ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

La Logística ante el *Compliance* Nuevos Retos, Mayor Valor

María-Antonia García-Solanas

Barcelona, 05 Febrero 2019

Índice

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

I. ¿Qué es "*Compliance*"? Prevención y responsabilidad Penal de las empresas.

II. La actividad logística.

III. Régimen legal actual. Posibilidades de exención y atenuantes.

IV. El Modelo de Organización ("*Compliance Program*") y canal de alertas ("*Whistleblowing*").

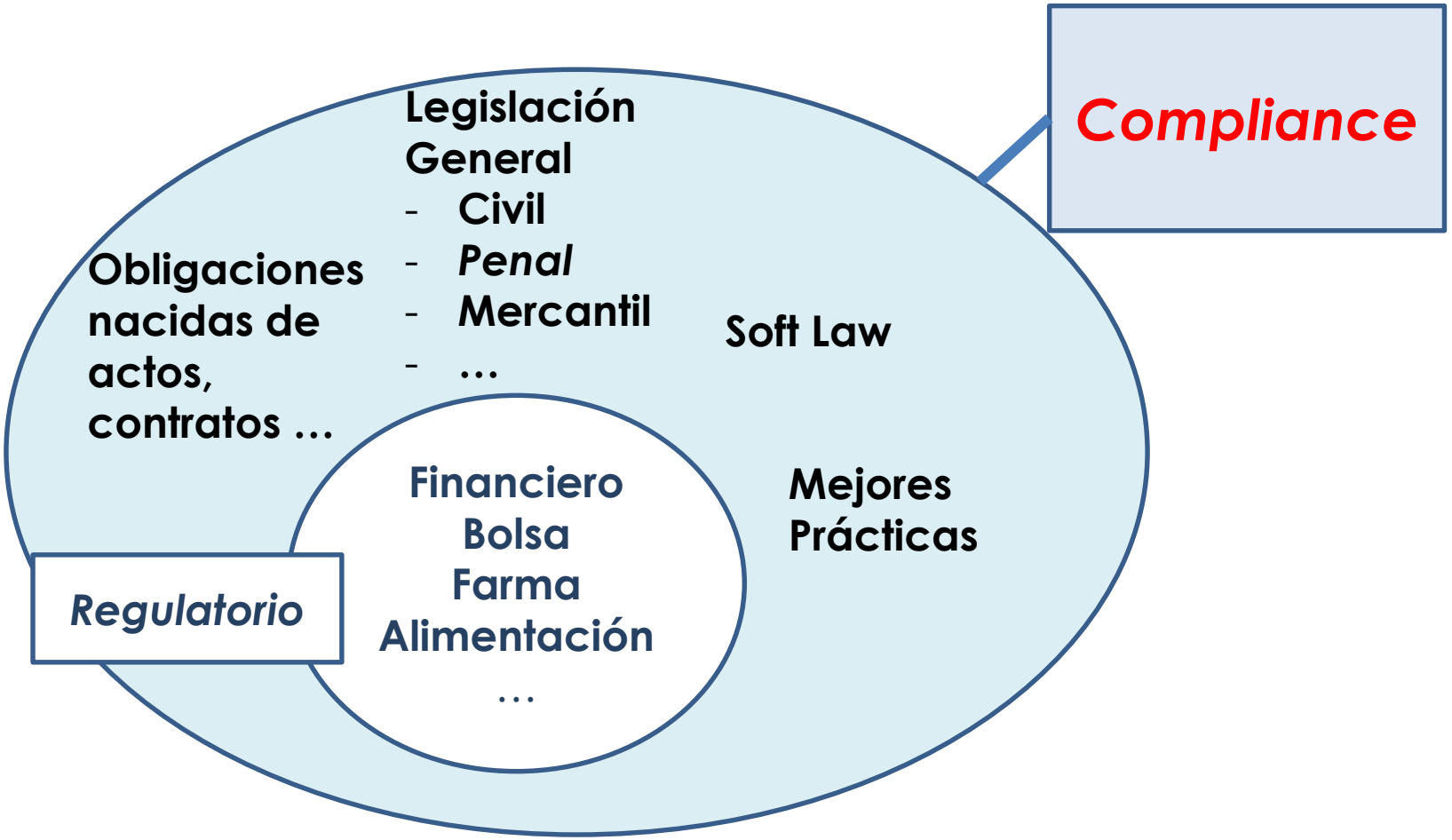
V. Cómo afecta a las relaciones con clientes, proveedores y cadena de suministro.

VI. Implicaciones prácticas. PYMES.

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(I)
¿Qué es "*Compliance*"? Prevención y responsabilidad Penal de las empresas

Universo de normas



Por qué se produce el cambio legal?

Qué ha llevado a los Estados a introducir el régimen de "Compliance"?

- ✓ Evolución socioeconómica y globalización.

¿"Compliance", Cumplimiento "penal", "legal"? ¿Qué hay de nuevo?: 2010 y 2015,Circular 1/2016 FGE

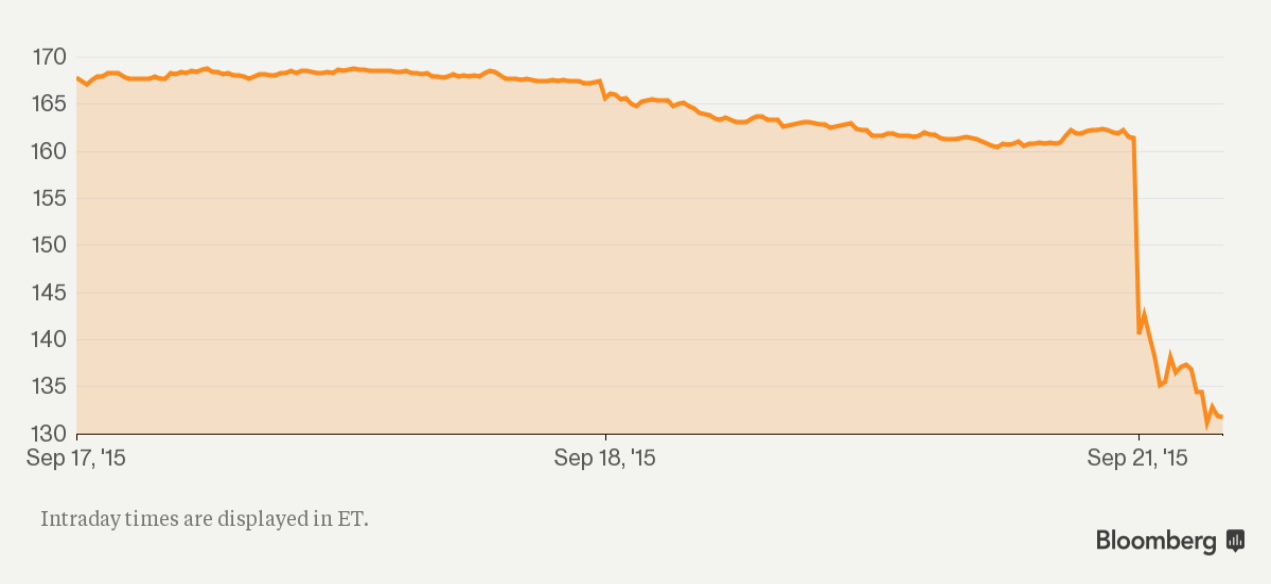
- ✓ Es *cumplir la ley??* …. Esto no es nuevo!!
- ✓ "*Societas Delinquere potest*" **Se introduce una <u>nueva</u> responsabilidad propia de la PJ castigada con sus propias penas: <u>DEFECTO DE ORGANIZACIÓN… Es ORGANIZAR PARA CUMPLIR</u>**

Un caso: VW

Volkswagen AG
VOW:GY

131.25 EUR ↓-30.1 -18.66%

As of: 04:22:05 ET 09/21/2015



Otros casos y siguen…

Industrial and Commercial Bank of China (IBC)

- http://www.ft.com/intl/cms/s/0/afea798e-d582-11e5-8887-98e7feb46f27.html#axzz49Z3E8D7
- http://www.usnews.com/news/business/articles/2016-02-20/6-held-in-spain-court-probe-into-chinas-icbc-bank-in-madrid

Bank of China

- http://globalinvestigationsreview.com/article/1017651/bank-china-money-laundering-accusations-italy

FCB: Fútbol Club Barcelona

- http://sports.ndtv.com/football/news/236936-fc-barcelona-accused-of-tax-fraud-in-neymar-signing

Deloitte

- http://news.newsdirectory2.com/the-judge-accused-the-auditor-of-the-ipo-of-bankia-to-query-their-assessment

Definición de Basilea:

"Función ***independiente*** *que* ***identifica, asesora, alerta, monitoriza e informa*** *de* ***los riesgos de*** *recibir sanciones por incumplimiento en las organizaciones, es decir, riesgo legal o regulatorio, de* ***sufrir pérdidas financieras, o pérdidas de reputación*** *por fallos de cumplimiento de las* ***leyes****,* ***reglamentos****, códigos de* ***conducta*** *y* ***estándares de buenas*** *prácticas aplicables."*

Fuentes generales de Riesgo de incumplimiento

Comunes

- Tecnología, I+D+I
- Urbanismo, medioambiente
- Producción y distribución
- Comercio y consumo
- RRHH, Seguridad e Higiene…
- Información, LOPD, Sistemas
- Finanzas y fiscalidad
- Blanqueo de Capitales, Corrupción.
- Gobierno corporativo y societario.

Regulatorio

- Financieros: banca, seguros, servicios de inversión, …
- Inmobiliario, construcción
- Agroalimentario, Sanitario
- Algunas profesiones: tax, legal, Audit, notarios,
- Deporte
- Lujo, arte, antigüedades, vehículos alta gama,
- Fundaciones, asociaciones, PEPs

Propios de la PJ

- Actividad
- Ubicación
- "Apetito por el riesgo" de los directivo / empleados
- Cultura empresarial; Formación

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(II)
La actividad logística

La actividad logística: características y riesgos (1/3)

Relación comercial compleja. Incluye actividades de diversa naturaleza, y diversos derechos / obligaciones en tornos altamente competitivos:

- **Transporte**
- **Almacenamiento/Plataformas**. Peligrosos, temp. controlada, farma,
- **Servicios de valor añadido** (*value added services*):

✓ Recepción, preparación, etiquetado, codificación, embalaje.

✓ Manipulación, tratamiento, montaje; promos; personalización

✓ Controles de stocks, calidad; prueba de productos

✓ Seguimiento, Informes; *tracing* de las mercancías

✓ Gestiones aduaneras;

✓ Entrega urgente productos Críticos ej. Just-In-Time

✓ Reposición de lineales;

✓ Logística inversa: Recibir devoluciones-Reparacio/ Canalización

✓ Entrega de productos a su destino.

La actividad logística: características y riesgos (2/3)

- **Por el propio empresario**, ej fabricante con sus recursos materiales y humanos propios, internos, o

- **Por terceros/s:** el empresario encarga todos o parte de los procesos a tercero/s ("Operador Logístico") que tenga todos los medios materiales y humanos para asumir todo el encargo, o no en cuyo caso a su vez encargan a otros terceros, .
  - **OUTSOURCING, EXTERNALIZACIÓN, SUBCONTRATACIÓN…**

La actividad logística: características y riesgos

Buen ejemplo de procesos de **externalización o Outsourcing. Tiene ventajas, pero también: Riesgos**:

- Pérdida de **control**: daños, pérdidas, clientela, reputacional.
- Exposición de **secretos** empresariales al OL
- **Propiedad** de las mercancías. Insolvencia del OL.
- **Control** de los servicios: costes, recursos, etc- para ello.
- **Transmisión de negocio**: responsabilidades laborales, tax.
- Gestión de **cambios**: ej sobrecostes "inesperados", regulatorios.
- **Incumplimientos ante cliente final**: OJO. contratos con OL.
- **Responsabilidad** del OL en ciertas prestaciones limitada por ley: Ojo en contrato.
- **Subcontratación** y sucesión de empresa: Laboral y fiscal. Responsabilidades.
- **Cláusulas de competitividad** y SLA niveles de servicio:
- **Cláusulas de exclusiva**/preferencia.

La actividad logística: características y riesgos (3/3)

Regulación en España

- No existe una legislación específica, integral del contrato logístico. Art 1255 Cc – autonomía de la voluntad.
- Teoría de la Combinación (vs. Absorción); A cada tipo de actividad se aplica su disciplina legal. Art. 9 15/2009, de 11 de noviembre.

=> **El CONTRATO es esencial.**

El Contrato de Prestación Logística

El Contrato de Prestación Logística

- Prestación de **servicios**
- **Atípico**: varias prestaciones, varios "contratos", coordinadas funcionalmente.
- **Mixto**
- **Bilateral – Oneroso**
- **Tracto sucesivo: largo** plazo
- **Forma**: Recomendable por ESCRITO DETALLADO: evitar dudas interpretativas en desarrollo o reclamaciones.
- **Traje a medida**, personalizado según necesidades del usuario.

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(III)
Régimen legal actual.
Posibilidades de exención y atenuantes.

Derecho Positivo. El Modelo de Organización

El legislador español opta por regular esta cuestión directamente en sede penal.

- Reforma del Código Penal de **2010**.
- Reforma del Código Penal **2015** (LO 1/2015 de 30 de marzo, que modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre que aprueba el Código Penal, en vigor desde el 01 de Julio de 2015).
- **Circular 1/2016** de la Fiscalía General del Estado.

Artículo 31bis CP: Responsabilidad Penal

1. *Las personas jurídicas (**PJ**) serán penalmente responsables en determinados delitos cometidos en nombre o por cuenta de las PJ, y en su beneficio directo o indirecto, por:*

a) *(i) sus **representantes legales** o (ii)quienes individualmente o desde un órgano de la PJ, están autorizados para **tomar decisiones** por la persona jurídica o tienen **facultades de organización y control**.*

b) *por quienes, ejerciendo la actividad empresarial **sometidos a la autoridad de PF del párrafo a)**, con **incumplimiento grave por dichas PF a) de sus deberes de supervisión, vigilancia y control**.*

Catálogo de delitos

- Tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (art. 156 bis CP)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis CP)
- Prostitución y corrupción de menores (arts. 187 a 189 CP)
- **Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP)**
- **Estafa (arts. 248 a 251 CP)**
- **Insolvencia punible (arts. 257 a 261 CP)**
- **Daños informáticos (art. 264 CP)**
- **Propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores (arts. 270 a 288 CP)**
- **Blanqueo de capitales (art. 302 CP)**
- **Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 310 CP)**
- **Tráfico ilegal o inmigración clandestina (art. 318 bis CP)**
- **Contra la ordenación del territorio y urbanismo (art. 319 CP)**
- **Medioambientales (art. 325 CP)**
- **Depósitos/Vertederos tóxicos (art. 328 CP)**
- Radiaciones ionizantes (art. 343 CP)
- Estragos (art. 348 CP)
- **Tráfico de drogas (arts. 368 y 369 CP)**
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP)
- **Cohecho (arts. 419 a 427 CP)**
- **Tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP)**
- **Corrupción internacional (art. 445 CP)**
- **Financiación de terrorismo (art. 576 bis CP).**

Sanciones, penas aplicables a la PJ (1/2)

- ✓ **Multas** pecuniarias y financieras según daños.
- ✓ Revocación/prohibición de **licencias o actividades**;
- ✓ **Prohibición de contratar** con sector público,.
- ✓ Prohibición **ayudas y subvenciones** públicas.
- ✓ **Cierre** de establecimientos hasta 5 años;
- ✓ **Disolución o suspensión** actividades hasta 5 años.
- ✓ **Prohibición** de las actividades que llevaron a los delitos cometidos hasta 15 años; Intervención legal.

Sanciones, penas aplicables a la PJ (2/2)

Responsabilidad **compatible**, acumulable con:

(i) Responsabilidad **penal de las personas físicas** que cometieron las infracciones,
(ii) Responsabilidad **civil** por las pérdidas y daños causados, y
(iii) Otras civiles, **administrativas o regulatorias.**

Nueva **vía procesal apetecible** para afectados (proveedores, trabajadores, por la previsiblemente mayor capacidad económica de resarcimiento de la PJ y las amplias facultades de la jurisdicción.

Responsabilidad de la PJ. Características. Cómo se concreta (1/2)

- ✓ **Obligación de la PJ:** Antes del delito: tener un modelo de organización, protocolos y procesos operativos objetivamente adecuados: Si no, .. DEFECTO DE ORGANIZACIÓN.
- ✓ **Responsabilidad:** por incumplimiento grave, por imprudencia grave o dolo de esta obligación.
- ✓ La función **de supervisión de Administradores y Consejeros es indelegable**. Su falta o insuficiencia: comisión por omisión: Mayor responsabilidad de los Administradores/Consejeros.
- ✓ La responsabilidad penal **no es asegurable**.

Responsabilidad de la PJ. Características. Cómo se concreta (2/2)

- ✓ **Compatibilidad**: La responsabilidad de la PJ no exige la condena de la PF autora de los hechos.
- ✓ **Sucesión** en responsabilidad. Ej. Santander-Popular
- ✓ Circunstancias **modificativas** de la responsabilidad de la PF autora directa no son trasladables a la PJ. La PJ tiene sus propias eximentes y atenuantes.
- ✓ Se requiere **dolo en PJ**, salvo en medioambiente, blanqueo, financ de terrorismo, insolvencias.
- ✓ **Máximo detalle** en los deberes de cumplimiento y control de cada PF/ *process-owner*.

Exención, eximente: Requisitos (1/2)

Si el delito se produce **por PF del apartado a)**, si se dan las siguientes condiciones:

- ✓ El órgano de administración ha implantado, previamente, un **modelo adecuado** para prevenir y reducir riesgo de delito y mitigar daños, +
- ✓ ha **designado a un órgano (CCO)** específico de supervisión o al que tenga legalmente funciones de supervisar controles internos; o las asume (PYMES).
- ✓ Los autores cometieron el delito **eludiendo** fraudulentamente el modelo.
- ✓ No ha habido **omisión o desatención del CCO**.

Exención, eximente: Requisitos (2/2)

Si el delito **se cometió** **por PF de la letra b)** (subordinados descontrolados), hay exención si:

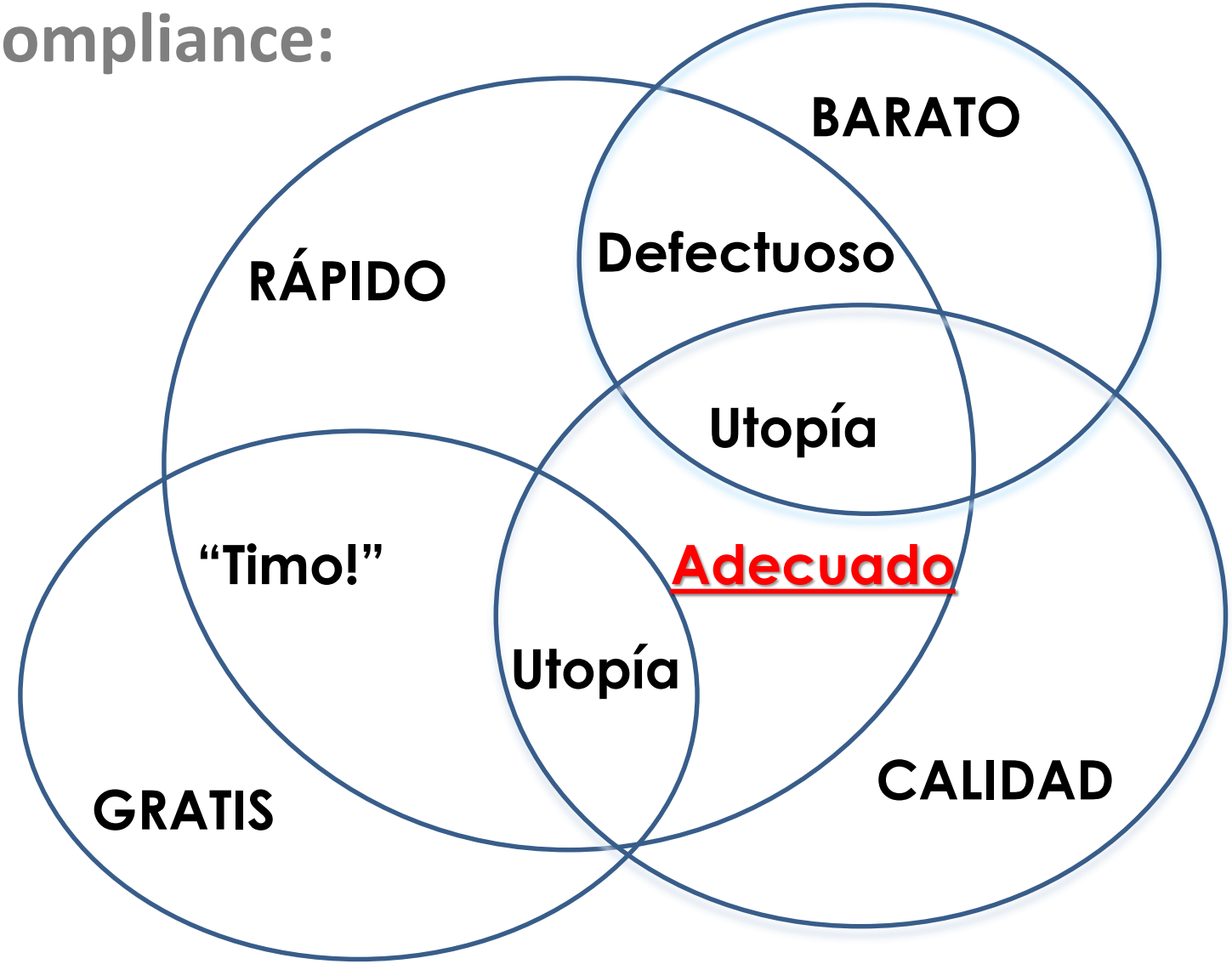
- ✓ Antes del delito, el órgano de administración implantó eficazmente un **modelo adecuado** para prevenir delitos de la naturaleza del mismo, o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Atenuantes

Si, después de la comisión del delito, y antes del juicio:

1) **Confiesa** la infracción antes de saber que el procedimiento judicial se dirige contra la PJ.
2) **Colabora** en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso.
3) **Repara** o disminuye el daño causado por el delito antes del juicio oral.
4) **Antes** de inicio de juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos a futuro.

Elegir/diseñar, costear, implantar un programa compliance:



ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(IV)
El Modelo de Organización (“*Compliance Program*”) y canal de alertas (“*Whistleblowing*”).

El Modelo de Organización. Requisitos (1/2)

Elementos que deben integrarlo:

a) Base: Identificar actividades y **riesgos de incumplimiento** (“ “***Risk Assessment***”, “***Risk map***”). – **Medidas actuales.**

b) Procedimientos operativos y de toma de decisiones, que **genere evidencias** indelebles.

c) Designación de **Responsable de Cumplimiento** (“***Compliance Officer***”).

d) Recursos **financieros adecuados**.

e) Formación a todos (Administradores, directivos, empleados y colaboradores sujetos), **y** cultura de cumplimiento (“***downstream***”).

El Modelo de Organización. Requisitos (2/2)

f) Imponer a los miembros, la **obligación de denuncia** al Responsable de Cumplimiento (**CCO**) ("***Upstream***" o "***bottom-up***") por **canal/es de alertas** seguro ("***whistleblowing***").

g) Sistema disciplinario del incumplimiento normativo y del Modelo de Organización.

h) Verificación y adaptación: infracciones, o cambios regulatorios, o en la PJ: organizativos en el control, estructura o actividades, o en zonas geográficas).

Medidas y herramientas. Ejemplos

- ✓ Relacionar las **nomas** aplicables y asignar responsables.
- ✓ **IT: A mayor automatización** (si es posible) menor riesgo de error / fraude humano. Ej. validaciones, añadir firmas para pedidos o exigir previa aprobación de presupuestos, / cerrar acuerdos comerciales.., etc..
- ✓ Combinación con **sistema de alertas** al detectar acciones sospechosas / irregulares.
- ✓ Generar **evidencias**: ej. si se dio formación adecuada a los empleados, se envió el contrato a un proveedor, se envió un email a directivos, etc .ej. **email certificado**.
- ✓ **Segregar funciones**, ej. marcando incompatibilidades: ej. el encargado de pagos no puede cambiar una cuenta bancaria! No solapes en un mismo flujo de procesos.

Preguntas frecuentes (1/2)

a) ¿Hay una obligación positiva, concreta?

NO, pero… El nuevo régimen de responsabilidad supone un nuevo riesgo para la PJ, .. una Contingencia (pérdidas, reputacional, sanciones, perjuicios a los socios y stakeholders, .. el deber de **debida diligencia de los Administradores** por la Ley de Sociedades de Capital impone la obligación de implantar un sistema de prevención eficiente.

b) ¿Plazo? **NO pero…**

Preguntas frecuentes (2/2)

g) ¿Hay un modelo o formato standard? **NO!!**

h) ¿Se registra o aprueba en algún organismo? **NO**

i) ¿Debe invertirse un importe mínimo?? **NO**, **pero..**

j) ¿Sirven las certificaciones ISO/UNE? **No vinculan**, **pero ayudan.**

k) Grupos multinacionales: Tener programa de *compliance* desde la matriz no significa per se que la filial española cumpla. Verificar. OJO estructuras **matriciales** y similares.

El Canal de alertas (Whistleblowing) (1/6)

España - Antecedentes

- Protección de Datos Personales … (LO 3/2018)
- Código Penal (LO10/1995, (197 y ss)
- Estatutos de los Trabajadores (RDLg 2/2015)
- Igualdad de mujeres y hombres(LO 3/2007)
- Prevención del Blanqueo de Capitales.. L 10/2010, y Reglamento (RD 304/2014).

El Canal de alertas (*Whistleblowing*) (2/6)

- CP: todos los miembros de una organización deben denunciar "Incumplimientos", delitos" ¿?"

  Art. 31bis *(…) 5. Los modelos de organización y gestión (…) 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención-"*

- Fiscalía General del Estado:

  Circular 1/2016: "…*Resulta imprescindible …una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos…) sin riesgo a sufrir represalias"*

- Protección de Datos Personales (LO 3/2018): art. 24.

El Canal de alertas (*Whistleblowing*) (3/6)

- "*Canal de* "***denuncias***"….¿? ***Denunciar .. "delitos***"?
  - Cuestión **delicada** para los posibles denunciantes /denunciados..
  - No solo de delitos, sino de ilícitos en general y actitudes o situaciones **inusuales**, **poco éticas** o que conculquen normas y procedimientos **internos** de la organización.
  - **Difícil calificar técnicamente** hechos o circunstancias como "*delito*", … no digamos para legos en Derecho..

=>Más útil: Informar de actos, hechos o circunstancias inusuales > "***Canal de Alertas***":

El Canal de alertas (Whistleblowing) (4/6)

Al establecer sistema de denuncias considerar(1/2):

- ✓ **Denunciantes**: Miembros de la organización, colaboradores sujetos, Terceros, … bz partners…y público en general, ¡?
- ✓ **Información previa**: a administradores, directivos, empleados, de la finalidad, funcionamiento, confidencialidad y garantías.
- ✓ **Buena fe** del denunciante.
- ✓ **Prohibición de represalias**, despido, suspensión o modificación de contrato de trabajo, servicios, etc. pues denuncia es obligación legal.

El Canal de alertas (*Whistleblowing*) (5/6)

Al establecer sistema de denuncias considerar (2/2):

- ✓ **Anominato** ¿ Normativa PD permite; NO prueba en juicio pero útil para investigación interna y recabar pruebas pertinentes.
- ✓ **Ante quién dirigir** la denuncia: al CCO, …
- ✓ **Confidencialidad**.
- ✓ **Tratamiento** de la información / documentación.
- ✓ **Acceso** a la denuncia: Sólo el CCO y quienes necesiten para investigar.
- ✓ **Informar al denunciante**: Recepción, quién la trata, derechos,.. Alcance
- ✓ **Conservación** datos de denunciante y de la denuncia: plazos¿1 -2 meses …¿? salvo pruebas / acciones legales ..

El Canal de alertas (*Whistleblowing*) (6/6)

Canales de alerta o denuncia, ejs:

a) **Internos**:
   - Comunicación personal / verbal – presencial o telefónica.
   - Escrito – formularios, carta, etc. entregado por conducto interno, … informal.
   - Email

b) **Externos:** ej. **Abogado externo / asesor** externo.
   - Presencial
   - Telefónica
   - Email
   - Escrito – Carta

FGE-Circular 1/2016: Más efectivos **en tanto que garantiza mayor independencia y confidencialidad**

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(V)

Cómo afecta a las relaciones con clientes, proveedores y cadena de suministro.

Relaciones con clientes, proveedores y cadena de suministro (1/2)

Los costes de implantar un modelo de organización adecuado y una cultura empresarial ética tienen como contrapartida las ventajas en distintos ámbitos:

- Acceso a **transacciones corporativas y financiación** sobre la entidad o negocios(ej. acuerdos con nuevos inversores / institucionales, fusiones, escisiones, venta de empresa, de negocio, de activos, *due diligence*.
- **Operaciones comerciales** (estratégicas o no, meramente ordinarias) con clientes o proveedores o BZ partners con estándares similares.

Relaciones con clientes, proveedores y cadena de suministro (2/2)

- Evita **efectos /sanciones** -algunas de calado- y procesos judiciales largos, mediáticos y sus costes..
- Evitar **costes reputacionales**.
- Permite **prevenir/investigar** daños a empresa>socios.
- Evita prohibiciones para contratar con sector público.
- Herramienta de **gestión- aumenta valor** de la empresa y su competitividad.
- **Evita riesgos legales a directivos**, encargados y administradores de hecho y de derecho–Responden con su patrimonio personal sin límite.

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

(VI)
Implicaciones prácticas. PYMES.

Implicaciones prácticas. PYMES

- Art **31 bis del CP no distingue** entre tipos de empresas, tamaño, capacidad financiera etc.
- Excepción: Reducida dimensión (activos < 11.400,000€, facturación < 22.800.000€; plantilla > 250. El **Administrador*** puede asumir la función de CCO – Conflicto intereses? Escasa profesionalización.??.
- **Proporcionalidad**: coste de medidas prevención vs. Costes económicos de delito y sus efectos.
- La presumible **menor complejidad** de una PYME permite inferir un más fácil control interno y un modelo de organización menos complejo.

ABE·L
VALORES Y EXCELENCIA • LOGÍSTICA

Gracias!

María-Antonia García-Solanas
T. +34 618 19 96 01
mag@amberbas.com