

Responsabilidad Penal Empresarial

Tiempos de crisis

Ignacio Schwerter Eckholt

DLA Piper Chile



CONTEXTO ACTUAL

- CHILE. 18 OCTUBRE 2019 – 11 MARZO 2020
- CHILE Y EL MUNDO. PANDEMIA. 11 MARZO DE 2020 INICIO DE CONFINAMIENTOS.
- DEBILITAMIENTO PROGRESIVO E INTENSO DE LA ECONOMÍA MUNDIAL
- CONSECUENCIAS:
 - 1.- ADAPTABILIDAD DE EMPRESAS
 - 2.- ALTO DESEMPLEO
 - 3.- TELETRABAJO. MAYOR EXPOSICIÓN AL RIESGO.
- EMPRESAS PUESTAS A PRUEBA
- ESTE ES EL MOMENTO EN QUE SE VERÁN TODAS SUS VIRTUDES O DEFECTOS

¿CÓMO ENFRENTAMOS ESTA NUEVA REALIDAD?

- DELITOS A NIVEL MUNDIAL EN CONTEXTO ACTUAL AUMENTAN.
- PRINCIPALES ACTIVIDADES AFECTADAS POR PANDEMIA: EMPRESARIAL, FINANCIERA Y GUBERNAMENTAL.
- APOYOS DE GOBIERNO. INYECCIÓN DE RECURSOS. FLEXIBILIZACIÓN EN PROCESOS DE ADQUISICIÓN.
- FRAUDES AL INTERIOR DE LA EMPRESA TAMBIÉN AUMENTAN. “FRAUDE OCUPACIONAL”.

11° VERSIÓN DEL REPORTE PARA LAS NACIONES DE ACFE AÑO 2020. ANÁLISIS ENERO 2018 A SEPTIEMBRE DE 2019. TIEMPOS DE NORMALIDAD.

- 125 PAÍSES.
- 2504 FRAUDES OCUPACIONALES.
- PÉRDIDAS DE USD 3,600 MILLONES.
- 14 MESES EN SER DESCUBIERTOS.

SI ESO OCURRE EN TIEMPOS DE NORMALIDAD ¿QUÉ OCURRIRÁ EN TIEMPOS DE ANORMALIDAD?

¿CÓMO ENFRENTAMOS ESTA NUEVA REALIDAD?

- MOTIVACIONES DEL FRAUDE OCUPACIONAL.
- ÁREAS AL INTERIOR DE LA EMPRESA EN QUE OCURREN FRAUDES SEGÚN REPORTE ACFE:
 - OPERACIONES (15%)
 - CONTABILIDAD (14%)
 - EJECUTIVOS O MANDOS SUPERIORES (12%)
 - VENTAS (11%)
- MÉTODOS DE OCULTAMIENTO
- RUBROS AFECTADOS
- DEBILIDADES DE LA EMPRESA
- ALERTAS

¿CÓMO EVITAR LA APROPIACIÓN O DESVÍOS DE RECURSOS PROPIOS? ¿CÓMO EVITAR LA COMISIÓN DE DELITO EMPRESARIAL? CONTROL INTERNO

- ¿QUÉ HACER? ¿CÓMO PREVENIR?
- ¿COMO EVITAR QUE TRABAJADORES COMETAN DELITOS EN BENEFICIO PROPIO O EN BENEFICIO DE LA EMPRESA?
- ¿CÓMO TRASPASAR EL CONTROL INTERNO A LA NUEVA REALIDAD DEL TELETRABAJO?
- NUEVOS DESAFÍOS
- MODELOS DE PREVENCIÓN: ROBUSTOS? DINÁMICOS? ADAPTABLES?
- DATO: 1 DE CADA 3 DELITOS COMETIDOS AL INTERIOR DE LA EMPRESA SE COMETEN POR FALTAS DE CONTROL INTERNO. ESO EN TIEMPOS DE NORMALIDAD. EN TIEMPOS ACTUALES ESO AUMENTARÁ.

REALIDAD EMPRESARIAL CHILENA

- FALTA O INSUFICIENCIA DE CONTROL INTERNO.
- DATOS PÚBLICOS DE LA CMF AL 31 DE MARZO DE 2020 RESPECTO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS SUPERVIGILADAS.
- EN CHILE:
 - EL 3% DE LAS EMPRESAS RECIBEN DENUNCIAS.
 - EL 61% DE LOS EMPLEADOS NO DENUNCIA, A PESAR DE SABER QUE HABÍAN CONDUCTAS POCO ÉTICAS.
 - EL 31% CREE QUE NO SE HARÁ NADA SI DENUNCIA.
 - EL 17% NO CREE EN LA CONFIDENCIALIDAD DE LA DENUNCIA.
 - EL 3% NO DENUNCIA POR TEMOR A REPRESALIAS.
- EN PEQUEÑAS EMPRESAS O PYMES. RIESGO ADICIONAL. INGRESO DEL CRIMEN ORGANIZADO MEDIANTE FINANCIAMIENTOS “DESINTERESADOS”. EJEMPLO: ADQUISICIÓN DE BONOS DE EMPRESAS VINCULADAS A LA MAFIA CALABRESA ‘NDRAGHETA. DOBLE PREOCUPACIÓN.

COMPLIANCE. MDP. ENCARGADO PREVENCIÓN / REACCIÓN

- ADAPTAR EL CONTROL INTERNO. FLEXIBILIZACIÓN. ¿DISPUESTO A ASUMIR MAYOR RIESGO?
- COMO CAMBIAR LA FALSA CREENCIA DE QUE “NO OCURRIRÁ” Y PREVEER.
- COMO TRASPASO INFORMACIÓN A LA ORGANIZACIÓN. MANTENGO ESTRUCTURA O LA FLEXIBILIZO?
- PROACTIVIDAD DEL ENCARGADO DE PREVENCIÓN. EN CHILE TIENE DESARROLLO DE ADOLESCENTE VS EL ADULTO DE PAÍSES DESARROLLADOS.
- EMPRESAS CON CULTURA DE COMPLIANCE VS LAS QUE NO. OFICIAL DE CUMPLIMIENTO QUE ES VISTO COMO UN COSTO Y NO COMO INVERSIÓN.
- DEBE SER GUÍA PARA QUE LA EMPRESA LOGRE NAVEGAR ESTA OLA TURBULENTA.

COMPLIANCE. MDP. ENCARGADO PREVENCIÓN / REACCIÓN

- ENCARGADO DE PREVENCIÓN ES MÁS IMPORTANTE QUE NUNCA. LE DA VALOR A LA EMPRESA.
- DUDAS QUE ENFRENTARÁ: TRABAJO REMOTO, FUGAS DE INFORMACIÓN. INTERVENCIÓN INFORMÁTICA, MECANISMOS DE PROTECCIÓN, FLEXIBILIZACIÓN DE PROCESOS, CAPACITACIONES DINÁMICAS, SEGURIDAD OCUPACIONAL, REVISIÓN DE CORREOS Y APLICACIONES.
- ¿CONTROL INFORMÁTICO? PUEDO HACERLO? ¿LÍMITES? COMO COLISIONA EL CONTROL CON OTROS DERECHOS DEL TRABAJADOR: PRIVACIDAD, ETC.?
- SE PONE A PRUEBA MPD. ADAPTABILIDAD ANTE NUEVOS DELITOS:
 - OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE PRESTACIONES CON CARGO AL SEGURO DE DESEMPLEO.
 - MAL USO DE CRÉDITOS FOGAPE.
 - DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA: NUEVO 318 TER

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

- LEY 20.393 DE 21/12/2009. COHECHO, LAC Y FINANCIAMIENTO TERRORISMO.
- LEY 21.121 DE 20/11/2018. AMPLIACIÓN CATÁLOGO: RECEPCIÓN, NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE, CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES, APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL. SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN PRIVADA.
- LEY 21.132 DE 31/01/2019. AMPLIACIÓN CATÁLOGO: CONTAMINACIÓN DE AGUAS, PESCA ILEGAL Y OTRAS.
- FUNDAMENTO ATRIBUCIÓN.
- DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN.
- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA NO ES ALTERNATIVA SINO CUMULATIVA A LA DE LA PERSONA FÍSICA. DE ELLO DERIVA EL PESO QUE HAY QUE TOMARLE.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

- ¿QUÉ TIPO DE PERSONA JURÍDICA RESPONDE PENALMENTE?
 - CONCEPCIÓN EXTRAPENAL
 - POR LEY: PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y LAS EMPRESAS DEL ESTADO.
 - EXCLUSIÓN
 - POSIBLE EXCLUSIÓN: NON BIS IN IDEM
- ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

- DELITO COMETIDO
- PERSONA FÍSICA
- EN DIRECTO E INMEDIATO INTERÉS O PROVECHO DE LA PERSONA JURÍDICA (ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO): OBTENCIÓN DE UN BENEFICIO. ¿INDIRECTO? ¿SI CON LA ACCIÓN AHORRA UN COSTO?
- SI HA SIDO COMETIDO EN INTERÉS PROPIO O DE UN TERCERO, NO SE SANCIONA PENALMENTE A LA PERSONA JURÍDICA.

MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS. ¿EXCENCIÓN DE RESPONSABILIDAD?

- MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS (MPD) ADOPTADO E IMPLEMENTADO CON ANTERIORIDAD A LA COMISIÓN DEL DELITO

Condiciones:

- adopción de modelo de organización. MPD. Que vigile y controle.
 - organismo de vigilancia. encargado de prevención. poderes autónomos de iniciativa, control y medios.
 - elusión fraudulenta. sujeto activo comete delito eludiendo el MPD.
 - diligencia encargado de prevención.
- ¿Certificación del MPD? ¿Sirve de algo?

DATO: EN CHILE SOLO 248 GRUPOS EMPRESARIALES TIENEN CERTIFICADO VIGENTE. CASI NO EXISTEN PYMES O EMPRESAS MEDIANAS CON MDP. NO HAY CONCIENCIA DEL COMPLIANCE.

SANCIONES

1. Disolución o cancelación de la persona jurídica.
2. Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con el estado.
3. Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
4. Multa a beneficio fiscal.
5. Penas accesorias: publicación extracto sentencia, comiso y entero en arcas fiscales de una suma proporcional a la inversión realizada.

DELITOS DE LA LEY 20.393

1. LAVADO DE ACTIVOS (MÁS DE 30 DELITOS BASE)
2. SOBORNO / COHECHO ACTIVO
3. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE ENTRE PRIVADOS
4. CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES
5. APROPIACIÓN INDEBIDA
6. ADMINISTRACIÓN DESLEAL
7. RECEPCIÓN
8. CONTAMINACIÓN DE AGUAS
9. 6/04/2020. OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE PRESTACIONES CON CARGO SEGURO DE CESANTÍA. TRANSITORIO. 541 A 5 AÑOS. PROHIBICIÓN CONTRATACIÓN CON ESTADO POR 2 AÑOS.
10. DL 3472. FOGAPE. 90% EMPRESAS. ¿470 n° 1. SI. LGB NO? QUE PASA SI ME PAGAN CON ESOS FONDOS?
11. LEY 21240. 20/06/2020. 318 TER. ORDENAR CONCURRIR AL LUGAR DE TRABAJO A EMPLEADO QUE ESTA CONFINADO EN DOMICILIO O RESIDENCIA SANITARIA. 61 DÍAS A 3 AÑOS. ESENCIALES VS NO ESENCIALES. DOLOSO. CATÁLOGO DE LA LEY.

CASOS JUDICIALIZADOS ¿APLICACIÓN MDP?

1.- PINTURAS CERESITA (2013). Cohecho en la obtención de permisos para funcionamiento. Terminó en acuerdo judicial. SCP. 2 AÑOS. Abandono comuna, demolición instalaciones, predio exento de riesgos de salud, donación al fisco de 6.000 m², parque intercomunitario, pintar fachadas casas, equipamiento consultorios de la comuna, aplicación modelo prevención en 6 meses e instalación de letrero en parque.

2.- SALMONES COLBÚN (2013). Falsificación sentencias para obtener derechos de aprovechamientos de aguas. Cohecho. Condena abreviado: Pérdidas de 40% de beneficios fiscales y multa 500 UTM. Sin modelo.

3.- CONSTRUCTORA PEHUENCHE (2015). Pagos para no fiscalización, no terminar contrato ni pagar multas. Cohecho. Condena abreviado: prohibición contratos con Estado por 4 años y multa 680 UTM. Sin modelo.

4.- UNIVERSIDADES DEL MAR, SEK Y PEDRO DE VALDIVIA (2016). Obtención acreditación alumnos CAE. Soborno. Condena abreviado U. Mar (2.000 UF). SEK y UPV con SCP: \$ + becas. Modelo insuficiente.

CASOS JUDICIALIZADOS

5.- CORPESCA. Soborno. Modelo de papel, no implementado. En juicio. Pena pedida: 20.000 UTM y prohibición de contratar con Estado por 5 años.

6.- ANFP. PROLESUR. CASOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

7.- NOVA AUSTRAL. JUNIO DE 2020. Introducción de toneladas de arena al lecho marino para volver a capacidad aeróbica. Medidas cautelares reales por \$6.000.000.000.- Ley Navarino. MDP?

PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS ECONÓMICOS

- FUNDAMENTOS:
 - CERTIDUMBRE A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA A LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA.
 - REPRESIÓN ADECUADA. POST ESTALLIDO SOCIAL.
 - SISTEMATIZACIÓN DE CRIMINALIDAD ECONÓMICA. PENAS PROPIAS. COMISO DE GANANCIAS Y MULTAS (DÍAS MULTA). 205 DELITOS.
 - 4 ÁREAS TEMÁTICAS.

PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS ECONÓMICOS

- PERFECCIONAMIENTO LEY 20.393:
 - AUMENTO CATÁLOGO DE DELITOS.
 - SIMPLIFICACIÓN MDP.
 - NO EXIGENCIA DE CERTIFICACIÓN.
 - AMPLÍA CATÁLOGO DE EMPRESAS.
 - CAMBIO DE ATRIBUCIÓN: “A CONSECUENCIA” VS “FAVORECIDA”.
 - SUPERVISIÓN COMO PENA Y CAUTELAR REAL.
 - AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE PERSONAS VINCULANTE.
 - ELIMINA BENEFICIO ECONÓMICO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN.
 - RESPONSABILIDAD PENAL DE GRUPOS EMPRESARIALES.
 - COMISO DE GANANCIAS. DÍAS MULTA. AUMENTO CUANTÍA.

MUCHAS GRACIAS