

CERTIFICACIÓN *COMPLIANCE* PENAL: UNE 19061:2017



LAW



STANDARDS



TRANSPARENCY



FRANCISCO BONATTI

Socio-director. Abogado y consultor en
Compliance, BONATTI PENAL & *Compliance*



ANA DEL RIO

Accreditation and Governance Manager,
DNV GL BUSINESS ASSURANCE ESPAÑA, S.L.U.

Considerando la importancia del desarrollo de una cultura de cumplimiento, la reforma del Código Penal de 2010 introdujo la responsabilidad penal de las **personas jurídicas** y consideró que la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión de la prevención del delito ajustado a los requisitos mínimos se constituye, dado su carácter de mecanismo de autorregulación de la propia organización, en un **elemento exoneratorio o atenuador de dicha responsabilidad**.

COMPLIANCE



La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal considera que las certificaciones podrán ser valoradas como un elemento adicional de la eficacia de los modelos a la hora de eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que hayan implantado modelos para la prevención de delitos.

Con este marco jurídico de fondo, UNE publicó la norma UNE 19061:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*, que al igual que la ISO 37001:2016, es una norma certificable por parte de una tercera parte independiente, y aplicable a cualquier organización (tanto grandes como pymes, públicas o privadas). De esta manera se podrá dar confianza frente a terceros tales como clientes, colaboradores, usua-

rios finales y tal y como prevé la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, a jueces y fiscales.

Conviene resaltar el texto introductorio de la Norma UNE 19061: *“que una organización cumpla con los requisitos de esta UNE no asegura completamente que no se hayan producido en su seno delitos, ni que no vayan a producirse en el futuro. Por consiguiente, esta norma UNE no brinda una garantía absoluta de eliminación del riesgo de comisión de delitos que afronta una organización”*.

LA NORMA UNE 19061:2017

La norma UNE 19061:2017, integra los requisitos que establece

nuestro Código Penal conforme a los capítulos, cláusulas y articulado de la “estructura de alto nivel”. No era necesario que fuera así, al tratarse de una norma nacional UNE, pero los redactores lo consideraron adecuado en orden a poder alinear los SGCP en España con otros SGC elaborados conforme a las normas internacionales ISO 19600 o ISO 37001.

La Norma dibuja un organigrama muy similar al que recoge la ISO 19600. Los capítulos 4 a 10 configuran dicho organigrama donde observamos dos partes claramente diferenciadas (establecimiento y mejora) que confluyen en la Política de *Compliance* como componente “de unión” entre ambas fases y a la vez documento constitutivo del SGCP. Figura 1.

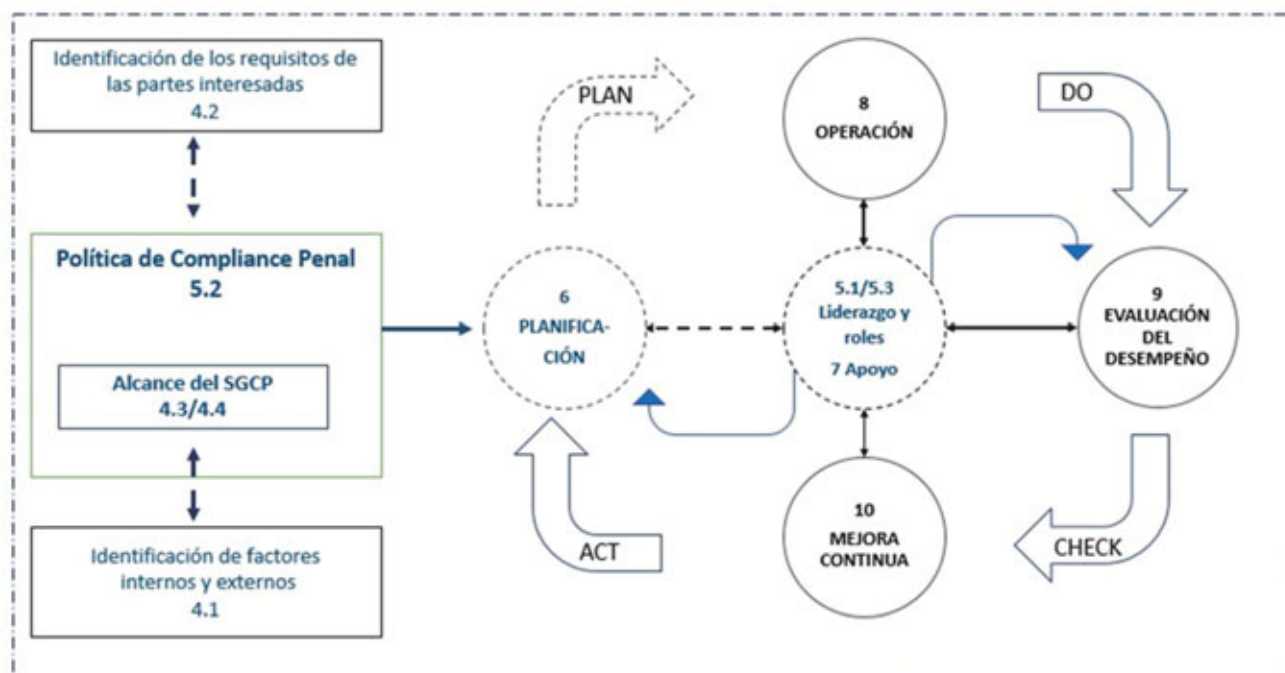


Figura 1.: UNE 19061 Organigrama del SGCP

OBJETO Y CAMPO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

El campo de aplicación de la Norma UNE 19601 no se restringe a las Personas Jurídicas, sino que se proyecta sobre el concepto de Organización ISO/UNE llegando a admitir, no sin problemas, partes de una persona jurídica. El alcance objetivo mínimo es el regulado en el Art 31 Bis y 129 del vigente Código Penal y su legislación complementaria, si bien permite alcances mayores, incorporando otros riesgos penales con consecuencias que se limiten a impactos económicos, administrativos o reputacionales.

LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER EL CONTEXTO DE LA ORGANIZACIÓN Y PLANIFICAR LOS OBJETIVOS

La relación de factores mínimos a tener en cuenta que se recogen en el apartado 4.1 es fruto de un notable trabajo de integración en la Norma de las diversas legislaciones civiles, mercantiles y penales que son aplicables. Esos factores incluyen:

Tamaño y estructura de la organización: forma jurídica de la organización, si está integrada en el sector público o privado, si tiene o no ánimo de lucro, grado de internalización de



sus actividades, si forma parte de un grupo de empresas o de otra estructura más compleja de organizaciones que mantengan interdependencia orgánica, forma de propiedad de la organización (socios, accionistas, asociados, mutualistas, cooperativistas, etc.), forma y estructura de gobierno de la organización y la composición y funciones de sus órganos de dirección y comités.

Ubicaciones y sectores en que opera: países y sectores donde opera segmentados según su nivel de riesgo.

Naturaleza, escala y complejidad de las actividades: formación y cualificación del personal, idiomas o la diversidad cultural de la organización, complejidad de los procesos y relaciones con partes interesadas, tipo y complejidad de las actividades realizadas.

Identificación de los procesos relevantes, dado que los riesgos se concretan siempre a través del comportamiento doloso o imprudente de

personal integrado en los procesos de la organización, es imprescindible identificar sus procesos para identificar aquellos comportamientos donde se pueda identificar un riesgo penal en la organización.

Entidades sobre las que ejerce control, identificando si trasladan responsabilidad en cadena o si forman parte de su cadena de valor o su actividad de negocio: controladas, participadas, otras sobre las que se tiene influencia

Miembros de la organización y socios de negocio, comprendiendo adecuadamente otros aspectos relacionados con el **modelo de negocio:** estrategia de negocio y de organización, cultura empresarial, nivel de aprensión al riesgo preexistente, códigos de conducta, sistemas de *compliance*, prevención y control interno que coexisten con el SGCP.

Naturaleza y extensión de las relaciones con los funcionarios públicos identificando los mecanismos que

ya utiliza la organización para evitar conflictos de interés y riesgos de cohecho, prevaricación o tráfico de influencias.

Otros requisitos o compromisos relevantes o sinérgicos: legislación normas y reglamentos, recomendaciones o acuerdos de reguladores y autoridades competentes, códigos de conducta, recomendaciones o buenas prácticas sectoriales y compromisos autoimpuestos.

Identificaremos también aquellas **partes interesadas relevantes** porque establecen exigencias explícitas y obligatorias o pueden concretar riesgos penales, incrementando su impacto o probabilidad, evitando riesgos penales o mitigando sus efectos. Una relación razonable de partes interesadas a considerar sería: accionistas, propietarios, dueños, asociados, mutualistas, directivos, mandos intermedios, empleados, inversores, socios financieros, clientes, proveedores, empresas y contratadores públicos,

otros socios de negocio, asociaciones sectoriales, grupos de presión, organizaciones sin ánimo de lucro, administraciones, administración de justicia, reguladores, prensa y medios de comunicación, redes sociales.

A diferencia de la norma ISO 19600, UNE 19601 opta por integrar el análisis de riesgos en el capítulo 6 para visibilizar claramente que el análisis y tratamiento de los riesgos penales es parte fundamental y motor del ciclo de mejora continua.

La planificación en la UNE 19601 conlleva las siguientes acciones:

- ❖ **Acciones para tratar riesgos.** Se encuadran las metodologías de análisis de riesgos dentro de la planificación de las operaciones, normalizándolo como un componente más de los procesos de mejora continua, asumiendo el análisis de riesgo como una acción cíclica ordinaria del sistema de gestión.

Esta visión resulta muy adecuada en sistemas de *compliance* penal, porque no disponemos de referencias reglamentarias detalladas ni existe un único regulador, sino muchos que pueden presentar además criterios dispares (los tribunales de justicia penal) porque configuran la interpretación de la norma a través de su jurisprudencia.

La mención a la prevención o reducción de los efectos indeseados, entre las finalidades de tratamiento de análisis y tratamiento de los riesgos, reconocimiento explícito de la inexistencia del riesgo cero y también de que las organizaciones se desenvuelven en un entorno de riesgo. La norma acepta el uso de cualquier metodología de análisis de riesgos que resulte más adecuada atendiendo al perfil de la organización (COSO, ISO 31000, etc.).

- ❖ **Escenarios frente al riesgo: el apetito de riesgo.** Si bien el objetivo de un SGCP es atender al riesgo cero, la Norma admite que el riesgo cero no existe. Como consecuencia, el apetito de riesgo en este SGCP no consiste en definir niveles de riesgo aceptables, sino en identificar los entornos de operación donde el riesgo resulta inaceptable y en el resto, dar el tratamiento adecuado para evitar el riesgo o mitigar sus consecuencias.

- ❖ **Objetivos del SGCP y planificación para lograrlos.** Implica la exigencia de analizar y planificar cómo van a ser tratados los riesgos y oportunidades, fijando



objetivos estratégicos, tácticos y operativos que –en términos legales– se pueden traducir en cambios muy variados: contractuales, de socios de negocio, de procesos y/o estructuras, de roles y responsabilidades, de procesos de toma de decisión, de áreas de actividad o negocio, de activos productivos, etc.

Algunos objetivos desaparecerán una vez alcanzados (por ejemplo, si se trata de una depuración de socios de negocio con riesgo superior a alto) y otros permanecerán en el tiempo (como los procesos de diligencia debida de los socios de negocio que suponen un riesgo de *compliance* aceptable).

EL LIDERAZGO DEL SISTEMA DE COMPLIANCE PENAL

Dado que el responsable último del *compliance* en las organizaciones son sus órganos de gobierno, el SGCP deberá alinear los requisitos establecidos en este capítulo con la legislación que le resulte aplicable a la organización. Uno de los valores fundamentales de la organización es que las actuaciones de sus miembros sean siempre conformes al ordenamiento jurídico en general y, en particular, al de naturaleza penal.

En la implantación exitosa del sistema, desempeña un papel fundamental el liderazgo de la organización que **se configura en tres niveles**: Órgano de Gobierno, Órgano de *Compliance*, Alta Dirección.



En los **niveles ejecutivos**, el órgano de gobierno debe demostrar su liderazgo y compromiso en el plano más estratégico y actuando como garante del sistema, mientras que el rol principal de la alta dirección es asegurar que el *compliance* penal se despliega efectivamente en todos los niveles de la organización.

El concepto de **Órgano de Compliance Penal** se aproxima más al de función de *compliance* penal que al de *compliance officer*, alineándose con la más avanzada visión de los recientes estándares internacionales ISO 19600 y 37001 a la vez que permite satisfacer las exigencias del Art.31 bis del CP, permitiendo que roles y responsabilidades puedan ser asumidos por diversos miembros de la organización a través de comisiones o comités que deberán asegurar el desempeño eficaz de las responsabilidades que la Norma asigna a dicho Órgano de *Compliance* Penal. El Órgano de *compliance* debe tener las habilidades y capacidades adecuadas para asegurar que puede

impulsar y supervisar el SGCP de la organización. Estas habilidades y capacidades pueden asegurarse mediante la integración de miembros de la organización y personas externas. En todo supuesto, deberemos asegurar la integridad y la ausencia de conflictos de interés de todos aquellos que integran el Órgano de *Compliance*

POLÍTICA DE COMPLIANCE Y ESTÁNDAR DE CULTURA DE COMPLIANCE

La política de *compliance* es el documento que configura la voluntad de transformación cultural de la organización expresada a través del liderazgo, estableciendo las bases del SGCP. La finalidad de la política va más allá de la implantación del SGCP para convertirse en el documento que configura el estándar de



conducta esperado de la organización que se recoge en el apartado 7.1 de la Norma y que se determina en documentos tan importantes como la Circular 1/2016 de la FGE o la Sentencia del tribunal Supremo 154/2016.

En este sentido, cabe hacer mención del apartado 7.1 de la norma que, por medio de una Nota, facilita aquellos elementos que permiten constatar la existencia de una adecuada cultura de *compliance*. Los elementos que definen una cultura corporativa en la práctica deben responder a tres grandes preguntas:

- ❖ Por qué hacemos las cosas (valores de la organización).

- ❖ Qué hacemos (objetivos).
- ❖ Cómo lo hacemos (patrones de comportamiento).

La política expresa la voluntad de compromiso respecto los resultados esperados, como la expresión de la tolerancia cero al delito y debe ser un documento público y comunicado tanto a los miembros de la organización como a sus partes interesadas, exigiéndose una adhesión expresa al mismo por los miembros de la organización y socios de negocio, abriendo la puerta a la aplicación de un control específico a través de cláusulas contractuales de *compliance* en los contratos y compromisos documentados con dichos

socios. En organizaciones con un mayor grado de complejidad, sus contenidos se desarrollan más detalladamente en documentos de rango inferior confeccionados por el Órgano de *Compliance* Penal.

En su capítulo 7 la norma establece que la política es un patrón de conducta para la diligencia debida de todos los empleados de la organización, de modo que la organización debe mantener un esfuerzo constante de comunicación de la política de *compliance* entre sus miembros y mostrar coherencia sancionando el incumplimiento de la política y a la vez protegiendo a los miembros de la organización que actúan conforme a la misma.

PLANIFICACIÓN OPERACIONAL Y SISTEMA DE GESTIÓN DE COMPLIANCE PENAL

Como ya hemos explicado, el eje Política – Objetivos Estratégicos – Planificación Operacional es clave para la eficacia del SGCP. Los procesos, procedimientos, controles y sus evidencias documentadas deben diseñarse e implementarse a través de un sistema de gestión fruto de la correcta alineación del eje anterior.

La planificación operacional debe desarrollar los objetivos estratégicos que hemos fijado a fin de cumplir la Política de *Compliance* Penal conforme a la planificación estratégica

diseñada a partir del marco de gestión del riesgo definido en el capítulo 6 de la Norma.

En cuanto a la planificación operativa establecida en el capítulo 8 de la norma, se nos ofrece una detallada relación de procesos necesarios para cumplir los requisitos del sistema de los que, sin ser exhaustivos, vale la pena destacar algunos aspectos:

Diligencia Debida: Los procedimientos de diligencia debida se contemplan para el tratamiento de riesgos externos (actividades/proyectos y socios de negocio) e internos (personal con riesgos superiores a bajo).

Controles financieros: que se enfocan tanto a evitar delitos financieros como a evitar la financiación interna de otros delitos.

Controles no financieros: donde la norma identifica como mínimo exigible los controles en compras, operaciones, comercialización, abriendo al final a otros procesos no financieros.

Entidades bajo control y socios de negocio: la exposición al riesgo puede provenir de participar en la gestión de una entidad o por el mero hecho de mantener con ella una **relación de negocio** (que es cualquier actividad beneficiosa, aunque no sea con finalidad comercial). Cuando no hay presencia en el órgano de gobierno del socio negocio se establecen cláusulas contractuales a través de un completo procedimiento de Diligencia Debida.

Condiciones contractuales: la inclusión de cláusulas en los contratos es obligatoria en aquellas operaciones que se formalicen con socios de negocio con riesgo mayor que bajo. El



Anexo E (informativo) de la norma facilita orientaciones sobre cláusulas contractuales.

Procesos de comunicación de incumplimientos e irregularidades: el SGCP debe facilitar canales de comunicación entre los miembros de la organización y los órganos de liderazgo que permitan comunicar inquietudes, dudas o la materialización de un riesgo penal. La inexistencia de estos canales y de unas garantías de uso satisfactorias inhabilita la eficacia del SGCP porque estos canales directos deben ser el primer y principal procedimiento que utilizar por los miembros de la organización.

El denominado **Canal de Denuncias** es un medio alternativo, su implantación deviene obligatoria para garantizar un medio que preserve la confidencialidad o anonimato del informante en aquellos casos en que los medios naturales le generen temor a represalias. De este modo, el Canal de denuncias se configura también como un control de Alto Nivel.

Procedimientos de investigación de incumplimientos: los procedimientos de investigación deben diseñarse y aprobarse atendiendo a la organización, sus actividades, procesos operativos y riesgos de *compliance* penal evaluados, dentro del marco de gestión del riesgo y adaptándolos a las especificidades laborales, legales y culturales de la organización. Deben testearse periódicamente, para asegurar su eficacia en caso de ser necesaria su aplicación ante un indicio real de materialización de riesgo penal.

Proceso de mejora continua: El SGCP contempla también un proceso de mejora continua en sus capítulos 9 y 10 que es, posiblemente, la parte más

alineada respecto a la gran mayoría de sistemas de gestión. Hay que destacar como aspecto más relevante que los apartados 9.3, 9.4 y 9.5 establecen un proceso de revisión del SGCP “de abajo a arriba”, en que los informes del órgano de *compliance* deben pasar por la alta dirección para terminar en el órgano de gobierno, responsable último del establecimiento e implantación de los planes de mejora y de respuesta frente al incumplimiento. Este escalado de informes está perfectamente alineado con los requisitos establecidos en el capítulo 5.1 de la norma y con la regulación de responsabilidades determinadas en el Código Penal tanto para las personas físicas como para las jurídicas ante la comisión de un hecho delictivo.

BENEFICIOS DE LA IMPLANTACION UNE 19061:2017

Si bien la implantación de Programas de *Compliance*, siguiendo las directrices de la Norma UNE 19601, no conlleva por sí sola la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin duda constituye un factor clave para acreditar el comportamiento diligente de las organizaciones en la prevención y detección de conductas delictivas. También hay otras ventajas asociadas, tales como:

1. Impulso de una cultura ética y de cumplimiento de la Ley.
2. Mejora de la reputación e imagen de la organización: valoración positiva por los órganos regulatorios y judiciales por evidenciar un

compromiso con el cumplimiento, evitando o minimizando las sanciones administrativas o penales.

3. Confianza de las partes interesadas.
4. Implantación de buenas prácticas contra los delitos penales y la prevención de los mismos.
5. Sinergia con otros referenciales internacionales como ISO 37001, ISO 19600, ISO 9001, ISO 27001 o ISO 14001.

LA CERTIFICACION POR UNA TERCERA PARTE INDEPENDIENTE

La certificación de un Sistema de Gestión de *Compliance* Penal basado en UNE 19601 y la consiguiente emisión de un certificado por una tercera parte independiente, permite que las organizaciones puedan demostrar, ante partes interesadas, el compromiso y proactividad en materia de cumplimiento.

Considerando la trascendencia que tiene la norma UNE 19601:2017 y la demanda en el mercado, la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) ha desarrollado un esquema para la acreditación de certificadores, de forma que dichas entidades de certificación, puedan emitir, con máximo valor y credibilidad, certificados de conformidad con la UNE 19601. La norma que rige los criterios de acreditación es la UNE 165019 “Sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión

de *compliance* penal conforme a la Norma UNE 19601”

Conviene resaltar algunos de los requisitos claves definidos en dicha norma y que las entidades de certificación deben exigir a los solicitantes de una certificación acreditada de acuerdo a UNE 19601. En concreto, resulta de especial relevancia para estimar los tiempos de auditoría los siguientes factores:

- ❖ Estructura societaria. Grupos de empresas. Filiales y socios de negocio.
- ❖ Número de sedes.
- ❖ Número de centros operativos en los que se opera con el mismo SGCP.

- ❖ Países en los que opera.
- ❖ Variedad de actividades.
- ❖ Sectores o actividad regulada (cotizadas en Bolsa; sector banca etc.).
- ❖ Nivel de riesgo inherente a las actividades que realiza la organización y tipología de delitos afectados.

También se estipula que el organismo de certificación debe asegurar que en el equipo auditor se incorpora, al menos, un jurista con la experiencia necesaria demostrable en derecho penal o en *compliance* penal.

Por último, destacamos la importancia del contenido y el nivel de detalle del informe y de los registros de

auditoría que lo apoyan, que deben permitir no solo una toma de decisiones informada, sino poder demostrar a terceros (por ejemplo, en caso de un pleito) las razones que llevaron a declarar la conformidad con la Norma UNE 19601.

La Norma UNE 19601 es un estándar esencial para todas las organizaciones que quieran establecer y difundir una cultura ética, responsable y de cumplimiento legal y junto a la UNE 37001 y a la UNE 19600:2015, cierra el triángulo normativo en torno a la implantación de la Cultura *Compliance*.

El hecho de ser una norma certificable, facilitará que el mercado lo acabe incorporando como un requisito más de la forma de hacer negocios.

