



Asociación
Española
de Compliance

Grupos de trabajo de ASCOM



Sector Financiero

La función de Compliance
según las nuevas directrices
de ESMA

Septiembre
2021

www.asociacioncompliance.com

La función de Compliance según las nuevas directrices de ESMA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| Directriz 1 – Análisis del Riesgo de Compliance “Compliance Risk Assessment” | 3 |
| Directriz 2 – Obligaciones de monitorización de la función de Compliance | 5 |
| Directriz 3 - Obligaciones de información de la función de Compliance | 6 |
| Directriz 4 – Obligaciones de asesoramiento y asistencia al personal y a la dirección | 11 |
| Directriz 5 – Eficacia de la función de Compliance | 12 |
| Directriz 6 – Cualificaciones de la función de Compliance | 13 |
| Directriz 7 - Permanencia de la función de Compliance | 14 |
| Directriz 8 – Independencia de la función de Compliance | 15 |
| Directriz 9 - Proporcionalidad de la función de Compliance | 16 |
| Directriz 10 - Combinación de la función de Compliance con otras funciones de control interno | 18 |
| Directriz 11 - Externalización de la función de Compliance | 20 |
| Directriz 12 - Revisión de la función de Compliance por las autoridades competentes | 21 |

Directriz 1 - Análisis del Riesgo de Compliance “Compliance Risk Assessment”

[Art. 22.2 MiFID II Rgto Delegado]

El área de Compliance debe llevar a cabo una evaluación del riesgo para garantizar que los riesgos de Compliance se supervisen exhaustivamente.

En base a los resultados que arroje esta evaluación, la función de Compliance establecerá un programa de seguimiento que le ayude a determinar sus prioridades y el enfoque de las actividades de supervisión, asesoramiento y asistencia que presta en la entidad. Es decir, las conclusiones de la evaluación del riesgo de Compliance deben utilizarse para establecer el programa de trabajo de la función de Compliance y asignar los recursos de las funciones de manera eficiente.

Esta evaluación del riesgo de Compliance debe revisarse periódicamente y actualizarse siempre que sea necesario, para garantizar que los objetivos, el enfoque y el alcance de las actividades de supervisión y asesoramiento sigan siendo válidos.

¿Qué se debe tener en cuenta al identificar el nivel de riesgo de Compliance?:

- todos los ámbitos de los servicios de inversión, actividades y servicios auxiliares prestados por la empresa. Esto debe incluir los tipos de instrumentos financieros negociados y distribuidos, las categorías de clientes de la empresa, los canales de distribución y, en su caso, la organización interna del grupo
- las obligaciones aplicables en virtud de la MiFID II, las normas nacionales de aplicación y las políticas, procedimientos, sistemas y controles implementados en el ámbito de los servicios y actividades de inversión.
- los resultados de cualquier actividad de supervisión y de cualquier constatación de auditoría interna o externa pertinente

Los riesgos identificados deben revisarse periódicamente y siempre que sea necesario, para garantizar que se tienen en cuenta los riesgos emergentes (por ejemplo, resultantes de nuevos ámbitos comerciales, otros cambios pertinentes en la estructura de la empresa o en el marco normativo aplicable).

Cambios respecto a la directriz 1 anterior:

- Se ha especificado que la evaluación de riesgos deberá revisarse siempre que sea necesario, como por ejemplo siempre que se produzcan cambios en el marco regulatorio.
- Se incluye que la función de Compliance debe establecer un programa de seguimiento basado en el riesgo para determinar sus prioridades y el enfoque

de las actividades de supervisión, asesoramiento y asistencia

- Se incluye el criterio de proporcionalidad.
- Se incluyen criterios adicionales a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo el análisis de riesgos: además de los tipos de instrumentos financieros negociados y distribuidos, habrá que tener en cuenta: la naturaleza de los servicios prestados, las categorías de la empresa de los clientes, los canales de distribución y la organización interna del grupo.

¿Y en qué consiste un análisis de riesgo?

Un par de **ideas relevantes**:

- Primer paso: identificar los riesgos
- Segundo paso: medir el riesgo inherente, en base a la probabilidad de que ocurra, y el impacto que pueda tener en caso de ocurrir
- Tercer paso: identificar los controles existentes que pueden mitigar ese riesgo (controles preventivos, detectivos y reactivos).
- Por último: analizar el nivel de riesgo residual final, en función de si en base al nivel de control existente el riesgo queda mitigado o no.

| | | SEVERITY → | | |
|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| | | 1 Minor | 2 Serious | 3 Fatal |
| LIKELIHOOD ↓ | 1 Unlikely | LOW -1- | LOW -2- | MEDIUM -3- |
| | 2 Possible | LOW -2- | MEDIUM -4- | HIGH -6- |
| | 3 Probable | MEDIUM -3- | HIGH -6- | HIGH -9- |

Directriz 2 – Obligaciones de monitorización de la función de Compliance

Conforme a las directrices de ESMA, el objetivo de un programa de monitorización basado en el riesgo se fundamenta en dos cuestiones fundamentales:

1. ¿la llevanza del negocio se produce en cumplimiento de las obligaciones de MIFID? y
2. ¿las Políticas, procedimientos, la organización y las medidas de control son y se mantienen apropiadas para asegurar una monitorización completa del riesgo de Compliance?

Recomendaciones a tener en cuenta:

- En grupos de empresas, la responsabilidad es descentralizada e irrenunciable. Corresponde a la función de Compliance de cada empresa no desaparecer ni disminuir, ni tan siquiera en casos de delegación de la función. Asimismo, tienen el deber de colaborar y trabajar estrechamente con otras partes del grupo.
- El enfoque basado en el riesgo es la base para la determinación de las metodologías y herramientas adecuadas de Compliance y la extensión y frecuencia necesarias de monitorización.
- La función de Compliance debe asegurarse que la monitorización trasciende el papel, es decir asegurarse que las políticas y procedimientos se implementan.
- El programa de monitorización debe reflejar los cambios en el perfil de riesgo de la compañía (reorganizaciones, adquisiciones, delegaciones/subcontratación de servicios, ampliación o reducción actividades, etc.).
- Las revisiones de la función de control y de Compliance deben estar coordinadas manteniendo siempre su independencia.
- La función de Compliance debe de tener acceso a las reclamaciones de clientes.

Ejemplos de buenas prácticas:

- Observación y análisis del desarrollo de los procedimientos mediante inspecciones in situ de las unidades de la compañía (muestreo).
- Uso de medidas de riesgo agregadas (i.e. Indicadores de riesgo).
- Uso de informes adicionales que recojan las desviaciones entre objetivos esperados y realidad.
- Ir más allá en la obtención de los datos relevantes, por ejemplo: obtención de información directa del servicio de reclamaciones, ii) llamadas directas a clientes,

podríamos añadir por ejemplo, tratamiento de comentarios/menciones de clientes en redes sociales (big data).

Cambios a destacar respecto a la directriz 2 anterior:

- El rol que otorga a la función de Compliance pasa de mera supervisión a monitorización.
- Apuesta por la integración de una verdadera “cultura de Compliance”, pasar de la teoría (códigos de conducta, políticas y procedimientos) a la práctica, desarrollándolos mediante herramientas y procedimientos técnicos adecuados.
- En grupos de empresas cada empresa debe tener su departamento de Compliance y ejercer su responsabilidad, que no desaparece (salvo aplicación de criterios de proporcionalidad).

Directriz 3 - Obligaciones de información de la función de Compliance

[Artículo 16, apartado 2, de la MiFID II]

[apartado 1, letra e), apartado 2, letra c), y apartado 3, letra b), del artículo 21, apartados 2 y 3 del artículo 25 y apartados 3 y 7 del artículo 26 del Reglamento Delegado de la MiFID II]

[apartados 6 y 7 del artículo 9 y apartados 6 y 8 del artículo 10 de la Directiva Delegada de la MiFID II]

Las recomendaciones de ESMA en materia de obligaciones de información inciden en los siguientes aspectos:

Existe una obligación en cuanto al contenido mínimo en la obligación de información que incluye:

- Información general
 - información sobre la idoneidad y la eficacia de las políticas y los procedimientos de la empresa designados para garantizar que la empresa y su personal cumplan con las obligaciones derivadas de la MiFID II;

- cambios y avances pertinentes en los requisitos aplicables a lo largo del período que cubre el informe
- un resumen de la estructura de la función de Compliance, incluido el personal general empleado, sus cualificaciones y los canales de información, así como cualquier cambio al respecto en los siguientes informes;
- Modo de seguimiento y verificación
 - cómo supervisa la función de Compliance el desarrollo y la verificación de las obligaciones de la MiFID II y cómo se detectan en una fase temprana los posibles riesgos de incumplimiento de las mismas por parte de la empresa o su personal;
 - un resumen de las inspecciones in situ o las revisiones documentales efectuadas por la función de Compliance;
 - un resumen de las actividades de seguimiento previstas para la siguiente verificación
- Conclusiones
 - un resumen de las principales conclusiones de la verificación de las políticas y los procedimientos, incluidos los riesgos detectados en el ámbito de las actividades de seguimiento de la función de Compliance
 - violaciones y deficiencias en el proceso organizativo y de Compliance de la empresa
 - el número de reclamaciones recibidas en el período especificado, si no se ha comunicado ya a través de otras fuentes. Si, como resultado de la verificación de las reclamaciones de los clientes, se detectan problemas específicos de Compliance o riesgos en relación con las políticas y los procedimientos adoptados por la empresa para la prestación de servicios y actividades de inversión, estos aspectos deberán ser objeto de una comunicación específica
- Medidas tomadas
 - un resumen de cualquier medida tomada para abordar cualquier riesgo significativo de incumplimiento de las obligaciones de la MiFID II por parte de la empresa o su personal
 - medidas adoptadas y por adoptar para garantizar el cumplimiento de los requisitos modificados aplicables
 - reacción a las reclamaciones recibidas y cualquier desembolso efectuado en razón de la reclamación, si no se ha comunicado ya a través de otras fuentes. Medidas relativas a problemas de Compliance o riesgos específicos en relación con las políticas y los procedimientos adoptados por la empresa

para la prestación de servicios y actividades de inversión como resultado del análisis de las reclamaciones de los clientes

- Gobernanza de productos y servicios
 - el papel de la función de Compliance en la elaboración, el seguimiento y la verificación de las políticas y los procedimientos de gobernanza de productos;
 - todas las temáticas exigidas por el artículo 22, apartado 2), del Reglamento Delegado de la MiFID II relativas al seguimiento de la gobernanza de productos de la empresa por parte de la función de Compliance (por ejemplo, las conclusiones de la función de Compliance sobre las políticas y los procedimientos de gobernanza de productos de la empresa, así como las violaciones y las deficiencias y las medidas tomadas o que se deberán tomar para subsanarlas);
 - con carácter sistemático, información sobre los instrumentos financieros producidos o distribuidos por la empresa, incluida la información sobre la estrategia de distribución, de conformidad con el artículo 9, apartado 6, y el artículo 10, apartado 8, de la Directiva Delegada de la MiFID II, a saber, al menos:
 - el número y la naturaleza de los productos producidos o distribuidos (según proceda), incluidos sus respectivos mercados objetivo y otra información del correspondiente proceso de aprobación de productos necesaria para evaluar el riesgo de Compliance del producto, en concreto, con la política de gobernanza de productos de la empresa (por ejemplo, complejidad del producto, conflictos de intereses relacionados con los productos, en particular, los datos pertinentes del análisis de escenarios, y la relación coste-beneficio), haciendo especial hincapié en los nuevos tipos de productos elaborados o distribuidos

durante el período de notificación, así como aquellos cuyas características se hayan modificado significativamente durante tal período

- (en el caso de productores) como parte de la información sobre la correspondiente estrategia de distribución: los distribuidores respectivos, con un enfoque específico en los nuevos distribuidores
- si los productos se distribuyen fuera de su mercado objetivo (positivo) y en qué medida, con el objetivo de evaluar si el sistema de gobernanza de productos de la empresa funciona según lo previsto. A tal efecto, la función de Compliance podrá adoptar una perspectiva crítica de cara a cualquier trabajo, informes o métodos de la función de la empresa o el personal que trabaje en sistema de gobernanza de productos. Con arreglo al principio de proporcionalidad, al informar, por ejemplo, sobre el sistema de gobernanza de productos de la empresa, la información de los productos más simples y comunes podrá ser menos exhaustiva, mientras que los productos que se distingan por sus características de complejidad o riesgo o por otros atributos pertinentes (como, por ejemplo, la iliquidez y la innovación) deberán describirse con mayor detalle.
- Otros
 - otras cuestiones de Compliance significativas que hayan surgido desde el último informe
 - descripción general de la correspondencia más importante mantenida con las autoridades competentes
 - información sobre cualquier desviación de la alta dirección con respecto a las recomendaciones o evaluaciones más importantes emitidas por la función de Compliance
 - información en relación con cualquier desviación del principio consistente en que otras unidades de negocio no deben impartir instrucciones o influir de otra manera en el personal de Compliance y sus actividades; y si una empresa hace uso de la exención para evitar nombrar a un responsable de Compliance cuya única misión en la empresa sea la función de Compliance, una evaluación de la idoneidad continuada de las medidas para minimizar los conflictos de intereses.

La finalidad de estas exigencias informativas se dirige a la dirección de la empresa y su inexcusable responsabilidad de supervisión.

Los informes de Compliance obligatorios deberán abarcar todas las unidades de negocio participantes en la prestación de los servicios y actividades de inversión y los servicios auxiliares prestados por una empresa. Si el informe no cubre todas estas

actividades y servicios de la empresa, se deberá indicar claramente los motivos.

Las funciones de Compliance y gestión de reclamaciones deben de estar separadas. Si la función de Compliance de la empresa ejerce también la función de gestión de reclamaciones, el informe de Compliance deberá abordar cualquier cuestión que dimanase de la aplicación de las medidas que la empresa tenga implantadas para evaluar, minimizar y gestionar cualesquiera conflictos de intereses entre las dos funciones, incluido, en especial, cualquier incumplimiento de las obligaciones de tramitación de las reclamaciones por parte de la empresa.

La función de Compliance deberá sopesar la necesidad de canales de información adicionales a cualquier función de Compliance del grupo.

Las autoridades competentes podrán adoptar diferentes enfoques de cara a las obligaciones de supervisión e información de la función de Compliance. A modo de ejemplo, algunas autoridades competentes exigen a las empresas que les proporcionen informes de la función de Compliance de manera periódica o puntual, mientras que otras también requieren que la alta dirección les proporcione una versión anotada del informe con explicaciones sobre las conclusiones de dicha función de Compliance. Estas prácticas les brindan a las autoridades competentes información de primera mano sobre las actividades de Compliance de una empresa, así como sobre cualquier violación de las disposiciones aplicables.

Cambios respecto a la Directriz 3 anterior:

Se incrementan las obligaciones principalmente en materia de gobierno de la función de Compliance y de los servicios.

En cuanto a la función de Compliance, se avanza en línea con una mayor vinculación exigida a la alta dirección, la rendición de cuentas y el seguimiento de riesgos, estrechamente relacionada y en coherencia con los esquemas de responsabilidad penal existentes en el continente.

Así mismo, se introduce el esquema de gobierno de producto incluido en la directiva MIFID.

Directriz 4 – Obligaciones de asesoramiento y asistencia al personal y a la dirección

El asesoramiento y la asistencia al personal y a la dirección son obligaciones de la función de Compliance. La directriz desarrolla estas obligaciones hasta el siguiente nivel de detalle:

- a. La entidad debe asegurarse de que se cumplen las obligaciones de la función de Compliance de asesoramiento y asistencia a todo el personal y a la dirección.
- b. La función de Compliance debe participar en la elaboración de políticas y procedimientos de la entidad
- c. Debe promover la cultura del Compliance comprometiendo al personal a cumplir con el principio de protección del inversor y contribuyendo a la estabilidad del sistema financieros
- d. La función de Compliance debe ser regular y de forma continua. Debe asegurar que el personal está debidamente formado, especialmente en:
 - a. Políticas y procedimientos internos de la empresa en el ámbito de los servicios y actividades de inversión
 - b. En los actos delegados, de ejecución, directrices, leyes locales relativos a MiFIDII
- e. Debe apoyar a las unidades de negocio
- f. Debe supervisar junto con el equipo directivo si el personal de las áreas de negocio tiene los conocimientos necesarios y si aplica debidamente las políticas y procedimientos.
- g. Debe asistir al personal de las áreas operativas en su actividad diaria y estar disponible para responder a las preguntas que puedan surgir de la misma.
- h. La función de Compliance debe estar capacitada para proporcionar experiencia y asesoramiento en materia de Compliance a las unidades de negocio sobre todas las decisiones estratégicas, nuevos modelos de negocio y/o lanzamiento de estrategias publicitarias en el ámbito de los servicios y actividades de inversión.
- i. Debe participar en los cambios organizativos de la empresa incluyendo el proceso de toma de decisiones en caso de nuevas líneas de negocio, nuevos productos, nuevos fabricantes o distribuidores e incluso en el caso de definir políticas remunerativas.
- j. La entidad debe asegurarse de que la función de Compliance participe en toda la correspondencia material no rutinaria con las autoridades competentes en el ámbito de los servicios y productos de inversión.

Cambios a destacar respecto a la Directriz 4 anterior:

- a. Se incluyen aspectos remunerativos dentro de la función de Compliance; definición de la política.
- b. Se establece una supervisión del personal en cuanto al cumplimiento de políticas y procedimientos.
- c. Se refuerza la importancia de la participación de la función en interlocución con el/los regulador/es.
- d. La formación debe ser regular y continua, dirigida a las personas afectadas y que permita resolver dudas concretas a todo el personal, especialmente al de negocio.

Conclusiones/ aplicaciones prácticas

- a. Elaborar un plan de formación anual, definiendo:
 - a. Contenidos
 - b. Perfil de los asistentes
 - c. Duración
 - d. Canal
 - e. Carácter obligatorio o voluntario
 - f. Ligado a la retribución variable o no
- b. Determinar aquellos comités en los que la entidad considera necesaria la participación del oficial de Compliance o responsable de la función de Compliance.
- c. Elaborar un plan de acción en el que aparezcan los aspectos más relevantes de la guía.

Directriz 5 – Eficacia de la función de Compliance

[Artículos 21(1)(d) y 22(3)(a) del Reglamento Delegado de MiFID II]

En relación a la eficacia los aspectos más relevantes a destacar

- **Recursos de la función de Compliance.** La función de Compliance debe contar con los recursos humanos (y de cualquier otro tipo) adecuados, teniendo en cuenta el tamaño y los servicios de inversión, actividades y servicios auxiliares que la empresa realiza.

La alta dirección debe supervisar periódicamente, y al menos una vez al año, si el número de personal y sus conocimientos especializados sigue siendo adecuado para el cumplimiento de los deberes de esta función.

- **Presupuesto.** Es necesario asignar a la función de Compliance un presupuesto coherente con el nivel de riesgo de Compliance al que está expuesta la empresa.
- **Acceso a información.** De cara a poder desarrollar sus funciones, el personal de Compliance debe tener acceso a la información pertinente en todo momento, como por ejemplo a los sistemas de información, informes de auditoría interno o externo u otros informes a la alta dirección o a la función de supervisión, si los hubiera. El oficial de Compliance debe tener un conocimiento profundo de la organización de la empresa, la cultura corporativa y los procesos de toma de decisiones para poder identificar qué reuniones son importantes para asistir. En este sentido, el oficial de Compliance también debe poder asistir a las reuniones de la alta dirección cuando así se considere adecuado o necesario.

Cambios respecto a la directriz 5 anterior

Esta directriz permanece prácticamente inalterada y reafirma los principios de la versión de 2012, Se centra más en la comunicación efectiva entre la función de Compliance y otras funciones de control como la auditoría interna y la gestión de riesgos, así como con cualquier auditor interno o externo.

Directriz 6 – Cualificaciones de la función de Compliance

Las cualidades y requisitos técnicos y habilidades necesarias que debe de tener la función de Compliance no se recogían en las directrices de 2012, por lo que el contenido de esta Directriz es nuevo en su integridad. Así los integrantes de la función deberán reunir:

- Conocimientos suficientemente amplios (mínimo MIFID II y normativa de desarrollo /reglamentos delegados y de implementación nacional, así como de los estándares internacionales, guidelines y otros de ESMA y conocimiento específico de las diferentes actividades de la firma),
- Un alto nivel de “expertise” (vale tanto en posiciones operativas como en funciones de control o regulatorias).

- Habilidades necesarias para su función (i.e. capacidad de manejar y advertir sobre los riesgos de Compliance y los conflictos de interés).
- Buen conocimiento del negocio y actividades desarrolladas por la compañía.
- Tener la autoridad necesaria (implica poseer la experiencia adecuada y habilidades personales importantes como el liderazgo y la capacidad de juicio).
- Demostrar unos estándares de integridad y personales altos.

La Directriz también recoge la necesidad de que la dirección de la compañía debe apoyar a la función de Compliance en el ejercicio de sus deberes y proveer a la función de Compliance de formación continua

Directriz 7 - Permanencia de la función de Compliance

[Párrafo primero del apartado 2 del artículo 22 del Reglamento Delegado de la MiFID II]

Las empresas deben asegurarse de que la función de Compliance lleva a cabo sus tareas y responsabilidades con carácter permanente y no solo en circunstancias específicas.

Una de las consecuencias de esta exigencia de permanencia es la obligación de garantizar la continuidad de la función de Compliance mediante el establecimiento de unas medidas (procedimientos internos, utilización de sustitutos...) por las que las responsabilidades de Compliance sigan cumpliéndose en su ausencia y de manera continua. Dichas medidas deberán figurar por escrito.

Las responsabilidades y competencias, así como las atribuciones, de la función de Compliance se deberán exponer en una «política de Compliance» u otras políticas generales o normas internas que tengan en cuenta:

- el ámbito y la naturaleza de los servicios y actividades de inversión de la empresa

- el programa de seguimiento y las obligaciones de información de la función de Compliance
- enfoque basado en el riesgo de esta de cara a las actividades de supervisión

Las modificaciones pertinentes en los requisitos aplicables se deberán reflejar inmediatamente adaptando dichas políticas y normas.

El carácter permanente y continuo implicará un seguimiento periódico con arreglo a un calendario de supervisión. Las actividades de supervisión deberán abarcar periódicamente todas las áreas clave de los servicios y actividades de inversión prestados por la empresa, teniendo en cuenta el riesgo de Compliance asociado a cada una de ellas. La función de Compliance deberá poder responder rápidamente a eventos imprevistos, adaptando así el enfoque de sus actividades en poco tiempo, si es necesario.

Cambios respecto a la Directriz 7 anterior:

Frente al esquema dependencia jerárquica / independencia, establecido en la guía de 2012, la nueva guía incorpora nuevas exigencias, como la continuidad de la función de Compliance y la necesidad de una política de Compliance.

Directriz 8 – Independencia de la función de Compliance

La octava directriz hace hincapié en la independencia de la función de Compliance en las entidades. Para ello determina lo siguiente:

- a. La posición de la función en la estructura organizativa debe permitir la actuación independiente en el desempeño de sus tareas.
- b. La independencia debe ser clara en relación a la alta dirección y de la dirección de otras unidades de la entidad. En especial debe evitarse que unidades de negocio den instrucciones o puedan influir en el personal de Compliance, así como en el desarrollo de sus funciones.
- c. El responsable de la función debe documentar e incluir en sus informes de Compliance toda desviación detectada en relación a sus recomendaciones.
- d. Cuando la función de Compliance se combine con otras funciones (prevención de blanqueo por ejemplo) las entidades deben garantizar la asignación de recursos humanos, económicos y tecnológicos suficientes para el cumplimiento de la normativa MiFID II en todo momento.

Conclusiones/aplicaciones prácticas

- a. En este sentido es importante establecer las dependencias de la función desde un principio, así como las personas y frecuencias de reporting para el responsable de la función.
- b. Es importante poder presentar un presupuesto al Consejo de Administración o a la Alta Dirección para establecer las necesidades de recursos y la autonomía que el responsable podrá tener en el desarrollo de la función.
- c. Un contrato adhoc a la función puede ser relevante a la hora de poder establecer el grado de desarrollo de la función y amparar a la persona que la desarrolla ante los órganos ejecutivos de la entidad.

Directriz 9 - Proporcionalidad de la función de Compliance

La presente directriz, desarrolla la interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad, en la función de Compliance, pilar fundamental de MIFID. Este se encuentra recogido en el art.9.3 a) de la DIRECTIVA 2014/65/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, y que, entre otros, establece la configuración del Sistema de Gobierno Corporativo, y en especial, informa la actuación del Órgano de dirección.

*“Art. 9.3. (...) Sin perjuicio de los requisitos estipulados por el artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2013/36/UE, dicho sistema deberá también garantizar que el **órgano de dirección defina, apruebe y supervise:***

- a) *la organización de la empresa para la prestación de servicios y actividades de inversión y servicios auxiliares, incluidos los conocimientos, competencias y experiencia exigidos al personal, los recursos y procedimientos y las disposiciones aplicables a la prestación de los servicios o la realización de las actividades de la empresa,*

atendiendo a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades y a todos los requisitos que ha de cumplir; “

Este principio se incorpora como elemento clave en la configuración de un Sistema de Gobierno Corporativo, ello permite garantizar que el órgano de dirección aplique un sistema de gobierno adecuado pensado por y para la gestión del ámbito de actividad de la compañía. En este sentido, y sin perjuicio de otros, tanto la organización y los recursos, como los conocimientos competencias y experiencia exigidos al personal deberán ser adecuados a la naturaleza, escala y complejidad de las empresas de servicios de inversión. Partiendo de esta base, las Directrices indican una serie de criterios que deben seguir de guía en la aplicación de este principio de proporcionalidad y que son los siguientes:

- La oferta de servicios de inversión y auxiliares de la ESI.
- La interacción de la oferta de servicios de inversión y auxiliares, así como con otras actividades de negocio que puedan llevar a cabo.
- El foco y volumen de los servicios de inversión y auxiliares e ingresos que generan.
- El tipo de instrumentos financieros ofertados.
- El “target” y tipología de cliente (profesional, minorista, contraparte elegible).
- Si la compañía forma parte de un grupo o no.
- Si los servicios se prestan directamente o vía agentes comerciales.
- Actividad transfronteriza.
- Sofisticación de los sistemas informáticos y técnicos.

Conclusiones/aplicaciones prácticas a la función de Compliance:

A lo que atañe particularmente a la función de Compliance, a razón de este principio deberá estar dimensionada, cualificada y dotada de recursos de forma proporcional a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades. En este sentido, la posibilidad o no de compaginar la función de Compliance con el desarrollo de tareas adicionales y por tanto de las exenciones previstas en este sentido por el art.22.4 de MIFiD dependerán de dicho principio.

Cambios a destacar respecto a la directriz 9 anterior

Como principal diferencia con las Directrices de 2012, la evaluación y decisión sobre el nivel óptimo de medidas y recursos que deben destinarse a la función de Compliance se deja a discreción de cada sujeto obligado siempre que se garantice y asegure la efectividad de la función de Compliance.

Directriz 10 - Combinación de la función de Compliance con otras funciones de control interno

En ocasiones, ya sea por la aplicación del principio de proporcionalidad o por la falta de recursos humanos, experiencia, conocimientos o similar se decide combinar algunas de las funciones de control. En este caso, la guía establece como debe ser esa combinación.

- a. Las funciones de control debieran estar debidamente separadas en las entidades, en el caso de ser posible.
- b. La combinación de una función de control como la de Compliance puede combinarse con otras que sean también consideradas de control siempre que no comprometa la eficacia ni la independencia de la función de Compliance.
- c. La función de auditoría interna no podrá combinarse con otras funciones de control como puede ser la de Compliance.
- d. El personal de Compliance no puede participar en las acciones que supervisa.
- e. La función de Compliance podrá combinarse con otras funciones de control como puede ser la prevención de blanqueo de capitales siempre y cuando:
 - a. disponga de los recursos necesarios
 - b. no existan conflictos de interés
 - c. no se comprometa la eficacia de la función de Compliance
- f. La combinación de la función de Compliance con otras funciones de control deberá documentarse.
- g. El cálculo de los recursos necesarios en cuanto a medios necesarios para desarrollar la actividad de la entidad estará estrechamente ligado a la posible combinación de funciones de control.

- h. La función de Compliance debe coordinar sus actividades de control de segundo nivel realizadas por otras unidades encargadas de otras funciones de control, independientemente de si existe combinación entre ellas o no.
- i. Si el encargado o responsable de la función de Compliance no fuera designado como el agente único, tanto uno como otro deberán actuar de forma independiente y el responsable de Compliance no deberá supervisar o instruir al agente único al que se refiere el artículo 7 de la Directiva delegada MiFIDII.
- j. La función de Compliance sea combinada o no, siempre debe asegurarse que dispone de los recursos necesarios para su desarrollo.

Cambios respecto de la Directriz 10 anterior:

En la guía de 2012 se trata este punto en el directriz número nueve en la que ya se establecía la no conveniencia de la combinación de funciones de control.

Una de las diferencias más relevantes es que la guía de 2012 recomendaba evitar la combinación entre Compliance y auditoría interna, en concreto en su punto 69 en el que establecía que si se decidía aplicar tal combinación establecía el cómo podía hacerse. La guía de 2020 establece que no se podrá hacer tal combinación.

Conclusiones / aplicación práctica

Es importante determinar los medios de los que dispone la entidad a fin de diseñar un sistema de control lo más completo, independiente y eficiente posible.

En el caso de no tener los recursos necesarios para una segregación de las funciones de control, será preciso establecer qué posibilidades existen, qué combinaciones son factibles analizando:

1. Establecer las funciones de control a considerar
2. Perfil de las personas que pueden llevar a cabo la función de control
3. Recursos destinados para las funciones de control
4. Estructura organizativa
5. Grado de cumplimiento de la norma en cada escenario contemplado

Los posibles escenarios a contemplar no son estáticos, podemos diseñar un plan evolutivo en cuanto a las funciones de control que vaya acompañado con el desarrollo de negocio con el fin de establecer una ratio razonable entre los recursos generados y los recursos destinados a las funciones de control estableciendo prioridades y sin olvidar el cumplimiento de la norma.

Directriz 11 - Externalización de la función de Compliance

[Artículo 16 de la MiFID II y artículos 22 y 31 del Reglamento Delegado de la MiFID II]

Esta Directriz reafirma el carácter irrenunciable de la responsabilidad de Compliance y sus exigencias, por lo que las organizaciones deberán garantizar que todos los requisitos aplicables a la función de Compliance se sigan cumpliendo en caso de externalizarse la totalidad o parte de la función de Compliance.

La empresa que aborde la externalización deberá conservar siempre la capacidad para controlar las tareas externalizadas y gestionar los riesgos asociados, responsabilidad que atribuye a la alta dirección, quien podrá designar una persona encargada de esta tarea. Tampoco la centralización de funciones en una empresa del grupo limitará la responsabilidad de la dirección.

La empresa deberá realizar una evaluación de diligencia debida antes de elegir al prestador de servicios a fin de asegurarse de que se cumplen los requisitos expuestos en los artículos 22 y 31 del Reglamento Delegado de la MiFID II. La empresa deberá garantizar que el prestador de servicios cuenta con las atribuciones, los recursos, los conocimientos y el acceso a toda la información pertinente que resulten necesarios para llevar a cabo eficazmente las tareas de la función de Compliance externalizadas. El alcance de la evaluación de diligencia debida deberá depender de la naturaleza, la escala, la complejidad y el riesgo de las tareas y procesos de Compliance externalizados.

Otro aspecto que recuerda la guía como característico de la función de Compliance es el de la continuidad de la misma.

Frente a los avisos de ESMA velando por una correcta externalización, también contempla la idoneidad de proceder a la externalización como solución cuando las reducidas dimensiones de la empresa permitan concluir

que es el planteamiento adecuado que se ha de adoptar con el fin de evitar conflictos de interés o una insuficiente asignación de recursos a la función —entre otros riesgos—.

Cambios respecto de la Directriz 11 anterior:

Como novedad frente a 2012, la nueva guía de ESMA incorpora una relación de riesgos que deben de evitarse en caso de externalización:

1. socavar su calidad y su independencia,
2. generar riesgos operativos adicionales indebidos,
3. incidir negativamente en las actividades de los controles internos o
4. menoscabar la capacidad de la empresa y la autoridad competente pertinente para supervisar el cumplimiento de los requisitos aplicables.
5. Externalización de tareas en entidades extracomunitarias

Directriz 12 - Revisión de la función de Compliance por las autoridades competentes

Las autoridades competentes deben revisar la forma en que las empresas planean cumplir, implementar y mantener los requisitos de función de Compliance aplicables. Las autoridades competentes evaluarán, siguiendo un enfoque basado en el riesgo, si la función de Compliance tiene los recursos y la organización adecuados y si se han establecido líneas de reporte adecuadas, todo como parte de un proceso de supervisión continuo.

Las empresas son responsables de determinar si se requieren modificaciones en los recursos y la organización de la función de Compliance debido a los cambios en el modelo de negocio de la empresa. Las autoridades competentes también deben evaluar y supervisar - en su caso - si esas modificaciones son necesarias y se han aplicado. La autoridad competente debe proporcionar un plazo razonable para que la empresa realice estas modificaciones. Sin embargo, las enmiendas de las empresas no están necesariamente sujetas a la aprobación de las autoridades competentes

Conclusiones / aplicación práctica

Las autoridades competentes deben evaluar la forma en la que las entidades planean cumplir, aplicar y mantener los requisitos de la función de Compliance.

Se incluye, como ejemplo, el ejercicio que llevan a cabo algunas autoridades competentes de países de la Unión, que consiste en que la función de Compliance de las entidades se refleje en un cuestionario sobre el ejercicio de supervisión realizado y se lo remitan cada año.

Cambios respecto a la Directriz 12 anterior:

ESMA deja más abiertas las posibilidades de cada Estado miembro para supervisar la función de Compliance. No exige el cómo hacerlo, pero sí exige que se supervise regularmente la función de Compliance, tanto antes de que se implemente en la empresa como después, revisando su actuación y mantenimiento. La directriz reitera los principios establecidos en MiFID I.

Participantes en el grupo de trabajo que han elaborado este documento:

Coordinadores del grupo de trabajo:

- Hernández Aler, Gloria
- Pindado Delgado, Jesús

Coordinadora del documento:

- Escayola, Elisabet

Participantes (por orden alfabético):

- Escayola, Elisabet
- Grande, Guillermina
- Sánchez, José Alfredo
- Segarra, Albert



**Asociación
Española
de Compliance**