LOZANO SCHINDHELM

Seminario sobre Compliance

Unai Mieza y Fernando Lozano
AIC, 20 de noviembre de 2017

aic AUTOMOTIVE INTELLIGENCE CENTER

CONTENIDO DEL SEMINARIO

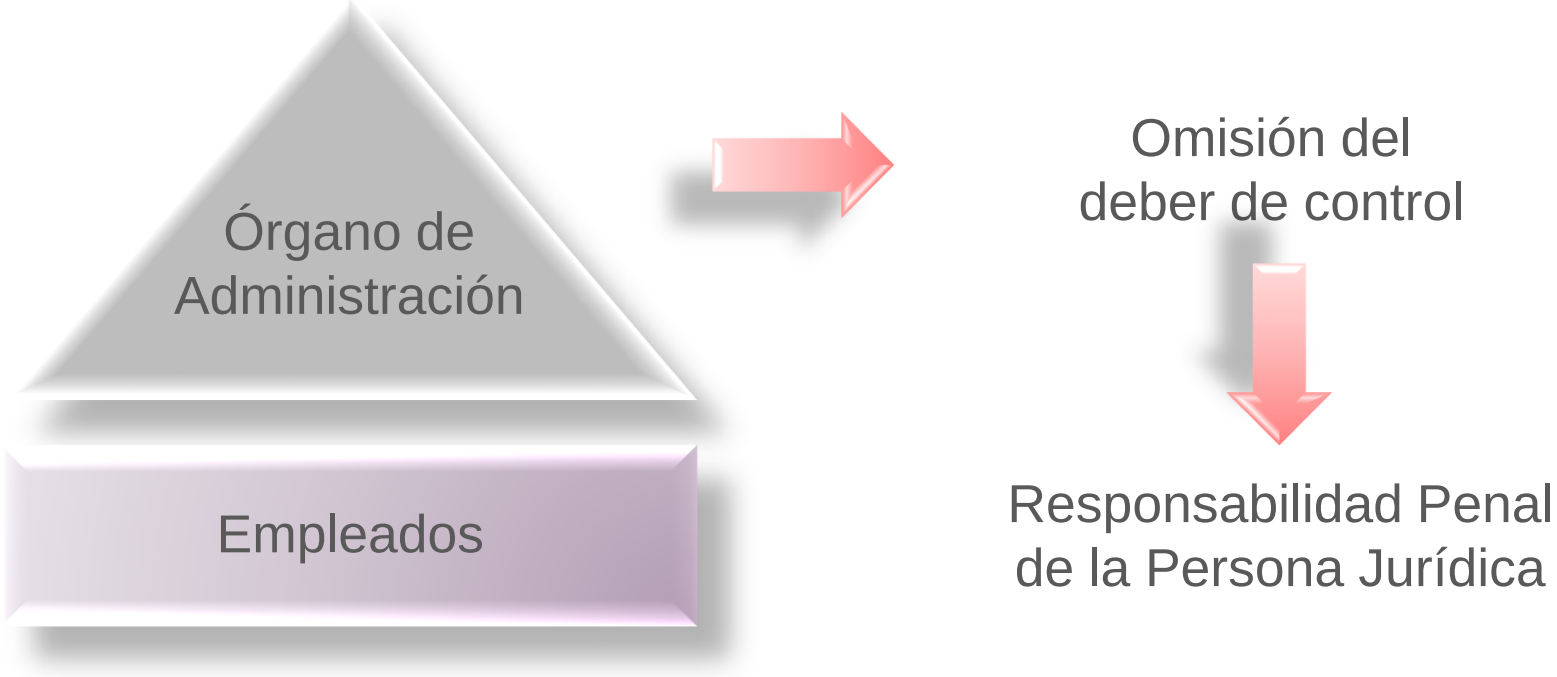
1. Evolución legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica
2. Ámbito subjetivo y objetivo
3. Marco legal de referencia
4. Responsabilidad penal en y de la empresa
5. Exención de responsabilidad
6. Modelo de prevención
7. Alcance de la certificación UNE 19601
8. Contenido del sistema
9. Conclusiones
10. Caso práctico de análisis general de riesgos

PRESENTACIÓN

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

- Planteamiento preliminar



ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO

ÁMBITO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- **Sociedades mercantiles** (sociedades de responsabilidad limitada, anónimas, unipersonales, laborales, cooperativas de garantía recíproca, etc.)

- **Sociedades civiles o industriales y de interés público** (corporaciones, asociaciones, fundaciones, colegios profesionales, cámaras de comercio, etc.)

ÁMBITO OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

i) Protección de datos y delitos informáticos

ii) Delitos económicos y blanqueo de capitales

iii) Delitos administrativos

iv) Delitos impropios del comercio

(I) PROTECCION DE DATOS E INFORMATICOS

- Prostitución y corrupción de menores (189 bis CP)
- Descubrimiento, revelación de secretos y allanamiento informático
- Daños informáticos y denegación de servicio
- Contra la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores
- Falsificación de tarjetas y cheques de viaje
- Incitación al odio contra el diferente

(II) DELITOS ECONÓMICOS Y BLANQUEO DE CAPITALES

- Estafa
- Frustración de la ejecución
- Insolvencias punibles
- Blanqueo de capitales
- Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social
- Falsificación de moneda
- Cohecho
- Tráfico de influencias
- Financiación del terrorismo
- Contrabando

(III) DELITOS ADMINISTRATIVOS

- Financiación ilegal de partidos políticos
- Delitos contra la ordenación del territorio
- Delitos contra el medioambiente
- Delitos de riesgos catastróficos
- Riesgos por explosivos y otros agentes
- Delito de daños en la salud pública

(IV) DELITOS IMPROPIOS DEL COMERCIO

- Tráfico ilegal de órganos
- Trata de seres humanos
- Delitos contra los extranjeros
- Delito de tráfico de drogas

MARCO LEGAL DE REFERENCIA

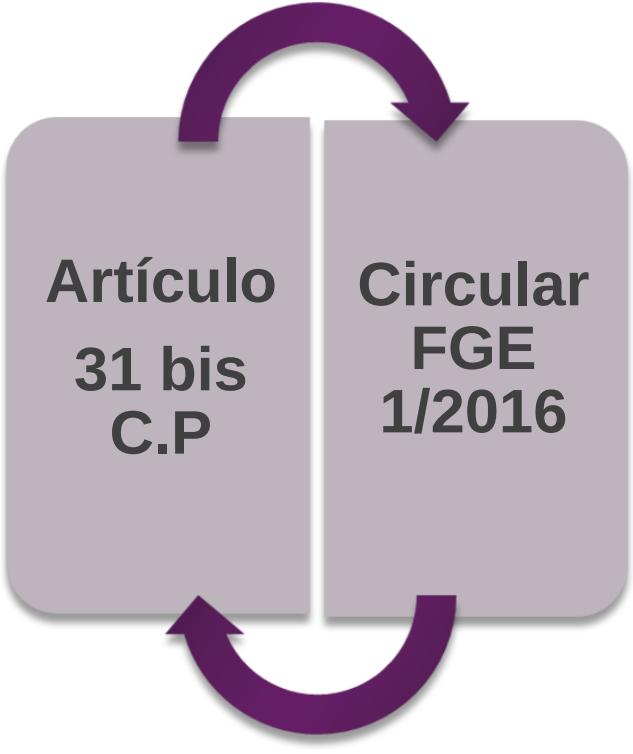
MARCO LEGAL DE REFERENCIA

- **Código Penal** (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): artículo 31 bis

  "*1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: …"*

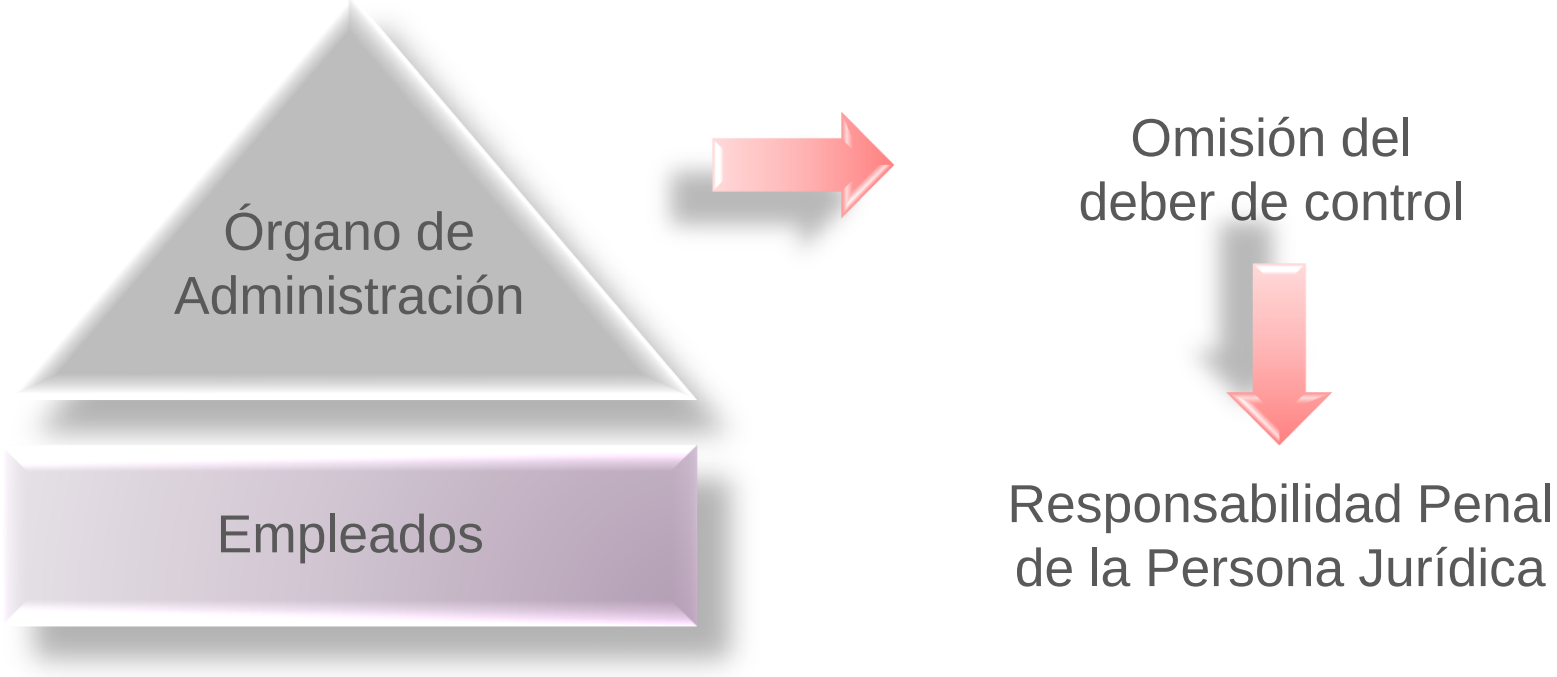
- **Circular de la Fiscalía General del Estado de 2016**
- **ISO 19600** Sistema de Gestión de Compliance
- **UNE 19601** Sistema de Gestión de Compliance Penal

MARCO LEGAL BÁSICO



ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

- Planteamiento preliminar



RESPONSABILIDAD PENAL

RESPONSABILIDAD PENAL EN Y DE LA EMPRESA

- **Conductas punibles**:
  - Actos de los **directivos** (Criminalidad **en** la empresa)
  - Actos de los **trabajadores** (Criminalidad **de** la empresa)

COMPORTAMIENTOS PENALMENTE RELEVANTES EN LA EMPRESA

Artículo 31 bis 1 a) Código Penal:

Las **personas jurídicas** serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto:

1. Por sus **representantes legales** o
2. Por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están **autorizados para tomar decisiones** en nombre de la persona jurídica **u ostentan facultades de organización y control** dentro de la misma

COMPORTAMIENTOS PENALMENTE RELEVANTES DE LA EMPRESA

Artículo 31 bis 1 b) Código Penal:

Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas,

- (trabajadores) por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos **por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control** de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso

TEORIAS DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Sistema de autoresponsabilidad

- **Tribunal Supremo**
  - STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016
  - STS 966/2016, de 16 de marzo de 2016
- Infracción de la obligación del debido control
- El delito como indicio

Sistema vicarial

- **Fiscalía General del Estado**
  - Circular FGE 1/2011
  - Circular FGE 1/2016
- Carga de la prueba:
  - Excusa absolutoria: la empresa
  - Acreditación del hecho delictivo: la acusación

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA: ARTÍCULO 31 BIS.2 C.P

(I) MODELO EFICAZ

Artículo 31 bis 2 Código Penal

Requisitos de exención por actos de los directivos (criminalidad en la empresa):

1. **Adopción y ejecución eficaz por el órgano de administración, antes de la comisión del delito, de un modelo** de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

(I) MODELO EFICAZ: REQUISITOS DE EFICACIA

Exención por adopción eficaz

- Simulacros
- Auditorías
- Actualización
- Sanciones

Control simulado y tolerancia dolosa

- Fake compliance
- Make-up compliance
- Coartadas corporativas

(II) COMPLIANCE OFFICER

Artículo 31 bis 2 Código Penal

Requisitos de exención por actos de los directivos:

2. Existencia en el seno de la persona jurídica de un **Compliance Officer u Oficial de Cumplimiento:**
   - Quien se responsabilizará de la **supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo** (FUNCIÓN ESENCIAL)
   - Con **poderes autónomos** de iniciativa y de control y
   - Que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica

✓ En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (aquellas que presenten cuenta de pérdidas y ganancias abreviada) las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración

(III) INFRACCIÓN FRAUDULENTA

Artículo 31 bis 2 Código Penal

Requisitos de exención por actos de los directivos:

3. Que los autores individuales hayan cometido el delito **eludiendo fraudulentamente** los modelos de organización y de prevención

(IV) VIGILANCIA DEL MODELO

Artículo 31 bis 2 Código Penal

Requisitos de exención por actos de los directivos:

4. Que el delito **no sea consecuencia de una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones** de supervisión, vigilancia y control por parte del **órgano de control o Compliance Officer**

EXENCION DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

Artículo 31 bis 4 Código Penal

Requisitos de exención por actos de los trabajadores (criminalidad de la empresa):

Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1 (trabajadores), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, **antes de la comisión del delito**, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión

NECESIDAD DE CUMPLIMIENTO

- **Previo al delito**:

  EXIMENTE del art. 31 bis 2 del Código Penal (cuando concurran los requisitos vistos anteriormente)

- **Después del delito**, pero previo al Juicio oral:

  ATENUANTE del art. 31 quater 1 d) del Código Penal

TIPOLOGIA DE LAS SANCIONES

- **Multa**
- **Disolución**
- **Suspensión** de sus actividades < 5 años
- **Clausura** de sus locales y establecimientos por un plazo < 5 años
- **Prohibición** de realizar en el futuro las **actividades concretas**
- **Inhabilitación** para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, < 15 años
- **Intervención judicial** para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores < 5 años

MODELO DE PREVENCIÓN

CONTENIDO BÁSICO: ART. 31 BIS 5

CONTENIDO RECOMENDADO

LOZANO SCHINDHELM

CIRCULAR 1/2016 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Directrices a la hora de afrontar el riesgo de incumplimiento normativo:

- Toda empresa ha de contar con un modelo de prevención de conductas ilícitas (no sólo penal): **principio de proporcionalidad**
- Objetivo: generación de una **cultura del cumplimiento normativo**
- **Exención de responsabilidad es consecuencia de lo anterior y no al revés**
- Los **programas** de cumplimiento de maquillaje o **estéticos** y que no sean eficaces **no serán validos para eximir o atenuar** la responsabilidad penal
- Las **certificaciones** del modelo de cumplimiento sólo acreditan y prueban el esfuerzo de la organización: pero per se **no eximen de responsabilidades**
- El órgano de cumplimiento podrá ser unipersonal o colegiado y será un órgano propio interno de la empresa, dotado de independencia y de carácter relacional con otras áreas de la empresa buscando sinergias

ALCANCE DE LA CERTIFICACIÓN UNE 19601

NORMA UNE 19601

Valoración preliminar

- Sistema de Gestión de Compliance Penal (SGCP)
- Guía para la implantación del Programa de cumplimiento con la legalidad española
- La certificación UNE no exonera de responsabilidad penal a la empresa
- Comporta un elemento adicional acreditativo del esfuerzo de la organización por prevenir la comisión de delitos
- No excluye el control a realizar por el órgano judicial

ALCANCE DEL MODELO DE CUMPLIMIENTO

Objetivos

- Generación de **cultura de cumplimiento normativo** en la organización
- **Análisis, detección, prevención y gestión** de conductas ilícitas e incumplimiento normativo
- **Exención** o, en su caso, **atenuación de la responsabilidad penal** de la persona jurídica

SISTEMA DE PREVENCIÓN: CONTENIDO

(I) MAPA DE RIESGOS

Análisis preliminar

- **Primer paso** tras la decisión de implantar el modelo de organización y gestión o compliance
- **Identificación** de los mismos en cada área y departamento
- Valoración de la **probabilidad de materialización** en cada área y departamento
- **Valoración del impacto** en cada área y departamento
- **Valoración del daño reputacional** y afectación de los activos materiales e inmateriales en caso de verificación

(II) PROTOCOLO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

- Standard del **artículo 226 LSC** (diligencia de un **ordenado empresario**)
- **Principio**: el órgano de administración adoptará decisiones actuando
  - de buena fe
  - sin interés personal en el asunto objeto de la decisión
  - contando con información suficiente
- **Adopción de decisiones** valorando:
  - Riesgo fiscal
  - Riesgo jurídico penal
  - Riesgo técnico
  - Coberturas disponibles del riesgo y actualización de pólizas

(III) MODELO DE GESTIÓN DE RECURSOS

- Vinculación al principio de EFICACIA del modelo de cumplimiento y control para la prevención del delito en la empresa y consistente en **dotar de los recursos económicos y humanos necesarios**:
  - Equipo de Compliance (Comité de Compliance o Compliance Officer)
  - Departamentos de la empresa
  - Coherente con el riesgo y con la dimensión de la empresa procurando la idoneidad de las medidas de control

(IV) CANAL DE DENUNCIAS

Situación de partida

- Mala prensa del chivato o whistlebower
- Deficiente explicación de su funcionamiento a lo largo y ancho de los estamentos de la empresa
- Desconocimiento de su confidencialidad, lo que genera precaución / miedo entre potenciales denunciantes
- Desconocimiento de su anonimización

(V) SISTEMA DISCIPLINARIO

Notas

- Coherencia
- Concurso del departamento de Recursos Humanos en la aplicación del régimen disciplinario
- Proporcionalidad con el valor de impacto de las infracciones

(VI) VERIFICACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL MODELO

Aspectos a considerar

- Adaptación del modelo a los cambios normativos y tendencias jurisprudenciales
- Cambios en la organización
- Materialización de infracciones relevantes

(VII) CHIEF COMPLIANCE OFFICER (CCO)

Notas características

- El CCO **personaliza** el Corporate Compliance dentro de la empresa
- **Libertad de iniciativa** para realizar controles preventivos en todos los niveles de la empresa
- Figura **independiente con poderes autónomos**, separado de la estructura jerárquica con obligación de reportar al consejo de administración inmune a ordenes de directivos
- Es el arquitecto de la cultura de cumplimiento corporativo
- **Conocimiento** detallado del funcionamiento de la **organización**

(VII) CCO (2)

Funciones

- Supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo –artículo 31 bis del Código Penal
- Identificar los riesgos
- Analizar cambios estatutarios y reguladores
- Determinar medidas preventivas y correctivas
- Proactividad, figura no limitada a la prevención de comisión de delitos: puede incorporar normativa y procedimientos internos-soft law
- Impartir formación a directivos y empleados
- Revisión periódica y actualización del modelo

(VII) CCO (3)

Estructura

- Externa o Interna
- Factores a considerar:
  - Conocimiento de la empresa
  - Conocimiento de los responsables de área y controles
  - Confidencialidad
  - Seguridad

(VII) CCO (4)

Composición

- Administrador único (empresas de reducidas dimensiones)
- **Comité de Compliance** (recomendación, de entre otras composiciones posibles, en función del organigrama de la empresa y el mapa de riesgos):
  - Miembro de asesoría jurídica
  - Miembro de auditoría interna
  - Miembro de cada departamento de mayor riesgo

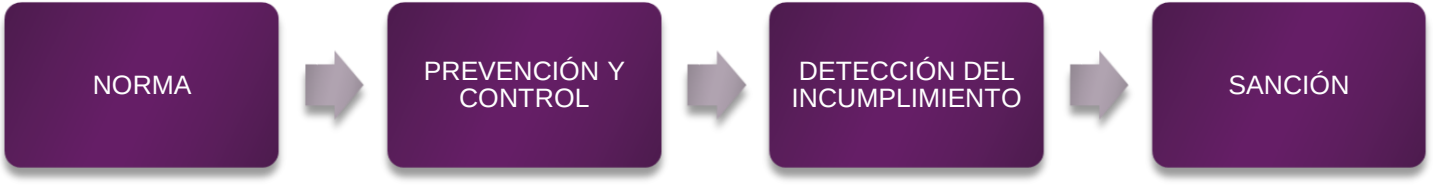
(VII) CCO (5)

Responsabilidad

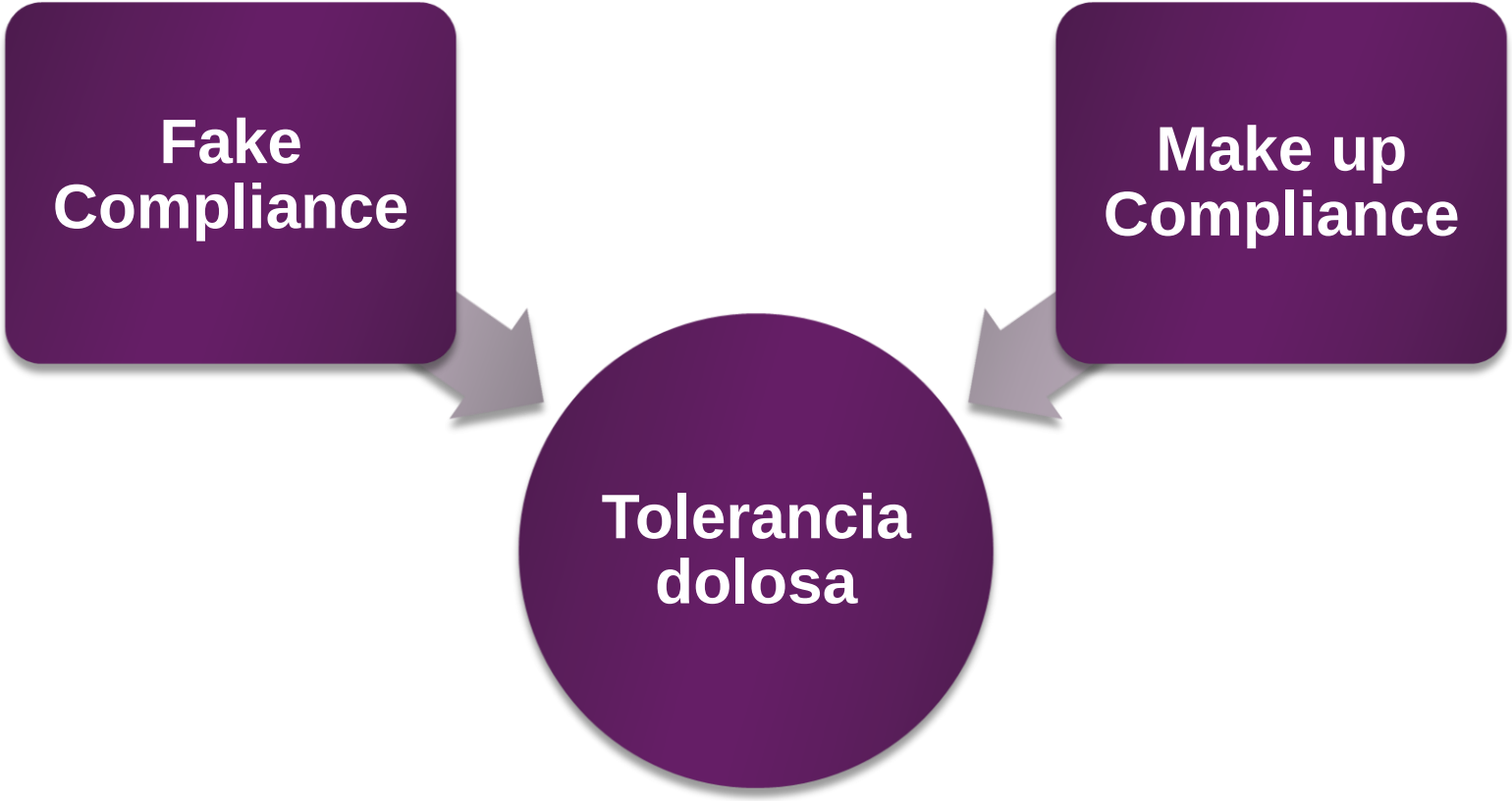
El CCO incurre en responsabilidad por:

- Falta de diligencia
- Pasividad
- Tolerancia
- Complicidad con los autores

EFICACIA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO



EFICACIA DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO



CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. Programa de cumplimiento: no existe obligación legal
2. Primeros pasos: Código ético, Mapa de Riesgos y Controles
3. Ha de ser un *traje a medida* de las necesidades/recursos
4. Su finalidad: cultura corporativa de cumplimiento normativo
5. Consecuencia práctica: exención de responsabilidad penal
6. Elemento clave condicionante: la eficacia e idoneidad
7. Elemento de distorsión: canal ético
8. Prueba de la eficacia: la sanción
9. Compliance Officer: órgano interno de la empresa dotado de independencia y autoridad
10. Certificación del programa UNE 19601: prueba del esfuerzo realizado

¡MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN!

UNAI MIEZA

Unai Mieza

- Lozano Schindhelm
- Alameda de Mazarredo 39
  48009 Bilbao / Spain
- +34 944 25 66 98
  u.mieza@schindhelm.com

Áreas de práctica

- Compliance
- Penal
- Propiedad Intelectual, Derecho de las Nuevas Tecnologías
- Concursal / Restructuraciones

Curriculum Vitae

- Estudios de Derecho en la Universidad de Deusto (Bilbao)
- Acreditación como Compliance Officer y Administrador Concursal
- Desde 2016 Director de la oficina en Bilbao de Lozano Schindhelm

Expertise / Engagement / Idiomas

- Más de 15 años de experiencia profesional como letrado en Bilbao
- Experto en Compliance, especializado en el diseño, implantación y seguimiento de sistemas de Compliance penal para empresas, en especial para aquéllas con presencia internacional
- Miembro de Asociaciones Hispano-Alemana e Hisp-Austriaca de Juristas
- Idiomas: Alemán, Inglés

LOZANO SCHINDHELM

FERNANDO LOZANO

Fernando Lozano

- Lozano Schindhelm
- Conde de Salvatierra 21
  46004 Valencia / Spain
- +34 963 28 77 93
  f.lozano@schindhelm.com

Áreas de práctica

- Derecho Mercantil y de Sociedades
- M&A
- Concursal / Restructuraciones
- Derecho Fiscal

Curriculum Vitae

- Estudios de Derecho en la Universidad de Valencia (Bilbao)
- Asesor Fiscal
- Intérprete Jurado de alemán
- Socio director (y fundador) de Lozano Schindhelm

Expertise / Engagement / Idiomas

- 15 años de experiencia profesional como abogado y asesor fiscal
- Asesoramiento internacional de empresas, tanto inbound (inversiones en España), como outbound (inversiones en el extranjero)
- Miembro de Asociación Hispano-Alemana y Vicepresidente de la Asociación Hispano-Austriaca de Juristas
- Idiomas: Alemán, Inglés

LOZANO SCHINDHELM

SEMINARIO SOBRE COMPLIANCE

AUSTRIA

GRAZ

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH
graz@scwp.com

LINZ

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH
linz@scwp.com

WELS

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH
wels@scwp.com

WIEN

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH
wien@scwp.com

BELGIUM

BRÜSSEL

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH
brussels@scwp.com

BULGARIA

SOFIA

SCHINDHELM
Law office Dr. Cornelia Draganova & Colleagues
sofia@schindhelm.com

VARNA

SCHINDHELM
Law office Dr. Cornelia Draganova & Colleagues
varna@schindhelm.com

CHINA

SHANGHAI

SCHINDHELM
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
shanghai@schindhelm.com

TAICANG

SCHINDHELM
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
taicang@scwp.com

CZECH REPUBLIC

PILSEN

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner v.o.s advokátní kancelář
plzen@scwp.com

PRAG

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner v.o.s advokátní kancelář
praha@scwp.com

GERMANY

DÜSSELDORF

SCHINDHELM
Schmidt Rogge Thoma Rechtsanwälte Partnergesellschaft mbB
duesseldorf@schindhelm.com

HANNOVER

SCHINDHELM
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
hannover@schindhelm.com

OSNABRÜCK

SCHINDHELM
Schindhelm Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
osnabrueck@schindhelm.com

HUNGARY

BUDAPEST

SCWP SCHINDHELM
Zimányi & Fakó Rechtsanwälte
budapest@scwp.hu

ITALY

BOLOGNA

DIKE SCHINDHELM
DIKE Associazione Professionale
bologna@schindhelm.com

POLAND

BRESLAU

SDZLEGAL SCHINDHELM
Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
wroclaw@sdzlegal.pl

WARSCHAU

SDZLEGAL SCHINDHELM
Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając I Wspólnicy sp.k.
warszawa@sdzlegal.pl

ROMANIA

BUKAREST

SCHINDHELM
Schindhelm & Asociatii S.C.A.
bukarest@schindhelm.com

SLOVAKIA

BRATISLAVA

SCWP SCHINDHELM
Saxinger, Chalupsky & Partner s.r.o.
bratislava@scwp.com

SPAIN

BILBAO

LOZANO SCHINDHELM
Lozano, Hilgers & Partner SLP
bilbao@schindhelm.com

DENIA

LOZANO SCHINDHELM
Lozano, Hilgers & Partner SLP
denia@schindhelm.com

MADRID

LOZANO SCHINDHELM
Lozano, Hilgers & Partner SLP
madrid@schindhelm.com

PALMA DE MALLORCA

LOZANO SCHINDHELM
Lozano, Hilgers & Partner SLP
palma@schindhelm.com

VALENCIA

LOZANO SCHINDHELM
Lozano, Hilgers & Partner SLP
valencia@schindhelm.com

© Lozano, Hilgers & Partner SLP es miembro de SCWP Schindhelm Services SE, Alianza de despachos europeos de negocios

schindhelm.com