



La Logística ante el Compliance

Nuevos Retos, Mayor Valor

Óscar Serrano Zaragoza

Barcelona, 05 Febrero 2019

Índice

- I. El proceso penal a la empresa: práctica judicial actual.
- II. La empresa ante el proceso penal. Derechos de defensa
- III. La prueba del funcionamiento del Modelo de Organización.
- IV. Referencia práctica a las PYMES.
- V. Implicaciones para administradores, consejeros, directivos, *Compliance Officer* y personal de la empresa.
- VI. Beneficios económicos de un eficaz programa de cumplimiento.

(I)

El proceso penal a la empresa: práctica judicial actual.



1 Introducción (1/2)

Art. 31 bis (...)

2. Delito por PF apartado a) (“Jefes”), PJ: exenta si :

1.ª el órgano de administración adoptó y ejecutó con **eficacia, antes** de cometerse delito, modelo de organización y gestión con medidas de vigilancia y control **idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o reducir significativamente el riesgo de comisión**;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención se encargó a un **órgano de la persona jurídica con poderes autónomos** de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente supervisar la eficacia de controles internos de la PJ;

3.ª los autores **cometen delito eludiendo fraudulentamente el modelo de organización**.

4.ª **No omisión o insuficiente** supervisión, vigilancia o control por el órgano de administración.

1 Introducción (2/2)

Art. 31 bis (...) (cont.)

Acreditación **parcial**: se valorará a efectos de atenuación de la pena.

3. PJ de pequeñas dimensiones: el órgano de administración puede asumir las funciones de CO.

4. Delito por Subordinados: PJ exenta si, antes de comisión del delito, adoptó y ejecutó eficazmente modelo de organización adecuado a prevenir/reducir significativamente riesgo de cometerlo .

2 Fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica (1/4)

1. La **PJ no “actúa”, no conducta** humana voluntaria. Organización hecha y controlada por seres humanos, generadora de riesgos inherentes a su actividad y dinámica empresarial.
2. **No nueva carga burocrática**, sino crear ventajas económicas, potenciando la libre concurrencia.
3. El modelo de organización o gestión, **instrumento para que una concreta empresa alcance** la estructura organizativa adecuada o transparente penalmente exigible (dicha transparencia de la entidad es valor o bien jurídico protegible).

2 Fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica (2/4)

4. La PJ debe

- **Neutralizar** la potencialidad criminógena de dinámicas de grupo (anonimato, concepciones erradas de solidaridad/lealtad, sesgos cognitivos por habituación al riesgo, desviación de responsabilidades hacia arriba)
- **Combatir eficazmente** la irresponsabilidad organizada (Dificultades para descubrir delito, identificar a partícipes, y perseguir y recuperar los efectos)
- Mejorar al menor coste, **capacidad competitiva** reduciendo incumplimiento y criminalidad.

2 Fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica (3/4)

5. El **Estado ordena a la empresa su auto-regulación** de las medidas (incapacidad económica del Estado para control directo, esp. en empresa grande / compleja). Menos recursos para el mismo si la PJ regula y controla su propia actividad.
6. A **cambio el Estado exige resultados:** efectividad de medidas sancionando penalmente (multas y otros) a las PJ que no obtengan dichos resultados-

.

2 Fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica (4/4)

7. **Destinatarios** de esta nueva obligación:

- Inmediato: personas jurídicas
- Mediato: administradores sociales/concursales (PF que actúa la capacidad de obrar de la entidad y configuran su estructura organizativa (la organizan)).

8. Las medidas de prevención, detección y reacción en el marco de la libertad de organización empresarial **desincentivan** la comisión de delitos.
9. Si PJ es meramente un “**disfraz**”: atribución RP y condena directamente a persona física delinciente.

3 Modelo de RP de las PJ del legislador español. El defecto de organización (1/4)

La atribución de responsabilidad penal a una PJ exige la concurrencia de dos tipos de hechos:

A. Hecho de referencia.

B. Defecto de organización o hecho propio de la PJ.

3 Modelo de RP de las PJ del legislador español. El defecto de organización (2/4)

A. Contenido del hecho de referencia: **Delito**

- Delito intentado/consumado por PF integrada o vinculada a la PJ **en beneficio directo/indirecto** de pf– aún no siendo el único/o principal objetivo-

3 Modelo de RP de las PJ del legislador español. El defecto de organización (3/4)

2 clases de hechos de referencia según delincuyente:

- Cometido por (i) representante legal, (ii) autorizado para tomar decisiones en nombre de la PJ o por (iii) personas con facultades de organización/control (Administradores, directivos, *Compliance officer*).
- Cometido por PF en la actividad empresarial si las PF del apdo. anterior, **incumplieron gravemente la supervisión, vigilancia y control.**

Dos conductas: (i) delito doloso/imprudente por el **subordinado**; (ii) incumplimiento (omisión) de los “**jefes**” con imprudencia grave.

3 Modelo de RP de las PJ del legislador español.

El defecto de organización (4/4)

B. Contenido del defecto de organización

- **Ineficacia ex-ante** de la organización titularidad de la PJ para desincentivar el riesgo jurídico-penal de que sus PF realicen el hecho de referencia.
- **PJ responde penalmente** si se producen determinados delitos por **PF vinculada** que la **benefician** en **estructura organizativa defectuosa**, no transparente, que favorece el riesgo de incumplimiento.
- La **eficacia del modelo de organización**, fundamento de la exención de RP. Necesaria concreción de este requisito.

4 C FGE 1/2016: Exención de RP de PJ con modelos de organización/gestión (1/3)

1. No basta tener un programa. Debe acreditarse su **adecuación** para prevenir el concreto delito cometido: juicio de idoneidad contenido del programa / infracción. El modelo debe adaptarse a los riesgos de cada PJ.
2. **Copiar programas** suscita duda su idoneidad y el verdadero compromiso de cumplimiento.
3. La **eficacia parcial** del programa (control menos intenso del exigible para la exención plena de RP) posibilita atenuar la pena.

4 C FGE 1/2016: Exención de RP de PJ con modelos de organización/gestión (2/3)

4. La **comisión del delito**:

- **Indicio** de ineficacia del modelo, PERO no puede descalificarse automáticamente.
- El programa de prevención puede ser **adecuado, pero NO tener eficacia absoluta, no hay “riesgo 0”**.
- **El juez: difícil juicio hipotético y retrospectivo** sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

4 C FGE 1/2016: Exención de RP de PJ con modelos de organización/gestión (3/3)

5. Los **modelos aptos (eficaces): excusa absolutòria** personal, excluyen la punibilidad.

No siendo el modelo elemento del tipo penal que atribuye responsabilidad a la PJ – ni define la culpabilidad de la PJ ni es fundamento de su imputación-, **la prueba de la existencia de modelo eficaz corresponde a la PJ investigada.**

6. **Responsabilidad civil subsidiaria del 120.4 CP:** última vía reparadora cuando la PJ no sea responsable penalmente porque resulte que a) Está adecuadamente organizada b) El delito se cometió por subordinado sin incumplimiento grave de la supervisión y control por las PF art. 31 bis.1 a).

5 Medidas para alcanzar el resultado de un modelo adecuado

- **Preventivas:** Ex ante de medidas de vigilancia y control idóneas que eviten consumación del delito.
- **Reactivas:** Ex ante medidas de reacción idóneas para anular o minimizar efectos y cooperar activamente a esclarecer el crimen, identidad de autores y persecución y recuperación de los efectos.

El administrador social / concursal, en su deber de diligencia, debe informarse de las medidas en la PJ gestionada, y decidir/actuar razonadamente según la información obtenida.

6 Inversión exigible en *compliance*. Capacidad económica de la PJ

- **Inversión en *compliance* in/asumible** por empresas de un sector de económico.
- La falta de competitividad o capacidad económica de una PJ concreta **no justifica** nula o escasa inversión en *compliance*.
- **Proporcionalidad** coste de prevención exigible / coste esperado del incidente lesivo.
- **Resultado preventivo exigible** en función de la inversión adecuada en *compliance*.

7 Conclusión sobre el deber de organizar la PJ en *compliance* y RP

- El sistema de RP de las PJ del legislador español **reducirá significativamente la criminalidad de empresa con bajo coste** económico público.
- Mejora de la **capacidad competitiva en el mercado** y la economía nacional.

(II)

La empresa ante el proceso penal. Derechos de defensa



1 Actuación de la empresa en juicio. Defensa procesal

Determinar:

1. Hechos que **comportan** RP a una PJ
2. Hechos que permiten apreciar la **exención**
3. **Cómo probar** esos hechos
 - La mejor defensa para exención:
 - Haber adoptado medidas y actuaciones para dificultar o impedir hechos generadores de RP PJ preconstituyendo prueba de todo ello.

2 Derecho de la PJ de acceso al proceso y declaración de la PJ investigada (1/2)

Primera comparecencia:

1. Citación Art 119 LeCrim.

- Destinatario y lugar de la citación.
- Notificación para primera comparecencia y actuaciones posteriores Art 166 LeCrim: 119.1.d LeCrim
- Contenido de la citación.
- Rebeldía: A diferencia de las PF, las PJ pueden ser juzgadas y condenadas penalmente en rebeldía.

2. Desarrollo de la 1ª comparecencia 119 Lecrim.

- Información al representante.
- Declaración del representante.

2 Derecho de la PJ de acceso al proceso y declaración de la PJ investigada (2/2)

Art 119.1.a) de la LeCrim : “La citación se hará **en el domicilio social de la persona jurídica**, requiriendo a la entidad que proceda a la **designación de un REPRESENTANTE**, así como **ABOGADO** y **PROCURADOR** para ese procedimiento, con la advertencia de que, **en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio** de estos dos últimos. La **falta de designación del REPRESENTANTE no impedirá** la sustanciación del procedimiento con el Abogado y el Procurador”.

La falta de designación voluntaria de un representante por parte de la PJ no impide el desarrollo del proceso penal. A lo sumo supondrá preclusión de las facultades ejercitables únicamente por él. (el abogado no se convierte automáticamente en representante).

3 El juicio oral a la PJ (1/3)

786bis 1 LeCrim : “... PJ podrá estar **representada (..) por una persona que especialmente designe**, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados.

Dicha persona **podrá declarar en nombre de la PJ** si se hubiera admitido y propuesto esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar **silencio**, a **no declarar contra sí mismo** y a **no confesarse culpable**, así como ejercer el derecho a la **última palabra** al finalizar el acto de juicio”.

3 El juicio oral a la PJ (2/3)



786bis 2 LeCrim: “La **incomparecencia** de la persona especialmente designada por la PJ para su representación **no impedirá (...)** la **celebración de la vista**, que se llevará a cabo con la presencia del abogado y el procurador de ésta”.

3 El juicio oral a la PJ (3/3)

- **Conflictos de Interés.** Administradores, Directivos, CO imputados/Representando a PJ en juicio / Testigos.; *Compliance Officer/abogado interno-habitual* representante ?
 - STS 154/2016 de 29.02.16
 - Límite LeCrim: “No se podrá designar como representante a quien haya de declarar en juicio como testigo”

4 Cuestiones procesales relevantes en la defensa procesal de la PJ

- Derecho a la **no autoincriminación**.
- **Carga de la prueba** del defecto de organización: **la PJ**, es la única que puede facilitar datos.
- **Directivos y empleados** como servidores de la posesión ajena y el derecho a la no autoincriminación de PJ (la información no debe ganarse de forma ilícita para el proceso penal).
- **Autoridades no deben privar** a la PJ de su derecho a decidir sobre aportación de documentos propios y su no autoincriminación, instrumentalizando a los directivos / empleados.

5 Conformidad de la PJ

- **Control de legalidad:** la conformidad por el representante de la PJ es provechosa para la PJ. Art. 787.6 de la LeCrim : “..*la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, ...que cuente con poder especial...*”
- **Disociación conformidad de la PJ / de la PF.** Art. 787.6 de la LeCrim : “...*Dicha conformidad podrá realizarse **con independencia de la posición que adopten los demás acusados**, y su contenido no vinculará en el juicio (...) en relación con éstos* “. (Excepción a la regla general que prohíbe conformidades parciales entre PF acusadas).

(III)

La prueba del funcionamiento del Modelo de Organización



1 Qué debe probarse

Que el plan de cumplimiento existe y funciona con medidas que:

- son **razonablemente aptas** para que el delincuente (PF) llegue a la conclusión de le es más gravoso delinquir desde la PJ que no hacerlo, o hacerlo desde otro lugar.
- **contribuyen decisivamente** a esclarecer la realidad del delito, la identidad de autores y partícipes, el destino de los efectos del delito y a recuperar dichos efectos.

2 Medios de prueba por la PJ para acreditar la eficacia de su modelo.

1. Prueba **documental**
2. Prueba **testifical** (la figura del *compliance officer* como testigo-perito)
3. Prueba **pericial** (en relación a la eficacia económica del modelo)
4. **Colaboración y auxilio** continuado a las autoridades de persecución penal.

3 Criterios de valoración de la eficacia del modelo de organización (1/4).

1. La mera **adopción del modelo sin aplicarlo** NO es salvoconducto de impunidad.
2. El modelo tiende **no solo evitar la sanción** sino a promover una verdadera cultura ética empresarial.
3. **Certificaciones por entidades o asociaciones evaluadoras y certificadores: podrán apreciarse** como elemento mas, pero **NO** acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración del juez.
4. Compromiso y apoyo de la alta dirección: La **responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores** o directivos que si lo comete un **empleado**. El primer caso revela menor compromiso ético y cuestiona la seriedad del programa: Los Fiscales presumiran que el programa no es eficaz.

3 Criterios de valoración de la eficacia del modelo de organización (2/4)

5. No se valora igual cuando en los objetivos del delincuente el delito supone un **beneficio directo para la PJ que cuando es indirecto** o secundario.
6. **Medidas de detección:** valoradas positivamente.
7. Circunstancias para valorar la eficacia del modelo: a) **gravedad** de la conducta delictiva, b) **extensión** de la conducta delictiva en la entidad, c) **número de personas implicadas**, d) alta/baja **intensidad del fraude** al eludir el modelo, e) **frecuencia y duración** de la actividad criminal.

3 Criterios de valoración de la eficacia del modelo de organización (3/4).

8. Anteriores incidentes y conductas de la PJ :

- **Delito puntual y ajeno a su cultura ética.** La firmeza en la respuesta transmite a los empleados un mensaje claro de intolerancia.
- **Mantener a un administrador o directivo** sometido a procedimiento penal que ha acreditado la comisión de delito.
- **Sanciones administrativas** por los mismos hechos que los delitos generadores de RP - ej. Blanqueo de capitales y Protección de Datos).

3 Criterios de valoración de la eficacia del modelo de organización (4/4).

9. **Actuaciones de la PJ posteriores** a la comisión del delito serán también evaluadas (sin perjuicio de poder servir de atenuantes, revelan el nivel de compromiso ético, de la *conducta* de la PJ) Ej:

- a) La adopción de **medidas disciplinarias** contra los autores.
- b) La **inmediata revisión del programa** para detectar sus posibles debilidades y corregirlas.
- c) **Restitución, la reparación** inmediata del daño.
- d) **Colaboración** activa con la investigación .
- e) **Aportación al procedimiento de la investigación interna.**

(IV)

Referencia práctica a las PYMES



1 Características de las PYMES en RP de PJ.

- a) **Confusión entre las voluntades** de todos sus miembros y la de los socios/propietarios.
- b) **Confusión en finalidad o interés supraindividual** distinto del interés del/los socios propietarios.
- c) **Confusión de patrimonios:** patrimonio social / individual de los socios/propietarios.
- d) **Discutible separación** y autonomía no influenciada –de sus socios.
- e) **Sociedades Unipersonales:** ni siquiera existe realidad asociativa.

2 Valoración del grado de compliance de las PYMES.

Basta programa de *compliance* y ética empresarial sencillos adaptados para resultado preventivo eficaz y la exención, por varios factores:

- a) El CP permite que **el órgano** de administración asuma las funciones del **responsable de cumplimiento, PERO mantiene la obligación** de adoptar un modelo de *compliance*.
- b) **Sencillez de su organización** como empresa.
- c) **Falta idoneidad** para irresponsabilidad organizada.
- d) **Limitada capacidad económica:** menor inversión/costes en prevención exigibles.
- e) **Proporcionalidad** de las penas.

(V)

**Implicaciones para administradores,
consejeros, directivos, *Compliance
Officer* y personal de la empresa.**



1 Principales clases de administradores y formas de órgano de administración

Tipos de administradores:

Sociales

- Administrador Único o solidarios
- Administradores Mancomunados
- Consejo de Administración
- Responsable de Cumplimiento o *Compliance Officer*
- Administrador de hecho: PF / PJ .- Grupos de empresas. Confusión de funciones.

Concursales

2 Principales vías de responsabilidad

- Responsabilidad por art. **31 bis CP apartado a)**
- Responsabilidad por art. **31 bis CP apartado b)**
- Ley de Sociedades de Capital: Los Administradores están obligados por su **deber de diligencia** a velar por el mejor interés de la PJ
- Responden **con todo su patrimonio** personal sin limitación cuantitativa **ante**:
 - Estado: imputación (CP)
 - Accionistas, socios PF / PJ públicas o privadas (TR LSC).
 - Terceros, PF / PJ públicas o privadas (TR LSC)

(VI)
**Beneficios económicos de un eficaz
programa de cumplimiento**



Beneficios económicos de un eficaz programa de cumplimiento

- **Evitar**
 - **Sanción penal.**
 - Evitar **Costes reputacionales.**
 - Evitar, **Imputación penal, incluso prolongada en el tiempo, y sus efectos y costes legales.**
 - Evitar **Potencial insolvencia** por los efectos económicos de la imputación.
 - **Daños a PJ y socios** por comisión de delitos contra la empresa.
 - **Competencia desleal** de PJ que concurren en el mercado cometiendo delitos.. “con ventaja”.
- **Participar en operaciones** Reestructuración empresarial, comerciales con clientes/ proveedores.

Gracias!