

La responsabilidad civil del compliance officer

Juan Antonio Frago Amada

Fiscal de delitos económicos

Fiscalía Provincial de La Coruña

Editor del blog “En ocasiones veo reos” (+ 2 millones de visitas)

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

22-V-2018

¿Quién soy?

- Supero las oposiciones de jueces y fiscales con 26 años (2006).
- Secretario de la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales (APIF).
- Doctorando por ICADE (Derecho procesal).
- Medalla de Oro al Mérito Profesional de las Relaciones Industriales y las Ciencias del Trabajo, con distintivo rojo, concedida por el Consejo General de Titulados Superiores en Relaciones Industriales y Licenciados en Ciencias del Trabajo de España.
- 4 premios de investigación, incluyendo el Pedro Dorado Montero (Salamanca, 2003).
- 1 libro (Casos prácticos de Derecho procesal penal, Ed. Ezcurra, 2016), 22 artículos publicados y 1 capítulo de libro colectivo (Actualidad Penal 2017, Ed. Tirant lo Blanch).
- Fiscal del grupo de delitos económicos de la Fiscalía Provincial de La Coruña desde abril de 2014.
- He recuperado hasta la fecha y por iniciativa exclusiva mía al menos 10 millones de € efectivos para las arcas públicas.
- Editor único del blog “En ocasiones veo reos”, que supera los 2 millones de visitas, con más de mil post.
- Conferenciante habitual (+95 conferencias y cursos incluyendo Moscú, Madrid, Barcelona, Sevilla, Zaragoza, Murcia, Huelva, Santa Cruz de Tenerife, Santiago de Compostela, Vigo, Coruña, etc.), para todo tipo de instituciones públicas (Guardia Civil, Vigilancia Aduanera, ISSGA, CESEDEN, EGAP, universidades Complutense, Pompeu Fabra, Internacional de La Rioja, Miguel Hernández de Elche), colegios de abogados (Madrid, Barcelona, Huelva, Ferrol, Zaragoza, Coruña), escuelas de negocios (IE Law School, EF Business School, CEF, Instituto Cajasol, Asociación Murciana de Compliance) y empresas de formación (Diplómate Formación, Wolters Kluwer).
- Centrado en investigar y mejorar en materias de derecho penal económico e informático y corporate compliance.

¿Cómo seguir en contacto?

- Twitter: @enocasionveor
- Perfil Linkedin.
- Facebook:
<https://www.facebook.com/EnOcasionesVeoReos/>

La Circular 1/2016 FGE y el oficial de cumplimiento

Conclusión 2^a

- 2^a La nueva definición de las personas físicas del apartado 1 a) amplía notablemente el círculo de sujetos de este criterio de imputación, que permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.

Conclusión 17^a

- 17^a Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los Sres. Fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.

Comentario 17^a

- Esta conclusión se remite a los puntos 5. 3 “*Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión*” (f. 42-46) y 5. 4 “*El oficial de cumplimiento*” (f. 46-50).
- Oficial imputable.
- Externalizables funciones.
- Regulaciones sectoriales específicas.

- *No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC]. F. 49 de la circular.*

Art. 31 bis 2 Cp (eximente en caso de delito cometido por el mando)

- 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:
 - 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia,
 - antes de la comisión del delito,
 - modelos de organización y gestión que incluyen 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;

Art. 31 bis 2 Cp (eximente en caso de delito cometido por el mando) (cont.)

- 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control
- o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a
- En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

El falso cumplimiento normativo (*paper compliance*)

- En la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, f. 43, podemos leer una sucinta referencia a esta problemática:
- *"Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.*
- *No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.".*

Ejemplos

- Copia-pegado de otra organización.
- Copia-pegado del Código penal.
- Por ser absurdamente amplio.
- Pruebas de que hubo intencionalidad de no crear un plan real o robusto (Teva Pharma).
- Carezca de los complementos necesarios.
- Aportación de planes de fecha divergente respecto a la alegada.
- No se proceda a la adaptación o revisión posterior (31 bis 5. 6º Cp).
- Aportación de otros documentos como si fuesen un plan o modelo de cumplimiento (manual de PBCyFT por ejemplo).

- Falta de implementación efectiva del CO (nadie ejerza realmente la función, se le sature de otras obligaciones, persona manifiestamente incompetente, falta de presupuesto propio y suficiente (31 bis 5. 3º Cp)).
- Hard law vs soft law (y su aplicabilidad al 31 bis 5 1º Cp).

Responsabilidades

- Abogado de empresa.
- Abogado previsto en la Ley 39/1975 “*sobre designación de Letrados asesores del órgano de administrador de determinadas sociedades mercantiles*”.
- “Elaborador” del manual, plan o programa de cumplimiento normativo.
- El compliance officer.

- Responsabilidad penal (en especial 33. 7 Cp respecto a las PJ).
 - Doble modelo 116. 3 Cp vs 120 Cp.
-
- Caso Real Zaragoza vs Levante.
 - Caso Bankia.
 - Delitos medioambientales y análogos.

Elucubremos

- Responsabilidad penal y civil del:
- Abogado de empresa (¿secreto profesional?).
- “Elaborador” del manual, plan o programa.
- Del compliance officer (Antes y después del delito).
- Acusaciones: las class actions penales