como el personal, infraestructura, tiempo, equipamiento, materiales, herramientas y otros requeridos para llevar a cabo las actividades relacionadas con sus requisitos y especificaciones.
- El nivel de exposición aceptable de riesgo del proyecto.
- Su impacto potencial en la organización y en las partes interesadas externas.
- Las leyes, fallos jurídicos y otros requisitos legales.

g. El proyecto concluido y las operaciones de compliance.

Al ser un proyecto de carácter temporal no debemos confundir con operaciones, un proyecto concluirá cuando hayamos implementado el propio SGC, sea aceptado y este comience a operar en la organización, es un hito elemental.

El cierre implica la capacidad de operar el SGC con eficacia y eficiencia en la organización de forma integrada en los procesos de negocio, para ello es necesario haber implementado adecuadamente los procesos, procedimientos, medidas y controles, integrado técnicas, herramientas y métodos para cumplir con los objetivos propuestos y requisitos de compliance, como capacitado a las personas de la organización para cumplir sus requerimientos.

Esta corrupción de conceptos es la que ha permitido que los proyectos de implementación se vuelvan incontrolables o que pasen al modo de operaciones, es decir, de aplicación y mantenimiento, sin haber sido debidamente concluidos por falta de planificación de sus restricciones y requisitos.

¿QUÉ FASES VAMOS A SEGUIR DURANTE EL CICLO DE VIDA DEL PROYECTO?

Se pueden identificar cuatro fases a seguir en la dirección del proyecto: **Iniciación, Planificación, Ejecución y Cierre, que serán monitorizadas y controladas a lo largo del ciclo de vida del proyecto,** con el fin de verificar que no se desvía de su línea base planificada y dentro del alcance, el tiempo, la calidad y su costo, así como también controlaremos los cambios y/o las posibles mejoras que debamos adoptar durante la implementación del SGC.

Hay que saber diferenciar los procesos de gestión del proyecto y los del producto/ servicio en este caso el SGC, como de aquellos que nos ofrecen soporte, todo dentro de la planificación del mismo.

EL PROYECTO DE COMPLIANCE COMO GESTIÓN DEL CAMBIO:

Los entregables (productos o servicios) del proyecto de un SGC tienen que ser considerados como un medio para un fin, y es lograr los resultados buscados para que produzcan beneficios cuantificables y resultados medibles en la gobernanza y dirección de la organización en su toma de decisiones, para que pueda ser valorado como una ventaja organizativa el establecimiento de una cultura de compliance.

La gestión del cambio, en compliance, debe buscar generar el entorno a través de resultados, es decir, **la cultura para que cambie debe estar integrada en los procesos de la organización y son los buenos resultados en compliance los que la cambian,** para ello es necesario definir una estrategia y un plan de transición que defina los objetivos a través de una infraestructura de procesos definidos, debidamente controlados y supervisados, a la par de que se forme, se conciencie y se generen responsabilidades y obligaciones definidas por roles según el puesto que se desarrolle dentro de la organización.

El plan de gestión de cambio o transición durante el proyecto consiste en planificar, ejecutar y controlar las actividades que apoyan los cambios organizativos en compliance, que deben llevarse a cabo para que los entregables del proyecto de compliance se integren positivamente en la labor diaria y se puedan lograr los beneficios.

En la siguiente imagen podemos observar un ejemplo de cómo operan las fases respecto al valor ganado de la organización, en cuanto al esfuerzo planificado, el cronograma y los recursos consumidos.

El Plan de Transición es una manera eficaz de establecer los objetivos, prerrequisitos, actividades y responsabilidades para cambiar el estado de la organización sin que por ello se interrumpa las actividades de negocio, facilitando la correcta integración de los entregables y de los elementos.

En resumen, adoptar un enfoque en proyectos nos permite establecer proyectos de SGC con calidad que proporcionen a los clientes un verdadero valor sobre el resultado del propio sistema y respecto a ese cambio en la transformación cultural de la organización dentro del plazo y del presupuesto.

BIBLIOGRAFÍA

ISO 21500:2012; "Directrices para la gestión de proyectos"

Guide to the Project Management Body of Knowledge o PMBOK, 6º edition.

"P2M": Project and Program Management for Enterprise Innovation. PM² project Management Methodology

LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ¿CUÁL ES EL ÓRGANO ADECUADO PARA DESEMPEÑAR ESA FUNCIÓN?

Luis Suárez Mariño
Abogado. Socio de Defensa y Compliance s.l.p.
W3 prevención y Compliance s.l.

Introducido en nuestro ordenamiento el llamado "Compliance", con motivo de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro, Código Penal, es el propio código el que quien regula la figura del llamado "Compliance Officer" como órgano de la propia persona jurídica a quien se atribuye la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado como medio de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En concreto el artículo 31 bis redactado por el número veinte del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su número 2 prevé que para que la persona jurídica pueda eximirse de responsabilidad por delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, cuando sean cometidos 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, que, entre otras condiciones:

1.ª El órgano de administración haya 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 y

2ª La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya 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;** es decir, que la persona jurídica haya nombrado un Compliance officer, que puede ser un órgano unipersonal o colegiado, al que atribuya la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado; a no ser, según indica el propio precepto, que esa función de control y supervisión, venga ya atribuida a un órgano ya existente al que la propia ley atribuya dicha función, que es lo que ocurre en las sociedades cotizadas con el Comité o **Comisión de Auditoría.**

EL ÓRGANO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS.

La **Comisión de Auditoría** es objeto de regulación en la legislación mercantil **(Artículo 529 quaterdecies de la Ley de Sociedades de Capital)**, tanto por lo que se refiere a su obligatoriedad para las sociedades cotizadas como a su composición, presidencia y funciones mínimas, entre las cuales se incluye la de supervisar la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y la de informar sobre

estas materias a la junta de accionistas.

Por lo que se refiere a su composición el propio **art. 529 quaterdecies** establece que la comisión de auditoría estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el Consejo de Administración, la mayoría de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes y uno de ellos será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas.

En su conjunto, los miembros de la comisión tendrán los conocimientos técnicos pertinentes en relación con el sector de actividad al que pertenezca la entidad auditada.

El Presidente de la Comisión de Auditoría será designado de entre los consejeros independientes que formen parte de ella y deberá ser sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese.

Será en los Estatutos de la sociedad o el Reglamento del consejo de administración, de conformidad con lo que en aquellos se disponga, donde se establecerá el número de miembros y regularán el funcionamiento de la comisión, debiendo favorecer la independencia en el ejercicio de sus funciones.

La Recomendación 40 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas elaborado con el apoyo y asesoramiento de la Comisión de expertos y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015, establece *"Que bajo la supervisión de la comisión de auditoría, se disponga de una unidad que asuma la función de auditoría interna que vele por el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno y que funcionalmente dependa del presidente no ejecutivo del consejo o del de la comisión de auditoría"*.

A la vista de lo expuesto, resulta que en las sociedades cotizadas, la función de Compliance, como órgano autónomo será pues desempeñada por la Comisión de Auditoría.

Sociedades cotizadas como **Inditex** acogen este modelo, atribuyendo entre sus principales funciones al, que denomina en sus Estatutos, "Comité de Auditoría y control" las de:

- *"Revisar periódicamente la política de control y los sistemas de gestión de riesgos, la cuál contendrá, al menos, los distintos tipos de riesgo, la fijación del nivel de riesgo que se considera aceptable, las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados y los sistemas de información y control interno.*

- *Examinar el cumplimiento del Reglamento Interno de Conducta en los Mercados de Valores, del presente Reglamento y, en general, de las reglas de gobierno de la Sociedad y hacer las propuestas necesarias para su mejora.*

- *Recibir información y, en su caso, emitir informe sobre las medidas disciplinarias que se pretendan imponer a miembros del alto equipo directivo de la Sociedad.*

- *Informar durante los tres primeros meses del año y siempre que lo solicite el Consejo de Administración sobre el cumplimiento del Código Ético de Conducta y de los documentos adicionales que conforman el modelo de cumplimiento normativo interno vigente en cada momento, así como hacer propuestas al Consejo de Administración para la adopción de medidas y políticas tendentes a mejorar el cumplimiento de dicho modelo de cumplimiento normativo."*

Por otra parte y **también en relación a las sociedades cotizadas el art. 529 octies de la Ley de Sociedades de Capital, atribuye, entre otras funciones, al Secretario del Consejo de Administración, una función de control del cumplimiento de la legalidad**, *"la de velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna"*.

Este solapamiento de funciones de control hace **recomendable**, con el fin de dotar a las mismas de la correspondiente uniformidad, **que el Secretario del Consejo, al que normalmente no se le atribuyen funciones ejecutivas, pueda formar parte de la propia Comisión de Auditoría, a la que se le atribuye la función de control de la legalidad y normativa interna en la sociedad**.

Esta recomendación, que no imposición normativa, la siguen algunas sociedades cotizadas como por ejemplo **Acciona,** que prevé en sus estatutos que *"serán Secretario y, en su caso, Vicesecretario de la comisión ejecutiva y de la comisión de auditoría quienes lo sean del Consejo de Administración"*; o **Endesa** *"El Secretario del Comité de Auditoría y Cumplimiento será el del Consejo de Administración quien levantará acta de las sesiones, dando cuenta al Consejo de Administración de los acuerdos adoptados. Las actas del Comité de Auditoría y Cumplimiento deberán estar a disposición de todos los miembros del Consejo de Administración. El Secretario, sin perjuicio de las funciones atribuidas en el Reglamento del Consejo de Administración, dará asimismo apoyo al Comité de Auditoría y Cumplimiento en todas las cuestiones que le afecten, incluido el apoyo al Presidente en el establecimiento del programa anual de trabajo y en la elaboración del orden del día de las reuniones; la redacción del Informe de actividades del Comité de Auditoría y Cumplimiento y del Informe sobre operaciones vinculadas; así como la recopilación y distribución de los documentos relativos al orden del día, entre otros."*

Otras sociedades cotizadas, como el caso de **Bankia**, dejan abierta esta posibilidad sin imponerla, al establecer sus estatutos que *"El comité de auditoría contará con un secretario y, potestativamente, con un vicesecretario, que podrán no ser consejeros y ser personas distintas del secretario y el vicesecretario del consejo de administración, respectivamente"*. En el mismo sentido, v.gr. **Grifols.**

EL ÓRGANO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO EN LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS

Tratándose de sociedades no cotizadas, habrá que distinguir entre aquellas que están autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y aquellas que por su dimensión no lo están.

Las primeras, como es sabido, son aquellas que durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Para las sociedades que no puedan formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, el órgano de control del cumplimiento o Compliance officer habrá de ser, como vimos, -con el fin de que el programa de prevención pueda actuar como causa de exoneración de la responsabilidad penal cuando el delito sea cometido por los más altos representantes de la sociedad o por quienes están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma- un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control.

Ahora bien, ¿Podría ser atribuible esta función a un órgano ya existente? Cómo vimos a **la figura del secretario del Consejo de Administración** de vieja raigambre en nuestro derecho societario, pero que adolece de una adecuada regulación, al regularse su figura y funciones únicamente en relación a las sociedades cotizadas, en el art. 529 octies de la Ley de sociedades de capital, **tradicionalmente se le ha atribuido como una de sus funciones especiales, la de velar por que las actuaciones del consejo de administración se ajusten a la normativa aplicable y sean conformes con los estatutos sociales y demás normativa interna; por ello no parecería descabellado** que el Secretario del Consejo de administración, en consonancia con las funciones que le son propias, **pudiera asumir con rigor la función de Compliance o formar parte del órgano colegiado al que se atribuya dicha función por el órgano de administración**.

Cómo escribe Esteban Rivero(1), "En nuestro entorno internacional se plantea también la discusión respecto de las ventajas e inconvenientes de fusionar las posiciones de Chief Compliance Officer y Secretario del Consejo de Administración tomándose en consideración la dimensión de la empresa -junto con las distintas estructuras y líneas de actuación-, las limitaciones presupuestarias, la experiencia del personal implicado, la naturaleza y variedad geográfica de la empresa, el alcance de las regulaciones que deben ser abordadas y el resultado de la evaluación de riesgos de la empresa".

Por otra parte, no podemos dejar de lado que **sociedades de capital** domiciliadas en España, que cumplan alguna de estas tres condiciones:

a) Un capital social igual o superior a 300.506 euros

b) Un volumen de negocios, según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado, alcance la cifra de 601.012 euros

c) Una plantilla fija superior a cincuenta trabajadores.

y también las Sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 300.506 euros o su plantilla de personal fijo supere los cincuenta trabajadores; todas ellas están **obligadas, en virtud de lo dispuesto en la Ley 39/75 y su Reglamento de desarrollo RD 2288/1977, a designar un letrado asesor, ejerciente, al que corresponde, además de las funciones propias de su profesión que puedan asignarle los Estatutos de la Sociedad, asesorar en Derecho sobre la**

legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional; sancionando la Ley el incumplimiento de esta disposición de una manera un tanto lacónica, pero de significado que puede ser trascendental, para las personas que ostentan el cargo de administrador al establecer que *" El incumplimiento de lo establecido en la Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador".*

De lo dispuesto en esta ya antigua pero vigente Ley, se infiere:

1º.- Que un buen nutrido número de sociedades de nuestro país han de contar por imposición legal con un letrado asesor, con independencia de que su órgano de gobierno, sea o no un Consejo de Administración.

2º.- Que **en el caso de que estemos en presencia de un Consejo de Administración parece lo más lógico que el Secretario del mismo se haga coincidir con la figura del letrado asesor externo, y que el mismo sea igualmente, la persona más idónea para encarnar la figura del Compliance officer o formar parte del órgano colegiado al que se atribuya dicha función,** pues además de unificar con ello funciones de control del cumplimiento normativo y evitar disensiones innecesarias, como indica Esteban Rivero (2), "tener al máximo responsable interno del Cumplimiento Normativo formando parte (formar parte no significa ser miembro, pensemos por ejemplo en los Secretarios de Consejo no consejeros) de la más Alta Dirección aumenta su autoridad dentro de la jerarquía corporativa lo que ayuda a asegurar que el Chief Compliance Officer tendrá el estatus suficiente y consecuentemente mayor facilidad para poder realizar con eficacia la función de Cumplimiento. Por otro lado, es indudable que la combinación de funciones va a permitir que el Consejo de Administración no quede frustrado a la hora de actuar, conociendo desde un primer momento cuál es la opinión que desde Cumplimiento se tiene respecto de un asunto concreto y, de esta forma la seguridad jurídica interna que se aporta es muy superior… y evitará no sólo la frustración de las decisiones una vez adoptadas sino también alejará el riesgo de responsabilidad medular que corresponde al más alto centro de toma de decisiones de la empresa pues la opinión combinada desde el punto de vista de negocio y legal junto con el conocimiento de las mejores prácticas del sector concreto ayudará indudablemente para encontrar la solución óptima entre las posibles y armonizar el doble objetivo de la gestión del negocio y el cumplimiento de la normativa aplicable."

En aquellas sociedades que no cuenten con un órgano de administración colegiado pero estén obligadas a contar con un letrado asesor, será éste la persona idónea para encarnar el cargo de Compliance officer.

Por último cuando se trate de **sociedades de pequeñas dimensiones, es decir**

EL ÓRGANO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO EN LAS SOCIEDADES DE PEQUEÑAS DIMENSIONES, NO OBLIGADAS A CONTAR CON LETRADO ASESOR

aquellas que pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, que son la inmensa mayoría de las que conforman el tejido empresarial de nuestro país, la función de Compliance puede ser ejercida por el propio órgano de gobierno, conforme indica el propio **art. 31 bis en su apartado 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"*; solución que consideramos idónea para aquellas sociedades más pequeñas que no están obligadas a contar con letrado asesor, y que tienen una estructura muy pequeña, y sin que esta solución no implique que el propio órgano de administración, que por propia lógica será no colegiado, pueda contratar un servicio externo de asesoramiento y apoyo para el cumplimiento de esta labor de control.

(1)Esteban Rivero, J. Salvador "Revista de Derecho Mercantil". Abril 2016
(2)Esteban Rivero, J. Salvador (op.cit.)

EL MAPA DEL FRAUDE CORPORATIVO EN AMÉRICA LATINA

Fernando Peyretti
Latam Forensic Co-Leader
BDO

Para lograr un entendimiento profundo del impacto del Fraude en las organizaciones en Latinoamérica, es relevante comprender las características de las organizaciones que desarrollan actividades en esta región, y para ello, utilizaremos como descriptores de esta cuestión, **los resultados y conclusiones de "El Mapa del Fraude Corporativo en América Latina 2018/2019", publicado por BDO.**

Este estudio se llevó adelante a través de un relevamiento desarrollado en 18 países de Latinoamérica, en el cual, el 67% de las respuestas analizadas provinieron de empresas privadas de origen nacional, y un 18% de empresas privadas de origen multinacional; obteniéndose un 85% de las respuestas de empresas. Del total de encuestados por este estudio, un 52% corresponde a personas con cargos directivos en sus organizaciones.

Así mismo, el 76% de las organizaciones que participaron de este estudio tienen hasta mil empleados, y el 54% tienen ventas por diez millones de dólares por año.

En cuando a los sectores más representativos, los cuales consolidan un 59% de las respuestas, observamos lo siguiente: el sector de "Servicios" aportó un 20% de las respuestas, "Bancos y compañías aseguradoras" un 14%, "Ventas al por menor" un 13% y las "Empresas Industriales" un 12%.

En un contexto en el que año tras año se observa un mayor *enforcement* de la FCPA es trascendental comprender el contexto en el que las compañías desarrollan sus actividades en Latinoamérica, para dimensionar adecuadamente los riesgos específicos a los que están expuestas, y pueden generar potenciales sanciones bajo la aplicación de la FCPA.

El fraude corporativo, como fenómeno organizacional, sabemos que afecta a todas las organizaciones, y las pérdidas generadas por los casos de fraude, además de impactar directamente sobre las empresas involucradas también se trasladan a inversionistas, proveedores, al sistema financiero, y a las comunidades en las que ocurren dichos casos. Sin embargo, **en América Latina, el 69% de los encuestados ignora el impacto que tiene el fraude corporativo en las organizaciones para las que trabajan**.

Por otra parte, el estudio ha identificado que solo el 17% de las organizaciones consideran estar realmente preparadas para prevenir, detectar y dar respuesta al Fraude Corporativo. En este contexto, solo el 31% de las organizaciones declararon haber sido víctimas de algún tipo de fraude, y de este porcentaje se obtuvo un promedio de 13 casos de fraude por año, detectados para el conjunto de organizaciones que lograron dimensionar la ocurrencia de este fenómeno.

Cuando nos referimos a esquemas de fraude desarrollados en el contexto de las organizaciones, los mismos se subdividen en tres categorías:

- Apropiación indebida de activos[i]
- Corrupción[ii]
- Estados Financieros Fraudulentos[iii]

A nivel internacional, en términos de frecuencia, la mayor cantidad de fraudes corporativos que se producen están dentro la categoría, "Apropiación Indebida de Activos" (en un 89% de los casos), seguidos por esquemas categorizados dentro de "Corrupción" (en un 38% de los casos), y por último "Estados Financieros Fraudulentos" (en un 10% de los casos)[iv]. La sumatoria porcentual excede el 100%, ya que en las mediciones internacionales realizadas por el ACFE, se contemplan esquemas de fraude que por sus particularidades se han categorizado en más de una categoría.

Respecto de la realidad latinoamericana, nos encontramos con un escenario distinto al internacional. En "El Mapa del Fraude Corporativo en América Latina 2018/2019", se identificó que la primera categoría de esquemas de fraude en la región es "Corrupción" con un 52%, en un segundo lugar, "Apropiación Indebida de Activos", con un 45%, y en un tercer lugar, "Estados Financieros Fraudulentos" con un 3%.

Una característica significativa de la categoría "corrupción" es que incluye los esquemas de fraude típicamente desarrollados por los mandos medios de las organizaciones, y desde la perspectiva de riesgo de incumplimientos que deriven en sanciones por aplicación de la FCPA, esta categoría es la que implica mayores riesgos, presentando, el escenario latinoamericano, un contexto que requiere dimensionar adecuadamente este riesgo, y en consecuencia adoptar estrategias para gestionarlo.

Continuando con la descripción de la realidad regional, **respecto de la detección, encontramos que las denuncias representan la primera categoría, esto si bien está alineado a la realidad internacional;** ya que a nivel global, los esquemas de fraude se detectan en un 40%, como consecuencia de reportes[v] ; en América Latina, solo un 32% de los casos se detectan a través de reportes (de los cuales el 23% son denuncias que no fueron canalizadas a través de Línea de reporte, y el 9% sí fueron canalizadas a través de estos dispositivos)[vi]. Según nuestras conclusiones, la región muestra en este punto un todavía incipiente uso de estas herramientas, que de mantenerse la tendencia, se logrará alcanzar un porcentaje similar al de las estadísticas internacionales.

Desde la perspectiva de las organizaciones latinoamericanas, en la actualidad, los entornos de control interno aún tienen rasgos de inmadurez, ya que al momento de describirse las causas que posibilitan la ocurrencia de esquemas de fraude, se destacan las siguientes:

- Ausencia de control interno 42%
- Deficiencia de control interno 61%
- Deficiente supervisión por la gerencia o alta dirección 50%
- Directivos que no inspiraron una cultura ética 32%
- Ausencia de personal calificado en la supervisión de controles 42%
- Ausencia de auditores independientes 16%
- Jerarquía poco clara 15%
- Esquema de reportes de información insuficientes 25%
- No sabe 4%
- Otro 6%

Adicionalmente, y reforzando lo mencionado previamente, se concluyó que el 55% de las investigaciones de fraude no estuvieron basadas en un protocolo de investigaciones previamente establecido, y que en el 40% de los casos las habilidades técnicas no fueron suficientes para aportar las evidencias apropiadas para el caso investigado.

Respecto del perfil de los defraudadores, en América Latina se identifican tres tipos consolidados de defraudadores, los más significativos incluyen personas de 31 a 40 años de edad (involucrados en el 50% de los casos detectados), personas de hasta 30 años (involucrados en el 29% de los casos detectados), y un tercer rango etario de personas de entre 41 a 50 años (involucrados en el 29% de los casos detectados). **Desde el punto de vista de los potenciales defraudadores,** estas cifras nos muestran un escenario de mucha complejidad, ya que **se observa que la ejecución de esquemas de fraude trasciende e involucra a todos los miembros de las organizaciones.**

Por último, y analizando los elementos que típicamente implementan las organizaciones en Latinoamérica para gestionar los riesgos de incumplimiento de FCPA, los programas anticorrupción presentes en Latinoamérica muestran una clara necesidad de rápida actualización para desarrollar una gestión de riesgos de incumplimientos de FCPA adecuada.

La presencia de un sistema robusto de controles anticorrupción puede ser un poderoso elemento disuasorio, así como un mecanismo de prevención, detección, y respuesta frente a la corrupción.

Sin embargo, **los programas de Compliance se encuentran en sus primeras etapas de desarrollo en Latinoamérica, siendo las empresas multinacionales quienes tienen mayor experiencia en estas prácticas**. Actualmente las organizaciones en Latinoamérica manifiestan tener programas anticorrupción con los siguientes elementos:

- Código de Ética y Conducta (en un 67% de los casos);
- Función de Auditoría Interna desarrollada (en un 59% de los casos);
- Canales de Denuncia (en un 50% de los casos);
- Análisis de Riesgos de Fraude (en un 35% de los casos);
- Capacitaciones anuales (en un 31% de los casos);
- Procedimientos de Debida Diligencia de integridad (en un 29% de los casos);
- Protocolos de Investigación (en un 19% de los casos);
- Monitoreo de Indicadores de Fraudes (en un 16% de los casos);
- Controles antifraude en sus procesos (en un 12% de los casos);

De forma complementaria, el 41% de los encuestados considera que la cantidad de casos de fraude aumentará durante el 2019, y en los países que ya cuentan con regulaciones anticorrupción, señalando los más importantes: Argentina, Brasil, México, Colombia, Perú, y Chile; solo el 38% de las organizaciones tienen conocimiento del impacto que generan estas normas en sus organizaciones.

Como conclusión, desde el punto de vista de las organizaciones en Latinoamérica, nos encontramos con organizaciones que tienen un bajo nivel de conocimiento respecto de los esquemas fraudulentos de los que son víctimas, y un desarrollo de programas de Compliance Anticorrupción muy incipiente, e insuficiente para prevenir, detectar y dar respuesta al desarrollo de esquemas de fraude que involucren a las organizaciones, y que pudieran implicar incumplimientos respecto de la FCPA; en una región que adicionalmente también se encuentra en pleno desarrollo de normas anti-corrupción en muchos de sus países, y con un *enforcement* cada vez más fuerte por parte de los reguladores de EE.UU.

Este cambio de paradigma que estamos viviendo en la actualidad, implica como requisito básico de toda organización que desee desarrollar actividades de forma sustentable, la implementación de programas de Compliance Anticorrupción, como parte de su estrategia de negocios.

[i] La tipología "Apropiación Indebida de Activos" incluye a todos los esquemas de fraude, por medio de los cuales, un empleado o un conjunto de empleados, haciendo un uso ilegítimo de las atribuciones que tienen sus roles en el marco de una organización, realizan maniobras de robo, hurto, o utilización de los activos de la compañía con finalidades que no se corresponden el desarrollo de los negocios (por ejemplo, robo de efectivo de la compañía, esquemas de facturación falsos o rendiciones de gastos fraudulentos).

[ii] La tipología "Corrupción" incluye a todos los esquemas de fraude, por medio de los cuales, un empleado o un conjunto de empleados, haciendo un uso ilegítimo de las atribuciones que tienen sus roles en el marco de una organización, influencian de forma indebida una transacción de negocios, con el fin de obtener un beneficio ilegítimo directo o indirecto (por ejemplo, esquemas que involucran sobornos o conflictos de interés).

[iii] La tipología "Estados Financieros Fraudulentos" incluye a todos los esquemas de fraude, por medio de los cuales, un empleado o un conjunto de empleados, haciendo un uso ilegítimo de las atribuciones que tienen sus roles en el marco de una organización, intencionalmente, provocan, a través de la manipulación indebida de la información contable de una organización, que los estados financieros de la misma no representen de forma razonable la realidad económica de la organización (por ejemplo, registrar ingresos ficticios, subestimar los gastos reportados o incrementar artificialmente los activos reportados). 2018 Report to the Nations, página 78 Copyright 2018 by the Association of Certified Fraud Examiners, Inc.

[iv] 2018 Report to the Nations, página 14. Copyright 2018 by the Association of Certified Fraud Examiners, Inc.

[v] 2018 Report to the Nations, página 17. Copyright 2018 by the Association of Certified Fraud Examiners, Inc.

[vi] El Mapa del Fraude Corporativo en América Latina 2018/2019, página 7. BDO

AEAEC

CASINTRA GRUPO

La historia de una sociedad cooperativa formada por transportistas autónomos, que hoy constituye un grupo logístico integral de referencia nacional, comprometido con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el cumplimiento legal.

La historia de CASINTRA GRUPO comienza a principios de los años 70 como una asociación de pequeños autónomos que deben unirse y conseguir economías de escala frente a la creciente competencia nacional y extranjera a la que se enfrentaba el mundo del transporte por carretara.

Surge así, en agosto de 1971, con la aparición de la Ley de Sociedades Cooperativas, **CASINTRA, SDAD. COOP LIMITADA**, fruto la iniciativa de crear una cooperativa que agrupe al mayor número posible de transportistas autónomos.

Será en los 90 cuando se dé un salto cualitativo con la creación de **CASITRAN, S.A.**, participada al cien por cien por **CASINTRA**, y la definitiva modernización de la cooperativa que en 1995 recibió el premio a la Mejor Empresa Asturiana del año. En esta misma década, se convierte en la primera empresa de transportes asturiana que cuenta con la certificación de calidad ISO 9002 (actualmente ISO 9001) para las dos empresas del Grupo.

Desde sus inicios hasta la actualidad, la nota característica de la Cooperativa, que en la actualidad cuenta con unos 285 socios cooperativistas, ha sido el convencimiento de que el competitivo mundo del transporte exigía implantar un sistema de gestión empresarial totalmente profesionalizado, junto con la creación de una red comercial estable. (Actualmente Casintra cuenta con centros logísticos y delegaciones en Barcelona, Bilbao y Madrid) y la **vocación de ser un referente en el mundo del transporte regional, nacional e internacional.**

Tiene una **gestión profesionalizada.** Diferentes departamentos hacen que desde la propia empresa se de soporte a toda nuestra estructura y negocio. Todo ello bajo el control de la Dirección de la empresa, a través de su Presidente y el Consejo Rector, que es el que vela por hacer cumplir la voluntad de la Asamblea de Socios, que cada cuatro años escoge al presidente y al órgano ejecutivo de la Sociedad.

Somos una empresa comprometida con la Sociedad, prueba de ello es el compromiso de trabajo con sus socios y empleados, con los clientes; participando en actividades sociales, culturales y deportivas con el ánimo de contribuir a una sociedad más solidaria, dinámica, sostenible; que fomenta la igualdad, el respeto por la diversidad e integración.

En septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. **Casintra Grupo como empresa comprometida con los problemas actuales de la sociedad, considera imprescindible integrar dentro de sus políticas los ODS.**

- Nos certificamos en ISO 14001 en marzo de 2003. De cara al futuro inmediato, calcularemos nuestra Huella de Carbono para buscar nuevos modos de reducir tanto nuestras emisiones de CO2 como el resto de GEI a la atmósfera.
- Todos nuestros almacenes de la Sede Central están certificados para Ecoproductos según los criterios del COPAE.
- Actualmente toda la energía eléctrica consumida, consta de certificado de origen 100% renovable.
- Estamos también certificados en OSHAS 18001 desde septiembre de 2015, y este año 2019 hemos pasado a formar parte de la Red de Empresas Saludables de Asturias.
- Disponemos de almacenes certificados en IFS Logistics desde diciembre de 2017.
- Somos miembros del Instituto de Responsabilidad Social, promovida por el Club Asturiano de la Calidad.
- Colaboramos en diferentes organizaciones como ACCEM, Acción Contra el Hambre, AJE Asturias, Club Natación MareAstur, Asociación Galbán, FUNDAVI Avilés, y en diferentes eventos como La Ruta Solidaria del Rey Mago, Asturias Movember,...

Desde hace tiempo, contamos con una **política de prevención de delitos**, resultado de su compromiso fundamental de cumplir en su actuación y en sus relaciones con terceros, todas las leyes que resulten aplicables. De acuerdo con las exigencias con que debe de contar un programa de prevención de delitos, contamos con un canal de denuncias que permite presentar denuncias relativas a incumplimientos legales y/o mantener comunicaciones con el Órgano de Supervisión de forma confidencial.

¿QUÉ OFRECE CASINTRA A SUS SOCIOS COOPERATIVISTAS?

- Gestiones de administración: facturaciones, control de documentos,...
- Gestiones de aprovisionamientos y compras de: neumáticos, gasóleo, tarjetas, telefonía,...
- Soporte financiero: control de facturaciones, asesoría, pagos,...
- Soluciones en seguros: gestión de seguros, fondo de auxilio, servicios de Consejero de Seguridad para el transporte de mercancías peligrosas (ADR),...

¿A QUÉ SE DEDICA CASINTRA GRUPO?

El objetivo de la empresa es dar un servicio logístico integral y eficiente.

A día de hoy disponemos de 350 vehículos de diferente tipología: tautliner, compocar, frigoríficos (temperatura controlada), camiones basculantes, camiones portacontenedores, camiones con plataforma,...

El transporte está totalmente integrado en las dos líneas de negocio que tiene la empresa: La división de almacenes, logística y transporte nacional e internacional; y la división de granel nacional e internacional así como la de contenedores.

En el año 2016 CASINTRA GRUPO da un salto cualitativo al ser reconocido por parte del Estado Español como **OPERADOR ECONÓMICO AUTORIZADO con máxima calificación a nivel europeo que otorga la agencia AEAT respeto a aduanas**.

Disponemos de depósitos aduaneros (DA9), almacenes de depósito temporal (ADT), locales autorizados para mercancía en exportación (LAME), aumentando el porfolio de servicios. Éste departamento, de funcionamiento independiente en el grupo, está directamente vinculado a las dos líneas de negocio, dando soporte documental y de asesoramiento a cualquier operación vinculada a exportación e importación de mercancías. **Dentro de ésta línea de negocio la empresa dispone de depósitos aduaneros, depósito aduanero temporal, aumentando el portfolio de servicios que ofrecemos con ello.**

La **división de contenedores** ubicada en el puerto de Gijón opera bajo la sociedad **INTERCARGO ASTURIAS S.L.**
Está dedicada a realizar todo tipo de operaciones vinculadas a cargas de proyectos, llenados, vaciados, posicionamiento a pie de buque o en las instalaciones de nuestros diferentes clientes, e incluso el mantenimiento para navieras de los equipos.

Somos una empresa comprometida con la calidad y el medio ambiente, cuestiones que nos diferencian y dan valor en sí mismo a nuestro Grupo.

Casintra sin dejar la idiosincrasia de Sociedad Cooperativa poco a poco se ha ido transformando a un Operador Logístico Global, focalizado al sector industrial.

Nuestra sociedad tiene una **misión y valores muy claramente definidos:**

- Expansión Comercial.
- Fidelización del cliente.
- Calidad de servicio.
- Gestionar adecuadamente los residuos generados.
- Realizar un consumo razonable de los recursos.
- Velar por la seguridad y salud de nuestros trabajadores.

A día de hoy somos una realidad en la aportación de soluciones logísticas. La compañía se ha ido adaptando al siglo XXI poco a poco, pero con paso firme y sólido que nos permite competir en la inmensidad de nuestro sector dando un valor añadido en nuestros servicios, que es la profesionalidad y cercanía del equipo de CASINTRA GRUPO.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

Por **Sònia Argemí Valls y Manuel Montesdeoca de la Fuente**

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 162/2019, de fecha 26/03/2019

Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 234/2019, de fecha 08/05/2019

Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 338/2019, de fecha 03/07/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 499/2019, de fecha 23/10/2019

Ponente: J. Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 515/2019, de fecha 29/10/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 530/2019, de fecha 31/10/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 162/2019, DE FECHA 26/03/2019

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Siero (Asturias) incoó diligencias por delito contra los derechos de los trabajadores, contra dos personas físicas, Rodolfo y Samuel.

El procedimiento se dirigía también contra una sociedad limitada unipersonal, del que el primero de aquellos era propietario, administrador y representante legal. Dicha sociedad era titular y responsable del establecimiento mercantil dedicado a la actividad de alterne y prostitución, con licencia para pensión de una estrella, cafetería y sala de fiestas.

El otro acusado, Samuel, era el gerente, encargo del club de alterne, ocupándose de la gestión ordinaria y de su normal funcionamiento; todo ello, en virtud de un poder general de administración.

En una visita realizada por miembros de la Inspección de Trabajo y de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil, se constató que en dicho local estaban trabajando como camareras de alterne y como captadoras de clientes para diferentes actividades de la empresa, a 38 mujeres que no constaban dadas de alta en la Seguridad Social, y algunas de ellas estaban en situación irregular en territorio español.

Una vez concluida la instrucción, se remitió la causa a la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Sección Tercera, para su enjuiciamiento.

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Rodolfo Y Samuel , como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 2 años y seis meses de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pena de 12 meses de multa con cuota de 10 euros día, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, para cada uno de ellos, así como al abono de las costas causadas por mitad e iguales partes. Los condenados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Tesorería de la Seguridad Social la cantidad de 1.037,03 euros, más los intereses legales devengados con arreglo a lo previsto en el art. 576 de la L.E. Civil. Se acuerda la suspensión de actividades y clausura del Club Models por tiempo de dos años."

Los acusados presentaron Recurso de Casación que resuelve el Tribunal Supremo en su recurso 162/2019, en relación con un delito del art. 311 Cp, que en lo relativo a la suspensión de la actividad del establecimiento, señalando la sentencia comentado en su FJº 5º, lo siguiente:

"QUINTO. - En el cuarto y último motivo del recurso se denuncia la vulneración del principio acusatorio y del principio de congruencia, con apoyo en el artículo 24 CE y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se argumenta que en los escritos de conclusiones no se interesó pena alguna para la mercantil ATURROBLEDO SL y no se pidió la pena de suspensión respecto de Rodolfo, por lo que la pena de suspensión de actividades que se la ha impuesto infringe el principio acusatorio.

El tipo penal contemplado en el ***artículo 311 CP no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento,*** *dado que esa eventualidad no se prevé expresamente, conforme a lo que exige el artículo 31 bis. Esta exclusión ha sido criticada doctrinalmente, pero, al margen de las opiniones que se puedan tener sobre la misma, es incuestionable.*

El art. 318 CP prevé una consecuencia singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores. Cuando los hechos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica responderán penalmente los administradores o encargados del servicio y no la propia sociedad, tal y como ha ocurrido en este caso, y se añade que podrá decretarse, además, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP, entre las que se encuentran la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años (artículo 33 . 37 CP). Para acordar esta suspensión no se exige que exista una previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad titular del establecimiento, que no es posible, sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla. Así se ha procedido en este caso, sin que la medida adoptada cause ningún género de indefensión porque la sociedad titular del establecimiento y a quien afecta de forma directa la decisión de suspensión fue citada a juicio y pudo ejercitar con plenitud su derecho de defensa. No ha habido lesión del principio acusatorio porque la consecuencia accesoria había sido oportunamente solicitada en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal (folio 355 vuelto) y tampoco ha habido lesión del derecho de defensa porque la sociedad titular del establecimiento fue parte procesal en el juicio y pudo ejercitar dicho derecho con plenitud.

El motivo se desestima".

Finalmente, la Sala acuerda la suspensión de actividades y la clausura del club MODELS por tiempo de DOS AÑOS.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 234/2019, DE FECHA 08/05/2019

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

La Sentencia nº 234/2019, de 09 de mayo de 2019 absuelve a una empresa por delito de falsedad en documento mercantil. Se trata de procedimiento abreviado (28/2016), incoado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Valencia, por un delito de falsificación y estafa, contra Graciela, Patricio, Vidal y contra la Unión Naval Valencia, S.A. Una vez concluida la instrucción, se remitió la causa, para su enjuiciamiento, a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, y en fecha 9 de noviembre de 2017 dictó sentencia número 587/2017.

En los Hechos Probados, se señala que los tres acusados, entre los años 2008-2010, por sus cargos de directores, ostentaban poder de decisión y actuación en la sociedad, y estaban autorizados en las cuentas bancarias de su titularidad. Durante aquellos años, la sociedad acusada, obtuvo diversas subvenciones por cursos de formación, financiados en parte con fondos europeos y nacionales. Según la sentencia, durante todo este tiempo, don Patricio, que se ocupaba en la empresa de la actividad de formación, personalmente o a través de otras personas que actuaban por orden suya, *"aprovechando la relación comercial que mantenía la empresa Unión Naval, S.A. con empresas que facturaban a la misma por otros trabajos contratados y realmente prestados, si bien, se incluía la actividad de formación (...) confeccionó documentos similares a las facturas de esos proveedores en las que se modificaban los conceptos haciendo constar que se habían realizado cursos de formación por los importes allí reflejados y se aportaban a la Administración tales documentos para obtener las subvenciones por cursos de formación que no se habían impartido con la duración, intensidad o contenido que en aquellas se reflejaba."*

El acusado, Patricio, por ejemplo, alteró la facturación real que tenía con una empresa de servicios, e incluso hizo firmar al administrador de la misma documentos en blanco. En 2009, se siguió la misma dinámica comisiva respecto a la obtención de fondos públicos de ayuda a la formación. Así en los años sucesivos, la empresa solicitó ayudas públicas, creando y aportando documentos similares a las facturas que emitía esta sociedad que era proveedor suyo, cuando en realidad la citada empresa no había confeccionado ninguna factura con ese importe por cursos de formación, sino por servicios, conforme pedido, no obstante, sí había realizado algún tipo de curso de formación.

Así, en concreto, según se señala en la sentencia como hecho probado, *"una de las facturas mendaces entregadas por los acusados para obtener la subvención, la correspondiente al número 026L/10 ya había sido fiscalizada por la Intervención General del Estado, en un muestreo encargado por el Ministerio concluyendo el interventor designado que debía devolverse dicho importe subvencionado porque el beneficiario Unión Naval Valencia S.A. no había justificado haber abonado el importe de dicha factura, incumpliendo en consecuencia los requisitos que daban derecho a su obtención."*

La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento: *"Que debemos condenar y condenamos a Patricio , como autor responsable criminalmente de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, a las penas de dos años de prisión, con la inhabilitación, especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de ocho meses con una cuota diaria de quince euros, con la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, más un tercio de las costas procesales. De dicha Multa responde directa y solidaria la empresa UNIÓN NAVAL DE VALENCIA SA. Y debemos absolver y absolvemos a Graciela y Vidal de los delitos continuados de falsedad y estafa, así como de fraude de subvenciones, y a Patricio de los delitos de estafa y fraude de subvenciones, declarando de oficio las costas procesales".*

Analizando ahora exclusivamente lo relativo a la responsabilidad penal de la persona jurídica, ésta interpuso recurso de casación, alegando por el cauce de la infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, la aplicación indebida del artículo 31.2 del Código Penal en su redacción anterior a la actualmente vigente, por considerar que dicho precepto está derogado y su aplicación vulnera los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso público con todas las garantías, conforme a lo establecido en los artículos 9.3 , 24 y 25 de la Constitución.

Acogiendo los argumentos de la recurrente, la sentencia comentada, en su fundamento jurídico quinto establece lo siguiente:

"Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la sanción penal de la persona jurídica, limitada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o representante, se imponía de modo objetivo ya que solo había que acreditar la relación jurídica del sancionado con la persona jurídica. A partir de la ley citada y de forma aún más incuestionable, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de autoresponsabilidad y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia, lo que tiene innegables consecuencias en el régimen de prueba así como en las garantías procesales que deben ser observadas para llegar a un pronunciamiento de condena. Desde esta perspectiva, la norma actual es más beneficiosa, no ya porque establece garantías procesales que no se han cumplido en este caso, sino porque sólo es posible la declaración de responsabilidad penal con fundamento en principios de autoresponsabilidad que en este caso no podían ser tomados en consideración. El sistema actual es incompatible con la normativa derogada, de ahí que resulta improcedente su aplicación. Con similares resultados se ha pronunciado la reciente STS 704/2018, de 15 de enero.".

Finalmente, la Sala confirma la condena al administrador, como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y absuelve a la mercantil de la responsabilidad directa y solidaria en el pago de la multa impuesta.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 338/2019, DE FECHA 03/07/2019

Vicente Magro Servet

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba incoó procedimiento abreviado contra dos personas físicas, Donato y María Antonieta y, una vez concluidas las diligencias de instrucción, remitió la causa a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, que con fecha 2 de febrero de 2018 dictó sentencia por la que se condenó a los acusados como autores penalmente responsables de delitos de falsedad en documento mercantil y hurto.

El acusado era trabajador de una joyería, donde tenía toda la confianza del propietario por los años en los que estuvo trabajando en la misma. Las joyerías implementan un sistema de recuperación del material sobrante de las joyas. Dicho sistema resulta ser muy efectivo para controlar las mermas, entendiéndose por mermas las diferencias que no se pueden observar físicamente, por cuanto representan la desaparición de materiales a lo largo del proceso productivo. La declaración de una merma mayor que la real constituye un medio idóneo para realizar una apropiación indebida de cierta cantidad de material (oro en el caso analizado), que se declara como merma, por tanto, pero que, en realidad está siendo apropiada indebidamente por el declarante. Habría, por tanto, una apropiación indebida de la diferencia entra la merma real y la declarada.

El acusado, abusando de la confianza, y con la clara intención de obtener un lucro, con el paso de los años se fue apoderando de diversas cantidades de oro, puesto que, como encargado, era quien recibía el material y lo pasaba al resto de trabajadores. También era el responsable de fundir y recoger las limallas para su posterior recuperación. De esta manera se iba apoderando lentamente de las cantidades de oro, modificando los libros contables de las cantidades de metal proveniente de limallas. Como responsable del taller, además tenía las claves de acceso al programa informático donde se anotaban todas las transacciones con los metales.

En definitiva, el modus operandi de la apropiación de oro, según la sentencia, se llevaba a cabo por tres artificios:

a) Duplicar apuntes contables en el programa de gestión Gestinjoya, en el apartado "salida de metal".

b) No registrar "entradas de metal" adquirido realmente a proveedores; y

c) Incrementar de forma exagerada el tanto por ciento de "mermas" de oro por la fundición de limallas".

Centrándonos en la parte que interesa a efectos del cumplimiento normativo, el ponente, en la sentencia dictada tras los recursos de casación, el Exmo. Sr. Vicente Magro Servet, pone de relieve el importante valor de los programas de cumplimiento normativo en la prevención y detección de la delincuencia ad intra, aquella en la que los ilícitos penales cometidos por empleados o por directivos en el seno de las organizaciones no atribuyen responsabilidad penal a las personas jurídicas por ser éstas los sujetos pasivos del delito. De esta forma, el fundamento jurídico sexto de la sentencia señala lo siguiente:

«En estos supuestos ya expusimos que este tipo de programas de cumplimiento del derecho y de fiscalización de su observancia por directivos y empleados evitan, o dificultan, al menos, que se lleven a cabo estas prácticas que, a la larga, se han realizado en estos casos por la propia confianza que existe en quien lleva largo tiempo trabajando y que, además de constituir una agravación de la responsabilidad supone una deslealtad por el aprovechamiento que lleva a cabo de realizar el acto a sabiendas de la dificultad de su detección si conjuga actos de apoderamiento con actos de falsedad para enmascarar los primeros, una vez estos ya se han realizado. En esta sentencia se trataba de actos «falseando la contabilidad interna de la empresa, registrando en las partidas destinadas a «otros gastos» datos falsos en relación a los gastos variables. Manipulando datos del ordenador.» […]

«Precisamente, es el abuso de la confianza en estos casos y la inexistencia de un control interno por medio de un programa de cumplimiento normativo, -compliance-, lo que facilita que el recurrente realice ambas conductas, la de apoderamiento y la de refuerzo de estos actos en la alteración de las operaciones contables en el programa informático, sin que ello justifique sus conductas o anule su ilicitud, obviamente, ya que ello no justifica la aplicación de la tesis de la «autopuesta en peligro» empresarial. El empleado debe llevar a cabo su actividad con profesionalidad y honradez, y si lleva a cabo estas conductas delictivas, con o sin compliance, comete una ilicitud penal. Otra cosa es que estos programas aminoren la posibilidad de su comisión.»

En relación con la suerte de los condenados por el juzgador de instancia, debe indicarse que el Tribunal Supremo absuelve finalmente a la condenada de los delitos por los que venía siendo acusada, y mantiene la pena impuesta al acusado. Se condena al trabajador de la empresa por delito de falsedad en documento mercantil, consistente en alterar la contabilidad en el programa informático de gestión de la empresa, y por delito de hurto.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 499/2019, DE FECHA 23/10/2019

J. Ramón Berdugo Gómez de la Torre

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Zaragoza instruyó Diligencias Previas contra Simón por un delito de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, que dictó sentencia con fecha 18 de enero de 2018, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en el rollo de apelación nº 12/2018.

El acusado engaña a sus tíos para, tras haber obtenido su consentimiento para avalar un préstamo, hacerles firmar un poder con el que pudo posteriormente ampliar dicho préstamo más allá del importe consentido y obtener nuevos préstamos, todo con la supuesta intención de reflotar una institución privada de enseñanza no reglada ejercida a través de una persona jurídica.

La Audiencia Provincial de Zaragoza condena al acusado por un delito continuado de estafa. El Tribunal Superior de Justicia confirma dicha condena.

En relación con la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, el FJº 13 (f.18 de la sentencia) resuelve una cuestión procesal que ya había sido contestada, al menos, en dos anteriores sentencias del Tribunal Supremo y un auto:

"DÉCIMO TERCERO.- El motivo quinto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 31 CP.

Cuestiona que la empresa ESOEN que tiene una participación en los hechos que pudiera ser delictiva, no ha sido investigado, cuando en el momento en que suceden los hechos, al amparo del art. 31 (debe entenderse 31 bis) existe responsabilidad penal de las personas jurídicas con las condenas que para ellas fija el CP en su caso.

Es hecho probado que el Sr. Simón solicita los préstamos para financiar su empresa ESOEN, de la que es gerente. Así las cosas, no ha sido valorada, en virtud del principio acusatorio, la responsabilidad que pudiera devenir de los hechos de ESOEN, pero aunque no haya sido investigada, de los hechos probados se deduce que los actos (u omisiones) se realizan en su nombre y se realizarían en todo caso, sean o no constitutivos de delito, instrumentalmente por el Sr. Simón, como gerente que es de la empresa. Y dándose estos hechos, no cabe hablar de condena del recurrente puesto que no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia en lo que a su persona individual, desligada de la mercantil se refiere.

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En primer lugar habría que precisar que en el proceso penal se da un claro y tajante deslinde entre partes acusadoras y acusadas, hasta el punto de que no es lícito a estas últimas ejercitar acciones penales o civiles dirigidas contra las primeras, contra otras partes acusadas o contra terceros, no pudiendo tampoco formular pretensiones casacionales que no tiendan a tutelar derechos propios o personales o a obtener la exoneración o atenuación de su comportamiento, sino a lograr, caso de prosperabilidad, la condena de otras, sean o no acusadas en la instancia, incurriendo quien obra así, por tanto, en una patente falta de legitimación.

***El acusado penalmente no se halla legitimado para solicitar la investigación y, en su caso, condena de terceras personas en tal condición, por ser parte pasiva de la causa y estar solo legitimadas para ello las acusaciones o partes activas,** quienes en ningún momento dirigieron la acusación contra la persona jurídica ESOEN, ni como responsable penal ni, en su caso, responsable civil subsidiario.*

*Y en segundo lugar **si bien el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a las que se refiere el apartado primero del art. 31 bis CP, en modo alguno la responsabilidad en que hubiera podido incurrir la persona jurídica, de la que el acusado es gerente y propietario, podría afectar a la responsabilidad de quien, como el recurrente, con su intervención material y directa llevó a cabo los hechos que la sentencia declara probados, dado que el art. 31 CP no se presenta como una forma de responsabilidad objetiva, contraria al principio de culpabilidad, sino que lo que persigue es precisamente evitar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una personalidad jurídica (SSTS 1828/2002, de 25 de octubre; 368/2004, de 21 de marzo) por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrieren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes (SSTS 207/2005, de 18 de febrero; 816/2006, de 26 de julio; 79/2007, de 7 de febrero).".***

En conclusión, **según la Sala, el acusado no puedo instar la acusación contra su propia persona jurídica (escuela de negocios privada) o, precisamente, invocar la falta de acusación de dicha persona jurídica para eludir su propia responsabilidad penal como autor material de los hechos típicos. En este sentido se habían pronunciado con anterioridad las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 13/06/2016 (nº 516/2016) y de 21/06/2017 (nº 455/2017).**

Se confirman las dos sentencias anteriores, condenando al acusado por un delito continuado de estafa.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 515/2019, DE FECHA 29/10/2019

Vicente Magro Servet

Se inicia el procedimiento por el Juzgado de Instrucción nº3 de Valladolid, contra el Sr. Eulogio, por un delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito en concurso medial con un delito continuado de estafa, visto en juicio oral en la Sala 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta.

La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 4ª, dicta sentencia condenatoria, estableciendo como hechos probados que el acusado, usando el aparato denominado "skimmer", procedió al copiado de tarjetas de crédito y débito de clientes de una gasolinera de Valladolid. Posteriormente, las tarjetas se clonaban con los datos de la banda magnética original y los datos de la persona que las iba a usar. De esta manera, personas que no se pudieron identificar, utilizaban dichas tarjetas para uso personal, adquiriendo bienes o servicios y causando perjuicios económicos a los titulares reales de las tarjetas, pues los gastos se cargaban en las cuentas asociadas a dichas tarjetas, que eran las de sus legítimos titulares.

En el Fundamento Derecho Tercero, la Sala hace referencia a la necesidad de que las empresas tengan un sistema de prevención, aplicando un adecuado programa de ***compliance penal***:

"Nótese con ello que frente a la facilidad de uso que provoca el manejo de las tarjetas de crédito o débito el riesgo de la introducción de sistemas de alteración, copia, reproducción o falsificación de las tarjetas exige de un férreo control por el sistema, a fin de evitar graves perjuicios en el sis-tema de mercado y en la confianza en el uso de este material por los usuarios. De este modo, con independencia de que las entidades bancarias que entregan a sus clientes estas tarjetas mejoren sus mecanismos de protección el legislador ha mejorado el sistema de persecución para tutelar los derechos e intereses de los perjudicados desde el directo perjudicado inicial hasta la entidad bancaria que no debe verse sometida a una situación de impunidad o de falta o ausencia de recobro de la suma que ha debido satisfacer a su cliente ante la comisión de un delito de las acciones contempladas en el art. 399 bis CP referidos, incluso, sancionando a las personas jurídicas por medio de las cuales actúen los autores en el propio art. 399 bis.1.2º CP para derivar responsabilidad penal a las personas jurídicas en estos casos, de tal manera que las empresas, sobre todo las destinadas a la informática, deberían tener en su programa de compliance penal la referencia a la protección de la evitación de la comisión de estos hechos por sus directivos y emplea-dos, o del uso de la empresa para favorecer la comisión de estos delitos, que tienen su máxima expresión en los tres tipos de los pagos en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y las conductas abusivas en cajeros automáticos."

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 530/2019, DE FECHA 31/10/2019

Vicente Magro Servet

La Sala del Tribunal Supremo vio en casación el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sección Quinta, por el que se condena por un delito de apropiación indebida, interpuesto por los acusados, así como responsable civil subsidiario a la entidad Banco Sabadell, SA.

Dicha entidad bancaria presentó recurso alegando, entre otros motivos, que el trabajador acusado de la apropiación indebida, en el momento de los hechos lo era de Caixa d'Estalvis del Penedés y que solamente, con posterioridad, y a través de la fusión por absorción de esta entidad por parte del Banco Mare Nostrum y de esta última por Banco Sabadell, que es a la que se declara responsable civil subsidiaria, se generó una relación meramente indirecta con dicho trabajador.

En cuanto a la responsabilidad civil del Banco Sabadell, la Sala hace mención de la Sentencia Tri-bunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, nº 168/2017 de 15 Mar. 2017, Rec. 1549/2016 que:

*"Se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP precepto, que como hemos dicho en SSTS. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 61/2014 de 11.2, mucho más amplio que los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, **distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus -principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", o la "culpa in operando"**, que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad ("cuius commoda eius incommoda"), **y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado tercero del art. 120 del Código Penal** , que dispone: "las personas naturales o*

jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiciación y razonabilidad en la originación del daño."

Continúa la Sala en cuanto a la responsabilidad directa que tiene la entidad bancaria, en cuanto al trabajador de Caixa Penedés, diciendo que:

"Este tema de la transmisibilidad de la responsabilidad civil en supuestos de cesión, o cualesquiera de las formas que prevé la Ley 3/2009 nos lleva a considerar, incluso, que este régimen de transmisión se plasma hasta en la responsabilidad penal en su caso, ya que el art. 130.2 CP señala que:

2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su res-ponsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

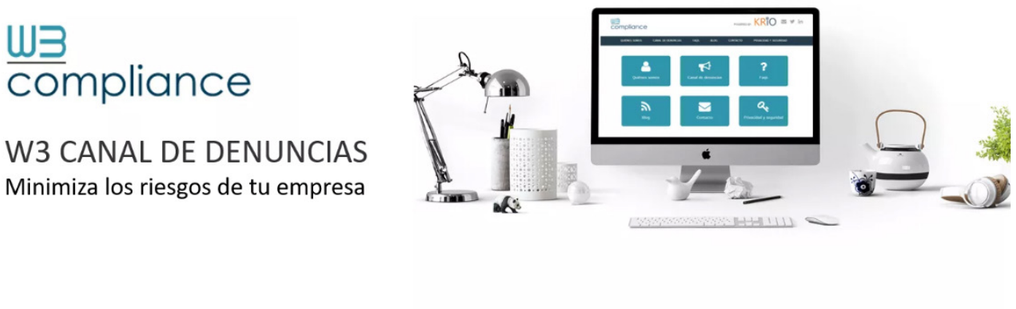
Y aunque la Ley 3/2009 señale en su art. 1 que La presente Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, la mención del art. 130.2 CP debe referirse a todos los supuestos de la Ley 3/2009.

Con ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para "escapar" de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta "la pena" impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex art. 31 bis CP.

Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del art. 120 CP en la modalidad de los nº 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social.

La propia Circular de la FGE 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 señala sobre este punto que" El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión".

Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del art. 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 y ss Ley 3/2009. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible."



W3 COMPLIANCE

"Un canal de denuncias eficiente que permite a empresas y entidades públicas y privadas tomar medidas para minimizar sus riesgos penales"

La aplicación es muy intuitiva y admite tanto denuncias anónimas como denuncias confidenciales, todas ellas asociadas a las empresas que se hayan dado de alta en el sistema.

En el caso de denuncias confidenciales, el denunciante recibe correos que le van avisando e informando sobre los cambios de estado de su denuncia.

El programa también permite plantear consultas, lo que es una consecuencia de nuestro empeño por reforzar el aspecto preventivo de las conductas que pueden generar un riesgo para la organización.

La aplicación cuenta con los más altos estándares de seguridad:

Comunicación cifrada (https) con la aplicación
Base de datos cifrada en el servidor
Copias de seguridad con cifrado adicional
Supresión de datos a los tres meses del registro de la denuncia
Servidores de aplicaciones y datos situados en la Unión Europea

Se ofrecen varias versiones que se pueden consultar en la web http://www.w3compliance.com/es
Todas las versiones incluyen:

Soporte técnico permanente
Propuesta de calificación jurídica de los hechos
Informe de recomendaciones y resultados

ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

DOMICILIO SOCIAL
Passeig Vergaguer, 120, Entlo. 4ª
Igualada (Barcelona)
Telf.: +34 938 049 038
info@aeaecompliance.com

EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS

Dirección
LUIS SUÁREZ MARIÑO

Redacción
LUIS SUÁREZ MARIÑO
MANUEL MONTESDEOCA DE LA FUENTE

Diseño
ESPACIOS PUBLICITARIOS
www.espaciospublicitarios.com