

Grado en Criminología y Políticas Públicas de Prevención

TRABAJO DE FIN DE GRADO (21113)

Curso académico 2011-2022

LA IRRUPCIÓN DEL *COMPLIANCE*

ANÁLISIS DE SU DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN EN UNA MUTUA

Autora

Aina Amengual Parra

Tutor académico

Jordi González Guzmán



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Yo, Aina Amengual Parra, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas a excepción de aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla y publicarla en el a-Repositori: Repositorio Digital de la UPF, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto para Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro sitio.

Aina Amengual Parra

Barcelona, 16 de junio del 2022

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría transmitir mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que han colaborado en esta investigación. En primer lugar, a mi tutor, Jordi González, por su constante orientación, paciencia e interés en mi trabajo. También me gustaría agradecer a todos los profesionales que han contribuido a la realización del estudio. Y, por último, a mi familia, por despertar mi curiosidad, apoyarme en todo el proceso y aportar siempre su visión más crítica, fomentando mi crecimiento personal.

RESUMEN

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal con el artículo 31 *bis*, supone una irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español y un punto de inflexión en la forma de comprender el principio de culpabilidad, en tanto que las corporaciones son incapaces de cometer materialmente un hecho delictivo.

No obstante, la reforma tiene como objetivo principal garantizar que las empresas velan por el desarrollo de sus actividades conformes a la normativa vigente y las políticas y procedimientos internos establecidos, asegurando que operan con integridad, evitando la comisión de actos ilícitos.

Por ello, el presente estudio pretende analizar de qué forma las empresas han integrado los programas de cumplimiento normativo o *compliance programs* en sus estructuras desde un enfoque criminológico, a partir del análisis de su diseño e implementación en una Mutua, con el fin último de conocer las limitaciones y retos de futuro que podrían ser extrapolables a otras empresas. Se diferenciará el cumplimiento de la norma legal del de la norma ética, dándole a la segunda la importancia que merece.

Conceptos clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, riesgos penales, delincuencia corporativa, programas de cumplimiento normativo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. MARCO TEÓRICO	3
2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas	3
2.2. Delincuencia corporativa	5
2.3. Factores criminógenos de la estructura empresarial	6
2.3.1. Elección racional y conducta ilícita	7
2.3.2. Las técnicas de neutralización	8
2.4. Compliance	9
2.4.1. <i>Compliance</i> y ética.....	11
3. METODOLOGÍA	13
3.1. Revisión bibliográfica	13
3.2. Entrevistas	13
3.2.1. Muestra	14
3.3. Limitaciones	16
4. ANÁLISIS EN UNA MÚTUA	17
4.1. Percepción del <i>compliance</i>	17
4.2. Creación e implementación de un programa de <i>compliance</i>	19
4.3. <i>Compliance</i> y Responsabilidad Social Corporativa	24
4.4. Retos para el futuro	25
5. CONCLUSIONES	27
6. BIBLIOGRAFÍA	29
7. ANEXOS	32

Número de palabras del trabajo: 10.243

1. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de la Reforma del Código Penal, que introdujo en España la responsabilidad penal de la persona jurídica en el artículo 31 bis y, más recientemente, con la entrada en vigor de su texto definitivo el 1 de julio de 2015 y la nueva circular 1/2016, se ha incrementado notablemente en España el interés del *compliance* por parte de las empresas. También conocido como cumplimiento normativo, el *compliance* tiene como principal objetivo la prevención de los delitos que las personas jurídicas pudieran cometer y permitir la exoneración o atenuación de la pena en caso de que la comisión del delito fuera inevitable.

Por este motivo, teniendo en cuenta la relevancia y la relativa novedad del concepto, así como la falta de estudios empíricos sobre su eficacia, resulta interesante conocer hasta qué punto las empresas priorizan y tienen presente el *compliance* en su cotidianidad, con el fin de comprobar si se está utilizando como una mera herramienta para lavar o mejorar su imagen, o si es verdaderamente útil para prevenir delitos y regular las conductas delictivas de las empresas.

Históricamente, la discusión sobre el *compliance* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha dado muchos más frutos en el ámbito de disciplinas normativas como el derecho que en el de las ciencias sociales como la criminología. La explicación es que buena parte del estudio tradicional sociológico o criminológico sobre el delito se ha producido o bien por encima de la organización, incidiendo en los factores sociales de la criminalidad, o bien por debajo de ella, poniendo la mirada en el propio individuo que delinque (Cigüela, 2019). Además, la criminología se ha centrado mayoritariamente en delitos tradicionales y fácilmente perceptibles, como los delitos contra la integridad, mientras que aquellos delitos que no tienen una víctima directa o visible han sido objeto de menor atención.

Sin embargo, la existencia misma del *compliance* como instrumento de prevención supone un cambio de paradigma, pues parte de la presunción de que la corporación – cómo estructura organizativa – juega un papel importante en los delitos que se puedan cometer con ocasión de la actividad empresarial. Por ello, se pide a las organizaciones que desarrollen una estructura

preventiva y no facilitadora de los posibles delitos que se puedan cometer en el ejercicio de sus actividades (Cigüela, 2019).

Para llegar a este punto, es imprescindible comprender los motivos por los que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, además de entender el concepto de la delincuencia corporativa y saber cuáles son los factores criminógenos que favorecen la comisión de delitos en una empresa, pues sin estos conocimientos costaría comprender que una empresa pueda cometer un delito y tomar conciencia de la importancia de evitar en la medida de lo posible que se produzcan. Además, al tratarse de un concepto difuso, resulta complicado delimitar el ámbito de actuación de los programas de cumplimiento normativo pues, si bien es cierto que aparecieron como una herramienta meramente preventiva, en los últimos años han ido evolucionando hacia un nuevo escenario en el que podrían servir de complemento de la responsabilidad social corporativa, convirtiéndose así en una ventaja competitiva para las entidades que decidan integrarlo.

Aun así, cabe tener en cuenta que la exigencia de un programa de cumplimiento normativo por parte de las empresas llegó a España de una forma repentina y brusca, con una base legislativa poco consolidada, forzando a las empresas a que, sin apenas conocimientos sobre el tema, y con otras muchas prioridades, encontraran la manera de diseñar e implementar estos programas (Gutiérrez, 2015). Es aquí cuando se pone de manifiesto la diferencia entre empresas de distinta envergadura y la importancia de la formación y de la cultura de los directivos a la hora de tomar decisiones al respecto.

Teniendo en cuenta estas dificultades, este trabajo pretende contribuir al estudio del *compliance* desde un punto de vista criminológico. El objetivo del estudio es realizar una revisión bibliográfica sobre el *compliance* y contrastar esta literatura con un estudio de caso. En particular, este trabajo analiza el programa de cumplimiento normativo de una Mutua Colaboradora con la Seguridad Social. Así, mediante la revisión de materiales secundarios y la realización de entrevistas semiestructuradas, se pretende conocer cómo ha sido el proceso de creación del programa y de qué forma se ha ido aplicando y ha ido evolucionando. También se darán a conocer las limitaciones que este pueda presentar y, lo más importante, cuáles son los retos para el futuro, que podrían ser extrapolables a otras empresas.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tradicionalmente, el derecho penal se ha centrado en la protección de bienes jurídicos individuales como la vida o la libertad sexual (Abanto Vázquez, 2006). Por este motivo, cuando una persona física comete un delito que afecte a alguno de estos bienes, sea mediante acción u omisión, deberá responder penalmente asumiendo una pena impuesta por el tribunal correspondiente.

A pesar de ello, la sociedad actual está sujeta a constantes cambios en todos los ámbitos, que nuestras instituciones, legislaciones y estudios tardan en digerir. Entre ellos, existen tres factores que serán determinantes para este estudio: la creciente complejidad de las relaciones económicas; el sentimiento de animadversión hacia el peligro de la ciudadanía dentro de una sociedad del riesgo; y los nuevos retos que supone la globalización y las nuevas tecnologías. Con ello se añaden nuevas estrategias delictivas en los delitos tradicionales, pero también en otros de repercusión más reciente en los que las empresas son los principales actores. (Ballesteros, 2020). Nacen nuevos delitos que no suponen una afectación fáctica a un bien jurídico directamente palpable, los conocidos delitos sin víctima, como los delitos contra el medio ambiente por parte de las empresas. (Vázquez, 2006). En estos casos, nace el debate sobre si será necesario castigar a la persona física que ha realizado la acción o también a la persona jurídica en la que se ampara la primera.

En cuanto al concepto de “persona jurídica”, entendida como “toda institución dotada de personalidad jurídica propia e independiente, y plena capacidad para el cumplimiento de sus objetivos, ya sea creada por leyes, o conforme con lo establecido en ellas”, resulta una novedad en el ámbito jurídico y penal, por su reciente incorporación (RAE, 2020). Sin embargo, la posibilidad de poder castigarlas ha estado en la mesa desde que estas empezaron a existir. Los romanos tenían la máxima de *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), pues defendían que la responsabilidad penal ha de ser personal. Los principales argumentos que sostenían era que el grupo en sí mismo no delinque, sino que lo hace una persona física que se integra en él, ya que el grupo no tiene vida propia, sino que quien la tiene son los miembros individuales que componen la empresa. Además, las empresas no tendrían capacidad de culpabilidad, una de las principales garantías del derecho penal (Gracia, 2016).

No obstante, llegó un punto en que algunos países concluyeron que los juristas romanos se equivocaban. España en este punto lidera en Europa la evolución legislativa, entendiendo por evolución el desarrollo o sucesión histórica de la legislación. En el 2010 se introduce en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulada en el art. 31 bis del Código Penal. Hasta ese año, la persona jurídica no era susceptible de ser culpable, sino que quedaba en un segundo plano como responsable civil subsidiaria (Gracia, 2016).

El legislador penal lo justifica defendiendo que, en la actualidad, con la responsabilidad penal de las personas físicas, no es suficiente para prevenir la criminalidad de las empresas. Quizás los romanos no lo necesitaban, pero en la contemporaneidad es necesario intensificar las medidas de prevención del delito de la empresa. Podría considerarse resultado del aumento de la delincuencia y los abusos contra el Derecho que se presenciaron en el panorama español de la época, que se llevaban a cabo mediante la instrumentalización o ejecución de acciones ilícitas (Silva Sánchez 2013). La reforma fue criticada por gran parte de la doctrina, principalmente porque no regulaba de forma clara, concisa y pragmática alguno de los elementos más esenciales. Así pues, en el 2015 se realiza una modificación, donde se pretenden solventar tales problemas de interpretación y de carácter procesal.

Desde ese momento, la penalidad económica ha cambiado, los principales agentes en materia penal en el mundo de los bienes jurídicos socioeconómicos ya no son las personas físicas, sino que son las empresas. La responsabilidad penal de la persona jurídica se acumula a la responsabilidad penal de los administradores, los directivos o los trabajadores, además de la responsabilidad civil que se puede derivar de la comisión del delito. La inmensa mayoría de delitos económicos se cometen en el seno de la empresa, hecho que demuestra que la empresa es un factor criminógeno, donde se producen dinámicas colectivas que hacen que los miembros que la componen tomen decisiones delictivas e irracionales desde la lógica jurídica que se explicarán a continuación (Silva, 2013).

Se introduce la responsabilidad penal de la persona jurídica como medio de prevención adicional. Las necesidades preventivas por el legislador penal español no dan demasiada importancia a la violación del principio de culpabilidad, en tanto que la sanción recae sobre sujetos que no han cometido el hecho delictivo. Esto no termina de encajar con la lógica del derecho penal que tiene que respetar diversos principios y garantías. Se evoluciona hacia una culpabilidad colectiva, sometida a las exigencias preventivas, porque se ven las empresas como caldos de cultivo donde se puede favorecer el delito (Ballesteros, 2020). No obstante, este debate no es objeto de el presente estudio, por lo que se tendrán en cuenta las decisiones ya tomadas por el legislador.

2.2. Delincuencia corporativa

En relación con la criminología, el mundo empresarial apareció por primera vez en la investigación criminológica en el artículo de Edwin Sutherland sobre “La delincuencia de cuello blanco” en 1940, a la cual vinculó con el mundo de los negocios (Garrido et al., 2006). Generalmente, la delincuencia de cuello blanco se ha caracterizado por ocurrir en un contexto laboral legítimo, estar motivada por el objetivo de ganancia económica o éxito ocupacional; y la inexistencia de violencia directa e intencional (Friedrichs, 2010). Esta modalidad de delincuencia ha sido objeto de estudio en menores ocasiones, pues, al no afectar directamente a víctimas concretas no se percibe de la misma forma, además de producirse en ambientes más opacos, cuyo acceso es más dificultoso.

A pesar de usarse indistintamente los conceptos “delincuencia de cuello blanco” y “delincuencia corporativa” (Lynch et al., 2004), la segunda se define como aquellos actos ilícitos y dañinos realizados por directivos y empleados de empresas con el fin de promover los intereses corporativos (Friedrichs, 2010). En otras palabras, se habla de criminalidad corporativa cuando empresas u organizaciones legalmente establecidas cometen infracciones, generalmente en busca de una mejor situación económica, aprovechándose de las oportunidades brindadas a quienes ejercen la profesión, viniendo determinada esta “personalidad delictiva” de la corporación por el tipo de actividad realizada y las oportunidades ofrecidas para transgredir las normas, independientemente de las personas ocupantes de cargos de responsabilidad (Garrido et al., 2006). Es importante destacar que no se está haciendo referencia a aquellas entidades que han sido creadas específicamente para la comisión de delitos, pues estas supondrán un objeto de estudio distinto.

2.3. Factores criminógenos de la estructura empresarial

Cuando se habla de factores criminógenos, se hace referencia al conjunto de factores estructurales que incentivan o facilitan la comisión de delitos por parte de los individuos. Desde el punto de vista de la delincuencia corporativa, son relevantes porque no sólo las acciones individuales pueden ser peligrosas para bienes jurídicos ajenos, también lo pueden ser los contextos de interacción. (Cigüela, 2006). Una primera cuestión analítica interesante es, por tanto, cómo localizar los factores criminógenos, y cuáles de ellos son atribuibles específicamente a la organización empresarial.

Existe consenso en los estudios sobre criminalidad de empresa en que la corporación implica un mayor riesgo de que aparezcan conductas desviadas por parte de sus directivos y empleados. Esta circunstancia ha sido denominada “actitud criminal de grupo”, en virtud de la cual la incorporación a un grupo reduce los mecanismos inhibitorios de sus miembros que pueden realizar conductas delictivas que no llevarían a cabo en caso de actuar de forma individual. Se afirma que debido a las técnicas de neutralización colectivas que se imponen a la motivación individual se llega a una completa volatilización del sentimiento de responsabilidad individual como producto de una diversidad de factores criminógenos que se analizan a continuación (Bermejo, 2009). Estos son extrapolables a cualquier tipo de organización. De hecho, han sido utilizados en numerosas ocasiones para el estudio de organizaciones criminales como las bandas callejeras o los grupos terroristas.

El primero de estos factores es la difusión de responsabilidad que conlleva la existencia de una organización. En efecto, la división vertical y horizontal del trabajo puede dar lugar a lo que se ha denominado “irresponsabilidad organizada”. Esta difusión de la responsabilidad se manifiesta en un ausente o es abstracta, de modo tal que las conductas parecen presentar cierta neutralidad moral desde la perspectiva del infractor (Bermejo, 2009). Además, a pesar de haber conductas activas, lo realmente propio del derecho penal económico son las conductas omisivas. Es decir, conductas consistentes en la pasividad, que suponen una mayor dificultad a la hora de identificar al culpable, pues es más difícil saber quien debería haber actuado.

La mayoría de estos delitos no implican por regla general un menoscabo efectivo palpable en la víctima, pero sí lo supondrían si se produjera una acumulación. Esto reduce los costes jurídicos esperados ante la baja probabilidad de que las infracciones den lugar a denuncias para la imposición de sanciones o demandas de responsabilidad civil, así como de los costes de las sanciones informales debido a la aparente inocuidad de la conducta. Por último, la dependencia del trabajador con su puesto de trabajo también establece condiciones favorables para la comisión de delitos debido a la importancia de este para su subsistencia y las gravosas consecuencias personales y laborales que pueden conllevar el desempleo y la pérdida de estatus social como consecuencia de ello (Cigüela, 2006). Ante los altos costes que tendría el cumplimiento de la ley, las consecuencias jurídicas negativas esperadas de la infracción pueden aparecer ante los ojos del empleado como un riesgo menor.

2.3.1. Elección racional y conducta ilícita

La teoría de la elección racional puede aplicarse a la delincuencia empresarial expandiendo la versión tradicional de la disuasión que reflejaran las teorías económicas, y que parece considerar únicamente los costes esperados de las sanciones jurídicas negativas. Esta particular aplicación de la teoría de la elección racional parte del supuesto de que la decisión de un empleado o directivo de cometer un delito está influenciada por los costes y beneficios percibidos de la infracción. El modelo de la decisión de delinquir en el ámbito empresarial debe considerar tanto los beneficios del delito como otros costes distintos a las sanciones tales como los costes que las empresas deben asumir para cumplir con las normas regulatorias (Bermejo, 2009).

En efecto, los autores indican que hay una diversidad de costes que deben ser considerados. Un tipo de coste es la probabilidad y severidad percibida de las sanciones formales por parte de los miembros de la empresa. A ello deben agregarse los costes esperados percibidos de las sanciones informales: se incluyen tanto la publicidad negativa para la empresa, la pérdida de reputación y buen nombre de la empresa en el mercado como la posibilidad de que colegas, amigos y familiares del infractor desapruében la conducta delictiva. También deben considerarse los costes morales, incluyéndose tres elementos: la depreciación de la imagen que el infractor tiene de sí mismo, la percepción del infractor de que el acto delictivo en concreto es moralmente reprobable y la

percepción de que las normas que debe obedecer y las autoridades que las aplican son legítimas. Por último, también han de incluirse los costes percibidos del cumplimiento de las normas regulatorias (los costes de imposición del *Compliance Program*) y los beneficios percibidos de la infracción. (Miró, et al., 2015).

Desde la aparición de los programas de cumplimiento normativo, una de las razones más alegadas por los empresarios para no implementarlos, es el aumento de costes que supone contrastado con la falta de un beneficio palpable en los resultados. Esto también es fruto de la elección racional. No obstante, muchos de ellos no son conscientes de que la falta de presencia de un *compliance program* en la empresa, podría suponer que, en caso de cometerse un hecho ilícito por el que esta pudiera ser considerada penalmente responsable, no podría optar a ningún tipo de exención o atenuación de la pena (Silva, 2013). Con ello, se pretende hacer referencia a la necesidad de tomar conciencia de que, en muchas ocasiones, un coste a corto plazo supondrá un beneficio a largo plazo, pues de no soportarse este coste podrían darse circunstancias trágicas como la propia disolución de la empresa.

2.3.2. Las técnicas de neutralización

Las técnicas de neutralización consisten en “extensiones no reconocidas de las justificaciones legales, que se presentan bajo la forma de justificaciones para la desviación que son percibidas como válidas por el delincuente, pero no por el sistema legal y la sociedad” (Sykes & Matza, 1957). Su fecundidad se evidencia en el hecho de que a lo largo de estos años ha sido integrada con diversas teorías criminológicas, tales como la teoría del aprendizaje, la teoría del control o, como aquí se propone, la teoría de la elección racional (Bermejo, 2009).

Se pueden identificar cinco técnicas de neutralización que permiten al infractor otorgar una apariencia de legitimidad a su conducta: la negación de la responsabilidad, la negación del daño causado, la negación de la víctima, la censura de aquellos que condenan la acción y la apelación a lealtades superiores a la ley. Estas técnicas “protegen al individuo de la propia culpabilización así como de la condena de los otros”; es decir, eliminan o disminuyen los costes morales y reputacionales de la conducta infractora (Bermejo, 2009). Como puede observarse, no se trata

solamente de un proceso psicológico, sino de un proceso social en el que estas técnicas se encuentran vigentes, lo que explica que los otros miembros de la empresa no reprochen la conducta realizada.

Ahora bien, la integración de la teoría de las técnicas de neutralización con la teoría de la elección racional presupone consideración especial de las segundas. Algunos autores han pretendido delimitar las técnicas de neutralización a excusas o justificaciones que tienen lugar después de la comisión del hecho delictivo y sólo cuando dicha conducta es puesta en cuestión por otros (Silva, 2013). No obstante, esta visión no tiene en cuenta que, además de que puedan existir mecanismos de neutralización desarrollados por cada individuo, pues en numerosas ocasiones, como en los entornos corporativos, se crea un ambiente favorable a la creación de técnicas estandarizadas que serán tenidas en cuenta por los infractores ex ante, es decir al momento de actuar.

En el caso de las corporaciones, la estructura jerárquica de la organización que vuelve difusa la responsabilidad por las acciones es una condición de posibilidad de la vigencia de técnicas de neutralización. La negación de responsabilidad suele aparecer en los delitos de empresa bajo el argumento de que el infractor fue “forzado” a involucrarse en actos ilegales para mantener su trabajo o asegurar la supervivencia de la empresa (Silva, 2013). Además, en la mayoría de casos se presentan numerosas dificultades al identificar al responsable del acto ilícito.

2.4. *Compliance*

El término *compliance* o cumplimiento normativo hace referencia a la realización de una actividad dentro del marco o de las normas jurídicas que la regulan y presenta su origen en el derecho anglosajón. Cabe remarcar que no se trata del cumplimiento de una norma jurídica única, pues no existe ninguna norma genérica que regule todas las actividades, sino que existen muchas normas de carácter sectorial a las que tiene que someterse la actividad. (Malarée, 2017). En el terreno jurídico-penal, la expresión *compliance* se emplea para designar la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos con la finalidad de identificar posibles riesgos y supervisar y asesorar a los órganos de administración en el cumplimiento de la normativa legal, con el objetivo último de evitar incurrir en infracciones y sus correspondientes sanciones.

Se trata, pues, de medidas de las que se valen las empresas para asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que, eventualmente, se sancionen (Kuhlen 2013, 51). El vocablo *compliance* significa, en buena medida, auto vigilancia (Silva Sánchez 2013, 100). El criminal *compliance* aparece, así, como una herramienta que permite a las empresas protegerse frente a la eventualidad de que puedan ser objeto de una sanción penal. Se considera que, si bien es evidente que la posibilidad de comisión de un delito nunca será nula, la entidad debe asegurarse que se han utilizado todas las medidas para evitarlo. Además, en caso de que se produjera, debe demostrar que no existe ningún tipo de apoyo o protección hacia el ilícito, colaborando siempre que fuere necesario con la justicia.

De ser así, estas podrán quedar exentas de responsabilidad penal, o al menos lograr una atenuación de ésta, si antes del delito habían adoptado todas las medidas preventivas que razonablemente se presentan como las indicadas para evitar la comisión del hecho delictuoso de que se trate. En este sentido, se advertirá que el *compliance* hace referencia al hecho de que la empresa se ha autorregulado por medio del establecimiento de normas internas de prevención de delitos. Sin embargo, la expresión se utiliza también para aludir al documento mismo en el que se materializa ese programa normativo, o sea, al *corporate compliance program*, entendido como el instrumento escrito en que se plasman las normas que evitaran que las personas físicas que integran la empresa cometan algún delito en su beneficio (Arocena, 2017). Dado que no existe un modelo universal, cada empresa deberá elaborar su propio programa, de acuerdo con sus riesgos y necesidades.

Los programas de cumplimiento normativo persiguen dos objetivos claramente diferenciables. Por un lado, ellos procuran evitar la realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención). Pero, si las infracciones legales igualmente se producen, el *criminal compliance* añade otra finalidad: la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (García Cavero, 2015).

Esta función consiste en establecer mecanismos para descubrir las irregularidades que se cometan dentro de la empresa, así como para reparar las infracciones que se generen e, incluso, ponerlas en conocimiento de la autoridad correspondiente. A través de la persecución de estos dos objetivos,

el fin último de los programas de cumplimiento es dotar a las empresas de incentivos para lograr su autocontrol, aliviando así, en parte, la actividad preventiva y represiva del Estado, que ya tiene suficiente con actuar en el resto de las ramas del derecho penal (Wellner, 2005).

Para que cumplir realmente la función de prevención de delitos que se le asigna, deben darse dos condiciones esenciales. Por un lado, dicho mecanismo empresarial debe ser realmente eficaz para evitar la realización de delitos en el marco de las actividades de la empresa y no simplemente una idea especulativa o una estrategia de marketing (García Cavero, 2015). Pero no basta con lo que la regulación legal recomiende, estimule e incluso disponga la conformación de un criminal compliance en la empresa, sino que deben darse, además, las condiciones para que tal conformación resulte económicamente atractiva para las empresas.

Es evidente que, si la propia existencia o viabilidad económica de la empresa se contraponen finalmente a la lógica del cumplimiento normativo, de nada servirá que la legislación promueva la conformación de este tipo de mecanismos empresariales. Si con el desarrollo del *compliance program* resulta menos beneficioso cometer la infracción y asumir las consecuencias, que no implementarlo, las empresas optarán por no utilizarlo (Arocena, 2017). Por ello, es fundamental que las empresas actúen por valores propios y no por temor a una sanción. Es aquí cuando entran en juego la relación entre el cumplimiento normativo, la ética y la responsabilidad social corporativa, que se desarrollará en el apartado siguiente.

2.4.1. Compliance y ética

La finalidad principal de la reforma del artículo 31 *bis* del Código Penal es incentivar la honestidad empresarial mediante la posibilidad de eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica si se diera el caso a través de su propia autorregulación, pues el Estado no tiene otro mecanismo a su alcance para garantizar que estas actúan de forma responsable.

Por ello, el cumplimiento normativo debe ir siempre acompañado de una cultura por parte de los miembros de la empresa y, sobre todo, de sus directivos. Deben incorporarse determinados valores éticos voluntariamente asumidos por la organización, trasladados a todos sus miembros y que resultan de aplicación en todos los ámbitos de la compañía. Dicho esto, la diferencia entre

compliance y ética es que la primera asegura que los miembros y colaboradores de la organización no actúen contra las regulaciones y la segunda tiene como objetivo mejorar el ambiente de responsabilidad entre los empleados y directivos (Ethics Global, 2018, agosto 16)

No obstante, siempre actúan a la par, pues ambas partes colaboran en la formación de una organización integral, que prevenga las conductas ilícitas, a la vez que fomente un buen clima laboral. Si a esto se suman unas buenas condiciones de trabajo, los miembros de la empresa sacarán su máximo rendimiento y no llegarán al punto de pensar en el cálculo coste/ beneficio, pues el bienestar que le proporciona la empresa será siempre superior a los beneficios obtenidos con la posible comisión de un delito (Rojas, 2017).

Por ello, más allá que un requisito legal para cumplir con las organizaciones, los programas de cumplimiento son un compromiso ético que asumen todos los componentes de la organización para actuar de acuerdo con sus propios valores. Los valores son los elementos que se transmiten a los empleados para generar sentido de pertenencia a la organización, y esa pertenencia debe permitir la asociación de la empresa con el cumplimiento normativo.

Es aquí donde surge el *compliance* laboral, una rama del cumplimiento normativo que no solo se centra en el control de los riesgos de sanciones legales o en la eventual nulidad o improcedencia de las decisiones empresariales en el entorno laboral, sino también en las pérdidas económicas y sobre todo la pérdida de reputación que puede sufrir la empresa “como consecuencia de su incapacidad para lograr el cumplimiento de todas las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y las normas de la buena práctica” (Rojas, 2017). Es por ello por lo que el código ético y de conducta supondrán un punto de partida de la actividad empresarial. A partir de aquí, será imprescindible que el liderazgo y la alta dirección asuman el compromiso de cumplirlo, modelen con el ejemplo y se conviertan en el ejemplo que esperan del personal de la empresa.

3. METODOLOGÍA

3.1. Revisión bibliográfica

Para poder llevar a cabo el presente estudio, se ha realizado una amplia revisión bibliográfica, a nivel nacional e internacional, con el fin de disponer de una base teórica suficientemente amplia del tema expuesto, información procedente de fuentes diversas para poder aportar una mayor riqueza interdisciplinaria al trabajo. La información teórica se ha extraído mayoritariamente de artículos académicos y manuales.

3.2. Entrevistas

A continuación, se ha procedido a la realización del trabajo de campo mediante el desarrollo de distintas entrevistas presenciales semi estructuradas a agentes que nos han permitido contrastar la información obtenida en el marco teórico, como académicos y profesionales del sector.

Además, este estudio cuenta con una parte de análisis en una mutua (a partir de ahora denominada MB) que se expondrá a continuación, cuyo objetivo es comparar la teoría con su aplicación práctica en una empresa concreta. La empresa objeto del análisis es una mutua colaboradora con la seguridad social. Es decir, una asociación privada de empresarios sin ánimo de lucro, con el principal objeto de colaborar con la gestión de las prestaciones públicas de la seguridad social bajo la dirección y tutela del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. El objeto de análisis se escogió por criterios de acceso y proximidad, pues acceder al funcionamiento y la organización interna de una corporación ajena puede llegar a ser muy complejo. Además, debe tenerse en cuenta que la elaboración e implementación de los programas de cumplimiento normativo no varían sustancialmente en función del sector.

Para profundizar en el estudio y conocer la realidad de MB se han llevado a cabo distintas entrevistas, también presenciales y semi estructuradas, a los miembros de la propia empresa encargados de la elaboración y ejecución del *Compliance Program*. Además, estos han facilitado una serie de documentos internos, como el mapa de riesgos o el informe corporativo (no incluidos

en el anexo por motivos de privacidad) que han sido de gran ayuda para comprender la realidad y entender mejor su funcionamiento.

Antes de comenzar cada entrevista, se hizo una breve explicación del estudio, junto con la presentación propia y los agradecimientos por la colaboración. A continuación, se informó al entrevistado de los distintos bloques que contenía la entrevista (3 bloques: introductorio, *compliance* en general y *compliance* en la propia empresa), a la vez que se solicitaba el consentimiento para la grabación de audio, con el objetivo de poder transcribir posteriormente.

3.2.1. Muestra

Los perfiles de los entrevistados son completamente distintos, con el fin de obtener una pluralidad de respuestas distintas, que permitieran enriquecer el análisis posterior.

En primer lugar, se entrevistó al *Compliance Officer* del Hospital Sant Pau de Barcelona, en adelante entrevistado 1, que ejerce este cargo desde hace seis años, cuando se implantó el *compliance* en el hospital. Para ello, recibió una formación personalizada en el ámbito de la prevención de delitos en la empresa, directamente desde una consultora. Su experiencia y formación le han permitido dar clases en universidades, así como a la coordinadora catalana de fundaciones y al colegio de médicos, entre otras instituciones. Anteriormente había ejercido de abogado en el área jurídica del hospital y de director de recursos humanos, entre otros. Por estos motivos, se consideró que podía proporcionar una visión objetiva y razonada sobre el tema, que daría soporte a la información teórica encontrada.

Como no podía ser de otra forma, se entrevistó al propio *Compliance Officer* de la MB, en adelante entrevistado 2, que también ejerce como abogado de esta. Durante su trayectoria profesional ha ejercido siempre como letrado, alejado de la gestión. Empezó en un despacho privado y sigue en él, compaginando este trabajo con el de la MB. Su formación en el ámbito del *compliance* se desarrolló mediante cursos y comenzó a raíz de la nueva normativa, donde MB debía instaurar la figura y, teniendo en cuenta que buscaban un perfil jurídico, fue el elegido para ocupar el cargo. Él es quien mejor conoce cómo se ejecuta el modelo de *compliance* en MB, y por tanto su punto de vista era imprescindible.

También se entrevistó al subdirector financiero de MB, en adelante entrevistado 3, que tiene responsabilidades en todo lo que son los servicios centrales. De él dependen los departamentos de Recursos Humanos, informática, sistema de gestión y Servicios generales compras, y luego también toda la parte financiera y administrativa. Entró en la empresa en el departamento financiero como segundo, posteriormente fue responsable financiero, responsable del área y subdirector desde el año 2011. Su formación ha sido la misma que el resto de los trabajadores, pero su papel en la elaboración del plan de prevención de riesgos penales ha sido crucial. Él ha sido quien ha definido el marco de actuación, ha creado el código ético, el protocolo de conflicto de interés, gobierno corporativo, modelo de prevención de delitos e identificación de los riesgos.

Acto seguido tuvo lugar la entrevista con el director gerente de MB, en adelante entrevistado 4, que fue quien aportó una visión más global del funcionamiento de la empresa, fundamental para la posterior comprensión de cualquier mecanismo interno. Su cargo viene propuesto por la junta directiva y debe ser forzosamente ratificado por el Ministerio de la Seguridad Social. Su trayectoria en la empresa empezó en el año 2005 como subdirector y pocos años más tarde lo nombraron gerente. Antes había sido director gerente de una mutualidad de previsión social, que presenta una estructura similar a la de MB, con algunas diferencias. La formación que recibió en el ámbito de la prevención de delitos penales fue la misma que el resto de los miembros de la junta directiva y al personal directivo con rango más elevado al inicio de su implantación, extendiéndose posteriormente al resto de la plantilla.

Finalmente, se entrevistó a otra experta en el tema de compliance, en adelante entrevistada 5. Ella recibió formación jurídica y posteriormente se especializó en el ámbito penal. Empezó a trabajar en un despacho penalista, se familiarizó con el ámbito del compliance. Años más tarde, trabajó en la empresa Deloitte, donde participó en el diseño del programa de compliance de numerosas empresas del IBEX 35 y todo tipo de organizaciones a nivel nacional e internacional. A partir de ahí, abrió un despacho que se dedica al derecho procesal penal y de compliance, gestionando empresas de distintos niveles. Sus conocimientos han contribuido en gran medida en la comprensión de un fenómeno tan complejo como es el compliance, aportando datos claros y simplificados que han facilitado la realización del análisis.

3.3. Limitaciones

Una de las limitaciones principales en la realización del análisis ha sido la escasez de tiempo y la falta de estudios criminológicos, pues al ser un tema tan novedoso y poco estudiado por la criminología, prácticamente todos los estudios han sido desempeñados desde una perspectiva puramente jurídica o incluso económica. Además, la mayoría de los estudios han sido realizados en otros países, por lo que no toda su información puede ser extrapolable a nuestro país.

Para obtener una mayor representatividad en los resultados, hubiera sido interesante hacer el mismo análisis a otras empresas del mismo o de distinto sector, pero por cuestiones temporales y de acceso ha sido imposible, puesto que muchas empresas muestran cierta reticencia a la hora de ser evaluadas por personas ajenas a la propia entidad, además de no disponer del tiempo de dedicación necesario. De hecho, dado que en una empresa siempre habrá cierta opacidad, es posible que, en el caso concreto, por defender los intereses propios o empresariales, los procedimientos no hayan sido explicados de forma completa o con mayor claridad.

Otra limitación de menor relevancia se presentó en el orden de realización de las entrevistas, pues estaba previsto entrevistar inicialmente a los expertos, siguiendo por el gerente, luego el subdirector financiero y, finalmente, el propio *compliance officer* de MB. Este orden tenía como objetivo una mejor comprensión del fenómeno y del funcionamiento de la empresa previo a la entrevista con el encargado del cumplimiento normativo, para poder profundizar en los temas más específicos y relevantes. Sin embargo, por motivos logísticos no pudo ser así.

4. ANÁLISIS EN UNA MÚTUA

Durante el siguiente análisis, se hará referencia a las entrevistas realizadas y adjuntadas en el anexo, refiriéndose a ellas según el orden expuesto en el apartado anterior, que coincide con el orden de realización. Así pues, cuando se haga referencia a la entrevista 1, se referirá al entrevistado 1, y así sucesivamente.

4.1. Percepción del *compliance*

A pesar de ser una palabra monosémica, se ha podido comprobar que el término *compliance* es entendido por cada profesional de una forma distinta. Si bien todos coinciden en que el programa de cumplimiento normativo tiene como finalidad prevenir el delito con el fin de atenuar o exonerar la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos creen que la empresa debe ir más allá, intentando no sólo actuar de acuerdo con la legislación penal, sino también a las normas éticas de nuestra sociedad. Es por ello por lo que algunas empresas como MB, están optando por iniciar la creación de códigos éticos y de conducta, intentando fusionar de forma progresiva el cumplimiento normativo con la responsabilidad social corporativa del propio ente (entrevista 3).

A través de las distintas entrevistas los directivos han manifestado una visión más proteccionista con su empresa, pues para ellos no es suficiente con cumplir la norma, sino que exigen una sobreprotección (Entrevistas 3 y 4). Por otro lado, el *compliance officer*, que es quien se dedica a controlar toda actividad de la compañía y prevenir cualquier tipo de delito, considera que, si la norma se cumple, es prácticamente imposible que la empresa incurra en algún tipo de responsabilidad, por lo que su función habría terminado (Entrevista 2). Esto se debe a que los directivos son quienes se verían más afectados si se diera algún tipo de responsabilidad penal, por lo que, para ellos, toda protección sería considerada insuficiente. Además, es probable que, por el cargo que ocupan, tengan una concepción más sólida de la responsabilidad social corporativa (Entrevista 5).

Resulta de gran relevancia comprender la influencia de la cultura de cada persona, pues cada uno entiende la empresa de forma distinta. En este sentido, se usa frecuentemente la expresión anglosajona “*tone at the top*” para definir cómo la gestión de una empresa y el liderazgo del consejo

de administración y su compromiso de ser honestos y éticos, establece el entorno cultural y los valores corporativos de una empresa. Si el tono establecido por los gerentes defiende la ética y la integridad, los empleados estarán más inclinados hacia la defensa de esos mismos valores (Alonso, 2020).

Sin embargo, si la alta gerencia parece no preocuparse por la ética y se centra únicamente en el resultado final, los empleados serán más propensos a cometer fraude porque sentirán que la conducta ética no es un enfoque o prioridad dentro de la organización (Alonso, 2020). Esto se relaciona con las técnicas de neutralización explicadas anteriormente. En el caso de MB, vemos como los directivos muestran una gran preocupación por la inclusión de códigos éticos y de conducta, y por evolucionar hacia una nueva forma de gestión de los riesgos.

No obstante, es evidente que no es suficiente con que la alta dirección muestre su compromiso y respeto por la ética y la sociedad, sino que el cumplimiento normativo debe ser comprendido por todos los miembros de la empresa para alcanzar su máxima eficacia, por lo que es fundamental concienciar a los trabajadores mediante pedagogía y formación obligatoria. En el caso de MB esta formación se dio a todos los trabajadores en el momento que se implantó el programa de cumplimiento, a través de la lectura de distintos documentos en la plataforma virtual interna y su posterior examen para comprobar que se habían asumido los conocimientos básicos (Entrevista 2). De esta forma, todos tienen un sentido de la justicia para poder identificar los actos supondrían una irregularidad administrativa o de naturaleza penal, estando obligados a ponerlo de manifiesto si tienen conocimiento de que se producen. Sin embargo, esta formación no se ha actualizado, de manera que en los últimos años ha habido nuevas incorporaciones en empresa y en la propia la junta directiva que no han recibido ningún tipo de formación. Según alegan los entrevistados, esto se debe a la falta de tiempo y a la carga de trabajo que tienen que soportar (Entrevista 3).

Además, es esencial que existan canales de denuncia que garanticen, no el anonimato, sino la confidencialidad, para que las denuncias puedan ser resueltas con mayor facilidad. Cuando llega una queja o una denuncia al *compliance officer*, este debe realizar una mínima diligencia para descubrir la naturaleza de la misma, además de determinar si puede tener relevancia a nivel penal

o no. En caso de que pudiera tenerla, debe seguir investigando hasta ser resuelta, de manera que pudiera asegurar que la empresa garantiza cierta protección y no da ningún tipo de apoyo ni encubrimiento a las conductas no deseadas (Entrevista 3).

La exigencia de estos canales viene regulada por la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea, conocida como directiva “*whistleblowing*”. Su objetivo principal es el establecimiento en el seno de las empresas (y de las administraciones públicas) de canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, así como la adopción de medidas de protección de los denunciantes que utilicen esos canales internos, frente a posibles represalias de su empresa o de sus superiores. En el caso de MB, el canal de denuncias ha sido utilizado en escasas ocasiones, por situaciones que finalmente no han presentado ningún tipo de relevancia penal. Sin embargo, esto no supone una garantía de que no se estén produciendo irregularidades, pues también podría ser que los trabajadores no denunciaran lo suficiente porque no tengan conocimiento del funcionamiento de tal mecanismo.

4.2. Creación e implementación de un programa de *compliance*

Desde el momento en que se exige a las empresas tengan un programa de prevención de riesgos penales, estas se plantean distintas posibilidades de creación, ya que no hay un sistema universal, y, por tanto, puede haber tantos programas de cumplimiento como empresas (Entrevista 5). Es por ello por lo que, antes de empezar a crear un programa de *compliance*, es fundamental entender con claridad cuál es la naturaleza jurídica del ente, así como su estructura organizativa para entender la jerarquía en la toma de decisiones. En este caso, estamos hablando de una empresa privada que gestiona fondos públicos, por lo que el nivel de control interno y externo es de los más elevados que hay (Entrevista 4).

Acto seguido, es necesario asegurarse que el modelo contiene todos los elementos descritos en el artículo 31 bis del código penal. En primer lugar, debe haber un órgano de control, que puede ser un órgano colegiado o un *compliance officer* que adopte y ejecute modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir

de forma significativa el riesgo de su comisión. Entre estos mecanismos situaremos el canal de denuncias, la matriz de riesgos y la matriz de control, que se explicarán a continuación.

También debe considerarse la necesidad de que todos los trabajadores reciban una formación sobre cuáles son los delitos que puede cometer su empresa, qué controles que se están utilizando para que estos no se cometan, y de qué forma pueden contribuir ellos para evitarlo, introducida por el Tribunal Supremo (Entrevista 5). Además, la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado debe ser 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.

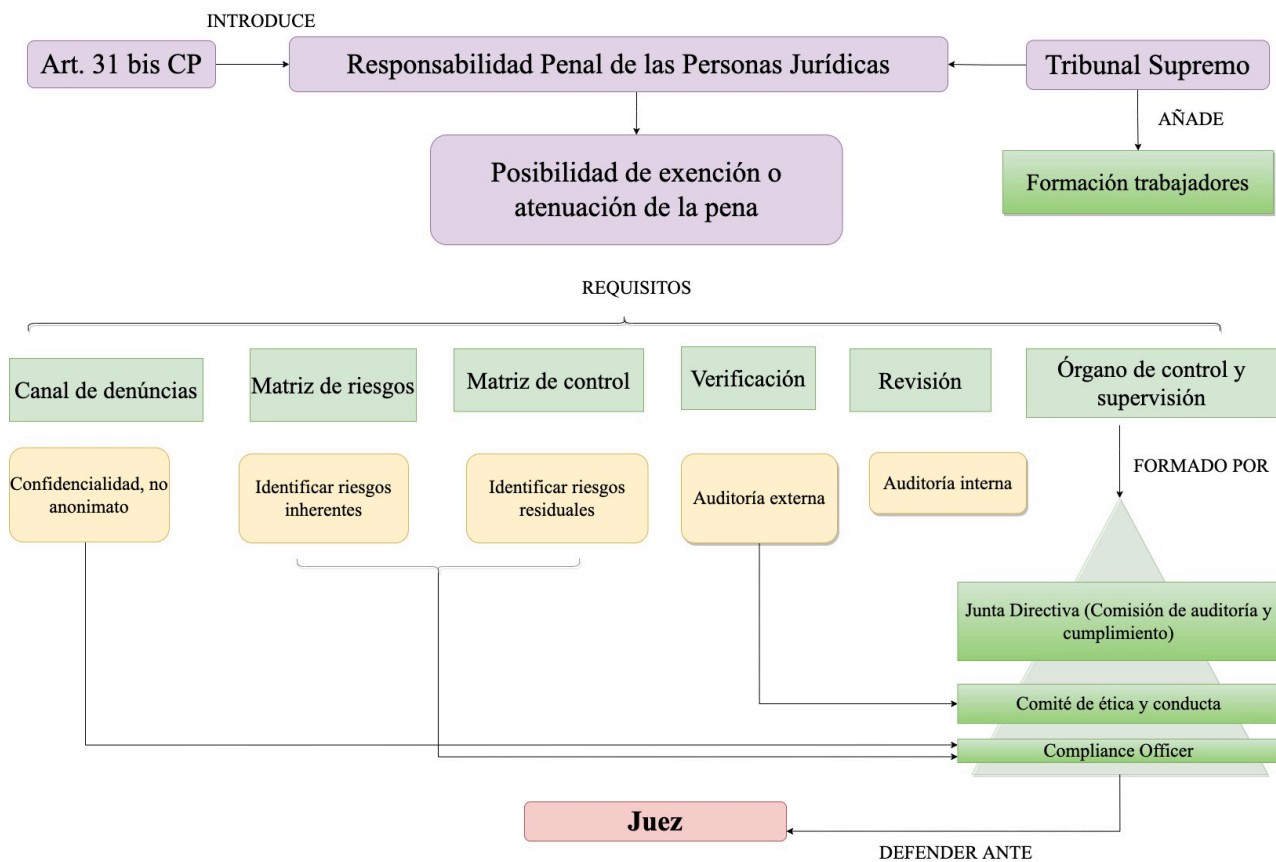


Figura 1. Proceso de creación e implementación de un programa de cumplimiento normativo. Fuente: elaboración propia a partir de la información obtenida en las entrevistas

La figura anterior ha sido elaborada a partir de la información obtenida en las distintas entrevistas y ha sido clave para la realización del presente análisis. Es una representación gráfica de los elementos constitutivos del programa de cumplimiento normativo y pretende servir de material para facilitar la comprensión del proceso de su creación e implementación, que se explicará a continuación.

En el caso de MB, el proceso comienza con una definición del marco organizativo de la empresa, donde se plasma la jerarquía de la toma de decisiones y responsabilidades. Al contar con unos 570 trabajadores y, siendo los miembros de la junta directiva cargos no retribuidos, será necesario repartir responsabilidades, creando comisiones delegadas formadas por miembros de la junta directiva, entre las que encontramos la comisión de auditoría y cumplimiento. Además, otra de las finalidades de la creación de las comisiones es conseguir una mayor participación e implicación de los miembros de la junta directiva, y facilitar que tengan un conocimiento directo de las actividades que se realizan en el seno de la empresa. Esta comisión será la encargada de supervisar al comité de ética y conducta, formado por trabajadores de la propia empresa, cuyas funciones se explicarán más adelante (Entrevista 4).

Una vez comprendido el funcionamiento y la organización, el *compliance officer* identificará los riesgos concretos en la entidad y definirá su gestión. En este caso los riesgos penales están subsumidos en un mapa de riesgos más amplios, junto con todos los riesgos derivados de la actividad. Recientemente se han incorporado los procesos de gestión de la parte sanitaria (Entrevista 3). En este sentido, se considerará riesgo aquello que, de materializarse podría llegar a tener un efecto o repercutir negativamente a la entidad. Por su naturaleza, en MB se podrían dar riesgos de cumplimiento, estratégicos, operativos, financieros y tecnológicos, aunque puede ser que un mismo riesgo pudiera tener incidencia en más de un tipo. También pueden clasificarse en riesgos inherentes o residuales.

Los riesgos inherentes son aquellos que ocurrirían en la empresa si no hubiera ningún tipo de control, y, por ende, siempre tendrán un valor elevado. En este caso, nos centraremos en los riesgos penales, es decir, en todos los delitos que podría cometer la empresa concreta, por lo que variarán en función del sector. Una vez identificados, debe calcularse la probabilidad de ocurrencia en la

entidad y el impacto generarían si se realizaran. Para disponer de una orientación sobre el efecto de dicha incidencia en cualquier ámbito de la empresa (en normativa laboral, contratación pública, transparencia, Ley General de la SS, en materia sanitaria, medioambiente, en protección de datos, en prevención de delitos penales, en contabilidad pública o cuentas financieras, fiscalidad, etc.). Por ejemplo, la filtración de datos de salud de pacientes supondría un incumplimiento muy grave de la normativa de protección de datos, por lo que tendrá un efecto alto. Si hubiera más de un tipo de riesgo asociado, prevalecería ría aquél con el grado de afectación mayor. En todo caso, deberá producirse una justificación de la valoración del grado de afectación (Entrevista 3).

Una vez recopilada esta información, se realizará lo que se conoce como mapa o matriz de riesgos y, es en este punto, cuando deben de priorizarse los riesgos con mayor probabilidad para la realización de un plan de acción. Para ello, se calculará el valor del riesgo residual de los riesgos más altos, mediante un instrumento conocido como matriz o mapa de control. Este cálculo surge del producto del riesgo inherente y el control que se aplicaría en cada riesgo concreto, por lo que se diseñarán los controles únicamente para aquellos riesgos más probables que, de realizarse, presentarían un impacto considerable. A partir de ahí, puede darse que un riesgo sea trivial (no se precisan medidas adicionales de control), tolerable (no se precisan medidas adicionales de control), moderado (se precisan medidas adicionales a largo plazo), importante (se precisan medidas adicionales a corto plazo) o intolerable (se precisan medidas adicionales inmediatamente). (Entrevista 5).

Será en este momento cuando se diseñen las actuaciones adicionales oportunas, identificando todos los nuevos procesos, protocolos, manuales de trabajo o controles que el departamento, unidad o servicio planificará poner en marcha para controlar, reducir o eliminar el riesgo. También será importante designar a la persona que será responsable de la implementación de las nuevas medidas, junto con la fecha prevista de finalización. (Entrevista 5)

Una vez creado el programa, podríamos considerar que la empresa tiene una base para gestionar sus riesgos. Sin embargo, es muy importante que se produzca una evaluación periódica acorde con las necesidades de cada entidad, pues los riesgos cambian constantemente y no sería de extrañar que un riesgo que está aparentemente controlado se descontrolara por algún factor externo o incluso

interno. Esta evaluación podrá ser interna o externa. Aquí es cuando entra en juego la verificación, que sería un control por parte del comité de ética y conducta, de que el *compliance officer* está realizando su función correctamente y está todo bajo control. Además, al tratarse en este caso de una entidad colaboradora con la Seguridad Social, recibirá controles de auditoría externa de forma periódica. Otro sistema que podría utilizarse es el de revisión, que funciona como una autoevaluación para que los propios miembros de los distintos departamentos tomen conciencia de las medidas que están tomando, y de las que faltan por tomar. Por ello es muy importante que la formación se realice de forma que integre la cultura del cumplimiento normativo en todos los trabajadores (Entrevista 2).

Para medir su eficacia, no es suficiente con la no realización de ningún riesgo en la empresa (aunque sea un indicador de que funciona), sino que también debe existir una verdadera capacidad de defensa del modelo ante de un tribunal, ya que este es el fin último de su implementación. Es esencial tener presente que los jueces y fiscales no tienen tantos conocimientos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como en otros campos, por lo que es fundamental que se les facilite la comprensión a la hora de incidir en su veredicto final (Entrevista 5).

En muchas ocasiones, de acuerdo con las entrevistas realizadas en este trabajo, nos encontramos con empresas que presentan modelos demasiado complejos como para presentarlos ante un juez y otras con modelos demasiados simples que impiden un verdadero control de los riesgos. Por ello, es muy importante encontrar el punto medio (Entrevista 5). En el caso de MB, el mapa de riesgos presenta una complejidad manifiestamente elevada, que pondría en duda su fácil explicación ante un tribunal.

Finalmente, como es obvio, cada empresa tendrá una asunción de riesgo distinto, es decir, como de controlados quiere tener sus riesgos. Si bien esto suele relacionarse con la cultura de los directivos, también existe un vínculo con el tamaño de la empresa y sus capacidades económicas. Una empresa con menos trabajadores y menos recursos tendrá menor probabilidad de crear un departamento orientado a la prevención de riesgos penales, pues tendrán la sensación de que la probabilidad de incurrir en responsabilidad penal será mínima (Entrevista 5). Es por ello por lo que normalmente recurren a la externalización. No obstante, este no es el caso de MB.

4.3. *Compliance* y Responsabilidad Social Corporativa

La mayoría de los entrevistados desearían que el cumplimiento normativo fuera más allá del mundo penal, ya que, al ser este es la ultima ratio no tendría sentido empezar por él (entrevista 1). Además, insisten en que las empresas a las que se refiere este estudio no han sido creadas para la comisión de delitos, y, por ello es muy difícil que se den. Sin embargo, al tratarse de errores éticos, la posibilidad de que se cometan aumenta notablemente, por lo que debería dársele una mayor prioridad en lo referente a su prevención. Lo idóneo sería que toda empresa viera en el cumplimiento normativo una oportunidad de mejora para transmitir su compromiso con la ley y la ética al resto de agentes sociales y económicos.

Lo recientemente mencionado se relaciona con la inclusión del *compliance* laboral, que incluye la garantía del cumplimiento de las normas legalmente exigibles a las empresas y asegura, como parte de la responsabilidad social de las empresas, una serie de prácticas tendentes al cumplimiento mejorado de dicha normativa, con el objetivo de crear un ambiente de trabajo estimulante mejorando el clima laboral y el bienestar de los empleados (Rojas, 2017). De esta forma, si los empleados se encuentran cómodos en su puesto de trabajo y cuentan con una base ética que se refleja en su forma de actuar, ni siquiera llegaría a producirse el cálculo de costes/beneficio que supondría la comisión de un acto ilícito explicados en la teoría de la elección racional.

No obstante, cuando se les pregunta por la relación entre el *compliance* y la responsabilidad social corporativa, se presentan una gran disparidad de respuestas. Existe un consenso en que, si una empresa incurre en algún tipo de responsabilidad penal, se enfrentará a una pérdida de riesgo reputacional muy importante, por lo que algún tipo de vínculo existe. No obstante, no coinciden en la decisión de unificar su gestión. Esto demuestra que, por ahora, es necesario recuperar los años perdidos de la pandemia para consolidar el funcionamiento de los programas de cumplimiento normativo, pues hasta que estos no presenten una mayor solidez, será complicado que pueda evolucionar hasta su unificación con la responsabilidad social corporativa (Entrevista 4).

Sin embargo, encontramos ejemplos de casos en los que el cumplimiento normativo va de la mano de la responsabilidad social corporativa, como sería el caso de la gestión medioambiental. En caso

de que una empresa obtuviera la huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, sería mucho más difícil que cometiera delitos con el medio ambiente. Es decir, si en lugar de actuar de forma neutral, limitándose a cumplir la norma, las empresas llevaran a cabo buenas prácticas, aumentarían notablemente su reputación y reducirían la gran mayoría de los riesgos. De esta forma, a través del interés privado, se estaría contribuyendo al interés público. Con ello queda en evidencia que, tanto el cumplimiento normativo como la responsabilidad social, en este caso de las empresas, son mecanismos de autorregulación el estado para aminorar su intervención, imponiendo cada vez menos normas y fomentando la autorregulación de los distintos agentes sociales.

4.4. Retos para el futuro

A través del análisis realizado, se ha podido comprobar que la elaboración, implantación y ejecución de los programas de cumplimiento normativo no ha sido tarea fácil, debido que apareció repentinamente en nuestro sistema legal, y como toda novedad, al inicio supone un reto para todos los que se enfrentan a ella. Ha supuesto un reto para el legislador que tiene la tarea de regularla con claridad; un reto para los jueces, fiscales, abogados y asesores de empresa que se encuentran ante una materia incierta; un reto para los empresarios que, sin mucha ayuda, deben diseñar por primera vez estos programas; y un reto para los propios oficiales de cumplimiento que, sin contar en muchos casos con una formación adecuada, deben desempeñar esta función.

Asimismo, la creación e integración del *compliance* en una empresa supone la introducción de una nueva figura, órgano y función inexistente, y, como todo cambio organizativo, genera reticencias por parte de ciertos miembros y muestra una dificultad en su encaje dentro de la estructura organizativa y en su asimilación por la propia cultura empresarial. Es en este punto donde hay que remarcar la importancia de que los órganos de gobierno de la empresa están convencidos de la importancia de la implementación de *compliance* y tengan la firme voluntad de destinar los recursos necesarios para su desarrollo. Algunos argumentarán que la implantación de esta nueva figura supondrá un aumento de los costes que no irá acompañado de una mejora en la cuenta de resultados. En estos casos, es importante referirse al buen gobierno y a la responsabilidad social corporativa, que conlleva a una mejora de la reputación, pues, aunque los resultados no se vean

reflejados a corto plazo, sí que mejorará la imagen de la empresa frente a terceros, y, por ende, con el tiempo mejorará el balance empresarial.

A esto se añade el impacto de la pandemia, pues durante dos años se ha tenido que actuar de urgencia ante situaciones realmente graves que ponían en peligro la vida de muchas personas, otorgando un papel secundario a todo lo demás. Por ello, ahora que nos encontramos en un proceso de vuelta a la normalidad, es necesario priorizar todas aquellas cuestiones que han sido abandonadas, entre las que encontramos la reforma de los programas de cumplimiento normativo, pues si no se realizara de forma correcta podría suponer graves consecuencias para la empresa, como podría ser, en un caso extremo, su disolución. Debe aprovecharse la división del trabajo para poder alcanzar los objetivos propuestos de una forma óptima, mediante una cooperación de distintas disciplinas que permitan abordar el cumplimiento normativo de forma completa.

Respecto a su eficacia e idoneidad, no existe un mecanismo uniforme para valorarla y eso supone verdaderos problemas. Lo que no se debe hacer es enfocarse exclusivamente en los requisitos mínimos definidos en el artículo 31 *bis* que deberá cumplir todo modelo de prevención, pues estos no serán suficientes si no existe una verdadera capacidad de defender ante un tercero, cliente, proveedor, accionista, fiscal o magistrado que el sistema de gestión de *compliance* está funcionando en la entidad. Por ello, es imprescindible que se realicen constantemente valoraciones internas, mediante unos indicadores previamente definidos que permitan en todo momento tener controlados todos los riesgos a los que se enfrenta la empresa. Además, también sería conveniente que, de forma periódica, se realizaran auditorías externas, pues muchas veces resulta más complicado identificar y gestionar los conflictos desde el propio seno de la empresa.

Finalmente, en cuanto al perfil que se necesita para desarrollar un buen programa de cumplimiento normativo, hasta el momento predomina el perfil jurídico, pues será imprescindible para la correcta aplicación de la ley y una clara defensa ante los tribunales. No obstante, se ha podido comprobar que, en ocasiones, los juristas se dedican exclusivamente a la aplicación de la ley y no buscan ir más allá, por lo que se necesitarán otras disciplinas para conseguir un enfoque distinto. Los conocimientos de consultoría también serán de especial relevancia, sobre todo a la hora de evaluar el funcionamiento del programa. La criminología todavía no ha entrado en este campo de acción.

5. CONCLUSIONES

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una demostración de como la tutela penal, orientada hacia el futuro, ha sido adaptada al cambio profundo de valores y a la compleja vida social y económica de Europa en el siglo XXI. Se ha llegado a un consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del derecho penal, pues se han convertido en sujetos autónomos, cotidianos y protagonistas en las interacciones sociales de nuestra sociedad, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos.

A partir de aquí, surge la necesidad de que las empresas, al igual que el resto de los sujetos penalmente responsables, cumplan estrictamente con la norma. En virtud de lo estudiado, se deduce que el cumplimiento normativo como forma de prevención y control de posibles irregularidades que puedan surgir en el seno de las empresas ha llegado a nuestro país para permanecer en el tiempo. No obstante, existen una serie de limitaciones que impiden que la implementación del *compliance* pueda culminar en todas las empresas de nuestro país. En primer lugar, es necesario que se termine de desarrollar la normativa pendiente, además agilizar la transposición de directivas europeas, pues si esto no es así, será mucho más difícil que las empresas sepan cual es el objetivo exacto que deben conseguir y qué mecanismos poseen para ello.

Se demuestra que la inexistencia de normas claras de conducta, junto a un sistema de control que verifique su cumplimiento dentro de la empresa posee efectos criminógenos que deben ser evitados. Sin embargo, la mayoría de los expertos coinciden en que este mecanismo es incompleto, pues el verdadero fundamento que debería guiar el comportamiento de los actores que conforman la empresa no debería ser la ley, sino la propia ética y el compromiso con la empresa y la sociedad. Por ello, es muy importante que exista un buen clima laboral y una cultura empresarial estable y saludable que promueva valores como el compañerismo, el trabajo en equipo, la lealtad la confianza, la honestidad o la integridad. Para ello ha de entrar en juego el papel de la formación obligatoria para todos los agentes que conforman la empresa, así como para jueces y fiscales, consiguiendo que tomen conciencia del calibre del asunto y le otorguen un mayor protagonismo. Empero, en ocasiones será muy complicado que se dé importancia a la formación cuando son los propios directivos que no quieren asumir la nueva realidad a la que deben enfrentarse.

Asimismo, es destacable que, aunque la prevención de riesgos penales es un campo propio de la criminología, en este caso su presencia podría resultar de difícil acceso, pues como se ha explicado anteriormente, la criminología se ha centrado históricamente en los delitos tradicionales, dejando de lado los delitos económicos. No obstante, el mundo empresarial va cogiendo cada vez más peso, por lo que podría ser una oportunidad para la criminología de ampliar su campo de acción. Para que su presencia pueda incluirse, será necesario que, de cara a un futuro próximo, los criminólogos reciban una mayor formación en este ámbito. Teniendo en cuenta la importancia de perfiles multidisciplinares, debe aprovecharse para obtener más oportunidades profesionales y aportar una visión diferente a la que podría aportar un jurista.

Por último, la integración de un programa de cumplimiento normativo que vaya más allá de la ley debe plantearse un reto para todas las empresas del país, independientemente del sector, características y tamaño. De la misma forma que interesa tener ciudadanos que, además de cumplir con la norma, actúan respondiendo a unos valores de responsabilidad, cooperación y ética, y teniendo en cuenta que vivimos en una sociedad guiada por los intereses económicos, es fundamental que, como ciudadanos, exijamos lo mismo para las empresas. Además, aunque a corto plazo las empresas no verán reflejados sus beneficios, a largo plazo supondrá un aumento de su reputación, que llevará aparejada una mejora en la competitividad y eficiencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. A. (2006). *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*.

Alonso, N. (2020, julio 3). *¿Qué es Tone at the top y cómo puedo implantarlo en mi empresa?* Grupo Atico34; Ático34 Protección de datos para empresas y autónomos. <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/tone-at-the-top/>

Armendariz, L. F. (2019). *Criminal compliance, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo*. DOCRIM, 2019. https://drive.google.com/file/d/11PkwTXibVv1IPj_QWg-j5pcepd8ZL2xm/view

Arocena, G. A. (2017). *Acerca del denominado “criminal compliance”*. Crítica Penal y Poder, (13).

Bermejo, M. G. (2009). *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales*. Universitat Pompeu Fabra.

Cigüela, J. (2019). *Compliance más allá de la ciencia penal*. revista para análisis del derecho. <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1490V.pdf>

Friedrichs, D. O. (2010). *Trusted criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*. Wadsworth: Cengage Learning.

Cavero, P. G. (2015). *El delito de lavado de activos*. B de f. Segunda edición.

DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, (s/f). Boe.es. Recuperado el 15 de junio de 2022, de <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>

Garrido, V., Stangeland, P., y Redondo, S. (2006). *Principios de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gutiérrez, E. (2015). *Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015*. Revista General de Derecho Penal 24.

Gracia, L. (2016). *Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 95.

Kuhulen, L. (2013). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons.

Lynch, M. J., McGurrin, D., y Fenwich, M. (2004). *Disappearing act: The representation of corporate crime research in criminological literature*. Journal of Criminal Justice, 32, 389- 398.

Malarée, H. H. (2017, marzo 10). *¿Qué es el Compliance?* Hernán Hormazábal Malarée. <https://hernanhormazabalmalaree.wordpress.com/2017/03/10/que-es-el-compliance/>

Miró, F, et al. (2015). *Crimen, Oportunidad y Vida Diaria. Libro homenaje al Profesor Dr. Marcus Felson*. Dykison

Ethics Global (2018, agosto 16). *¿Qué relación tiene la Ética y Compliance?* <https://blog.ethicsglobal.com/que-relacion-tiene-la-etica-y-compliance/>

Real Academia Española (2020). *Persona jurídica*. En Diccionario panhispánico del español jurídico.

Rojas, R. (2017). *Compliance Laboral*. LEFEBVRE: EL DERECHO.

Silva, J. M. (2013). *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y Reacciones Corporativas*. Atelier.

Sykes, G. M., & Matza, D. (1957). *Techniques of neutralization: A theory of delinquency*. American sociological review, 22(6), 664.

Sutherland, E. H. (1940). *White-Collar Criminality*. American Sociological Review, 5(1), 1–12.

Wellner, P. A. (2005). *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*. *Cardozo L. Rev.*, 27, 497.

7. ANEXOS

TABLA DE CALIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS

RIESGOS				CUANTIFICACIÓN RIESGOS		
				CONSECUENCIA	CONTROL	
CONSECUENCIA	CONTROL			ALTO (1)	MEDIO (2)	BAJO (3)
	ALTO (1)	MEDIO (2)	BAJO (3)			
BAJA (1)	TRIVIAL (1)	TOLERABLE (2)	MODERADO (3)	1	2	3
MEDIA (2)	TOLERABLE (2)	MODERADO (4)	IMPORTANTE (6)	2	4	6
ALTA (3)	MODERADO (3)	IMPORTANTE (6)	INTOLERABLE (9)	3	6	9

ENTREVISTA 1: COMPLIANCE OFFICER HOSPITAL SANT PAU

F: Als països de tradició anglosaxona té molts més anys. I aquí a Espanya es va modificar el Codi Penal al 2010. Després hi ha la instrucció de la fiscalia de l'1 de gener del 2016 i... el 31 bis del Codi penal responsabilitza a les PJ en cas d'incompliment normatiu.

A: Si li pareix bé, primer comencem amb un bloc introductori i després tornem amb el tema del Compliance en general.

F: D'acord

A: Primer de tot, em podria explicar més o menys de què exerceixes dia d'avui?

F: Jo?

A: Si

F: Jo soc el Compliance Officer de l'Hospital de Sant Pau, junt amb una advocada que treballa amb mi i els dos ocupem aquest lloc.

A: I ha exercit sempre aquest càrrec? O s'ha dedicat a altres àmbits?

F: No. Desde fa 6 anys, però com a advocat de formació fa 6 anys ho varen implantar a l'hospital i em van nomenar compliance officer.

A: I abans de que exercia?

F: D'advocat. D'advocat de cap de l'àrea jurídica de l'hospital i abans de director de recursos humans i he tengut varis llocs de treball.

A: I durant la seva trajectòria professional, ha participat en algun programa formatiu sobre compliance?

F: Si, he donat classes en una sessió de formació a ESADE, a la coordinadora catalana de fundacions, al col·legi de metges, i diverses institucions.

A: O sigui, vostè ha donat classes?

F: Si.

A: D'acord però, a vostè qui l'ha format?

F: A mi em va formar directament una consultora, i després he estudiat pel meu compte. Vaig rebre una formació personalitzada.

A: Val. Ara passarem al bloc de Compliance en general.

F: D'acord.

A: Vostè que entén com a compliance? O sigui quan li pregunten que és, com li explicaria a una persona que no en té ni idea del tema?

F: Compliance en el cas nostre i en totes les empreses és igual és un programa de compliment normatiu, especialment des de la vessant penal. Per tant, les unitats de compliment, que es diuen en català, en anglès és compliance officer, som unitats que ens dediquem a la prevenció del delictes.

A: I al seu dia a dia, això com es reflecteix? És a dir vostè que fa al seu dia a dia?

F: En el dia a dia es reflecteix en revisar els protocols del funcionament de les grans empreses que tenen aplicats aquests programes, als circuits, als procediments, a fer autoavaluacions... La gent ha de ser conscient. I després, en el cas nostre, de l'Hospital Sant Pau, per exemple, que som 4200 treballadors hem fet formació obligatòria pels 4200 i la imparteixo jo i la companya que treballa amb mi.

A: O sigui, ells són conscients de què hi ha un programa de compliance dins l'empresa no?

F: Si

A: D'acord. I quina és la finalitat exactament del compliance?

F: Jo diria que la finalitat és atenuar o exonerar la responsabilitat penal de la persona jurídica

A: I creu que això només es pot aconseguir amb el compliance o també ha d'haver-hi altres mecanismes?

F: No. Perquè la llei sols reconeix els compliance. Perquè si no tens programa de compliment normatiu mitjançant aquesta figura de compliance, no tens l'atenuació o l'eximent en la teva responsabilitat com a persona jurídica.

A: I creu que això es podria interpretar com una forma de blanquejar el comportament de les empreses? És a dir, com ja tenen un programa de compliment de compliance ja no fa falta que facin res més?

F: No. No perquè justament si hi ha un compliance. El compliance ha d'obligar a l'empresa a prendre mecanismes de prevenció del delictes. Per tant, si l'empresa fitxa un compliance però comet el delictes igualment serà responsable igualment.

A: I quines limitacions creu que té el compliance? O Sigui, de cara a un futur que creu que queda per millorar?

F: Aquí a l'estat espanyol que anem molt lents amb això queda per millorar moltíssim perquè tot just això acaba de començar. Això comença al 2010. I per tant amb pocs anys les empreses no s'han posat les piles. Però recentment arrel de la crisi de la covid, de la pandèmia, Europa ha donat uns fons per reconstruir el què és el teixit industrial i les inversions a Europa i obliga a tindre programes antifrau a tota empresa que vulgui optar a aquests recursos.

A: Independentment de quin tamany sigui l'empresa?

F: Si. Independentment de quin taanny ha de tenir un programa de compliment normatiu. I, a més, en data 21 de desembre del 2021 va entrar en vigor la directiva del whistleblowing.

A: Lo del canal de denúncies no?

F: Exacte. El canal de denúncies és una manera de que els treballadors, els proveïdors, la gent que treballa en una empresa, pugui posar una denúncia anònima que ha de ser investigada per l'empresa quan el denunciant, que ha de ser protegit segons aquesta directiva, té coneixement d'una malifeta dins de l'empresa.

A: I en el seu cas s'utilitza?

F: Si. Nosaltres tenim canal de denúncies des de fa ja un any i mig.

A: I la gent posa denúncies?

F: Si si si

A: I per quins motius? Si es pot preguntar

F: Nosaltres, al ser un hospital és una mica diferent perquè cada sector és lo seu no? Nosaltres el que hem tingut més denúncies és per accés indegut a la història clínica. Gent que denuncia a gent que diu que ha entrat a la història clínica sense consentiment o sense permís.

A: D'acord. I en el cas de la seva empresa, quin és el procediment del compliance? És a dir, quines fases hi ha, com s'elabora un pla de compliance...? M'ho podria explicar un poc?

F: Si. Quan introdueixes un pla de compliment normatiu o compliance el que fas és veure, de les diferents direccions de l'empresa com tenen protocol·litzats tots els procediments. Si algun dels procediments clarament pot topar amb la pròpia normativa o no existeix procediment.

A: Com per exemple?

F: Per exemple, en el cas nostre, que es al sector sanitari, doncs política de residus, per exemple. En un hospital hi ha moltíssims de residus que poden ser tòxics, radiològics i demés i si no hi ha uns procediments molts clars pots tenir problemes penals per tipus de fuga radioactiva, contaminació, Bueno això és un delictes contra el medi ambient. EN el cas de sant pau, l'hospital pot cometre segons el model de compliment que tenim nosaltres, 20 delictes com a persona jurídica.

A: I llavors que es fa, un mapa de riscos?

F: Exacte. Es fa un mapa de riscos, que té tres semàfors. El vermell el groc i el verd. El verd vol dir que el risc està controlat i el vermell és que el risc no està gens controlat i el groc seria un intermig. Llavors el que es fa és, en els programes de compliment, any per any revisar si els semàfors aquests o les alertes de color vermell es van tornant verdes. I dius ostres, per exemple, en un hospital és molt greu, és un delictes el tràfic d'òrgans. Evidentment si no tens un procediment molt clar poden produir-se tràfic d'òrgans. Doncs, has de tindre els controls suficients i necessaris perquè això no existeixi.

A: I això es fa amb els 20 delictes que m'ha dit?

F: Si. Si si.

A: O sigui, s'agafen 20 delictes o els què sigui que pugui cometre cada empresa i miraria com de controlats estan no?

F: Exacte. Fins aconseguir que tots els semàfors siguin pràcticament verds.

A: D'acord. I, a partir del què m'ha dit, imagino que l'eficàcia es mesuraria sabent que estan tots de color verd i que s'estan complint no?

F: Exacte. Però això a nivell penal. Les empreses més modernes el compliance evoluciona cap a temes ètics. Va començar amb temes penals i en l'hospital sant pau, que és el nostre cas estem cap a lo que seria el compliment de conductes, de ètica i demés.

A: En relació amb això he llegit que últimament s'està relacionant molt compliance amb responsabilitat social de l'empresa. Què opina vostè al respecte?

F: Exacte. Forma part del món del compliance la responsabilitat social corporativa, el què és conegut com RSC i, el què has de mirar i l'ideal és que hi hagi un codi ètic a cadascuna de les empreses on hi ha implantat un model de compliment perquè moltes coses no són de rellevància penal però si que a nivell ètic doncs no s'haurien de fer, diguem-ho així.

A: O sigui, compliance en sentit estricte seria complir les normes i ja, i el què s'està intentant és que no només sigui complir-les sinó també actuar de bona forma no?

F: Exacte, codis de conducta, codis de compliment, codis ètics, etc.

A: I això, per exemple en l'hospital sant pau com s'està aplicant?

F: Nosaltres tenim codi ètic, ara el revisarem o l'estem revisant i tenim també un codi de conducta i per tant estem bastant avançats en tota aquesta matèria.

A: D'acord, molt bé. I creu que les funcions d'un compliance officer, o sigui, en el seu cas, les seves funcions, són diferents en un hospital que, per exemple en un banc o en un altre tipus d'empresa? És a dir, varien depenent del sector?

F: Per exemple, en què es diferencia? En el tipus de delicte que pot cometre l'empresa. És evident que un banc no pot traficar amb òrgans. I en canvi en un hospital en temes de blanqueig de capitals és molt més complicat que es doni. Per tant, cadascuna de les àrees de compliance de totes les grans empreses i petites i mitjanes han de determinar quins tipus de delictes poden cometre. Però la funció del compliance en sí és la mateixa. O sigui jo podria treballar en un banc també. El què passa és que si vaig a un banc aplicaria els meus coneixements de manera diferent depenent del sector en el que estigui però, en el fons és compliment tot i prevenció del delicte.

A: I en altres empreses del mateix sector, funcionen igual?

F: Si si, exacte.

A: Hi ha algun document que sigui universal? O cadascú s'organitza a la seva manera?

F: No, cadascú s'ho fa com vol. No hi ha universalitat amb això i menys a l'estat espanyol perquè està pendent de regular l'estatut del compliance, està pendent de regular encara la protecció als denunciants del canal de denúncies i per tant no hi ha un document únic ni molt menys sinó que cada empresa el que fa és una mica prevenció però per dir-ho d'alguna manera, artesanal, és a dir, de manera poc regulada i poc reglada.

A: I de cara a un futur, que creu que s'hauria de millorar?

F: L'ideal seria que tothom entengués els models de compliance i els models de compliment molt més enllà del món penal. El món penal és la última ratio, i no te cap sentit començar per allà. La gent no comet delictes en teoria. Les empreses no estan creades per cometre delictes. Però si que estan creades de manera que poden cometre errors ètics o de conducta que també són molt importants.

A: I, per exemple, imagino que en un hospital tenen moltes preocupacions. Però, considera que el compliance es tracta com una prioritat? O creu que se li hauria de donar més importància?

F: Li haurien de donar més importància i això depèn de la cultura de l'empresa i de la cultura de l'òrgan de govern. Si és una empresa, el consell d'administració, si és una fundació, el patronat, etc. O sigui, qui mana a l'empresa és qui ha de tenir aquesta sensibilitat.

A: Pot explicar-me millor el que acaba de dir?

F: Si. Una empresa és una societat no? Una societat plena d'accionistes. Però hi ha l'òrgan de govern que és el consell d'administració. Si els deu que formen part del consell d'administració, per posar un número, cap té sensibilitat cap a aquests temes ni coneix aquests temes ni té ni idea, és més difícil que en aquella empresa s'implanti un programa de compliance, tot i poder ser responsables com a persones jurídiques. En canvi, a base de fer pedagogia i formació, per això és important que l'estat espanyol ho acabi regulant, es crei un clima perquè els òrgan de govern, aquests consells d'administració i paronats en les fundacions, i consells rectors dels consorcis s'ho fagin seu i puguin adoptar aquesta mesura que va bé per l'entitat i de cara a l'empresa.

A: Per tant, el que vostè canviaria de cara a un futur és fer que la gent estigui més conscienciada no?

F: Exacte. És purament un tema cultural.

A: I creu que és influent en això el posicionament a favor o en contra de la responsabilitat penal de les persones jurídiques?

F: Si. Hi ha teories del dret que diuen que no existeix la responsabilitat penal de la persona jurídica perquè la persona jurídica és paper. Però aquesta tendència està superada actualment, i actualment casi ningú dubta de la responsabilitat penal de les persones jurídiques. Dins aquesta responsabilitat penal de la persona jurídica, el Tribunal Suprem espanyol, té pot ser dues línies d'actuació diferents però ja tothom té bastant clar que pot ser responsable penalment una persona jurídica. Diria que hi ha unes quaranta i poques sentències en el suprem en els darrers deu anys i ja està bastant assumit. Però encara hi ha estudiosos del dret que diuen que això no existeix.

A: I la última cosa que li volia preguntar és que, el compliance afecta diferent a una empresa gran que a una petita no? Al final si ets una PIME tens menys recursos i costa més destinar-los a programes de compliance.

F: És veritat que les empreses petites tenen menys recursos però també es veritat que pots en cas de ser una empresa petita, tenir un pla de compliment més senzill o externalitzat, sense que hi hagi una persona dins que cobri per fer això, sinó que sigui un despatx que miri una mica. És a dir, que hi ha solucions també.

A: Clar, però hi ha empreses que podrien pensar que els compensa més no tenir programa de compliment i ja trobar-s'hi en el moment en què cometin un delict. Com creu que és podria canviar això?

F: Amb un tema de pedagogia i cultura, perquè cometre un delict per una persona jurídica pot suposar la seva dissolució, la seva prohibició d'exercir com a empresa, vull dir, no té futur. És un tema cultural en el fons, un tema de pedagogia.

A: Vol afegir alguna cosa més?

F: Bé, dir que el que m'agradaria és que tot això d'aquí poc temps estigués implantat arreu del territori. Però és qüestió de temps i ho veurem segur.

A: Moltes gràcies

ENTREVISTA 2: ADVOCAT I COMPLIANCE MB

A: Em podria explicar la seva trajectòria professional?

R: Jo soc misser, vocacionalment misser, per tant, apartat de la gestió. Vaig començar i segueixo en un despatx particular. En aquell despatx dúiem a la mútua i en un moment determinat vaig entrar en plantilla. Una de les condicions de la contractació era que podria seguir compaginant amb l'activitat privada.

A: I com es va formar al tema del compliance?

R: Cursos.

A: I varen ser voluntaris o la empresa t'ho va oferir?

R: S'havia d'instaurar la figura i la immensa majoria d'empreses buscaven un perfil jurídic i em varen escollir.

A: I com considera que es presenta el tema del compliance a dia d'avui?

R: No tinc dates estadístiques de saber quantes empreses han assumit la figura del compliance o no. Jo tenia clar que a la MB ho havíem d'assumir des del primer dia, a partir de la reforma del 2010. A partir d'allà ens vam ficar a fer feina amb els que exercien coneixement, perquè això és una institució que no neix a Espanya, és importada per directives europees, etc. Vaig tenir clar què s'havia de posar en marxa. Se d'empreses potents que no ho han volgut posar en marxa o no els hi ha interessat. Nosaltres aquí el que hem fet és en realitat subsumir els riscos penals dins un mapa de riscos molt més amplis. Com que estan parametrizats varis centenars de riscos, dels quals els penals serien casi residuals, i cada risc té un control, pues en realitat controlant amb aquest mapa de riscos ho estàs controlant tot.

A: I després de fer el mapa de riscos, com funcionaria la resta?

R: Cada departament analitza els riscos que poden afectar al seu funcionament. Per exemple, tu pots tenir com a risc no incorporar de forma immediata novetats legislatives, incorporar per exemple prestacions. Per exemple, es modifica una prestació en la seva quantia i segueixes pagant per sobre i per baix del que la modificació legislativa imposa. Després, cada risc que detectes dins del departament, fas una valoració de si s'ha produït mai el sinistre. A partir d'això, fas una projecció de quines són les mesures que poden aminorar aquesta situació de risc. I a partir d'aquí la figura del compliance és relativament còmoda. Serà incomoda quan s'hagi d'actuar vertaderament de forma més contundent.

A: Tú com entens el compliance? Què significa per tú?

R: El compliance tal com està configurada la institució, acaba siguent la persona responsable davant la jurisdicció penal, o una de les persones responsables. Perquè la teva responsabilitat és intentar evitar-ho, i una vegada no ho has pogut evitar, col·laborar amb l'administració per aminorar els danys. En definitiva, allò que interessa és que una estructura organitzativa no es pugui organitzar per cometre un delictes. Jo no puc evitar que un individu cometi un delictes. No puc evitar que algú que té una base de dades les vengui, el que sí que pots evitar es que es posin d'acord varis individus. El que ha de vigilar el compliance és que la organització ni dona suport, ni protegeix ni es beneficia d'aquest acord.

A: Creu que el compliance realment és útil per a la seva finalitat?

R: És tan útil com incòmode, perquè el compliance és “el policia de asuntos internos”, el mal visto por todos, porque se supone que todos estan vigilados”. Però el fet de tenir la figura no aminorar la responsabilitat penal. És més, el compliance que no fa adequadament la seva feina, i la fa d'una manera burda, o està simplement per estar, pot incurrir ell mateix en responsabilitat penal. Per tant, és una figura que o la utilitzes o te genera més problemes dels que et treu.

A: I tal i com to teniu avui, quins inconvenient li troba a com ho estan implementant? Què creu que falta per millorar?

R: Allò que sempre es podria millorar és la formació interna.

A: Com ha funcionat la formació en l'empresa?

R: La formació es va donar a través de la plataforma interna i de diversos documents interns. D'aquesta manera tothom sap que hi ha un canal de denúncies, tothom té un sentit de la justícia en el sentit de poder saber el que és una irregularitat, ja sigui administrativa o de naturalesa penal, i tothom està obligat a, si en té coneixement, posar-ho de manifest. El que passa es que, el que hauríem de fer, i en gran mesura la responsabilitat és meua de no fer-ho, és anar actualitzant aquesta formació. Sense anar més lluny, a la junta directiva hi ha hagut noves incorporacions a les que no els hi hem fet una formació en aquesta matèria i ho hauríem de fer, el que passa és que tenen molta feina i no vull retenir-los un dematí per fer-los aquesta formació.

A: Pel que m'acabes de dir, podria deduir que el compliance no seria una prioritat no? Perquè si ho fos no hi hauria problema en dur a terme aquesta formació a tothom que entra a l'empresa.

R: Home, si que és una prioritat, el que passa és que hi ha molts de recursos per evitar la responsabilitat penal de la institució, i és molt difícil que la institució empari i protegeixi pràctiques que tenen rellevància penal. El mapa de riscos és tan minuciós des del punt de vista de la organització que abarca qualsevol possibilitat. Ara, impossible no hi ha res. Jo no puc garantir al 100% que avui a un quiròfan buit de la clínica no es posin d'acord un anestesista, un oculista, un instrumentista i dues infermeres per fer un tranplant de còrnia a un rus que ha pagat 2 milions d'euros. Ara, la probabilitat de què això passi és tan petita que és pràcticament impossible. Per tant, estic molt tranquil. El què està clar és que si ho detectéssim seriem els primers que aniríem “a la carrera” a denunciar-ho. O sigui, és una prioritat, sí. Però també s'ha de tenir en compte que venim de dos anys de pandèmia on tot això ha passat a un segon pla i encara no hem recuperat un ritme de normalitat perquè la realitat és tan canviant què estàs fent lo urgent i deixes de fer allò necessari. Però si que crec que hem de reforçar la formació, sobretot a la gent que ha entrat nova. Entra i surt gent i s'ha de ser consistent perquè cadascú que entri tengui una mínima formació en matèria de responsabilitat penal.

A: I creu que la seva funció si fes feina a una altra empresa d'un sector diferent seria la mateixa? O hi ha diferències depenent del sector?

R: No. Que va. Els teus riscos són completament diferents. A un banc imagino que en aquests moments un dels punts més rellevants estaria relacionat amb el blanqueig de capitals, per lo que tindrien unes estructures internes dedicades a evitar-ho, i així en tots els sectors.

A: Però llavors el què canviarien serien els riscos no?

R: Si. S'hauria de fer un anàlisi de riscos i implantar mesures preventives per tractar d'evitar-los, tal com fem així. Una de les coses més importants són els canals de denúncia que garantitzin, no l'anonimat, però si la confidencialitat perquè no acabi en denúncies anònimes.

A: I en aquesta empresa s'està utilitzant?

R: Si. Bé, està habilitat. Després a vegades arriben per camins molt diversos però gracies a deu aquí no tenim gairebé res. L'any passat, si no recordo malament l'únic que vam tenir varen ser dues queixes, més que denúncies. Quan arriba una queixa o una denúncia, que surt d'una simple queixa d'un pacient que no està content del tracte que se li ha donat, em toca arribar a partir del departament què la rep. El primer que faig és una mínima diligència per esbrinar la naturalesa

d'aquesta denúncia o queixa, i pot tenir rellevància penal o no tenir-la. En el cas de què la pugui tenir, es continua amb les diligències. Per exemple, vàrem tenir-ne dues relacionades amb una suposada fuga d'informació mèdica cap a terceres persones. Això potencialment podria tenir rellevància penal, per tant vam obrir unes diligències i vam arribar a la conclusió de que no hi havia hagut fuga d'informació i es va arxivar. També pot haver-hi conflictes entre treballadors, per assetjament, per exemple, i s'han d'obrir diligències per arribar a una conclusió, ja que l'empresa no pot donar suport ni protecció a l'assetjador i per tant ha d'incoar i s'ha d'informar. L'estadística ens informa què normalment això encobreix diferències de caràcter personal relacionades amb la càrrega de feina de cada persona, i això no significa que hi hagi un assetjament. Però, com què potencialment ho podria ser, s'han d'obrir diligències i tancar l'expedient i derivar-ho cap a recursos humans.

A: Però la majoria d'exemples que m'ha posat són coses per les què hauria de respondre únicament la persona i no l'empresa, no?

R: Exacte. El que passa és què si des del punt de vista protocol·lari, perquè a més ha de ser així, com a instrument eficaç en matèria de prevenció de delictes, el compliance té un canal de denúncies i arriba una denúncia, ja sigui per aquest canal o sigui per un altre, tens la obligació d'investigar-ho, perquè hi podria haver situacions d'assetjament, i el què tractem d'evitar és que es pugui entendre que l'empresa li ha donat cobertura. És vera que seria molt complicat què pogués acabar en un delicte societari, però s'ha de fer.

A: I creu què existeix alguna relació entre el compliance i la responsabilitat social corporativa?

R: No. No crec què hi hagi relació. Depèn una mica del plantejament empresarial què es vulgui fer. El compliance està per prevenir delictes que puguin involucrar a la organització, i què per tant, es pugui derivar a una condemna contra la organització. Això és terrible en determinats sectors perquè podria suposar la mort de la pròpia empresa (bancari, sanitari, esportiu, etc). Però al final el dret penal és el dret de mínims, ens estam movent en tractar d'evitar els riscos mínims, i en aquest cas, en aquells què pot cometre una societat. Aquí en teoria hauria d'acabar la feina. Després es pot afegir un mapa de riscos que pot ser una eina molt eficaç per evitar els mínims. La responsabilitat social corporativa crec que no juga aquesta lliga, sinó que seria una lliga completament diferent,

perquè cada vegada s'està implantant més la pròpia llei de contractació del sector públic que introdueix la recomanació o obligació, de què tu valoris als teus proveïdors coses relacionades amb la responsabilitat social. Per exemple, la "huella de carbono", que tinguin un índex de treballadors minusvàlids per sobre del què exigeix la llei, etc. Això no tindria res que veure amb es compliance.

ENTREVISTA 3: SUBDIRECTOR FINANCER MB

A: Para empezar, ¿podría explicarme brevemente el cargo que ejerce hoy en día?

JL: Soy subdirector general, entonces, tengo responsabilidad un poco en todo lo que son los Servicios centrales. De mi depende lo que son RRHH, todo lo de informática, sistemas de gestión, planificación y Servicios generales compres. Y luego toda la parte también financiera y administrativa.

A: ¿Y siempre has ejercido este cargo?

JL: No. Yo tengo formación financiera. Entré en el departamento financiero digamos como segundo, luego fui el responsable financiero, responsable de área y subdirector.

A: ¿En el cargo de ahora cuantos años llevas ejerciendo?

JL: Pues en de ahora, de subdirector, no se si desde el 2011, o algo así.

A: Y tú en particular, durante tu trayectoria profesional, ¿has participado en alguna formación de compliance?

JL: He recibido alguna formación, sí.

A: ¿Pero más específica a tu puesto o la que han recibido todos los trabajadores?

JL: No, la que hemos recibido todos los trabajadores

A: Y desde tu punto de vista, ¿Qué significa la palabra compliance? Es decir, ¿cómo la concibes?

JL: Bueno, yo la figura del compliance la asocio al riesgo. Entonces el compliance tiene que ser la persona que dentro de la entidad controle todos los riesgos. Si luego esos riesgos tienen un componente penal pues ya sería un poco más la figura más específica de lo que es el compliance.

A: ¿Ósea, concebirías el compliance también como riesgos no penales no?

JL: Bueno, el compliance está asociado a los riesgos penales pero lo que tienes que decidir dentro de una entidad es si está todo integrado o separado. Puedes llevar por un lado otro tipo de riesgos,

y luego tener por separado una figura de compliance que sólo lleve los riesgos penales o tener una figura que lleve todo, o un departamento que lleve todo. Y luego aquellos que tienen un componente penal tendrán un procedimiento, y los que no, pues tendrán otro.

A: ¿Y en vuestro caso como lo gestionáis?

JL: Buena pregunta. Bueno, la teoría la sabemos, hemos hecho cosas, pero no tenemos en sí implantado un sistema de gestión de riesgos penales. Hemos dado pasos, hemos definido un poco el código de conducta, el conflicto de interés, el gobierno corporativo, el modelo de prevención de delitos que queremos, hemos identificado los riesgos penales que nos puedan afectar, qué actuaciones de esos riesgos pueden tener un componente penal, hemos desarrollado un mapa de riesgos, incluyendo todos los riesgos y ahora nos queda un poco pues de esos riesgos identificar aquellos que pueden tener un componente penal. A partir de aquí, lo que habría que desarrollar es un sistema de gestión con una serie de auditorías y actuaciones de mejora.

A: Y porqué crees que no se ha acabado de desarrollar, por falta de interés, ¿de tiempo...?

JL: No, de interés no, más que nada es por falta de manos

A: ¿Entonces, es que no se ha situado como una prioridad no?

JL: No. Una prioridad es. Lo que pasa que hay varios departamentos implicados y lo que falta es darle un último empujón.

A: ¿Y tu función en este proceso cual es? ¿Ósea como participas en él?

JL: Yo en este proceso he sido un poco el que ha ido dando empujones. Todo lo que es el marco de actuación lo he definido yo, he creado un código ético, el protocolo de conflicto de interés, gobierno corporativo, modelo de prevención de delitos, que riesgos tenemos, cuales no, qué probabilidad de ocurrencia. Ósea todo esto ya está definido y lo tenemos plasmado. Ahora lo que habría que hacer es, bien desde un área que no sea el gestor, la auditoría interna o el propio compliance, pues que desarrollen ya el sistema de revisiones y de mejora.

A: ¿Ósea, no se está desarrollando porque hay otros trabajos y otras prioridades no?

JL: Hombre, se están desarrollando actuaciones de muchos riesgos que algunos pueden tener un componente penal y otros no. Pero son dos cosas que faltan un poco por unir y de desarrollar.

A: ¿Y cómo se mide la eficacia del compliance en este ámbito? ¿Cómo sabes si está funcionando o no?

JL: Hombre, si no hay problemas... Pero bueno, tampoco es eso, no hay que esperar a los problemas, hay que adelantarse. Pero bueno, no lo se, si has hablado con el compliance de la entidad que quizás te lo explicará mejor.

A: ¿Qué crees que tendría que saber una persona para ser el compliance de esta empresa?

JL: Lo primero, tiene que conocer muy bien la empresa. Sino no puedes definir las actuaciones o riesgos que hay. Entonces tiene que ser una persona que conozca más o menos bien como funcionan los distintos departamentos. Porque en los departamentos nos pasa, identificamos los doscientos y pico riesgos a nivel mutua de los distintos departamentos, pero luego puede haber otros muchos que no identifiquen por esa parte de conocimientos a lo mejor la parte de conocimiento de responsabilidades penales que puede haber.

A: ¿Pero como es el proceso exactamente?

JL: Bueno, si no lo tienes definido tienes que definir el marco dentro de la organización, toda la jerarquía de toma de decisión y de responsabilidades para saber que es lo que hay. Nosotros en base a este análisis fue cuando empezamos a crear pues dentro de la junta directiva muchas comisiones: comisión de auditoría y cumplimiento que no teníamos, que sería la que tendría que velar por todos estos temas y cualquier problema va a ella y cualquier tipo de conducta... Primero tienes que definir toda esta estructura relacionada con la gestión de riesgos, y luego una vez identificados los distintos riesgos, la probabilidad de que ocurran y el efecto que pueden tener en la entidad, pues priorizar aquellos que tengan mayor probabilidad o que el efecto pueda ser mayor. Y en función de eso pues identificar. Una vez identificado, pues ver que actuaciones habría que desarrollar.

A: Y de cara al futuro, pero no a un futuro lejano, ¿qué crees que falta por mejorar aquí?

JL: Bueno, lo que falta es encajar, encajar las piezas y empezar ya a realizar lo que es auditoría de compliance.

A: ¿Y crees que los trabajadores son conscientes de que quiere implementarse todo esto?

JL: Bueno, los departamentos ahora sí que están muy implicados en gestión de riesgos, pero quizás lo que les falta más es esta parte penal. Ellos saben que hay muchos riesgos pero alomejor han identificado diez riesgos, y de esos diez riesgos, no son conscientes de que a lo mejor, uno o dos podrían tener consecuencias penales para la empresa, o incluso para la persona.

A: ¿Y crees que existe una relación entre el compliance y la responsabilidad social de la empresa?

JL: Si.

A: ¿Y cómo crees que se relacionan?

JL: Hombre está claro que toda empresa que no tenga desarrollado un sistema de gestión de riesgos, pues tema de responsabilidad social puede tener muchos problemas, también riesgo reputacional, cualquier problema que tengas puedes tener un riesgo reputacional muy importante, independientemente del tema penal. Entonces también estamos dando muchos pasos en tema de responsabilidad social y una de ellas es el tema de definir claramente y desarrollar el tema del compliance.

A: Imagino que todas las decisiones que se toman en este ámbito (del compliance), vienen desde arriba, ósea desde la junta o el órgano superior. ¿Crees que tiene que ver la cultura de esta gente en relación a la prioridad que le dan al tema?

JL: Bueno, o gente que no le da importancia o que no tiene conocimiento también. En una empresa muy grande a lo mejor es una figura que sí que existe y es conocida, pero hay muchas empresas más pequeñas o no tan pequeñas que ni siquiera tienen esta figura o no han empezado a hacer nada y que consideran que es algo como, bueno, mientras no pase nada, pues vamos tirando.

A: ¿Y crees qué hay diferencia entre las pymes y las grandes empresas?

JL: Si. Por el tema de los recursos fundamentalmente, y que a veces una pyme tampoco tiene personas, no tiene recursos. Pero bueno, a veces lo que hacen es externalizar el servicio que también es una posibilidad. Una empresa especializada que te vaya ayudando y te vaya asesorando e incluso que el compliance sea una empresa externa.

A: ¿Crees qué con el compliance es suficiente? ¿O debe ir acompañado de otros mecanismos?

JL: Lo que está claro es que el compliance tiene que existir, porque es una persona que tiene que tener la formación y que en el caso que haya un problema o un asunto judicial pues también tiene que tener una formación jurídica y hacer un seguimiento. Pero lo que tiene que haber en la empresa es una cultura de gestión de riesgos y que se vea como algo necesario y que nos beneficia a todos.

A: ¿Sabes si todas las mutuas o todas las empresas del mismo sector funcionan igual?

JL: Por lo que me han comentado, a todos nos pilló un poco desprevenidos lo del compliance, algunas han tenido más asesoramiento externo y más ayuda que nosotros. La figura del compliance en la mayoría de las mutuas es un perfil jurídico, que es quien se encarga de la gestión del día a día, más que nada por separar. Tiene que haber una separación entre la figura del compliance y la gestión.

A: ¿Y quien vigila al qué vigila?

JL: Nosotros tenemos la junta directiva, que es quien tendría que pedir explicaciones al compliance, el informe anual, si ha habido algún riesgo y qué ha pasado. Es lo que nosotros hacemos en el informe corporativo anual, ahí metemos un poco pues el resumen de los riesgos y desde el punto de vista de prevención de delitos si ha habido alguna cosa pues se pone ahí.

A: Qué tu recuerdes, en los últimos años, ¿ha habido algún tema destacable de denuncias internas?

JL: Que yo recuerde no. Si que al ser un hospital ha habido los típicos problemas de algún medico que haya podido meter la pata pero ningún problema que haya supuesto una relevancia penal.

ENTREVISTA 4: DIRECTOR GERENT MB

A: Primer de tot, em podria explicar breument a què es dedica la mútua?

W: Nosaltres som una entitat col·laboradora amb la seguretat social i, el que nosaltres fem bàsicament és administrar recursos públics que prèviament han cotitzat les empreses i els autònoms. Això ho rep la tresoreria general de la seguretat social i si aquella empresa o aquell autònom està associat o afiliat a una mutua en particular, en aquest cas a la nostra, llavors la tresoreria general de la seguretat social ens transfereix aquests recursos, i amb això gestionem les prestacions públiques del sistema de la seguretat social. Excepció feta de les pensions de jubilació, moltes prestacions públiques les estem pagant nosaltres. Tot el tema relacionat amb accidents de treball els paguem nosaltres, els temes per baixes de malaltia comú si nosaltres tenim la contingència protegida per nosaltres també les paguem nosaltres, les incapacitats permanents per accident, el risc durant l'embaràs i la lactància, el cuidado de menors per malalties greus. Bueno hi ha tot un seguit de prestacions públiques que nosaltres tenim obligats a tramitar, gestionar i a pagar, i també la cobertura sanitària

A: I per el fet de col·laborar amb la seguretat social, imagino que teniu més control públic no?

W: Si. El nivell de control públic és dels més elevats que hi ha, perquè no tan sols estem gestionant diners públics, sino que amb aquests diners públics estem realitzant prestacions públiques. Llavors el control ens ve per tot arreu, ens controla la direcció general d'ordenació de la seguretat social, que depèn de la secretaria general de seguretat social i del ministeri de seguretat social, a través de totes les instruccions, circulars, resolucions que adopta, ens diu com hem de dur a terme la nostra feina. També ens controla la intervenció general de la seguretat social, que ve a ser com l'auditoria. Ens controla també la inspecció central de treball, no la inspecció que hi ha tot arreu, que aquests també ens controlen, sino a part la inspecció central de seguretat social que es específica en matèries de seguretat social. També ens fiscalitza el tribunal de comptes. I després hi ha tot un seguit d'organismes que també, segons de quines coses pues ens fiscalitzen. Per exemple el ministeri d'hisenda en tots els temes relacionats amb retribució del personal, el ministeri que dugui el tema de transparència també, perquè com som entitat que pertany a l'administració pública de l'estat, hem de complir uns mínims de transparència. I, en aquest cas, també podem tenir auditories de si, per exemple, la nostra web és suficientment transparent o no.

A: I vostè, personalment, quin càrrec té?

W: Jo soc el director gerent. El meu càrrec ve proposat per la junta directiva i ha de ser forçosament ratificat pel ministeri de la seguretat social. Si el ministeri no ratifica aquest nomenament no puc ser gerent d'una mútua.

A: I perquè no l'haurien de ratificar?

W: Ells han de fer una valoració del candidat i ells son els que tenen sempre la última paraula. Passa el mateix amb els membres de la junta directiva. La junta directiva ve a ser com el consell d'administració de qualsevol empresa, és una representació dels propietaris de l'empresa. I quins són els propietaris? Les empreses mutualistes. Les empreses mutualistes a la junta general escullen a alguns mutualistes perquè duguin aquesta junta directiva. I és l'òrgan rector de gestió més important de la entitat.

A: Osigui tindríeu representants de diferents empreses mutualistes?

W: Si. La junta directiva en aquests moments hi ha 12 persones. Un dels membres de la junta és el representant dels treballadors dels membres de la mútua i una altre és una autònoma. La resta són representants d'empreses mutualistes. És aquesta junta directiva la que nombra un gerent. Però sense ratificació del ministeri no hi ha res. Si la junta general escull per entrar un membre nou a la junta directiva, si no hi ha el vist i plau del ministeri tampoc entra. Tot acaba passant pel ministeri.

A: Sempre ha tingut aquest càrrec?

W: No. Jo vaig entrar al 2005 de subdirector, en aquell moment es va fer una separació de la organització entre la subdirecció de gestió i la de desenvolupament, jo portava gestió, i al cap d'un any, el gerent que hi havia es va retirar i llavors em van dir de què passés a gerent. Abans d'això, jo estava com a director gerent d'una mutualitat de previsió social, que ve a ser com una mútua però té dues grans diferències. En una mutualitat és una companyia de seguros privada, per tant, no cobràvem de la seguretat social les cotitzacions, sinó que cobràvem dels clients, i les prestacions que pagàvem eren fruit d'un contracte privat de seguros, no una prestació pública. Però tret d'això, l'estructura o organització és igual.

A: Durant la seva trajectòria professional ha rebut formació sobre compliance?

W: Bueno, sobre compliance no. Sobre tema de prevenció de delictes penals pues sí. Quan va sorgir la llei i vàrem haver d'instaurar un sistema de prevenció de delictes penals, i vam nomenar en Rafel com a compliance pues es va fer una petita formació als membres de la junta directiva i al personal directiu amb rang més elevat, sel's va donar una formació que després s'ha estès a la resta de treballadors.

A: Tots han rebut la mateixa?

W: En aquell moment sí. Tot i que avui en dia seria necessari refrescar un poc tot allò i inclús modernitzar el sistema de prevenció que tenim en aquests moments.

A: Com li afecta el compliance en la seva professió?

W: Tot això sempre depèn de la mida de les empreses. Aquesta empresa té un volum suficientment gran (560/70 treballadors) i sent els membres de la junta directiva uns càrrecs no retribuïts, és necessari d'alguna manera repartir responsabilitats i feines perquè sinó ningú voldria formar part d'una junta directiva. Llavors, dels membres de la junta directiva, tenim tres comissions delegades, hi ha una comissió permanent, que és on es prenen les decisions més importants prèvies a la junta

directiva, on està el president, els vicepresidents i el secretari de la junta; després tenim una comissió de nomenament que es dedica a tot el que tingui que veure amb massa salarial, amb sou del personal, amb l'esquema retributiu de l'empresa, etc; i després tenim una comissió d'auditoria i compliment. Aquesta, en principi és la comissió que ha de rebre tota la informació relacionada amb els informes del compliance i amb qualsevol proposta de modificació o reforma del sistema de prevenció de delictes penals. Però no necessàriament és el compliance qui transmet a la comissió directament qualsevol d'aquestes coses, sino que ho fa a través del comitè d'ètica i conducta. És a dir, nosaltres tenim una junta directiva, tenim tres comissions delegades, aquesta comissió d'auditoria i compliment és la que acaba veient tots els temes relacionats amb prevenció de delictes penals i, quan el compliance digui que vol parlar directament amb la comissió ho pot fer, però lo normal és que el compliance parli amb un comitè de ètica i conducta (diferència entre comitè i comissió és que comissions estan formades per membres de la junta directiva i els comitès estan formats per personal). Llavors, hi ha un comitè de ètica i conducta on estem els subdirectors, el director gerent, la responsable d'auditoria, el de protecció de dades, el compliance, i la responsable de recursos humans. A més, a part del sistema de prevenció de delictes penals, tenim el tema de la protecció de dades, de l'auditoria, dels sistemes de gestió integrats... Hi ha tantes coses que hem d'acabar elevant a la comissió d'auditoria i compliment que ho recollim tot en el comitè de ètica i conducta. Recollim l'informe del compliance, l'informe del delegat de protecció de dades, l'informe de com han anat els sistemes de gestió, l'informe d'auditoria interna...

Per tant, la meva implicació és formar part del comitè de ètica i conducta però, has de tenir en compte que, qui eleva tota aquesta informació a la comissió no soc jo, és la directora d'auditoria. Això es fa per controlar i fiscalitzar. NO pot ser que qui doni informació a l'organisme que ha de fiscalitzar al seu personal sigui el gerent. Perquè jo podria acumular tota la informació, aquesta informació dir que jo no faig bé la meva feina, i dir a la comissió allò que vull dir. Per evitar això, ho fa la directora d'auditoria, que té una altra cosa diferent: no depèn de mi. És la única persona en tota la organització, junt amb el seu departament, que depenen directament de la comissió d'auditoria i compliment. Jo si la volgués despedir, no podria. D'aquesta forma s'assegura que a la comissió d'auditoria i compliment arriba tota la informació que ha d'arribar. Un cop arriba a aquesta comissió, aquesta decideix (aprova o desaprova) i després s'ha de ratificar per junta

directiva. Això es fa perquè en junta directiva van els temes de totes les comissions, si ho haguessin de fer tot de cop, la junta directiva duraria 4 o 5 hores, i a més, no es tractaria amb profunditat cap dels temes. Fent-ho d'aquesta manera, les comissions d'auditoria i compliment, per exemple, pot tractar amb més profunditat els temes. Prenen un acord i és l'acord que eleven a la junta perquè aquesta ho ratifiqui.

A: Què creu és l'imprescindible que ha de saber una persona que començarà a ser compliance a la seva empresa?

W: L'empresa està davant de tot. Quan dic davant de tot, dic davant de totes les persones. Les persones venen i passen, l'empresa no. L'empresa du 100 anys i ha de continuar 100 anys més. Si es fa alguna cosa malament, que pot generar un delictes a l'empresa, ho fan les persones, no ho fa l'empresa. Per tant, jo el que diria és: sigues independent, manten sempre el teu criteri de decisió i actua sempre com la responsabilitat que et toca tenir, et diu que has d'actuar. Lo més important és conèixer bé la teva responsabilitat i les teves funcions i quan estem parlant de compliance, delegat de protecció de dades, auditoria interna, etc. És com si fossin professionals que estan al servei de l'empresa, no al servei de les persones.

A: I si considera que és tan important la independència, perquè no s'externalitza?

W: En aquest cas, et diria que el tema de que sigui intern o extern no és tan important. Entre altres coses, perquè sigui intern o sigui extern, com a gerent, jo puc exercir la mateixa pressió. Això no és tan important. El què passa que en el nostre cas hi ha un factor què decideix molt el tema, i és que som un tipus d'empresa molt rara. Som una associació privada, que gestiona recursos públics, pertanyem a l'administració de l'estat, però només de caràcter administratiu. És a dir, som gairebé funcionaris, però ens regim per un conveni col·lectiu de seguros privats... És una cosa tan rara i tan desconeguda que aquest lloc l'ha d'ocupar algú que conegui exactament el que és això.

A: Creu que hi ha relació entre el compliance i la responsabilitat social corporativa?

W: Jo no ho veig molt. Per exemple, en aquesta casa, la responsabilitat social corporativa la du el responsable de planificació. Perquè moltes actuacions lligades a la responsabilitat social corporativa ajuden a la certificació i acreditació de determinats segells, com el del medi ambient. Això ho relacionem més amb els sistemes de gestió integrats. Aquests els du planificació i per tant

estan més relacionats amb ell. Què el director de planificació sigui el delegat de protecció de dades és circumstancial.

El que si que ens faltaria és, en aquest sistema de gestió integrat, incorporar també el sistema de prevenció de delictes penals, però no ho tenim certificat i, per tant de moment va per lliure. Ja m'agradaria a mi que poguéssim certificar-lo, i per això necessitaríem una reforma del sistema que ara mateix tenim i que puguem dur com un sistema integrat més.

A: És a dir, que en un futur si que ho voldrien relacionar?

W: Si. Jo és el que vull, però ningú em fa cas. M'agradaria certificar i integrar.

A: I realment, perquè creu que no s'està fent?

W: Ara mateix tenim tal cúmul de feina que és impossible. Hi ha departaments més acostumats a tot el tema de gestió i certificació. Si demà tinguessin que anar a un FQM o a certificar o acreditar qualitat dins de l'àmbit assistencial d'alguna cosa que no tinguéssim encara acreditat amb la 9001, et diria que seria relativament fàcil, perquè són parts de l'organització que ja estan habituades a saber el que implica un sistema de gestió, procedimentar processos, establir objectius, indicadors de mesura, autoavaluacions, etc. El servei jurídic (perquè el compliance és el responsable del servei jurídic) no ha entrat mai en cap procés d'aquesta naturalesa, i jo crec que també per això costa més. Independentment que la causa principal és la càrrega de feina.

A: Pel que he entès, hi ha una diferència entre on es troben i on es vol arribar en l'àmbit del compliance, em podria explicar això millor?

W: Si. Va bastant lligat al què estàvem parlant ara. Quan tot això del tema de prevenció de delictes penals surt, és com un shock per tot el teixit empresarial. Sincerament, en aquell moment el que vam fer nosaltres i el 99,9% de les empreses va ser dir, hem de complir amb la normativa. Llavors, vam muntar un sistema de prevenció de delictes penals que ens permetés complir amb la normativa. A parti d'aquí, hi ha hagut empreses i mútues que han dit, ja que tenim el sistema de prevenció de delictes penals, m'ho crec. I no tan sols m'ho crec, sino que vaig a certificar-ho, vaig a acreditar-ho, i vaig a integrar-ho amb els altres sistemes de gestió. I aquí, per la càrrega de feina i per les altres circumstàncies que te deia, no hem acabat de donar aquest pas. Llavors, què passa, el departament de planificació que du tots els sistemes de gestió, depèn de la subdirecció financera, i ell ha participat molt en posar en marxa aquests sistemes de gestió. Per tant, per ell, és molt més

fàcil agafar tot aquest tema de prevenció de delictes penals i donar la passa. Però ell no és el compliance. Llavors, ell té un seguit de propostes de com seguir donant passes de cara a aquesta acreditació i estan damunt la taula. Encara no les hem retomat en serio. Com ho faríem? Lo primer de tot, amb aquest esborrany que ha preparat la subdirecció financera, el compliance sobre això hauria de treballar, tatxar, afegir o fes allò que considerés, i un cop tingués un borrador per ell assumible, passar-ho al comitè de ètica i conducta. Aquest, diria que tira endavant i es presentaria a la comissió d'auditoria i compliment. Si aquesta ho aprova, hauria de ser ratificat per junta directiva i a partir d'aquí, a començar a fer feina.

A: I pensa que això pot dependre de la cultura de cada persona? Pot ser en aquest cas el compliance no ho te com una prioritat.

W: Ell és conscient de quines van ser les causes de muntar aquell sistema i és conscient que han passat els anys i hi ha coses que s'han de modificar. Per exemple, en el seu dia, quan vàrem muntar aquell sistema, hi havia un codi ètic i un manual de conductes prohibides. Ara aquests dos documents els varen modificar i és un sol. Això és un pas de cara a la reforma, però només ens hem quedat amb això, i llavors doncs és el que ens agradaria. Jo espero que en Rafel quan pugui ens animaríem tots a tirar endavant.

A: Vol afegir alguna cosa més?

W: Si. Jo el que et deia és que si tú per exemple dius, pues mira, jo he fet un treball sobre aquest tema, tenim una empresa que té un sistema de prevenció de delictes penals però que és manifestament millorable i es podrien fer propostes de modificació. El que passa és que aquesta proposta ja està feta. Per tant, només faltaria posar-la en marxa.

ENTREVISTA 5: EXPERTA EN COMPLIANCE

A: Em podries explicar breument la teva trajectòria professional?

M: Jo vaig estudiar dret a ESADE, després vaig fer el màster d'accés a l'advocacia a ESADE i el d'especialització a la universitat de Milan de dret internacional dels negocis. Després, ja vaig fer l'examen de col·legiació i vaig començar a treballar en un despatx penalista durant tres anys, i mentre estava allà, molta gent de la què treballava amb mi eren professors de la Pompeu Fabra i de la UB i em van animar a fer el màster de dos anys de dret penal i ciències penals, mentres treballava.

Després vaig anar a Deloitte, on vaig treballar tres anys i mig. En el primer despatx sí que feia processal penal i vaig començar a tocar coses de compliance i a Deloitte vaig fer compliance amb grans empreses i models de compliance, una mica com tot. No només hi ha implementació. Pot venir una empresa desde zero, què no té res, i li has de dir, segons en quin sector opera o segons quanta gent són fas un tipus de model o un altre. Llavors, com el tipus de clients de Deloitte són grans empreses, n'hi ha moltes que ja tenen departament de compliance i volien coses més concretes, com què els hi reviséssim per saber quines eren les seves deficiències i com les podien millorar. Treballàvem des d'una visió jurídica, combinada amb una part de consultoria, què això està molt bé, perquè realment al mercat el què hi ha son consultores i despatxos. Quan vaig marxar d'allà m'ho vaig muntar pel meu compte amb una companya de la universitat i ara tenim un despatx processal penal i de compliance, on gestionem empreses de tots els sectors.

A: I has treballat amb alguna Mútua?

M: A deloitte sí.

A: I què em pots dir d'això? En aquest cas el meu estudi es basa en una Mútua col·laboradora amb la seguretat social. Per tant, suposo que serà una mica diferent.

M: És molt important tenir en compte la naturalesa jurídica de l'empresa amb la què estàs tractant. De vegades tenim clients que són sector públic i què no estan obligats a tenir un model de compliance però cada vegada per la normativa (els canals de denúncia), o per ajudes europees què exigeixen tenir un model de compliance per poder optar a elles, etc. totes les empreses ho volen implementar. Pensa què en aquest cas, per molt que sigui col·laboradora amb la seguretat social i tingui molts controls, haurà de tenir un model de compliance. Tú has vist mai un model de compliance des de 0?

A: Com a tal no, tan sols tinc la informació què em van donar i la documentació i el mapa de riscos.

M: Doncs t'explico. Hem de partir sempre de l'article 31 bis del codi penal. Llavors, hem de veure els requisits bàsics que ha de tenir tot model de compliance que són: un òrgan de control (compliance officer o col·legiat), un canal de denúncies (directiva de whistleblowing, anteproyecto de transposició que encara no és llei), matriu de riscos (anàlisi de les conductes que podrien ser considerades delictes o perilloses per a l'empresa) i matriu de control. També s'han de tenir

procediments financers i, tot i que el Codi Penal no t'ho digui, el Tribunal Suprem sí que diu que hi ha d'haver una formació, que és una de les coses més importants. Un bon programa de compliance hauria de tenir un welcomepack, que seria que quan un treballador entra nou a l'empresa, li dones tota la part de compliance, tal i com li donaries la prevenció de riscos laborals, i després vas fent un manteniment. Òbviament, no és el mateix una empresa de 20 treballadors que una de 4000, la qüestió està en articular el model formatiu òptim per a cada cas. Hi ha una cosa a la que li diem pre constitució de prova, que serveix per si el dia de demà passa alguna cosa, s'ha de tenir tot el que s'ha anat fent com a empresa per demostrar que tinc un model, incloent les formacions. El que diu la jurisprudència és que no pots tenir un model de compliance al calaix, has de ser capaç de demostrar que l'estàs utilitzant.

A: Clar, per això jo no entenia com podien dir-me que la formació era necessària però no s'estava implementant com tocava, si és una cosa tan important.

M: Al final això s'ha de vendre com una protecció pels directius, i els directius s'han d'encarragar que això sigui important. Es diu "tone at the top" a Estats Units. És a dir, el to el marquen els directius. Si els directius no s'ho creuen, no donaran mitjans, llavors no es farà. En canvi, si tu tens directius als que has fet una bona reunió d'inici i els has conscienciat de la importància de la responsabilitat penal d'una empresa, són els que donaran diners perquè es pugui fer, i els que tindran la importància per dir-li al compliance: "escolta, que no s'està fent la formació" o "escolta, que tenim mitja plantilla que no sap que hi ha un canal de denúncies". Llavors, seguint amb els elements essencials que ha de tenir tot programa de compliance, trobem la verificació, que seria com l'auditoria. Una cosa és revisió i l'altra verificació. La revisió és veure que tots aquests elements hi són, i com estan, i si s'han de millorar o no. No tothom fa una revisió. Però la verificació sí que s'ha de fer si o si.

Bé, millor tornem al mapa de riscos així podràs entendre millor tot lo altre. La matriu de riscos consisteix en que, es fa un excel amb tots els departaments o àrees d'una empresa (o cada empresa si és un grup d'empreses, has de tenir en compte l'organigrama) i tots els riscos que apliquen a la persona jurídica, però clar, depèn de l'empresa. En el cas del compliance, òbviament, com t'estàs protegint dels riscos penals, buscaràs els riscos penals. A la circular de la fiscalia està escrit, perquè al codi penal no diu res, no dona un llistat dels articles aplicables a les persones jurídiques. T'has

de mirar les circulars 1/2011, i 2016 que ho expliquen molt bé. Amb la reforma del 2019 es van afegir delictes, com la malversació i el terrorisme.

Llavors, tu fiques en una columna tots els articles aplicables a la persona jurídica concreta, per exemple, en el cas d'un hotel i podria haver prostitució però en el cas d'un banc no, o en el cas d'un hospital i podria haver tràfic d'òrgans i en el cas d'un banc no. N'hi ha algunes molt específiques de sectors. Llavors has de fer un anàlisi ampli, normalment de 39-40 riscos, se'n solen aplicar uns 20.

Després, el què es fa és dir en quina àrea pot passar que. Per exemple, els temes financers poden passar al departament financer, manipulació genètica pot passar a l'àrea mèdica o assistencial, etc. Cal tenir en compte que el director gerent o el comitè de direcció és el responsable de tot i ho ha de vigilar i supervisar tot, per lo què li aplicarien tots els riscos.

Un cop definits els riscos i les àrees en les què es poden realitzar, cal què tinguis clars dos conceptes: el risc inherent i el risc residual. Aquests són la base de qualsevol anàlisi de riscos. El risc inherent seria el què té la pròpia organització sense cap control (per exemple, en un hospital públic, de corrupció pública, protecció de dades, etc.), en ells, es determina, segons una metodologia que pot ser baixa, alta o mitjana, quin és el grau d'afectació que pot aplicar risc. Aquests riscos sempre apareixeran alts. D'altra banda, tenim el risc residual, que seria aplicant-li tots els controls.

A: I tot això qui ho controla? Com es sap si una empresa ho te ben fet o no?

M: Ningú. El què podria passar és que si en un model de compliance es comet un delictes, el teu dossier de defensa seria això, i has de ser capaç d'explicar-ho en un jutjat. Per exemple, si es comet un delictes de protecció de dades i vas al jutjat i el jutjat et vol imputar com a persona jurídica, tú has de defensar que tens un model de compliance que es va implementar abans de què es cometés el delictes. Per tant, tota la diligència possible l'has tingut, el què ha passat és que un treballador concret s'ha saltat els mitjans de control que li havies donat.

S'ha de trobar el punt mig entre una cosa que no s'entén perquè sigui massa complex i una cosa massa simple. Els jutges odien l'excel, volen coses jurídiques i si tú ets presentes amb un excel ha de ser un què s'entengui, que sigui molt intuïtiu per a què pugui identificar on està el control.

Tornant al d'abans, per obtenir els riscos residuals hem de mirar de cada un dels riscos quins controls té la meua organització. Poden ser controls transversals (exemple: codi ètic, conciliació bancària periòdica, etc.). Llavors, contes els controls amb una metodologia de valoració, per exemple, a cada control li dones un pes. A un control x (com podria ser que s'elevin informes sobre el que s'ha parlat) es mira si es farà de forma periòdica o ocasional; manual o automàtica; es determina si és preventiu, correctiu o detectiu. Cada item d'aquests té un pes, tot ha de ser una forma matemàtica per calcular-ho. Hi ha diferents metodologies de valoració de riscos, pots agafar una, una altra, o te la pots crear. Si multipliquem aquests valors pel risc inherent, obtindrem el valor del risc residual. El risc inherent és el resultat de multiplicar impacte per probabilitat.

Aquí és on cada empresa ha de determinar com de conservadora vol ser. Jo si fos directiva d'una empresa preferiria ser molt conservadora amb el càlcul. No voldria tenir la falsa tranquil·litat de que hi ha un risc baix quan realment no és així. Si el risc és mitjà o alt ho vull saber per posar mesures perquè no passi. El que ens passa moltes vegades és que els clients ens diuen que estigui tot baix, i llavors els hi diem que no, que si hi ha d'haver algun risc mitjà serà millor perquè estiguin més atents.

Per posar un exemple, un tràfic d'òrgans en un hospital, l'impacte seria molt alt (valor 3) i probabilitat de que passi (valor 3, perquè no es té en compte els controls que tens perquè no passi, ja que estem parlant encara dels riscos inherents). Llavors, per calcular el risc residual, li donem un valor per cada control, els i els multipliquem per el resultat obtingut en el risc inherent. És tot matemàtic i com més ho sigui més tranquil·litat et dona. En cas que sorgís algun risc molt alt i que no es pogués tolerar, s'hauria de definir un pla d'acció. Com actuem davant d'aquest risc. Les mesures que siguin i establir unes dates per haver-les implementat.

A: I pel que saps, diries que la majoria d'empreses ho externalitzen ?

M: Es que depèn. Moltes vegades externalitzen la creació del document base, i després es fa una mica de formació a algun treballador perquè es quedi i ho sàpiga gestionar. Pensa que si ho externalitzes estàs tranquil però no tant com si tens a algú de l'empresa que ho sap gestionar bé, perquè al final és qui està en el dia a dia. Moltes vegades creem els documents base, formem a algú que viu amb nosaltres el procés de creació i llavors quan marxem aquesta persona interna sap gestionar-ho.

Això és més rellevant en la verificació, pel què fa al tema de l'auditoria. El que diuen les directrius europees és que en la verificació has de tenir com “muralles xines”. No pot ser que el compliance officer ho faci tot. No pot verificar el què ha fet ell perquè hi hauria conflicte d'interessos. Quan això no és possible, per exemple, pot passar que per manca de recursos ho hagi de fer tot una mateixa persona, sí que s'hauria d'externalitzar l'auditoria.

Quan es fa aquest mapa amb tots els controls, s'agafa una visió molt àmplia de l'empresa, i serveix per posar sobre paper el funcionament de l'empresa.

A: Heu notat molta diferència entre empreses grans i petites?

M: Sí. Perquè al final les empreses grans n'hi ha moltes que tenen departament de compliance que son 20, mentre que una petita no es pot permetre ni tenir un compliance officer. Ara sí que moltes estan ficant un canal de denúncies perquè estan obligades a nivell legal però lis parles de mapa de riscos i no saben ni a què et refereixes.

A: I com creus que es mesura l'eficàcia d'un programa de compliance?

M: Hi ha dues maneres. Una seria fer una revisió dels elements que el codi penal diu que s'han de tenir, mirar si hi són i com funcionen. De vegades fem informes de revisió on agafem tots els elements i mirem com s'apliquen en l'empresa del client. Exemple: canal de denúncia. N'hi ha? Qui el gestiona? Quantes denúncies han arribat? Com s'han resolt? Quin seguiment s'ha fet? Normalment si no arriben denúncies no es bona senyal, és millor que arribin coses sense rellevància, ja que sinó es demostra que la gent de l'empresa no té coneixement de l'existència d'aquest canal. També sol haver-hi un manual de compliance que es el que es faria servir per explicar-li a un jutge com funciona el programa.

L'altra manera seria la verificació, que consistiria en agafar els controls i vigilar com s'estan realitzant. Per exemple, si un control és anar fent informes, verificar que aquests informes realment s'hagin fet i fer un informe d'auditoria o verificació. Comprovar per cada risc, quins controls s'haurien d'aplicar i com s'estan aplicant. Aquí serà quan veuràs com funcionen els diferents controls de cada risc.

A: Una altra cosa que et volia comentar, una cosa que m'ha sorprès molt de les entrevistes que he fet, és que he entrevistat a tres treballadors diferents d'una mateixa empresa, i m'han dit coses molt diferents.

M: Això sol passar molt, quins càrrecs tenien?

A: Vaig entrevistar al director gerent, el subdirector financer i el propi compliance i advocat de l'empresa. I el què em va sorprendre és que justament el compliance era qui manifestava que tot està en ordre i els altres dos mostraven més interès cap a futures millores.

M: Això és el què sempre passa. La visió dels directius sempre és diferent perquè és una cosa que els protegeix a ells. Per tant, mai tenen suficient. La gent de compliance, com és la seva feina, cobreix uns mínims i diu que ja està tot súper bé i gerències i comitès directius sempre ho veuen poc, perquè al final és la seva protecció i són ells els que tenen responsabilitat. Però és el què passa a moltes empreses, no és que es tracti d'un cas estrany.

A: I quines són les principals limitacions del compliance actualment? Què falta per millorar?

Jo crec que fins ara només estaven implementant de veritat models de compliance grans corporacions, que els necessitaven per ubicar els seus riscos. Però les empreses petites o mitjanes no acabaven de veure la necessitat, ja que, si hi ha una imputació, és molt difícil diferenciar les responsabilitats. El què passa és què com que cada vegada hi ha més normativa que obliga a revisar aquestes coses, implementant aspectes com el canal de denúncia, la gent s'està posant les piles. Un altre incentiu han estat les ajudes europees per tenir polítiques antifrau. A més, a Espanya actualment tenim una directiva de màxims que ha de transposar el país, i què encara no està aprovat del tot (hi ha l'avantprojecte). Falta molta normativa encara.

És molt important que els models no es deixin fets i s'oblidin. S'han d'anar revisant i ser conscients del què significa cada punt que s'ha tractat. La persona que es dedica el compliance s'hauria de saber el document de dalt a baix, i hauria de ser perfectament capaç d'explicar d'on ve cada cosa. Per això, el què hi ha també són autoavaluacions, que es solen dur a terme cada dos anys. Es trasllada la responsabilitat a cada departament per a què siguin conscients i reflexionin sobre el què estan fent i el que els falta per fer.

A: I si un compliance extern com tu, dissenya un programa de compliance i passa alguna cosa, podria incórrer en alguna responsabilitat?

M: No. Perquè al final tu estàs allà com a assessor extern i a les propostes, o al full d'encàrrec amb els clients tú dius que les decisions són del client, l'únic que podem fer és assessorar, no podem

prendre decisions. Els exposem tot el què es pot fer i els resultats què podrien obtenir i ells decideixen. Tot queda per escrit.

A: Vols afegir alguna cosa més?

M: Bé, vull que et quedi clar que els jutges i els fiscals saben molt poc de compliance. Llavors, si els hi saps vendre bé, per molt què el programa no estigui perfecte, es fàcil de que et surti bé. Es què moltes vegades ni imputen a la persona jurídica però per desconeixement. Hi va haver un cas d'una sentència que va arribar al tribunal suprem d'apropiació indeguda (que és un delictes que no genera responsabilitat penal de la persona jurídica) i va passar tots els filtres fins arribar al suprem, sense que ningú digués que aquest delictes no generava responsabilitat penal. A nivell de les normes processals també hi ha molt desconeixement, com va passar en el cas del Barça, que va acabar declarant l'advocat.

És important tenir una perspectiva jurídica per poder-ho defensar en un jutjat, però també s'ha de comptar amb coneixements de consultoria/auditoria. Són molt importants també les tres línies de defensa a qualsevol empresa amb el tema del compliance: la primera serien els directius o responsables de cada àrea, la segona el departament de compliance, i la tercera l'auditoria. És a dir, es va a cometre un risc dins la teva àrea, tú ets responsable perquè ets el directiu i has de vetllar perquè no passi. Si passa, el compliance ha de ser conscient i ha d'itnentar parar-ho i, si no pot i es materialitza ha d'entrar l'auditoria.