

PLANES DE PREVENCIÓN EN EVITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

- ✘ Vicente Magro Servet
- ✘ Presidente de la AP de Alicante



- ✘ ORGANIZADO POR CEEI

CRISIS ECONÓMICA Y FRAUDE

La crisis económica influye de manera determinante en las posibilidades de sufrir casos de fraude por varios motivos:

Disminuye los recursos disponibles en las empresas para la lucha contra el fraude.

Dificulta la consecución de los resultados previstos con lo que aumenta la presión sobre los empleados

Por ejemplo, mediante delitos como la manipulación contable, conseguir los resultados deseados y así no poner en peligro su remuneración variable o su empleo.

En un informe de Pricewaterhouse, el 52,6% de los encuestados españoles declara que los casos de fraude económicos han aumentado en su empresa en los últimos 12 meses

Un 74,5% ha visto empeorar sus resultados en los últimos 12 meses.

PREOCUPACIÓN EN LOS DIRECTIVOS DE EMPRESAS

La percepción por parte de los directivos españoles acerca del fraude puede resumirse entre una mezcla de incertidumbre y de exceso de confianza.

Un 25,5% de los directivos encuestados ha contestado que desconoce si en su empresa se ha producido un delito económico en los últimos 12 meses

OJO CON LOS OBJETIVOS FINANCIEROS IMPUESTOS AL TRABAJADOR



En un entorno de ralentización económica, los objetivos financieros son más difíciles de conseguir y a menudo son excesivamente ambiciosos



Sería recomendable que las compañías fueran realistas a la hora de fijar sus objetivos y que estuvieran más dispuestas a ajustar dichos objetivos a la baja cuando se vieran obligadas a afrontar la realidad de una ralentización económica



No hay ningún sector u organización que se encuentre inmune al fraude y que la situación económica actual está dando como resultado una competencia feroz y en ocasiones despiadadamente agresiva. Los profesionales se sienten aún más presionados por los objetivos impuestos cuando la situación económica empeora o cuando parece imposible cumplir los objetivos previstos.

El fraude no solo causa un serio perjuicio económico sino que impacta directamente en la imagen y reputación de una compañía y en la motivación de sus trabajadores.

Estos riesgos más intangibles son, si cabe, más importantes que el perjuicio económico directo.

LA CRIMINALIDAD COMO EMPRESA Y LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA

- Hay que diferenciar entre la “criminalidad como empresa” (criminalidad organizada), y la “criminalidad de empresa” (delitos perpetrados mediante o en interés de una empresa).
- La línea que separa la criminalidad organizada de la criminalidad de empresa puede establecerse en la finalidad lucrativa ilícita de la primera, entendida como la comisión de delitos graves, donde el trasfondo de lo ilícito está en el bien o servicio que se trafica, que está prohibido penalmente.
- La doctrina está de acuerdo en asociar los delitos socioeconómicos a los delitos empresariales.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

- 
- Delitos cometidos en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en su provecho por representantes legales y administradores de hecho y derecho.
 - Los sometidos a los anteriores por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.
 - Se sanciona la **acción directa** de quienes actúan en representación de la empresa.
 - La **omisión en el control** de los empleados.

LA CLAVE DEL SISTEMA DE EXONERACIÓN SE CENTRA EN EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SUPERVISIÓN



En la actualidad corresponde implantar unos controles internos adecuados que actúen como factor mitigante o exonerador de responsabilidad de la persona jurídica.



Al tratarse de ilícitos penales ahora las consecuencias del delito no se pueden salvar con las típicas pólizas de seguro abiertas para los casos de la cobertura de la responsabilidad civil de administradores de empresas.



Se impone el establecimiento “obligatorio” de un plan de prevención jurídico.

FRAUDE INTERNO Y EXTERNO

ENCUESTA DELITOS ECONÓMICOS 2009. PRICE WATERHOUSE

Las organizaciones que sufrieron delitos económicos indicaron que el 53% de los autores eran internos mientras que el 44% de ellos eran externos.

“Los mandos intermedios cometen fraude en sus propias empresas para mantener su nivel de vida”

Hay cuatro sectores (servicios financieros, seguros, tecnología y comunicaciones) que indicaron que sus fraudes más significativos fueron cometidos por autores externos. En el resto de sectores, los participantes indicaron que sufrieron los fraudes más significativos de manos de autores internos.

EL “ONGOING TRAINING” O FORMACIÓN CONTINUADA EN LA EMPRESA

Si la actuación delictiva de los empleados se ha llevado a cabo pese a un adecuado control por los directivos la conducta del empleado no genera responsabilidad a la PJ

La formación continuada en la empresa es un elemento o factor tenido en cuenta como excluyente de la responsabilidad de la empresa

Nótese que el párrafo 2º del apartado 1º del art. 31 bis permite la exoneración de la empresa en el caso de que la conducta de los empleados se llevara pese a la existencia de mecanismos de control.

EXIGENCIA COROLARIA A LOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS DE INTENSIFICAR LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN

Los directivos son el “alter ego” de las empresas

Son los responsables de establecer una formación continuada en las empresas

Deben implantar mecanismos de prevención jurídica y formativa

Los deberes de *compliance* (cumplimiento normativo).

Deber de observar que se cumpla el derecho en la empresa

Un plan de prevención jurídica

Acreditado el plan de control se exime de responsabilidad a la empresa

Esta se deriva al autor del delito en exclusiva

Es carga de probarlo a la persona jurídica
LA TÉCNICA DE LA PRECONSTITUCIÓN DE LA PRUEBA

LA TÉCNICA DEL COMPLIANCE PROGRAMME

El Derecho comparado, especialmente los sistemas de punición angloamericanos muestran un desenvolvimiento que ha llevado a institucionalizar la elaboración de los programas de cumplimiento de las normas (compliance programme).

La corporación puede justificar un comportamiento suficientemente diligente en orden a su exoneración de responsabilidad.

SE CASTIGA EL ABANDONO DE LA EMPRESA EN SUS DEBERES FORMATIVOS Y DE CONTROL

La formación evita responsabilidad colectiva

- La reforma obligará a las empresas con mayor complejidad o con filiales o sucursales a intensificar sus programas formativos o planes de prevención jurídica que le eviten responsabilidades por hechos ajenos.

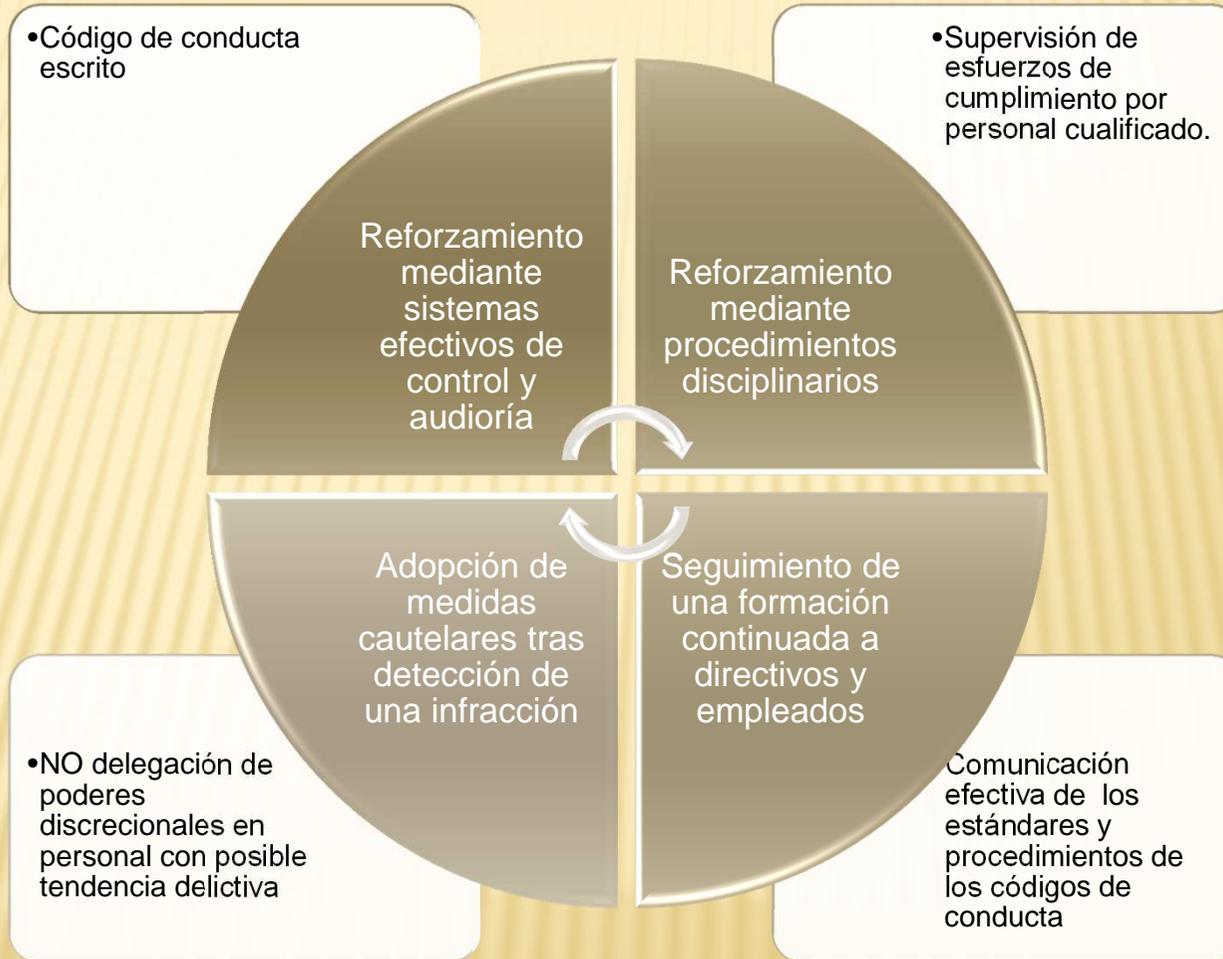
Mayor control

- Las compañías y empresas más complejas son un ejemplo claro de esta técnica que se exige desde la L.O. 5/2010 al suponer una organización amplia y compleja que incluye el riesgo de las dificultades de control interno.

Es esto lo que se castiga

- El sistema de culpabilización inmediata de la persona jurídica (sin hacerla depender mediatamente del comportamiento de sus órganos rectores), cuando se trata de organizaciones de mayor complejidad permite corporeizar con mayor facilidad la culpabilidad del ente a tenor de su **deficiente administración, conducción u organización.**

VÍAS PARA ACREDITAR EL DEBER DE OBSERVANCIA DEL CONTROL



Habrá que vigilar que las pólizas de seguro de responsabilidad civil de las empresas se extiendan o alcancen la derivada por los delitos cometidos por sus directivos y/o empleados.

Es necesario trasladar a las empresas el denominado Compliance culture, o la cultura de implantar en las mismas los programas de cumplimiento normativo

PLANES DIFERENTES PARA EMPLEADOS Y DIRECTIVOS

Implementación de un programa específico diferente de formación y prevención para directivos y para empleados,

fijar marcos de prevención distintos porque distintas son sus vías de actuación y posibilidades de actuación delictiva.

Formación específica obligatoria en los tipos penales que a la empresa le genera responsabilidad antes expuestos en el listado.

ELEMENTO IMPORTANTE A TENER EN CUENTA EN LAS EMPRESAS

- En las empresas en las que sea posible debería designarse un nuevo cargo o puesto de trabajo denominado “Director de implementación de los planes de cumplimiento normativo”,
- En el derecho comparado, en los países donde ya se han implantado estos programas normativos por las grandes empresas, estas han incorporado a sus equipos los denominados team of dedicated compliance staff.
- Equipos técnicos destinados a la elaboración y aplicación de los programas de cumplimiento normativo.

¿QUÉ DEBE ESTAR EN CONDICIONES DE PROBAR LA EMPRESA?



El denominado “conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews”, o cumplimiento de la ejecución de regulares prácticas de evaluación interna empresarial de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo



Se esté en condiciones de ir revisando sus propios programas con la actualización de la normativa aplicable del desarrollo de las funciones de sus directivos y empleados;



Programas de cumplimiento que deberían ser obligatorios en su seguimiento por estos, no voluntarios

PRUEBA DE SU EJECUCIÓN

La prueba no es solo de que exista un compliance programme.

- La fiscalía podría decir que una cosa es que el programa esté implantado y otra que el programa se ejecute.

- Siendo voluntario no se acreditaría su ejecución, y tampoco la revisión y actualización de sus contenidos, lo que se destaca con el punto que ahora destacamos.

EL DETALLADO DISEÑO

designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks;

Un diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio

Es preciso especificar los programas de cumplimiento normativo concretos para determinadas áreas

Se evitan los riesgos de la empresa de que se incurra en responsabilidades por no individualizar las tareas que existen en la empresa y fijar las directrices claras de cumplimiento y ejecución laboral de directivos y empleados.

NUEVA FIGURA EN LA EMPRESA

“Keeping track”

- Persona encargada de conocer qué está pasando en la empresa a alguna persona, directivo o empleado, o a las operaciones que se llevan a cabo.

¿Qué hace?

- Es el director de operaciones de conocimiento y detección de posibles fallos de importancia en la conducta de directivos y/o empleados, que pueda trasladar a sus mandos de gobierno la detección, por ejemplo, de posibles conductas irregulares en la empresa.

SISTEMA DE EVALUACIÓN DE RIESGOS O RISK ASSESSMENT

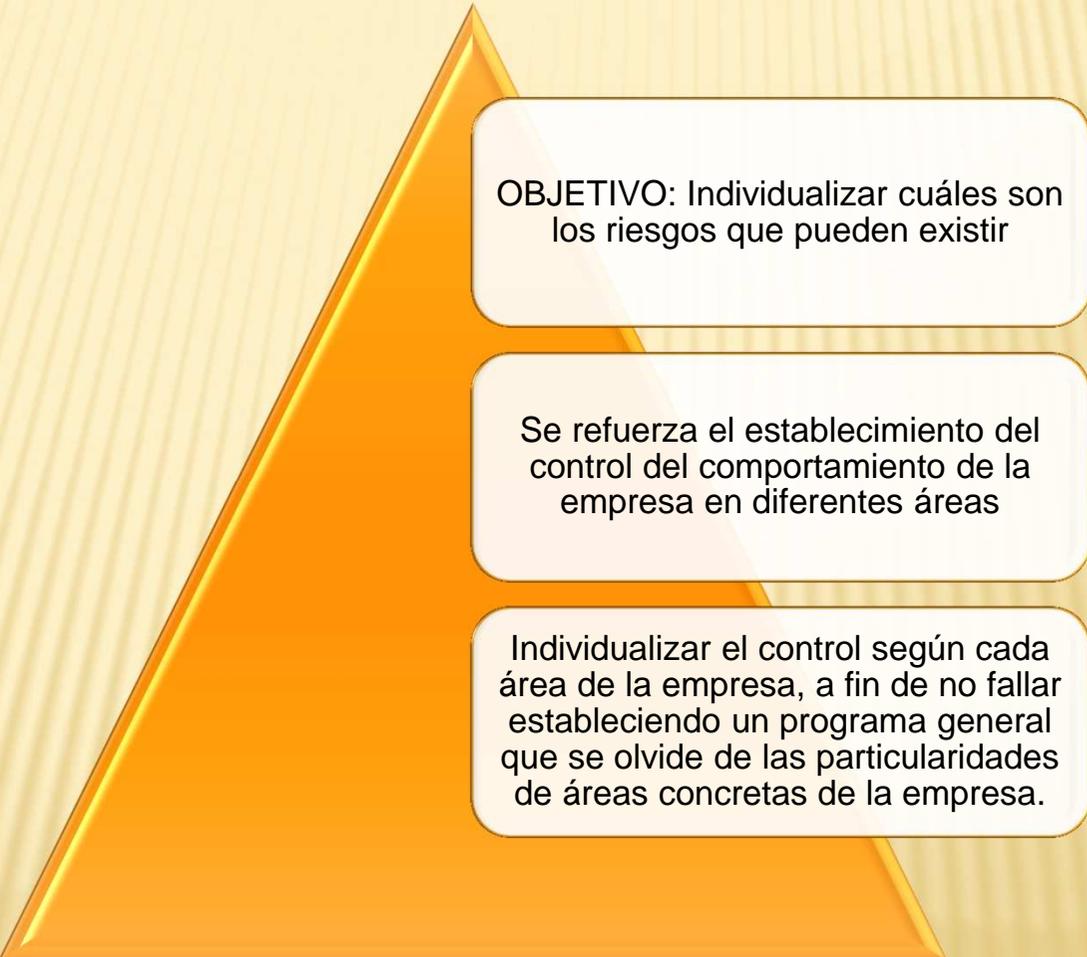
Evaluación
de riesgos

- La empresa debe estar en condiciones de evaluar de forma periódica el sistema de riesgos de caer en responsabilidad por la actuación de directivos y/o empleados.

continuous
improvement

- Autoevaluación del rendimiento empresarial para asegurarse de que el sistema implantado es el adecuado en cada momento para sus operaciones.

PUNTOS DE CONTROL O CONTROL POINTS



OBJETIVO: Individualizar cuáles son los riesgos que pueden existir

Se refuerza el establecimiento del control del comportamiento de la empresa en diferentes áreas

Individualizar el control según cada área de la empresa, a fin de no fallar estableciendo un programa general que se olvide de las particularidades de áreas concretas de la empresa.

DOCUMENTACIÓN DEL PROGRAMA

Documentación adecuada del programa de cumplimiento normativo.

Es fundamental que se elabore por la empresa un soporte documental acerca del programa de cumplimiento normativo

Conlleva que este debe estar escrito y que la documentación debe estar en poder de directivos y empleados.

FALLADAS ESTAS PREMISAS LA REFORMA PERMITE ATENUAR LA RESPONSABILIDAD A LAS PJ (ART. 31.4 BIS)

1) Confesar a las autoridades la infracción que se ha cometido por directivos o empleados

Debe considerarse suficiente la confesión a una autoridad administrativa

Si la notificación del procedimiento solo se notifica al directivo o empleado la PJ podrá confesar los hechos al no habersele notificado a ella todavía.



2) Colaboración con las autoridades aportando pruebas decisivas para esclarecer responsabilidades

Es la máxima expresión de la exigente autorregulación que se exige a las empresas

Se requieren controles internos en la empresa y la investigación correspondiente.



3) Reparación del daño

Se exige consignación de la suma objeto del perjuicio antes del inicio del juicio oral

Daños presentes y futuros

EL PLAN DE CONTROL Y PREVENCIÓN SE PUEDE IMPLANTAR CUANDO EL PROCEDIMIENTO PENAL YA SE HA INCOADO

4) Haber establecido antes del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos.

Es la conocida como *corporate compliance* que permite aminorar responsabilidades si no habiéndose adoptado antes se implantan antes del inicio del juicio oral y se acreditan en este aunque no se haya podido hacer en la instrucción.

Sabido es que al inicio del juicio oral se puede proponer y aportar cualquier prueba.

¿PLANES DE CONTROL PARA DIRECTIVOS?

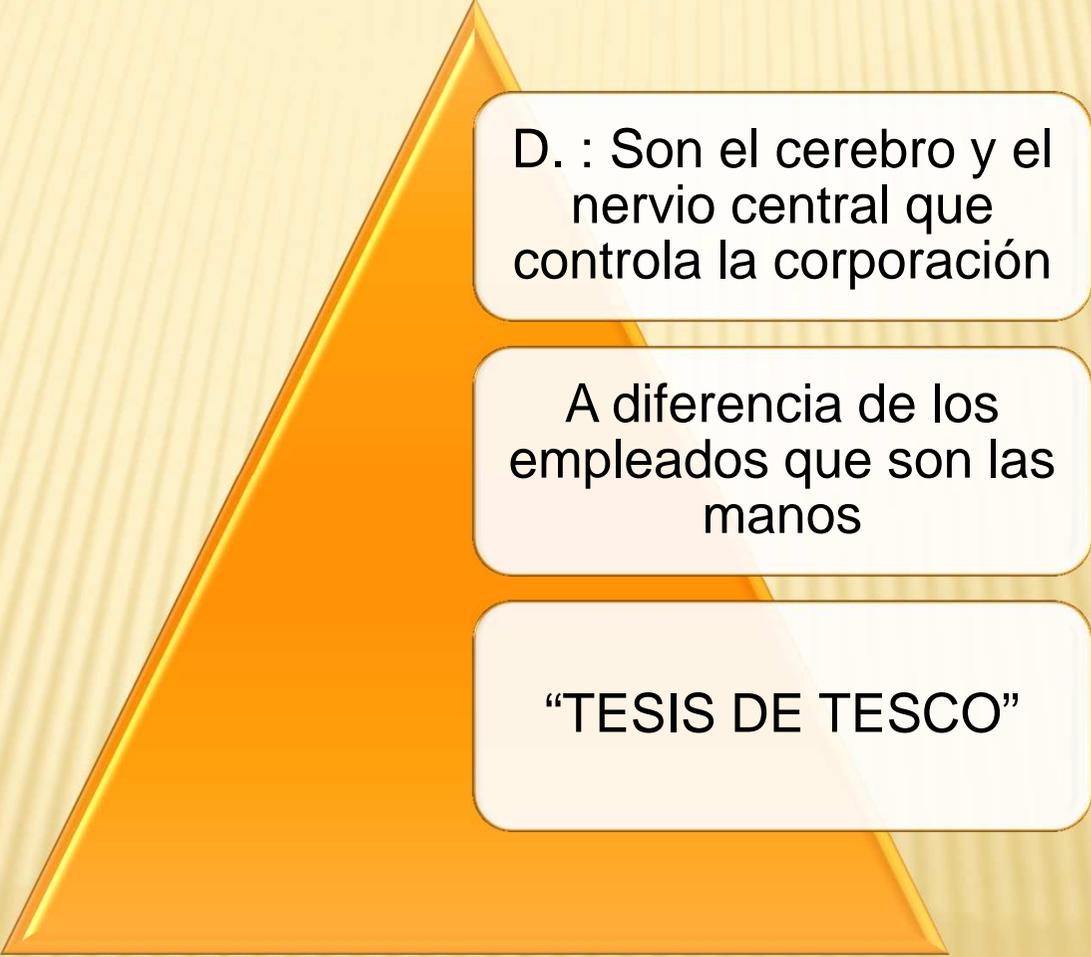
En lo que afecta a los directivos, como representantes de la empresa o administradores de derecho o de hecho, no se recoge con la misma claridad la expresa mención al establecimiento de los planes de control y de prevención jurídica

En principio, son los directivos los que deben implementar planes de control hacia los empleados

Pero se castiga a la empresa por el exceso en su actuación con respecto a lo que de ellos se espera en su actuación, que viene a querer decir algo así como la extralimitación en sus funciones.

Hay que plantearse si cuando estos directivos, a sabiendas de que existe un plan concreto de cómo debe actuarse en la empresa, qué plan de prevención jurídica está implantado, cuáles son sus funciones en la empresa, el alcance de las mismas, hasta dónde se puede llegar y sus respectivas limitaciones, opera de una manera tal que esta misma actuación integra la comisión de un hecho delictivo.

DIRECTIVOS Y EMPLEADOS



D. : Son el cerebro y el nervio central que controla la corporación

A diferencia de los empleados que son las manos

“TESIS DE TESCO”

Tesis de Tesco: Incorpora el régimen de la Due diligence frente a las acusaciones formuladas frente a una corporación

De modo que si se acreditaba que, a nivel directivo se habían adoptado las debidas cautelas para prevenir los delitos de los que se le acusaba la compañía quedaba eximida de responsabilidad.

ORGANISATIONAL FAULT O CULPABILIDAD POR DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

La
responsabilidad
penal por la
corporación

- Se pueda determinar que producido un daño o perjuicio ésta ha organizado su negocio de forma que las personas y las propiedades están expuestas a una victimización criminal o a un riesgo de daño no racional

Defecto de
organización

- La empresa ha fallado a la hora de establecer un sistema y mecanismo de evitación de responsabilidades.

VENTAJAS DE LOS PLANES DE PREVENCIÓN

- × 1.- El compromiso de cumplir la puesta en marcha de estos programas o ***Commitment to comply.***
- × Así, las empresas deben desarrollar una disposición o compromiso para dirigir los temas de cumplimiento normativo y asignar los recursos para alcanzarlo.

× 2.- El compromiso de cumplimiento normativo tiene la ventaja en aquellas empresas que lo implementan primero, ya que consiguen lo que se llama el ***Compliance know-how***.

× El "know-How" es una expresión utilizada en el sector empresarial que ***cualifica al que sabe cómo debe hacerse algo***; esto es cómo hacer las cosas en una empresa para que esta sea altamente

-
- × 3.- Considerar que el cumplimiento normativo como programa de prevención es una práctica más del negocio o Compliance as business practice.
 - × Se trata de incorporar a la política de la empresa que ***la puesta en marcha de estos programas forma parte de los objetivos de la empresa.***

-
- × 4.- El correcto cumplimiento del programa normativo no solo actúa como un factor preventivo o corrector de responsabilidades penales de la empresa, sino que se entiende como un ***Business benefits.***

BUSINESS BENEFITS

- ✘ A) El mayor conocimiento de los factores de riesgo en la empresa sirve para ***proporciona a la compañía mayores ventajas competitivas.***
- ✘ B) El grupo debe ser consciente de sus derechos y obligaciones lo que **repercute positivamente en el servicio al cliente** y se está más alerta a la hora de enfrentarse y/o prevenir conductas ilegales.

-
- ✘ C) Se reducen y evitan los efectos negativos de los litigios penales en los que pueda estar implicada la empresa.
 - ✘ D) Es importante mantener la reputación de la empresa, ya que un incidente delictivo de directivos o empleados puede destrizar el trabajo de muchos años y que los clientes de la empresa desconfíen de sus productos, lo que se evitará con un buen programa normativo.
 - + A veces se pone el énfasis en los productos de la empresa pero se olvida invertir en esta obligación.

-
- ✘ E) La autoevaluación del directivo o empleado. La empresa americana IFAC destaca como uno de los puntos centrales de los programas de cumplimiento normativo el denominado ***Self-Assessment, o sistema de autoevaluación de directivos y empleados.***

-
- ✘ F) Las empresas donde se implanta esta obligación presentan a directivos y empleados un ***cuestionario de autoevaluación*** que deben cumplimentar periódicamente acerca de cuál es su conducta a la hora de cumplir las normas presentadas por su empresa.
 - ✘ Supone un reconocimiento expreso de si se está llevando a cabo este cumplimiento.