



RPPJ. El programa de cumplimiento normativo

Dra. María Gutiérrez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid
Oliva & Ayala Abogados

Premisas

- Ampliación de los posibles sujetos de sanciones penales: reforma CP 2010
- Necesidad de atender a conductas de personas físicas
- Sistemas vicarial vs. defecto de organización
- Incentivo de la auto-organización de las personas jurídicas
 - Ya incentivadas para prevenir, detectar o reaccionar ante delitos contra ella
 - Nuevo incentivo para evitar delitos que le favorecen frente a terceros

Rasgos generales del modelo

- No cabe responsabilidad penal objetiva: Imputación del delito a la persona jurídica por su conducta → defecto de organización (art. 31 bis.1)
- Necesidad de acreditar el hecho de la persona física, pero no su efectiva condena (art. 31.ter)
- Responsabilidad limitada a un catálogo de delitos (art. 31 bis.1): *numerus clausus*: CP + leyes especiales
- Atenuantes específicas (art. 31 quáter)
- Multa como pena principal (art. 33.7 CP)

Vías de imputación: art. 31 bis 1

- Letra a): Delito cometido por el administrador o representante, en su nombre o por su cuenta, y en su provecho (“delito del directivo”)
- Letra b): Delito cometido por un empleado bajo su autoridad debido a la falta de debido control sobre él, también por cuenta y en su provecho de la persona jurídica (“delito del empleado”)

DELITO DEL EMPLEADO

- Sujetos sometidos a la autoridad de los superiores
- En el ejercicio de actividades sociales
- Por cuenta y en provecho o beneficio (directo o indirecto) de la PJ
- Requisito adicional: ausencia del “debido control” por los superiores
 - Tras reforma 2015: incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades por los superiores: subordinados descontrolados

DELITO DEL DIRECTIVO

- Reproche a la PJ de sus propias infracciones
- Necesidad de un fallo organizativo: omisión del cuidado debido en la evitación del delito
 - Imprescindible en el marco constitucional: no cabe la transferencia de responsabilidad penal sin más
- Tras reforma 2015: exención de responsabilidad de la PJ: art. 31 bis 2 y 4
 - En ambos casos: art. 31. bis.1 letras a) y b)
 - Requisito básico: órgano de administración: adopción de mecanismos de prevención idóneos: modelo de organización y gestión con medidas de vigilancia y control

Excursio: atenuantes (art. 31 quáter)

- Actuaciones postdelictivas realizadas por los representantes legales →
 - Confesión (antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella)
 - Colaboración en la investigación con pruebas nuevas y decisivas (en cualquier momento del proceso)
 - Reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral)
 - Establecimiento de medidas para prevenir y descubrir posibles delitos futuros (antes del comienzo del juicio oral)
 - Con esta redacción en 2010: Duda: ¿Programas previos de prevención: exención por falta de culpabilidad?
 - La reforma 2015 aclaró esta cuestión: sí, si se cumplen determinados requisitos

Reforma LO 1/2015

- Preámbulo: aclarar ¿qué es el debido control?
- Art. 31 bis 2 y 4: exención de responsabilidad de la PJ por la adopción de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza
 - El órgano de administración debe adoptar un modelo de organización y gestión de la empresa que contemple estas medidas
 - Programas de *compliance* penal
 - DOJ/SEC: “Common sense and pragmatic approach”
 - Efecto atenuatorio si existe acreditación parcial de los elementos que integran la exención

Exención responsabilidad PJ

- Programa de vigilancia y control idóneo o adecuado para prevenir ese delito en cuestión
- Órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de vigilancia: el denominado “oficial de cumplimiento” para la supervisión del modelo
- Directivos (letra a): (además) elusión fraudulenta de las medidas de prevención por estos y correcto desempeño de las funciones de supervisión por el órgano encargado del cumplimiento
- Empleados (letra b): (únicamente) que no hayan incumplido los directivos las funciones de control sobre ellos → modelo de prevención adecuado

Programa de cumplimiento

■ Requisitos: art. 31 bis.5 CP

- Identificación de actividades: mapa de riesgo
- Protocolos o procedimientos de formación de la adopción de decisiones y de su ejecución
- Modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos
- Obligación de informar al órgano de seguimiento de los riesgos e incumplimientos
- Sistema disciplinario que sancione los incumplimientos
- Revisión periódica del programa de cumplimiento

Canales de denuncia

- ¿Espacio legal para esquemas de denuncia interna?
 - ARCP 2013: Cláusula general: “medidas que de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividad que se llevan a cabo garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo”
 - Art. 31 bis. 5. 4º: “Impondrán la obligación de informar al órgano de seguimiento de los riesgos e incumplimientos”: parte importante de los programas de cumplimiento
- Parte importante de los programas de cumplimiento (Circular FGE 1/2016: elemento para valorar la eficacia del programa)
- Confidencialidad vs. Anonimato (Informe 2007/0128 AEPD)
- Garantías de protección para el denunciante

FGE.- Circular 1/2016

- Precedente Circular 1/2011
- Sistema de responsabilidad vicarial no objetiva en sus dos vías
 - Hecho de conexión: delito cometido por la PF en nombre, por cuenta y en beneficio de la PJ
 - Actuación activa u omisiva del administrador o representante en nombre de la empresa (el deber de control se fija en la persona física y no en la jurídica: falta de control por los superiores)
 - Esto es lo que debe probar la acusación según la FGE

FGE.- Circular 1/2016

- El defecto de organización: presupuesto y refuerzo de la culpabilidad: desterrando la responsabilidad objetiva
- Problema en el fondo probatorio:
 - La acusación solo debe probar la conducta delictiva del dirigente o el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre el empleado
 - La persona jurídica que los programas eran eficaces (en general) para prevenir delitos de la misma naturaleza: excusa absolutoria

FGE.- Circular 1/2016

- El programa de cumplimiento:
 - No tiene por objeto evitar la sanción penal
 - Sí promover una cultura ética empresarial: respeto de la legalidad
- Inequívoco apoyo de la alta dirección:
 - “Tone at the top”: política clara y visible
- Exime de responsabilidad en las dos vías de imputación
 - Diferencia: cuando el delito lo comete el directivo hay que probar que eludió fraudulentamente el modelo de control



FGE.- Circular 1/2016

Requisitos:(cumplir o explicar)

- Fin: cultura de cumplimiento para reducir de forma significativa el riesgo de comisión
- La comisión del delito no es equiparable a inefectivo: “track record”
- Redactados por escrito: claros y precisos
- Riesgos reales y potenciales por tipos de clientes, países, áreas geográficas
- Protocolo de adopción de decisiones
- Utilidad de contar con aplicaciones informáticas

FGE.- Circular 1/2016

- Altos estándares éticos en la contratación de los directivos
- Eficacia preventiva y de detección (investigación)
- Canales de denuncia (sin nombre)
- Sistema disciplinario (código ético)
- Verificación en plazo determinado (no dice cuál)
- Órgano de cumplimiento de la empresa:
 - Cabe externalizar algunas funciones: deber residual de vigilar
 - Compliance Officer como coordinador
 - No puede conformarse por personas del Consejo de Administración

RPPJ: habla el Tribunal Supremo

- Solo 3 resoluciones (realmente 2):
 - STS de 02/09/2015
 - STS de 20/02/2016
 - STS de 16/03/2016
- STS de 02/09/2015: aviso del Presidente (ponente Excmo. Sr. Marchena): da igual el sistema que se elija, “habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal”

RPPJ: habla el Tribunal Supremo

■ STS de 29/02/2016: la mayoría

- Delito posible o facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho manifestada en formas concretas de vigilancia y control
- Esto, “más allá” del régimen de los arts. 31.bis 2) y 5):
 - Es una causa de exclusión del tipo objetivo
 - Cuyo objetivo es “posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la PJ, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad”
- Carga de la prueba: para la acusación
- Programa no exime de forma automática: juicio subj.

RPPJ: habla el Tribunal Supremo

- STS de 29/02/2016: el voto concurrente
 - Un “obiter dicta” que infringe el principio de contradicción
 - La ausencia de una cultura de control, ni es un elemento del tipo, porque no lo ha dicho el legislador, ni puede serlo, porque infringe el ppio. de legalidad
 - La RPPJ, en cualquier caso, “se fundamenta en los principios generales de la ‘culpa in eligendo’ y la ‘culpa in vigilando’”
 - Régimen probatorio: la Fiscalía los elementos típicos del art. 31 bis a) y b) y la exención la persona jurídica

RPPJ: habla el Tribunal Supremo

- STS de 16/03/2016: de nuevo el Presidente
 - Menos teorías y más principios (constitucionales)
 - Delito corporativo: exige “un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda PJ, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”
 - En contra de la “presunción iuris tantum” de defecto organizativo por la comisión del delito (delito de persona física = RPPJ)
 - Acusación: debe probar la comisión del delito y el fallo en los mecanismos de prevención

Guía práctica US FCPAct SEC

- Código de conducta:
 - Claro, conciso y accesible para todos
 - Lenguaje local
 - Revisiones y actualizaciones periódicas
- Políticas y procedimientos
 - Controles internos, auditorías y documentación
 - Riesgos inherentes al negocio (especial atención a las transacciones con gobiernos extranjeros: límites a los regalos, viajes, eventos)
- Supervisión del programa por un ejecutivo senior con autonomía y recursos



Guía práctica US FCPAct SEC

- Valoración del riesgo:
 - *One-size-fits-all*: por lo general, ineficaces
 - Mayor atención a las áreas de mayor riesgo y a las transacciones importantes
 - Factores: país, sector de la industria, oportunidad de negocio, socios, etc.
- Formación periódica y asesoramiento continuo
 - Ajustado al perfil del destinatario
 - Materiales en el idioma local
- Incentivos y medidas disciplinarias
 - Aplicables a todos los miembros de la empresa



Guía práctica US FCPAct SEC

- Diligencia debida respecto de terceras personas y de los pagos a realizar:
 - Análisis de su reputación, sentido económico de su actuación, descripción de su función en el contrato, condiciones de los pagos, información sobre el programa de cumplimiento y compromiso
- Informe confidencial e investigaciones internas
 - Líneas internas de denuncias: investigación
- Mejora continua: revisión periódica proactiva
 - Cambios en el negocio, entorno, legislación,
 - Entrevistas a empleados, auditorías específicas

Manual de prevención de riesgos penales

- Primer paso: mapa de riesgos: analizar la actividad de la empresa para identificar las áreas de actividad en las que podrían cometerse delitos
- Redacción de un código ético o de conducta: la empresa declara su compromiso con la aplicación de prácticas de gobierno éticas y con el cumplimiento de la ley
 - Actuaciones transparentes y rechazo de la corrupción
 - Prácticas laborales conformes con derechos fundamentales y laborales
 - Salud y seguridad de las instalaciones
 - Respeto al medioambiente
 - Calidad y seguridad de sus productos
 - Tratamiento de la información reservada
 - Subcontratación responsable: aplicación a los proveedores

Manual de prevención de riesgos penales

- Redacción de la normativa interna: protocolos de actuación en cada una de las áreas
 - Delegación de funciones y autorizaciones y apoderamientos: principio de separación de funciones
 - Delitos concretos por bienes jurídicos afectados: normalmente en las empresas serán materias relevantes: protección de datos, información financiera, políticas contables, gestión de residuos, recepción de regalos, invitación a funcionarios a eventos promocionales, patrocinios, control de proveedores, publicidad responsable, uso aceptable de Internet
- Redacción de un Manual de Prevención que recopile toda la información y valoración experta de suficiencia
 - La normativa interna relevante forma parte de este Manual como documentos anexos

Manual de prevención de riesgos penales

- Órgano específico de control interno: con capacidad de actuación autónoma / comité / empleado senior / legal
 - Sociedades pequeñas dimensiones: cuentas abreviadas: puede ser el órgano de administración
- Canal de denuncia: “Whistleblowers” o “hotlines o speak up lines”: accesible a todos, amplitud de los hechos denunciados, confidencialidad y garantías de protección
- Información y formación de los empleados
- Sistema de sanciones: Estatuto o Convenio
- Incentivos (disciplinarios y positivos)
- Revisiones periódicas del programa (plazo)