

TRANSACCIONES OCTUBRE 2017

La diligencia debida con los proveedores en el compliance penal

Por Dolores Sancha

Porqué deberíamos tener un compliance

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la emisión de la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y la primera sentencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, la número 154/2016, de 29 de febrero, o las que siguieron; la número 221/2016, de 16 de marzo y la número 516/2016, de 13 de junio, la importancia de contar con un sistema de gestión de *compliance* penal es ya una cuestión indubitable.

El artículo 31 bis del Código Penal regula la responsabilidad penal de la persona jurídica y los casos en que ésta puede eximirse, mientras que el artículo 129 hace lo propio con las entidades no dotadas de personalidad. Para eximirse, la organización deberá probar cumplir los requisitos del artículo 31 bis, en pocas palabras, haber implementado una cultura de *compliance*, formando adecuadamente al personal de la empresa y haciendo un debido seguimiento de la misma

Una cultura de *compliance* que permita a la sociedad eximirse de responsabilidad debe identificar, analizar y valorar los riesgos penales tanto en el seno de la organización como en sus relaciones con proveedores y clientes.

Si un proveedor aprovecha una transacción con nuestra organización para cometer un delito nuestra organización puede verse involucrada en dicha actuación y por tanto ser responsable penalmente. Para eximirse de responsabilidades, la empresa deberá acreditar tener un sistema de gestión de *compliance* penal implementado y que cumpla los requisitos del artículo 31 bis.

Cuando un tercero con una cultura de *compliance* penal bien implementada quiera contratar con nuestra empresa, además de investigar nuestra solvencia técnica y económica, investigará o nos pedirá nuestro sistema de gestión de *compliance* penal y, de no tener uno, puede considerar que representamos un riesgo para su organización.

El compliance penal en nuestras relaciones con los proveedores en el estándar UNE 19601

La conocida como norma UNE 19601 (en adelante, la Norma) establece un marco de referencia completo para implementar sistemas de gestión de *compliance* penal alineados con las exigencias del Código Penal y estándares internacionales, pues incorpora prácticas reguladas en normas internacionales como la Norma UNE-ISO 19600, la Norma UNE-ISO 37001 o la Norma UNE-ISO 31000.

Como veníamos diciendo, los proveedores, o socios de negocio bajo la Norma (categoría amplia definida por exclusión que comprende a toda persona o entidad ajena a la organización con quien esta tiene o prevé tener una relación), son uno de los factores que la organización debe de analizar a la hora de entender sus necesidades y determinar el alcance del sistema de gestión de *compliance* penal.

TRANSACTIONS OCTOBER 2017

Supplier due diligence in criminal compliance

By Dolores Sancha

Why compliance is necessary

There is now no doubt as to how important it is to have a criminal compliance management system in place, since the entry into force of Spanish Organic Law 1/2015 of 30 March, which amends Spanish Organic Law 10/1995 of 23 November on the Criminal Code, the issue of administrative order 1/2016 by the General State Prosecutor's Office and the first judgment handed down by the Supreme Court on the criminal liability of legal entities, number 154/2016 of 29 February, or following judgments; judgment 221/2016 of 16 March and judgment 516/2016 of 13 June.

Article 31 bis of the Criminal Code governs the criminal liability of legal entities and the instances in which said entities may be released from such liability, while article 129 governs the criminal liability of entities with no legal personality. In order to be released from criminal liability, organisations must prove compliance with the requirements of article 31 bis, which essentially means that they must have implemented a culture of compliance by adequately training company personnel and duly monitoring this culture.

In order for a company to be released from liability, it must have a culture of compliance that is able to identify, analyse and assess criminal risks both at the heart of the organisation and in its relations with suppliers and customers.

If a supplier uses a transaction with our organisation to commit a crime, we may find ourselves involved in such action and, as such, become criminally liable. In order to be released from liability, the company must prove that it has implemented a criminal compliance management system and that it complies with the requirements of article 31 bis.

If a third party with a well-established criminal compliance culture wishes to enter into an agreement with our company, in addition to assessing our technical and economic solvency, it will investigate or ask us about our criminal compliance management system and, if we don't have one, it may decide that we represent a risk for its organisation.

Criminal compliance in our relationships with suppliers under standard UNE 19601

Standard UNE 19601 (hereinafter, the Standard) provides a full reference framework for implementing criminal compliance management systems that are in-line with the requirements of the Criminal Code and international standards such as Standard UNE-ISO 19600, Standard UNE-ISO 37001 and Standard UNE-ISO 31000.

As discussed above, under the Standard (which is a broad category defined by exclusion that comprises all individuals or entities outside an organisation with whom/which it has or expects to have a relationship), the organisation must analyse its suppliers and business partners (among other factors) in order to understand its requirements and determine the scope of the criminal compliance management system.

En un primer momento, la organización deberá identificar qué riesgos representan esos proveedores, tanto en su vertiente “subjetiva”, esto son las circunstancias propias del proveedor, como por ejemplo el tipo de actividad a la que se dedica o la laxa regulación de su país – no representa el mismo riesgo contratar con una empresa radicada en la Unión Europea, que sabemos está sujeta a los controles de la normativa Española y Europea, que de un país extranjero cuya normativa desconocemos o es más indulgente – como en su vertiente “objetiva”, relativa a las características de la operación que queremos realizar.

Donde el análisis del riesgo de un *riesgo superior a bajo*, expresión fijada intencionadamente con carácter abierto por la Norma para poder ser adaptada por cada organización a su situación particular, la organización deberá entonces valorar la realización de un procedimiento de diligencia debida para valorar mejor el riesgo. A modo de ejemplo, la Norma recoge a modo ilustrativo algunos ejemplos de procedimientos de diligencia debida, v.gr.: envío de cuestionarios; búsqueda de información pública sobre el socio de negocio, sus accionistas y directivos; búsqueda del socio de negocio en listas de entidades sancionadas, entre otros. La profundidad del análisis dependerá en gran medida del grado de influencia que tenga la organización sobre el proveedor y, cuando la obtención de la información no sea posible, deberá de tenerse en cuenta como un riesgo.

Dependiendo del riesgo evaluado y de la naturaleza de la actividad desarrollada por la organización, esta deberá adoptar ciertos controles financieros y no financieros. Estos últimos son los que implantaría para evitar, detectar o gestionar los riesgos penales sobre las operaciones, las compras, la comercialización, los suministros, etc. Además, donde el riesgo evaluado arroje un resultado superior a bajo la Norma obliga a la organización a establecer cláusulas contractuales de *compliance*, siendo el nivel de detalle o exigencia de estas proporcional al riesgo valorado. La Norma establece como ejemplos de cláusulas contractuales, v.gr.: prohibir expresamente la comisión de delitos – tolerancia cero a los riesgos penales –, tanto de manera directa como a través de terceros, en relación con la actividad contratada; exigir la existencia de un sistema de gestión de compliance penal o equivalente a los efectos de dar eficacia al punto anterior o; contemplar el derecho de resolución de la relación contractual en caso de incumplimiento de lo indicado anteriormente o incumplimiento de lo establecido en el sistema de gestión de *compliance* penal.

De nuevo, dependiendo del grado de influencia que tenga nuestra organización sobre el proveedor será o no será posible incluir estas cláusulas en el contrato y si finalmente no es posible su inclusión, deberá de ser considerado como un factor en la evaluación del riesgo de esa contratación para determinar si llevar a cabo la transacción.

Finalmente, el sistema de gestión de *compliance* no estaría bien implementado sin el debido seguimiento, actualización, mejora y modificación del sistema cuando fuese necesario, según los criterios de la Norma y las necesidades particulares de la organización.

Initially, the organisation must identify the risks suppliers represent. This must be done “subjectively”, that is, by analysing the supplier’s own circumstances such as type of activity or how lax regulations are in the country in which it is located (a company located in the European Union does not carry the same level of risk as one operating in a country outside the European Union whose regulations we have no knowledge of or that may have more indulgent regulations. This is due to the fact that companies located within the European Union are subject to the requirements of both Spanish and European regulations). Risks must also be “objectively” analysed by investigating the characteristics of the transaction to be performed.

When analysis concludes that a *high to low risk* exists (this definition is intentionally left open by the Standard in order that each organisation may adapt it to its own situation), we must decide whether or not to perform due diligence in order to better assess risk. By way of illustration, the Standard includes several examples of due diligence procedures that may be employed such as sending questionnaires, seeking public information on a business partner, its shareholders and directors and looking for a reference to said business partner in lists of sanctioned entities, among others. The depth of analysis will largely depend on how much influence an organisation has over its supplier. If it is not possible to obtain the information required, the supplier must be considered a risk.

The organisation must adopt certain financial and non-financial controls, which will be dependent on the risk assessment and the nature of the activity it performs. Non-financial controls must be implemented in order to detect, manage and avoid criminal risks in transactions, acquisitions, trade, supplies, etc. Furthermore, if the risk assessment yields a high to low result, under the Standard the organisation must establish contractual compliance clauses that are proportional to the risk assessment as regards their level of detail and requirements. Examples of contractual clauses included in the Standard are as follows: to expressly prohibit any criminal activity (zero tolerance with respect to criminal risks) performed either directly or through third parties in connection with the engaged activity; to establish a requirement for a criminal compliance management system (or similar) in order to render the above point more effective or consider terminating the contractual relationship in the event of non-compliance with either the above or the provisions of the criminal compliance management system.

To reiterate, whether or not we are able to include these clauses in a contract will depend on the degree of influence we have over a supplier. If it is not possible to include such clauses, this circumstance must be considered as a factor in the risk assessment performed in connection with the transaction at issue in order to determine whether or not it should go ahead.

In conclusion, it is only possible to consider a compliance management system well-implemented if it is monitored, updated, improved and amended when necessary, as per the criteria included in the Standard and the specific requirements of the organisation.

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal. Si tiene comentarios o preguntas relacionadas con el contenido de la presente Newsletter, le agradecemos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

Legal Newsletter is published for clients and friends of the firm. The published articles do not constitute a legal opinion. If you have any comments or questions regarding the content of this Newsletter, we would appreciate contact us by e-mail: newsletter@bartolomebriones.com
For more information and articles, please see our website: www.bartolomebriones.com

©2017 Bartolomé & Briones, SLP. Derechos Reservados



www.bartolomebriones.com / newsletter@bartolomebriones.com / 

BARCELONA: Balmes 243, 7º 08006 Barcelona. Tel. +34 93 292 20 20 barcelona@bartolomebriones.com

MADRID: Jorge Juan 30, 4º 28001 Madrid. Tel. +34 91 577 47 47 madrid@bartolomebriones.com