

## ÍNDICE

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | El paradigma de la gestión ética de las organizaciones .....   | 2  |
| 2.   | PRIMERA JORNADA .....  | 2  |
| 2.1. | M&A y compliance, seguridades e inseguridades<br>Relator: Francisco Bonatti Bonet .....                                    | 2  |
| 2.2. | ¿La directiva de Whistleblowing define un estándar ético para la Unión Europea?<br>Relator: Melanie Díaz .....             | 5  |
| 2.3. | Ética y gestión de los conflictos de interés<br>Relator: Isabel Vizcaíno González .....                                    | 6  |
| 2.4. | Sector público y ética de los negocios en tiempos de pandemia<br>Relator: Montserrat Pla Pla .....                         | 7  |
| 2.5. | Pasado, presente y futuro de la función de compliance en las organizaciones<br>Relator: Jaume Antich Soler .....           | 10 |
| 2.6. | Panel compliance y libre competencia<br>Relator: Melanie Diaz Pinedo .....   | 12 |
| 3.   | SEGUNDA JORNADA.....   | 14 |
| 3.1. | Gobernanza, liderazgo y compliance: del tone from the top al tone from the middle<br>Relator: Andrea Accuosto Suárez ..... | 14 |
| 3.2. | Normalización de la gobernanza en las organizaciones<br>Relator: Maria Tornos de Gisbert .....                             | 16 |
| 3.3. | Evaluación de los modelos de prevención de delitos: una perspectiva jurisprudencial<br>Relator: Anna Nuñez Miró .....      | 18 |

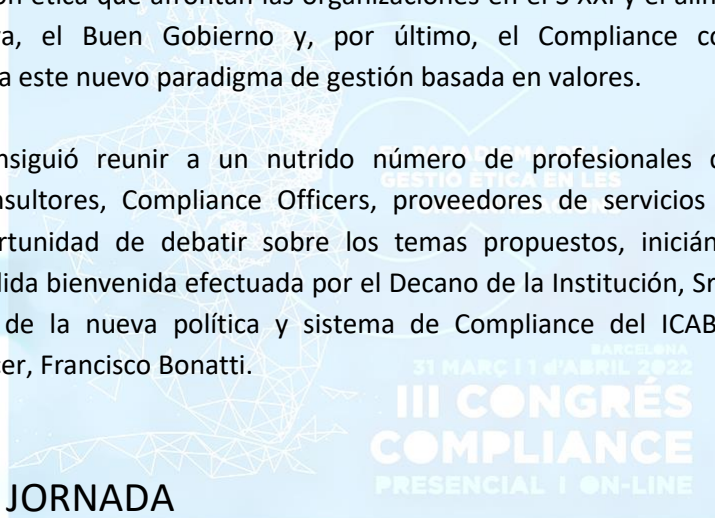
## III Congreso de Compliance 2022

### 1. El paradigma de la gestión ética de las organizaciones

En un escenario postpandemia y con un éxito rotundo de participación, se desarrolló los días 31 de Marzo y 1 de Abril de 2022 el III Congreso de Compliance coorganizado por el Il.lustre Col.legi de l'Advocacia de Barcelona y la Asociación Española de Compliance (ASCOM).

Este año bajo el título de “El paradigma de la gestión en las Organizaciones” el programa elaborado pretendía ofrecer al asistente una visión integral sobre la madurez del nuevo modelo de gestión ética que afrontan las organizaciones en el S XXI y el alineamiento entre la Ética Corporativa, el Buen Gobierno y, por último, el Compliance como herramienta fundamental para este nuevo paradigma de gestión basada en valores.

El Congreso consiguió reunir a un nutrido número de profesionales de la función de Compliance; consultores, Compliance Officers, proveedores de servicios y abogados, que tuvieron la oportunidad de debatir sobre los temas propuestos, iniciándose los paneles después de la cálida bienvenida efectuada por el Decano de la Institución, Sr. Sánchez García y la presentación de la nueva política y sistema de Compliance del ICAB de mano de su Compliance Officer, Francisco Bonatti.



### 2. PRIMERA JORNADA

#### 2.1. M&A Y COMPLIANCE, SEGURIDADES E INSEGURIDADES

Relator: Francisco Bonatti Bonet (Vicepresidente de la sección de Compliance de ICAB)

Jacobo Dopico, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III nos expuso cuales son las grandes inseguridades que genera a las Compañías Mercantiles la aplicación del Art 130.2 del vigente Código Penal en los procesos de fusión por absorción.

El precepto indicado establece que la fusión por absorción no extingue la responsabilidad penal que se traslada a la entidad absorbente, sin perjuicio que el Tribunal pueda moderar el traslado de la pena a la entidad resultante. Destacó que, según la Exposición de Motivos del proyecto y posteriormente del texto legal se trata de un precepto anti-elusión que pretende evitar que haya elusiones fraudulentas de la responsabilidad penal.

El problema del precepto se hizo evidente en el caso de la absorción del Banco Popular por parte del Banco de Santander cuando el primero estaba siendo objeto de un procedimiento de investigación penal en la Audiencia Nacional. En cuanto se tuvo conocimiento de la fusión, tanto las acusaciones particulares, como la Fiscalía, solicitaron la investigación del Banco de Santander, quien se defendió argumentando que no se le podía atribuir responsabilidad penal por un hecho por el que no era culpable al entrar en colisión con el principio constitucional de culpabilidad y con un importante corolario como es el principio de la personalidad de las penas. También argumentó que se le estaba atribuyendo una responsabilidad sin ningún tipo de infracción subjetiva, a modo de responsabilidad sin dolo ni culpa, y terminaba su defensa razonando que el artículo 130.2 no admite una interpretación conforme con el principio constitucional culpabilidad era necesario abrir una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

La Sala de la AN, estimando el recurso, acordó no dirigir el procedimiento penal contra el Banco de Santander, en primer lugar, porque el precepto está pensado para supuestos de elusión fraudulenta, donde sí que existe culpabilidad al concurrir un elemento subjetivo reprochable. La Sala también consideró que el Art 31 Bis, según la doctrina establecida por el TS en la STS 154/2016 no puede ser objetiva y tiene que basarse en un defecto estructural en la vigilancia, supervisión y control, y que no se le podía atribuir a Banco de Santander la falta de supervisión, vigilancia y control del Banco Popular cuando no tuvieron nada que ver en los hechos investigados.

De este modo, la AN cierra la argumentación concluyendo que, si no se da defecto estructural ni fallo organizativo, no se puede trasladar la responsabilidad penal, que es tanto como decir que si no se dan los requisitos del artículo 31 bis no puede trasladarse la responsabilidad por la vía del 130.2.

Este caso nos da una sentencia que puede ser admisible en sus fundamentos, puede ser admisible en sus conclusiones, ya veremos que puede haber distintas posibles interpretaciones conforme a la jurisprudencia de los tribunales europeos, concretamente el Tribunal de Justicia, pero lo importante no es si la solución fue correcta o no correcta sino si éste era este órgano jurisdiccional que tenía que dictar la resolución, o debía ser nuestro Tribunal Constitucional. El hecho de que no se haya planteado la cuestión de constitucionalidad que la propia defensa de Banco de Santander instaba nos ha privado de una toma de posición que sea vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles.

Más allá de un problema una posible tacha de constitucionalidad, el Artículo 130.2 CP nos plantea un riesgo incontrolable para el mercado de absorciones, que se puede mitigar

mediante cierto tipo de prácticas fundamentales desde la perspectiva de compliance para proceder a este tipo de absorciones, pero también es posible controlar manteniéndose simplemente como accionista único de la entidad absorbida y tenerla ahí por decirlo así “en la nevera” sin proceder a su absorción hasta que no sé hasta que termine el plazo de riesgo de traslado de responsabilidad, bien por prescripción, bien por finalización del procedimiento en la absorbida.

Algunos seguidores, como Ortiz de Urbina, fueron los primeros en plantear ya en el año 2011 la idea de restringir el riesgo del traslado de la responsabilidad penal en absorciones y fusiones a través del mismo mecanismo que utilizamos para detectar posibles riesgos de otra naturaleza sancionadora o económicos, que es la Due Diligence en la fase de absorción. No obstante, no tengo yo tan claro y mucho discutido con estos dos admirados compañeros que esto pueda resolver el problema del traslado de la responsabilidad penal.

Independientemente de que esperanza pongamos en la capacidad detectora de una Due Diligence realizada años después de un delito, por supuesto que podemos encontrar indicios como los puede encontrar la Fiscalía o como los puede encontrar la unidad policial especializada cuando analiza la documentación de la empresa y consigue detectar que hay una salida económica de la empresa que no se justifica con respecto a la supuesta contraprestación recibida si es posible claro que es posible pero también nos podemos encontrar con muchísimos delitos que no dejan una huella detectable en la documentación que subsiste en el seno de la empresa, y por ello **estas esperanzas pueden ser grandes o pequeñas dependiendo tanto de las materias en cuestión como en ausencia de una toma de posición del Tribunal Constitucional que sea vinculante para todos los órganos jurisdiccionales.**

En resumen, tenemos una patata caliente lanzada a los órganos jurisdiccionales que no es imposible que pueda tener una lectura conforme a Constitución, pero que esa lectura conforme a Constitución probablemente requiera también algún tipo de reforma procesal para que no resulte muy forzada la interpretación. En segundo lugar, es cierto que la realización de un estudio como el de las diligencias en las adquisiciones y fusiones no permite resolver el problema del principio de culpabilidad cuando hablamos del traslado verdadero de responsabilidad, pero es una prevención extraordinariamente útil y aconsejable cuando estamos asesorando a nuestro cliente.

## 2.2. ¿LA DIRECTIVA DE WHISTLEBLOWING DEFINE UN ESTÁNDAR ÉTICO PARA LA UNIÓN EUROPEA?

Relator: Melanie Díaz (vocal de la sección de Compliance)

En este panel contamos con la participación de D. José Luis Fernández Fernández, D<sup>a</sup>. Elena Herrero de Beaumont y D. Francisco Caamaño Domínguez, quienes reflexionaron sobre si la Directiva de Whistleblowing puede definir un estándar ético para la Unión Europea, así como la importancia que puede tener para Europa un modelo común de conducta con respecto a sus denunciantes y que este se implemente con éxito en países con culturas tan diferentes.

La Directiva de Whistleblowing comprende aspectos muy profundos sobre la protección del denunciante, indicando cómo se va a proteger al denunciante y cómo se les va a tratar, buscando ajustar las mínimas normas comunes para arropar a esos denunciantes, por lo que la propia configuración de esta Directiva apuesta por algo que es fundamental para una organización, esto es, la capacidad de que alguien pueda decir algo sobre lo que pueda estar pasando.

Por tanto, se trata de implantar un canal a través del cual se dirían cosas que nadie diría en otro contexto, sin poner en tela de juicio el valor de la lealtad -por el que un empleado se debe a su empresa en cierta medida – orientando un camino ético dentro de la organización, lo que confluye en una sociedad más justa.

No obstante, la aparente dificultad de incorporar una directiva al derecho nacional de cada País, en España el reto se encuentra en incorporar todos los elementos de la Directiva Whistleblowing, teniendo en cuenta que el Anteproyecto de Ley por el que se pretende transponer tal Directiva ha de tomar en consideración otros supuestos como el hecho de que la previsible regulación nacional se extiende a cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico Español, no sólo al Derecho de la Unión Europea; que los canales de denuncia no sólo han de tener una connotación penal sino que pueden abarcar otros supuestos relacionados no sólo con el ámbito penal; como se pueden tratar aquellos supuestos de conflicto laboral surgidos de forma previa a la presentación de una denuncia por parte de un empleado; y encontrar un punto de intermedio entre la protección del denunciante y el secreto empresarial.

En definitiva, la Directiva Whistleblowing constituye un instrumento importante para reforzar y garantizar el buen funcionamiento de los canales de denuncia, siendo estos utilizados como última ratio, cuando aquellas medidas previstas por la organización no han cumplido su cometido, y en ese caso, el canal de denuncia pueda ser empleado adecuadamente sin temor a represalias, contribuyendo a los objetivos del Compliance “hacer las cosas bien y ayudar a los demás a hacer las cosas bien”.



## 2.3. ÉTICA Y GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Relator: Isabel Vizcaíno González (Presidenta de la Sección de Compliance)

En el panel sobre ética y gestión de los conflictos de intereses, los panelistas; Sra. Elisabet Escayola i Maranges, Sr. Jesús Pindado Delgado y Sra. Lorena Sánchez García pudieron debatir sobre cuestiones como la vinculación entre ética y conflictos de intereses, cómo identificarlos, cómo varían según el sector empresarial, medidas de prevención esenciales, nuevas tecnologías en la gestión del conflicto de interés, mala gestión de un conflicto de interés y daño a la cultura ética dentro de una organización, evolución en los últimos años y casuística, perspectiva de futuro, nuevos retos en materia de ética y conflictos de intereses y nuevas generaciones en las organizaciones.

Concluyeron que el problema fundamental era que los conflictos de intereses no están bien definidos: lo primero es tener una adecuada percepción del conflicto de intereses, que quede bien definido, cuándo existe y el elemento de mitigación, dado que una gestión inadecuada socavaría la cuestión ética. Además, lo identificaron como un área muy delicada, con diferentes variables, en función de los valores de la empresa, y que se deben identificar y detectar a través de un trabajo previo, teniendo en cuenta que la lista puede cambiar, por motivos diversos, como un nuevo modelo de negocio, un cambio en la dirección de la organización, etc.

También que cuando el interés personal de alguien se interpone ante la decisión que debería tomar, puede ser que en virtud de su cargo en la organización y en un momento determinado sí suponga un conflicto, pero después igual no lo será, también los valores y otras circunstancias varían en la organización, por tanto, es fundamental realizar una correcta identificación, combinando diferentes elementos y viendo qué tipo de conflicto se podría producir.

Además, todos los ponentes coincidieron en que si se forma parte de un grupo empresarial, la propia regulación ya nos indica que existen ciertas incompatibilidades, y que debemos estar atentos por ejemplo a las relaciones de los empleados entre sí y en su puesto de trabajo, cruzando personas, entidades y funciones, conociendo muy bien la entidad y estableciendo la obligación de que cada empleado haga una declaración de posibles conflictos de interés. Al fin y al cabo realizando una sensibilización de las personas que trabajan en la organización, por lo menos una vez al año y estableciendo una guía clara dentro de la organización para comunicar esos conflictos, siendo bueno resumirlos en una matriz, aunque ello no signifique que estén todos.

Hicieron los ponentes incisos en que de modo previo, se debe haber creado una cultura que haga que el propio empleado sea capaz de poner en duda la relación y tomar decisiones respecto a un cliente. En la organización se debe establecer cómo se quiere que actúen sus empleados y definir, ante ciertas situaciones, cómo deben comportarse de manera que, desde el punto de vista ético, sepan dónde se da el conflicto de interés y, si se da, que existan guías suficientes sobre cómo actuar y que si al final llega al Canal de Denuncias, es que algo se ha hecho mal. Tiene que darse una cultura y unos valores que queden en el ADN de los empleados.

Por último los panelistas centraron su debate sobre si el responsable de la función de Compliance debería decidir sobre la gestión del conflicto de interés y todo el marco de gestión. Se dejó claro que la tecnología ha ayudado y se ha avanzado, y que ya no se trata de una nota en un buzón, favoreciendo así la gestión del CO, así como en formación (presencial, remoto...) La Función de Compliance debe ser que la cultura de cumplimiento llegue a las tres generaciones que hoy día pueden coexistir dentro de una misma Organización, pero teniendo claro que lo mejor es tener una cultura que sirva para todos. Las nuevas generaciones “pisan fuerte”, pidiendo un comportamiento correcto, pero los principios son los mismos y exigen respuesta rápida, concreta, inmediata.

#### 2.4. SECTOR PÚBLICO Y ÉTICA DE LOS NEGOCIOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Relator: Montserrat Pla Pla (Vocal de la sección de Compliance)

En una mesa donde estuvieron presente las Sras. Carmen Macias Corral, Directora de Bon Govern de Transports Metropolitans de Barcelona y Marta Otero Beléndez, Letrada de la Secretaría General Corporativa de Grupo CESCE se debatieron aspectos sobre modelos de gobernanza en tiempos de pandemia.

La Sra. Macias destacó el modelo de Buen Gobierno y Ética implementado en su Organización, destacando que dentro del organigrama de la empresa, el Área de Buen Gobierno (Comisión de Ética y Compliance) se encuentra al mismo nivel que la Asesoría Jurídica, el Área de Gestión Corporativa y el Área de aprovisionamiento, logística y contratación. El Área de Buen Gobierno engloba, desde el año 2018, el desarrollo de Buenas prácticas, Transparencia y Protección de Datos. Destacando que entre finales del año 2019 y el primer trimestre de 2020, se empezó a desarrollar un proyecto de Compliance realizándose un estudio por parte de un tercero externo sobre las medidas preventivas existentes y otros aspectos. Del Informe que se emitió en el que se detalló un mapa de riesgos de cada área de la organización, se conocieron las carencias de la organización y se establecieron las medidas para evitar dichas carencias,

realizándose una propuesta de plan de acción que se presentó en mayo de 2020 al Consejo de administración de TMB, siendo aprobado junto con la Matriz de riesgos, el Código Ético y la creación de la Comisión de Ética de la compañía. También destacó que se aprobó e implementó el Canal Ético, que es el Canal de Denuncias de la Compañía y que por parte del Área de Transparencia se han potenciado numerosas actividades formativas básicamente implementadas por personal de la Compañía ya que consideran importante que sean impartidas por conocedores desde dentro de la empresa, sin descartar la contratación puntual de terceros para impartir formación. En la actualidad se está desarrollando el modelo de Transparencia enfocado al ciudadano, a través de un formato de acceso vía email, pero se está trabajando en una aplicación que permita una comunicación más dinámica.

Por parte de la Sra. Otero, que desarrolla funciones de cumplimiento normativo y societarias a nivel nacional e internacional en su Compañía, explicó la particularidad de la Organización en cuanto a que se trata de una sociedad Mercantil Estatal que opera en el mercado privado pero participada en un 50% por capital público ya que pertenece al Estado español. Esto hace que en lo que refiere al sistema de gestión de Compliance, fuese a partir de 2016, debido al plan de solvencia DOS, normativa de aplicación a las Compañías de Seguros, cuando se procedió al análisis de la normativa que aplicaba a las diferentes empresas del Grupo, dado su carácter internacional, a los efectos de evitar la duplicidad o solapamiento de las distintas leyes aplicables, así como el estudio de las medidas que se adoptaban en las distintas compañías. Una vez recabada toda la información se procedió a la implementación del modelo que se actualiza contantemente y se adecuaron los controles y medidas según los distintos mapas de riesgos y la normativa vigente. Su objetivo final es dar soporte y asesoramiento para mejorar procesos y políticas de Compliance tanto a las empresas latinoamericanas como a las españolas.

Previo al inicio del debate, la moderadora hace un inciso y destaca la complejidad de la cantidad de normas aplicables y la inseguridad jurídica que crea el legislador en cuanto a que una ley referida a un determinado tema, puede contener disposiciones que regulen otros temas ajenos al principal.

Se inicia el debate mediante cuestiones planteadas las ponentes:

- A Carmen M. de TMB:

¿Cómo se ha gestionado la COVID? ¿Cómo afecta al sistema de compliance la Compañía una normativa cambiante, con la implicación de los protocolos dictados por el Departamento de Salud, etc...?



En primer lugar, estar al tanto de todos los protocolos que eran cambiantes.

Destaca la complejidad de mantener las medidas dentro de un servicio público como: distancia entre los usuarios, utilización de mascarillas, etc... adecuar los servicios a las horas estratégicas y todo ello teniendo en cuenta la protección de la plantilla (mamparas de protección a los empleados, disposición teléfono de servicios médico y psicológico, etc..) distancias, las puertas se abrían automáticamente, servicios de limpieza, adecuando los turnos de trabajo. Muy difícil, pero se ha hecho.

En el portal de transparencia de la web de TMB se puede consultar todas las actuaciones realizadas.

## ¿Cuáles son los planes de futuro de la Compañía?

Destaca como retos de futuro:

- 1) Establecer medidas de seguridad preventivas en todos los ámbitos (salud, actos vandálicos, etc..) y mantener e incrementar el nivel de resiliencia mediante un plan estratégico que abarca el desarrollo tecnológico, puesto que a menudo son objeto de ciberataques.
- 2) En el ámbito humano, seguir con el plan de igualdad implementado, conseguir condiciones económicas más buenas para los trabajadores, así como fomentar la estabilidad y el mayor empleo; y el desarrollo de un Plan social sobre responsabilidad corporativa.

- A Marta de CESCE:

## ¿Cómo se ha gestionado la doble regulación normativa que aplica a la organización, en tanto que, a su vez, realiza funciones de aseguradora?

Siendo extremadamente estrictos debido a que a la empresa le es de aplicación tanto derecho regulatorio como derecho privado, por ello adaptan el modelo de gestión de Compliance a la legislación de cada país en el que tienen sede o filial.

## ¿Cómo se han consensuado un modelo común de Compliance, al tener que aplicar distintos ordenamientos jurídicos?

Existen políticas de Compliance que son las mismas para todos los países, como por ejemplo el Código ético, pero el modelo se adecua a cada país, y en este aspecto incide en la dificultad del idioma, puesto que a pesar de que operan en países latinoamericanos de habla hispana, las palabras no tienen el mismo significado en unos que en otros, por ejemplo, cohecho no significa lo mismo en Perú que en España.

## 2.5. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE EN LAS ORGANIZACIONES

Relator: Jaume Antich Soler (Secretario de la Sección de Compliance)

En este panel tres destacado Compliance Officer como D. Óscar Taboada Cuadrado. HR & Compliance Officer en Hermanos Fernández López S.A.U. - Gruppo Orsero, D<sup>a</sup> Eva Soler Albiac. Compliance & Privacy Officer en Zambon Iberia y D. José Manuel Garcelán García. Chief Ethics & Compliance Officer Grupo Antolin quienes aportaron su gran experiencia para hacer una valoración sobre el momento que vive la función de Compliance, atendiendo a su pasado más inmediato y aportando su visión de futuro.

José Manuel Garcelán señaló que hemos evolucionado de un compliance del pasado que venía por obligación a un compliance del presente que se instala por convicción. Explica como las prácticas indebidas llegaron a costar 500 millones en sanciones y se acabó imponiendo al CEO en USA un director de Cumplimiento en cada Sucursal.

Destaca que hemos pasado de un Compliance de control, control, control, a una cultura de cumplimiento. Ahora las empresas creen que los compliance añaden valor y son un intangible.

Eva Soler explica que proviene del área finanzas en farmacia, pero que el tamaño de la compañía ya requería compliance. A ella la eligieron porque querían alguien que viniera de financiero, se incorporó y fue recibiendo una educación progresiva en Compliance. Al principio recibieron asesoramiento externo, y también una auditoría de un bufete penalista externo. Expone que la gente le contaba cosas pero en “confianza” y no para que procediera de ninguna forma.

Para Oscar Taboada hay que valorar más a la función de compliance. En su organización se incrementó el comité de Compliance incluyendo RRHH, Jurídico, Compliance. Se mejoró la comunicación, especialmente las herramientas de comunicación online.

Entre las actividades que afronta en su día a día destaca el análisis de normas, con reportes diarios, el esfuerzo por inculcar filosofía de cumplimiento normativo., la importancia de la protección de datos, y a través de todo ello la convicción de que crear sistema de gestión deviene inevitable. También detecta que la dirección empieza a escuchar más.

En este punto, José Manuel Garcelan reconoce que gracias a la pandemia cobra más protagonismo la función de compliance y que hay cuestiones importantes como la seguridad, la ciberseguridad que también han notado un desarrollo gracias a la pandemia.

Oscar reafirma que ahora tiene una verdadera función de compliance, que a veces se considera “el hermano pobre” porque ha tenido que hacerlo desde el inicio y tuvo muchas dificultades para hacer realidad el Tone From the Top. Que cuando aterrizó en el Compliance en 2015 a su empresa le ofertaron un “paper compliance” y le costó mucho trabajo que la empresa comprendiera debía implantarse un compliance, pero las noticias de sanciones ayudaron mucho.

Encontró dificultades para aprender a formar, pues no fue fácil para llegar a todos. No existían plataformas e-learning. Tuvo que hacer muchos viajes, y dedicar mucho tiempo a montar grupos, etc. En síntesis se ha venido avanzando mucho en estos 7 años que lleva.

Ante la complejidad de la situación actual con la pandemia, crisis inflacionaria y la guerra de Ucrania entre otras circunstancias para José Manuel Garcelán estamos ante una oportunidad para demostrar que el compliance no solo es penal, es mucho más. Pues también es diversidad, es no discriminación, etc.

Eva Soler explica la experiencia durante la pandemia en el sector farmacéutico, donde en su compañía han tenido hasta dos formaciones cada semana para adaptarse al nuevo entorno y tuvieron que abordar una gran complejidad en relación a las donaciones de medicamentos que se hicieron a muchos hospitales.

Con la pandemia tuvieron que trabajar muchas horas puesto que vino una vorágine que atender. Por ejemplo, todo el mundo quería colgar cosas en redes sociales y se colapsaban haciendo documentos para autorizaciones. Tuvieron que desarrollar nuevos procedimientos.

Acerca del futuro del Compliance y de la función de compliance, Oscar Taboada manifestó su preocupación de que la crisis financiera pueda repercutir en la gestión eficaz de controles, y Eva Soler cree que ya se empieza a notar esa eterna lucha entre compliance y negocio. Para José Manuel Garcelan los riesgos están cambiando, depende de a qué se dedique la compañía

tendrá unas consecuencias u otras. Habrá cambios que afectarán a todas las compañías. El rol del compliance es fundamental para el buen gobierno y habrá que estar preparados para dar soporte a la más Alta Dirección. Cree más en la importancia de este factor que en el impacto del llamado compliance 4.0, con el uso de la inteligencia artificial, que no dejan de ser herramientas que penden de una buena gobernanza.

Se abre el debate al público, interviniendo un buen número de Compliance Officers asistentes al Congreso aportando sus propias experiencias.

Lucía Sanchez-Ocaña explicó cómo habían elaborado una matriz de riesgos para el teletrabajo como un ejemplo de que tenemos que estar en un proceso de adaptación continua. Acudir siempre a la idea de proporcionalidad, en el establecimiento de medidas necesarias. Trabajar la integración y entendimiento del negocio, ya que somos una función integrada, no aislada. La sostenibilidad también adquiere importancia día a día.

Explica que su sector empresarial va a ser sometido a regulación y desde la comisión nacional de empresas de crédito han adoptado un programa de compliance apto para todos y que ha sido recibido con una evaluación muy positiva. Cuando tengan un regulador y unas obligaciones regulatorias volvemos a tener que analizar temas de gobernanza, prevención del acoso, atención al cliente, etc.

## 2.6. Panel COMPLIANCE Y LIBRE COMPETENCIA

Relator: Melanie Diaz Pinedo (Vocal de la Sección de Compliance)

En este panel contamos con la participación de D. Rafael Iturriaga Nieva, D<sup>a</sup> Marta Fernández García y D. Francisco Bonatti Bonet, en cuanto al contenido del panel, se ha tratado sobre importancia cada vez mayor del Derecho de la Competencia, la posición que han ido adoptando las autoridades de competencia sobre la importancia/utilidad de implantar sistema de Compliance en esta materia, y los motivos para proponer una norma UNE.

Para ello, hacemos un repaso al origen de la propuesta de elaborar una norma en esta materia, partiendo por tanto desde la iniciativa de la Autoridad Vasca de la Competencia, cuya función no sólo es la defensa de la competencia, sino de reestablecer el orden jurídico conculcado de una forma disuasoria, promover la competencia e impugnar cualquier regulación que resulte restrictiva de la Competencia, en consecuencia, el desarrollo de todas estas funciones han dado como fruto la primera Guía de Compliance en Competencia.

No obstante, había que hacer algo más, por lo que nace la iniciativa a instancias de la misma Autoridad Vasca de la Competencia de iniciar el camino hacia la normalización técnica, en base lo siguiente:

- Necesidad de un cambio cultural, puesto que existe una relación “antipática” con la regulación y la normativa.
- Necesidad de un cumplimiento voluntario, para producir ese cambio cultural puede servir que las organizaciones entren en un proceso de introspección.
- Fair Play.

En ese camino, se trata por tanto de ir más allá de la propia regulación, siendo la Administración la que promueve esta autorregulación.

Tras recibir esta petición por parte de la Autoridad Vasca de la Competencia, UNE crea un comité formado por asociaciones sectoriales del mundo del Compliance, autoridades económicas y otros colaboradores que trabajan actualmente en el proyecto de elaboración de la norma UNE sobre Compliance y libre competencia, que se sumará a las más de treinta y tres mil normas desarrolladas a día de hoy, con el objetivo común de impulsar la competitividad y el desarrollo, bajo conceptos de transparencia, apertura y empleando un lenguaje común, la normalización.

Los ilícitos en Competencia sólo se cometen dolosamente y pasan por tanto porque la empresa quiere y, en esa línea esta futura norma contribuye para que la empresa quiera precisamente evitar que se cometan estos ilícitos a través de un cambio cultural, el cumplimiento voluntario y el Fair Play.

Una norma UNE dice lo que se ha de hacer, pero no dice como se ha de hacer, por tanto, corresponde a la propia organización la adaptación de la misma, según sus propias características internas, necesidades y contexto.



### 3. SEGUNDA JORNADA

#### 3.1. GOBERNANZA, LIDERAZGO Y COMPLIANCE: DEL TONE FROM THE TOP AL TONE FROM THE MIDDLE

Relator: Andrea Accuosto Suárez (Vocal de la Sección de Compliance)

En este panel contamos con la participación de D<sup>a</sup> Lucia Sanchez-Ocaña Leyrun como moderadora y con la intervención como ponentes de D. Miguel Ángel Alonso Escudero. Financial Institutions Manager & Compliance Officer en Crèdit Andorrà, D. Rubén Domínguez Orbest. Director de Compliance e Integridad en Grupo PROEDUCA y de D. <sup>a</sup> Silvia Madrid Corrales. Head of Legal & Compliance en UniCredit.

El objetivo del panel era tratar sobre la importancia cada vez mayor que adquieren las líneas directivas (middle management) de las organizaciones para alcanzar una eficaz gestión de los Sistemas de Compliance.

*Ante la pregunta sobre qué debe aportar el middle management, Silvia Madrid apuntó que la necesidad de promover la cultura por parte del middle o del top, la forma de comunicar la cultura depende de las dimensiones de la empresa y la distancia entre el top y el middle. Actualmente se ha hecho necesario pasar del compromiso con la cultura de compliance también al middle, para que sea un ejemplo, y ser un referente. Llegó el momento de traspasar el peso del compromiso a los mandos medios que trabajan directamente con los equipos para involucrar a toda la plantilla en compliance.*

Es necesario pasar a una cultura del compliance más amable, menos complicado y cambiar la visión actual, porque si es algo complicado no se entiende bien, y será difícil que prospere. Los empleados deben entender que la cultura ética depende de todos los empleados, y nosotros como compliance debemos tener empatía por la finalidad del negocio, pero a la vez firmeza para exigir el cumplimiento de la norma. Involucrar al middle ayuda a involucrar y a que entiendan porque es necesario cumplir en toda la organización.

Para Miguel Angel Escudero el middle management es el ejemplo para los empleados que están bajo su responsabilidad. Además, es fundamental tanto para comunicar hacia su equipo, como para devolver el feedback al top, por ello, no sólo son importantes para la implantación, sino para mantener la actualización de la vigencia de compliance, que es dinámico y vivo.

Ruben Dominguez indicó que son quienes trasladan con su liderazgo el mensaje de compliance.

*¿Cómo hacerlo efectivo y transmitir este mensaje del tone from the middle?*

Para Miguel Angel Escudero, “si haces formación a la dirección, la acepta bien. Si haces formación al middle le cuesta un poco más conectar con los contenidos. Si haces formación a la plantilla, hay un porcentaje bastante elevado a quienes les cuesta mucho entender lo que se explica, y por eso en compliance necesitas mucha comunicación y formación continua. Para “bajar el Compliance a todos los niveles” a diario, comunicando, políticas, códigos de conducta, y normas.

Para Silvia Madrid, si la plantilla no entiende compliance, es muy difícil que lo asuma, ni que se generen conductas alineadas con la Política de compliance. Deben entender por qué deben hacerlo. Una labor fundamental de la función de Compliance es la comunicación explicando “porqué si y porqué no”, y haciendo que entiendan que compliance también está para defenderlos. Modular empatía y firmeza. De lo contrario compliance pierde sentido y se convierte en un mero checklist.

*Es necesario hablar el idioma del negocio. ¿Cómo llevar a cabo esta labor de llegar al tone from the middle en las Pymes, donde hay menos claridad en las distancias entre los top y los middle?*

Rubén Dominguez apunta que en estas organizaciones incluso a veces el top no está alineado con compliance y hay que también “arrastrar” al top hacia compliance.

Para Silvia Madrid el humor, el tema visual, los videos, los colores, sirven para transmitir el mensaje de forma efectiva. Hay que trabajar con estrategia publicitaria, para que cale el mensaje de forma didáctica.

Miguel Angel Escudero apuntó que un elemento fundamental en las PYMES o start-ups es la proporcionalidad entre los requerimientos para entidades que no están reguladas, o no tienen los recursos.

*En los middle podemos tener nuestros embajadores de compliance. ¿Cómo es posible evaluar el compromiso del middle? ¿Es posible llegar a medirlo? ¿Debemos comunicarnos de la misma forma con el top que con el middle?*

Para Ruben Dominguez hay que identificar al middle y explicarle con cercanía. Con el top la comunicación es más técnica y formal.

Silvia Madrid apuntó que con la dirección hay que sintetizar. Al middle y al bottom hay que dirigirse sin terminología técnica ni compleja.

Según Miguel Angel Escudero, es necesario ser muy breve con el top, que no tiene tiempo para compliance, y muy cercano con el middle.

*¿Debemos tener un plan de comunicación? Es importante preguntarles cómo quieren que se comunique compliance con ellos. El middle management de hoy es el top management del futuro.*

Miguel Angel Escudero explica que en su compañía han utilizado mascotas temáticas, camisetas de compliance, caramelos de “compliance fuerte”, premios “top from the middle”, lo necesario para motivar y acercar compliance.

### 3.2. NORMALIZACIÓN DE LA GOBERNANZA EN LAS ORGANIZACIONES

Relator: Maria Tornos de Gisbert (abogada experta en Compliance, Compliance Officer y vocal de la Sección de Compliance de la Comisión de Cultura del ICAB)

Este panel del segundo día de congreso estuvo participado por la Sra. Lucía Sánchez-Ocaña, Head of Compliance & DPO en Cabot Financial Spain y por el Sr. Alain Casanovas, abogado y vocal de la Sección de Compliance de la Comisión de Cultura del ICAB. El moderador de la mesa fue el Sr. Francisco Bonatti, abogado y vicepresidente de la Sección de Compliance de la Comisión de Cultura del ICAB.

A lo largo del panel los ponentes invitados apuntaron la idea de que cualquier organización con un sistema de Compliance necesita, en cualquier caso, una buena gobernanza y, a partir de ahí, dilucidaron la relación que debe mediar entre ambos órganos o funciones.

Facilitamos aquí las ideas principales que fueron expuestas por los ponentes en relación con la materia que abordaron en sus exposiciones:

- No debe ser pasada por alto la idoneidad que cabe exigir al órgano de gobierno de una organización pues, alcanzar una buena gobernanza dependerá también de la correcta elección de los miembros que la conformen. Cuanto más idóneo sea más fácil resultará su relación con el órgano de Compliance (sobre el que también cabrá exigir idoneidad en su

composición y funciones). Por ejemplo, la relación que puede establecerse entre un administrador único extranjero de una empresa nacional y su órgano de Compliance puede ser mucho más distante que la que pueda nacer entre ese mismo órgano de control y un órgano de gobierno presente en el día a día de una compañía y con funciones ejecutivas. Debe apostarse por una relación cercana, de confianza y que garantice una función de control óptima por parte de ambos órganos, sin perjuicio de la autonomía e independencia que debe pesar sobre la función de Compliance;

- No hay que olvidar que el órgano de gobierno de una organización es el garante primario del cumplimiento normativo en la misma al ostentar el dominio último de su actividad o procesos, a partir de su deber natural recogido en sus obligaciones de buena diligencia en méritos a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. Ello implica que no puede desprenderse de la labor de control;
- Debe ser valorada también la relación existente entre el órgano de administración, el área legal y Compliance, en la medida en que entre las tres deben gestionarse los riesgos de gobernanza. Por ejemplo, puede ser un buen ejercicio analizar qué riesgos conlleva para una organización ostentar un administrador único o bien un consejo de administración, significadamente desde la perspectiva de asunción de riesgos. A partir de ahí los tres puntos de vista serán una buena suma técnica para tomar las mejores decisiones;
- El órgano de Compliance debe reportar sobre riesgos al órgano de gobierno, si bien pueden hacerlo también otras áreas de la compañía en función del “bottom-up”. Es ahí cuando el órgano de administración deberá tomar medidas frente a los riesgos que le son trasladados en ejecución de esa posición de garante máximo del cumplimiento normativo en la organización pudiendo, en caso contrario, asumir responsabilidades por su inacción;
- Se hizo mención también a la frase del Sr. Eric Himpton Holder, quien fuera fiscal general de Estados Unidos, *“A nadie le tiene que salir a cuenta no hacer las cosas bien”*, pensando en que deben buscarse sanciones o soluciones que castiguen de forma suficiente los incumplimientos normativos;
- Otra idea apuntada es que, en realidad, lo verdaderamente relevante es cómo cumplimos con la ley y con las normas éticas, esto es, ¿cómo lo hacemos?, más allá de las declaraciones de intenciones que puedan formularse;
- Fueron también mencionadas dos de las principales preocupaciones que residen hoy en día en la gobernanza, a saber, (i) posibles responsabilidades que pueden tener los miembros del órgano de gobierno y (ii) poder acreditar que, como órgano de gobierno, se ha sido lo más diligente posible;



ICAB – 31 de marzo y 1 de abril de 2022

- Desde un punto de vista finalista también se expuso que la función de Compliance debe conseguir que las organizaciones cumplan con la norma porque es la opción correcta, no porque se tenga miedo, por ejemplo, a una sanción;
- Se apuntó también a los principales estándares de normalización en materia de Compliance como son la ISO 37000 (como paraguas de las siguientes), UNE 19601, ISO 37002, ISO 37301 e ISO 37001. Haciendo referencia también a los principales principios que deben regir la gobernanza, como son el propósito, la generación de valor, la estrategia, el seguimiento y la rendición de cuentas;
- Finalmente se apuntó también al hecho de que gobernanza y la función de Compliance necesitan de ayuda mutua, en tanto gobernanza necesita de Compliance para acreditar su diligencia y conseguir un óptimo cumplimiento de las normas disminuyendo, así, su eventual responsabilidad y, a su vez, la función de Compliance necesita de gobernanza para afianzar y empoderar su labor dentro de la organización.

### 3.3. EVALUACIÓN DE LOS MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS: UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Relator: Anna Nuñez Miró (Vocal de la Sección de Compliance)

En este panel de cierre del Congreso participaron tres abogados penalistas de excepción. A saber: Sra. Judit Gené, Sra. María Saló y Sr. Emilio Zegrí. El moderador de la mesa fue el Sr. Emilio Zegrí de Olivar, abogado penalista y vocal de la Sección de *Compliance* del ICAB.

Hace más de once años de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, si bien existe nutrida jurisprudencia en relación a su tratamiento procesal penal, todavía queda un largo recorrido jurisprudencial en relación a la valoración de los modelos de prevención de delitos para lograr una eximente o, en su caso, atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

A lo largo del panel, los ponentes han expuesto el estado de la cuestión desde una triple perspectiva: pasado, presente y futuro.

A continuación, se traslada someramente las ideas fundamentales que se han podido extraer del panel:

- Se analizan ocho elementos fundamentales de la Sentencia de fecha 29 de febrero de 2016 (Sentencia número 154/2016, ponente señor Maza Martín). Se destaca y



recuerda que se trata de la primera resolución del Alto Tribunal en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica tras la publicación por la Fiscalía General del Estado de la Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 1/2015.

- Se cuestiona el concepto de idoneidad del Sistema de *Compliance*, en tanto puede divergir en atención al resultado del delito y ser un elemento de valoración subjetiva. En consecuencia, se propone hablar de robustez del Sistema de *Compliance*.
- Se pone de manifiesto que actualmente todavía nos estamos planteando las mismas preguntas elementales en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es, se siguen advirtiendo resoluciones que tratan la existencia del Sistema de *Compliance* como elemento negativo del tipo y otras como eximente. Sigue sin existir consenso en la cuestión de referencia.
- Se destaca la gran importancia de contar con medidas *ex ante* y *ex post* a la comisión del delito por parte de las organizaciones. Todo ello a fin de poder contar con prueba suficiente para demostrar ante un Juez o Tribunal el trabajo realizado de forma sostenida en materia de cumplimiento normativo. A estos efectos, es importante tomar en consideración la generación de prueba y contar, llegado el caso, con una buena pericial para probar la robustez del Sistema de *Compliance* de la organización.
- Se expone que, a día de hoy, la jurisprudencia mayoritaria en la materia está dictaminando resoluciones absolutorias si no hay suficiente prueba de cargo y que, en la mayoría de las ocasiones, las acusaciones no están siendo capaces de traer carga de prueba bastante al procedimiento penal.
- En consecuencia, de todo lo anterior, y con perspectiva de futuro, se destaca la importancia de contar con un acervo probatorio suficiente para convencer al Juez de Instrucción o, en su caso, al órgano de enjuiciamiento y fallo, que la organización cuenta con un verdadero Sistema de *Compliance* para conseguir la eximente o atenuante de responsabilidad penal de la persona jurídica. Para ello, sin duda, contar con una buena pericial, que sea didáctica e ilustrativa, será determinante.