

Realidad, Riesgo y Rendimiento = R^3 Cumplimiento en Materia Fiscal, Comercio Exterior, Aduanas y el Debido Control

DR. OCTAVIO DE LA TORRE DE STÉFFANO






REALIDAD RIESGO RENDIMIENTO

Reality, Risk, and Performance=R³. Compliance in Fiscal Matters, Foreign Trade, Customs and Due Control



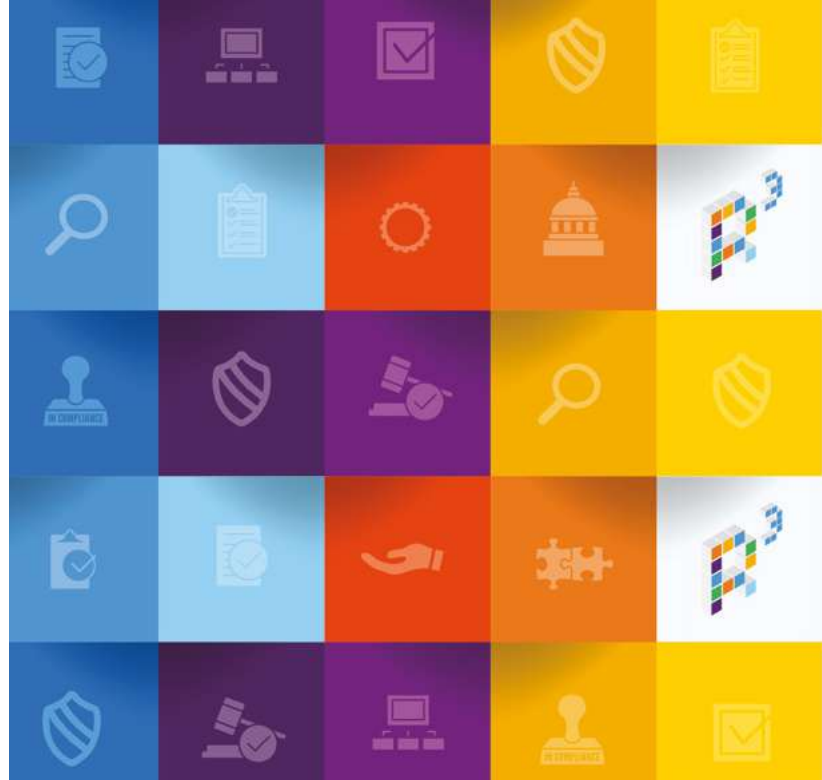
**DR. OCTAVIO DE LA
TORRE DE STÉFFANO**

Presidente del Corporativo TLC Asociados. Considerado uno de los principales asesores de comercio exterior en México. Miembro acreditado del Cuarto de Junto del Sector Privado en la renegociación del TLCAN y Vicepresidente de la Coordinación Nacional de Síndicos del Contribuyente de la CONCANACO SERVYTUR. Fundador y catedrático de Trade & Law College, además de ser uno de los columnistas en temas fiscales y de comercio exterior más leídos en medios de comunicación en el país. Licenciado en Derecho con estudios en Contabilidad e Historia. Obtuvo el grado de Doctor por el Centro Universitario de Estudios Jurídicos. Cuenta con diversas publicaciones y un libro titulado: "Acción de Nulidad de Juicio Concluido: Propuesta de Reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles con Efectos en Materia Fiscal y Administrativa". Fundador del Consejo Editorial de Trade Law & Customs Magazine. Como Vicepresidente de la Coordinación Nacional de Síndicos del Contribuyente de la CONCANACO SERVYTUR ha impulsado diversas iniciativas para promover la competitividad del sector terciario en México. Conferencista a nivel nacional e internacional en temas relacionados con la facilitación comercial, el derecho aduanero y fiscal. Ha impartido a lo largo de la República Mexicana distintos cursos y talleres en materia de comercio exterior y aduanas. Considerado dentro de los principales abogados fiscalistas de México por las revistas: Estrategia Aduanera, Defensa Fiscal y Expansión. Columnista en la Revista T21 y conductor del programa de Tv Arquitectura Aduanera.

The CEO OF TLC Asociados, one of the main foreign trade advisors in Mexico, accredited member of the Meeting Room from the Private Sector during the renegotiation of NAFTA, he is the National Vice Chairman of Representatives of CONCANACO (Confederation of National Chambers of Commerce, Services and Tourism), the founder and professor in Trade & Law College, in addition, he is a columnist for tax foreign trade matters, which are the most read media in the country. Bachelor's Degree in Law with Accounting and History studies and PhD granted by the University Center of Legal Studies. He has several publications and a book titled: "Invalidity Action of a Concluded Trial: Proposal for Reforming the Federal Code of Civil Proceedings with the Purposes of Fiscal and Administrative Matters". Founder of the Editorial Board of Trade Law & Customs Magazine. As the Vice Chairman of the National Coordination of Representatives of the Taxpayer of CONCANACO SERVYTUR (Confederation of National Chambers of Commerce, Services and Tourism), he has supported several initiatives to encourage competitiveness of the service sector in Mexico. He is a speaker at a national and international level regarding matters that concern trade facilitation, customs and tax law. He has taught courses and seminars, throughout Mexico, regarding foreign trade and customs matters. He is considered as a member of the main tax layers in Mexico by the magazines: Customs Strategy, Taxing Defense and Expansion. He is a columnist for the T21 Magazine and the host of the "Customs Architecture" Tv show.



Al observar el debido control o diligencia en las actividades, las empresas podrán obtener la excluyente o atenuante de las consecuencias jurídicas en el ámbito penal"



Ante los cambios impulsados en el Congreso por el Poder Ejecutivo para el 2020, resultará imprescindible que los empresarios identifiquen a la luz de la legislación nacional e internacional, el significado del “debido control”; además de los beneficios de su implementación en el ámbito empresarial a través de un sistema de gestión de compliance, evitando colpar la continuidad del negocio.

El término “debido control” en México, surge en el año 2016 en la reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal, donde señala que, al observar el debido control o diligencia en las actividades, las empresas podrán obtener la excluyente o atenuante de las consecuencias jurídicas en el ámbito penal.



By observing due control or diligence in activities, companies may obtain the exclusion or mitigation of legal consequences in the criminal area"

Given the changes promoted in Congress by the Executive Branch for 2020, it will be imperative that entrepreneurs identify in light of national and international legislation the meaning of "due control", in addition to the benefits brought from its implementation in the business environment through a compliance management system avoiding overlapping business continuity.

The term "due control" in Mexico arises in 2016 in the reform of the National Code of Criminal Procedures and the Federal Criminal Code, which states that, by observing due control or diligence in activities, companies may obtain the exclusion or mitigation of legal consequences in the criminal area.



¿Qué se entiende por el debido control y cuáles son los elementos que lo integran?

En este contexto, se revela la interrogante, ¿Qué se entiende por el debido control y cuáles son los elementos que lo integran?, para los especialistas Ricardo Abia González y Guillermo Dorado Herranz, el “debido control” en materia penal, no es un término simple, sino más bien se encuentra integrado por diversos elementos:

Elementos del Debido Control:

1. Modelos de prevención y gestión.
2. Evaluación de riesgos.
3. Soft Law o Autorregulación de la empresa.
4. Compromiso de la alta dirección con compliance/ Independencia de la función de compliance.
5. Procesos de información documentada/ Generación evidencias/ Canal de denuncias.
6. Controles Tipo positivo o negativo.
7. Supervisión y evaluación periódica del sistema.



In this context, some questions are posed: What does proper control mean? and what are the elements that make it up? For specialists Ricardo Abia González and Guillermo Dorado Herranz, "due control" in criminal matters is not a simple term, but rather is made up of various elements:

Elements of Due Control:

1. Preventing and managing methods.
2. Risk Analysis.
3. Soft Law or Self-regulation of the company.
4. Senior management commitment to compliance/ Independence of the compliance function.
5. Documented Information Processes/Generation of Evidence/Complaints Channel.
6. Positive or negative control type.
7. Periodic monitoring and devaluation of the system.

En el Código Penal del Estado de Quintana Roo, inspirándose en la legislación española se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el debido control con las siguientes características:

1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
2. Adoptarán protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción, de decisiones y de ejecución de éstas con relación a aquéllos. Todo esto para prevenir el delito.
3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, así como compromisos de los órganos directivos o de administración para destinar recursos a la prevención de delitos.



4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas de prevención que establezca el modelo.
6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Ahora bien, las empresas que en México pretendan implementar un sistema de gestión de compliance o antisoborno, siempre y cuando lleven el “debido control” de sus actividades, tendrán el beneficio de la excluyente o atenuante de las consecuencias jurídicas en materia penal.

The Criminal Code of the State of Quintana Roo, inspired from the Spanish legislation, introduced the criminal responsibility for legal entities and due control with the following characteristics:

1. Identify the activities within the scope of which the offences to be prevented may be committed.
2. They shall adopt protocols or procedures that specify the process of formation of the will of the legal person, adoption, decisions and their execution in relation to the former. All this in order to prevent crime.
3. They shall have models for the management of adequate financial resources to prevent the commission of the crimes that must be prevented, as well as commitments by the governing or administrative bodies to allocate resources to the prevention of crimes.
4. Impose the obligation to report possible risks and breaches to the body responsible for monitoring the operation and observance of the prevention model.
5. Establish a disciplinary system that adequately sanctions non-compliance with the prevention measures established by the model.
6. They shall carry out a periodic verification of the model and its possible modification when relevant infringements of its provisions are revealed, or when there are changes in the organization, control structure or activity carried out that make them necessary.

However, companies in Mexico that intend to implement a compliance or anti-bribery management system, as long as they have "due control" of their activities, will have the benefit of excluding or mitigating legal consequences in criminal matters.

Lo anterior, toma relevancia desde el 17 de junio de 2016 cuando fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación las modificaciones al Código Nacional de Procedimientos Penales para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas o morales.

En particular, los artículos 421 y 422 indican lo siguiente:

“Artículo 421. Ejercicio de la acción penal y responsabilidad penal autónoma.

Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos a su nombre por su cuenta; en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho...”.



“Artículo 422. Consecuencias jurídicas”

A las personas jurídicas con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones:

- I. Sanción pecuniaria o multa.
- II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito.
- III. Publicación de la sentencia.
- IV. Disolución.
- V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo.

Para los efectos de la individualización de las sanciones anteriores, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 de este ordenamiento y el grado de culpabilidad correspondiente de conformidad con los siguientes aspectos:

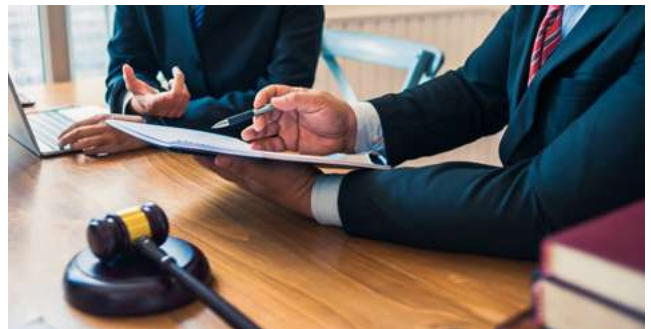
- a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma...”.

The foregoing has been relevant since June 17, 2016 when the amendments to the National Code of Criminal Procedures to establish the criminal liability of legal or moral persons were published in the Official Journal of the Federation.

Particularly, articles 421 and 422 establish the following:

“Article 421. Exercise of criminal action and autonomous criminal responsibility.

Legal entities shall be criminally liable for crimes committed in their name on their own behalf; for their benefit or through the means they provide, where it has also been determined that there was a failure to exercise due control in their organization. The foregoing regardless of the criminal liability that may incur their representatives or administrators de fact or law...”.



“Article 422. Legal Consequences.

Legal entities having legal personality may be subject to one or more of the following sanctions:

- I. Pecuniary sanction or fine.
- II. Confiscation of instruments, objects or proceeds of crime.
- III. Publication of the judgement.
- IV. Dissolution.
- V. Any others expressly determined by criminal law in accordance with the principles set out in this article.

For purposes of the individualization of previous sanctions, the court shall take into consideration the provisions of Article 410 of this order and the corresponding degree of culpability in accordance with the following aspects:

- a) The magnitude of the nonobservance of the due control in your organization and the enforceability of behaving in accordance with the norm...”.

También, en la misma fecha se modificó el Código Penal Federal para adicionar el artículo 11Bis donde quedaron incorporados los delitos que podrán ser atribuidos a las personas jurídicas; además de incorporarse las atenuantes cuando fueron implementados mecanismos de vigilancia en la organización.

A continuación, transcribo el dispositivo que señala lo siguiente:

“Artículo 11 Bis. - Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos:

A. De los previstos en el presente Código:

XIV. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis.

B. De los delitos establecidos en los siguientes ordenamientos:

VII. Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación.

VIII. Defraudación Fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, del Código Fiscal de la Federación;

VIII. Bis. Del Código Fiscal de la Federación, el delito previsto en el artículo 113 Bis; (Incluido en la reforma penal y fiscal que tendrá vigencia el próximo 1 de enero de 2020).

“

VIII Bis. Del Código Fiscal de la Federación, el delito previsto en el artículo 113 Bis; (Incluido en la reforma penal y fiscal que tendrá vigencia el próximo 1 de enero de 2020)”



“

VIII Bis. From the Fiscal Code of the Federation, the crime foreseen in article 113 Bis; (Included in the penal and fiscal reform that will be in force next January 1, 2020)”

Also, on the same date, the Federal Criminal Code was amended to add article 11Bis, which incorporates offences that may be attributed to legal persons; in addition, extenuating circumstances were added when oversight mechanisms were implemented in the organization.

This article indicates the following:

“Article 11 Bis. - For the purposes of Title 10, Chapter 2, of the National Code of Criminal Procedure, legal persons may be subject to some or more of the legal consequences when they have been involved in the commission of the following offences:

A. Of those provided for in this Code:

XIV. Operations with resources of illicit origin, provided for in article 400 Bis.

B. Of the crimes established in the following legal systems:

VII. Contraband and its equivalent, as provided for in articles 102 and 105 of the Federal Fiscal Code.

VIII. Tax fraud and its equivalent, as provided for in articles 108 and 109 of the Federal Fiscal Code;

VIII. Bis. From the Fiscal Code of the Federation, the crime foreseen in article 113 Bis; (Included in the penal and fiscal reform that will be in force next January 1, 2020).

IX. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223.

Para los efectos del artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, están los siguientes límites de punibilidad para las consecuencias jurídicas de las personas jurídicas:

- a) Suspensión de actividades, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- b) Clausura de locales y establecimientos, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- c) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión, por un plazo de entre seis meses a diez años.
- d) Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como por la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, por un plazo de entre seis meses a seis años.
- e) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores en un plazo de entre seis meses a seis años.



La intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Se determinará exactamente el alcance de la intervención y quién se hará cargo de la misma, así como los plazos en que deberán realizarse los informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención judicial se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Público. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, así como a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. La legislación aplicable determinará los aspectos relacionados con las funciones del interventor y su retribución respectiva.

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico.”

IX. Of the Industrial Property Law, the crimes provided for in Article 223.

For the purposes of article 422 of the National Code of Criminal Procedure, the following limits of the sanctions shall apply to the legal consequences of legal entities:

- a) Suspension of activities, for a period of between six months and six years.
- b) Closure of premises and establishments, for a period of between six months and six years.
- c) Prohibition to carry out in the future the activities in the exercise of which it has been committed or participated in its commission, for a period of between six months and ten years.
- d) Temporary disqualification consisting of the suspension of rights to participate directly or through an intermediary in contracting procedures or to enter into contracts regulated by the Law on Public Sector Procurement, Leasing and Services, as well as by the Law on Public Works and Related Services, for a period of between six months and six years.
- e) Judicial intervention to safeguard the rights of workers or creditors within six months to six years.

Legal intervention may affect the entire organization or be limited to any of its facilities, sections or business units. The exact scope of the intervention and who will be in charge of it will be determined, as well as the deadlines in which the follow-up reports must be made to the judicial body. The judicial intervention may be modified or suspended at any time following a report from the auditor and the Public Prosecutor's Office. The auditor shall have the right to access all the facilities and premises of the company or legal person, as well as to receive whatever information he deems necessary for the exercise of his functions. The applicable legislation shall determine the aspects related to the functions of the auditor and their respective remuneration.

In all the cases from article 422 of the National Code of Criminal Procedure, sanctions may be reduced by up to one quarter if, prior to the event for which they are accused, the legal persons had a permanent supervisory body in charge of verifying compliance with applicable legal provisions to follow up internal crime prevention policies and that they have carried out before or after the event for which they are charged, reducing the damage caused by the typical event.”



Los sistemas de gestión de compliance o antisoborno, los podemos implementar conforme a los estándares internacionales: ISO 19600 o ISO 37001"

Muchos podrían pensar que el vehículo para lograr el "debido cumplimiento" es exclusivo del sistema de gestión de compliance, el cual, en la época moderna se remonta al siglo XX en la década de los 70's, cuando la URSS denuncia a nivel mundial las supuestas prácticas de corrupción que utilizaban las multinacionales americanas, especialmente en los países en vías de desarrollo.

Actualmente, los sistemas de gestión de compliance o antisoborno, los podemos implementar conforme a los estándares internacionales: ISO 19600 o ISO 37001, actividad que se ha realizado en materia de comercio exterior y aduanas, por lo menos desde hace 10 años por TLC Asociados.

Ante los cambios que se perfilan para el 2020, es necesario dar el siguiente paso, el cual consiste en evolucionar el sistema de gestión de cumplimiento, incorporando la metodología de **R al cubo (R³): Realidad, Riesgo y Rendimiento** con el fin de proteger a las empresas de caer en supuestos de infracciones de tipo fiscal, aduanero y de comercio exterior.

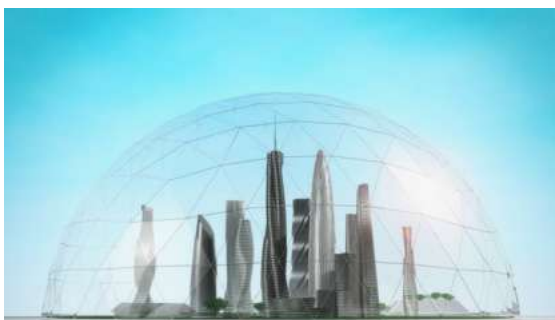


The compliance or anti-bribery management systems can be implemented according to international standards: ISO 19600 or ISO 37001"

Many might think that the vehicle for achieving "proper compliance" is exclusive to the compliance management system, which in modern times dates back to the twentieth century in the 1970s, when the USSR denounced at the global level the alleged corrupt practices used by American multinationals, especially in developing countries.

Currently, the compliance or anti-bribery management systems can be implemented according to international standards: ISO 19600 or ISO 37001, an activity that has been carried out in foreign trade and customs for at least 10 years by TLC Asociados.

Given the changes outlined for 2020, it is necessary to take the next step, which is to evolve the compliance management system, incorporating the methodology of **R to cube (R³): Reality, Risk and Performance** in order to protect companies from falling into assumptions of violations of tax, customs and foreign trade.





Realidad, Riesgo y Rendimiento



El sistema R³, consiste en analizar la realidad, definir el riesgo y establecer las métricas de rendimiento para las empresas"

Esta metodología innovadora creada para que las empresas cumplan con diversas obligaciones fiscales aduaneras, se basa en diferentes estudios que se han implementado a nivel mundial. El sistema R³, consiste en analizar la realidad, definir el riesgo y establecer las métricas de rendimiento para las empresas. En la primera parte se rompe con los mitos del compliance, cuya existencia se remonta al año 1906.

En la segunda parte se identifica el contexto de los cambios presentes, la relación con el negocio y la organización empresarial; en la tercera parte se evalúan los riesgos de manera matemática con distintos indicadores, todo ello en estricto cumplimiento de la ley de comercio exterior, aduanera y fiscal.

Mientras que, en la cuarta parte, el rendimiento, se da a conocer cómo se encuentra la organización, si realmente está cumpliendo o qué inconformidades existen, con opciones de respuesta ante una contingencia.

En ocasiones, las empresas dejan de lado aplicar este tipo medidas, por pensar que están invirtiendo en algo que consideran que no es tan necesario, sin embargo, si te parece costoso establecer un proceso para cumplir, imagina cuánto te costará no cumplir, pues no es una opción, y cumplir comprende una serie de cuestiones que no se limitan a presentar solo una declaración fiscal.



This innovative methodology created for companies to comply with various customs tax obligations is based on different studies that have been implemented worldwide. The R³ system consists of analyzing reality, defining risk and establishing performance metrics for companies. The first part breaks with the myths of compliance. The existence dates back to 1906.

In the second phase, the context of the present changes, the relationship with the business and the business organization are identified; in the third phase, the risks are evaluated mathematically with different indicators, all in strict compliance with the law of foreign trade, customs and tax.

Meanwhile, in the fourth part, performance, it is made known how the organization is doing, if it is really complying or what nonconformities exist, with options to respond to a contingency.

Occasionally, companies neglect to apply this type of measure, thinking that they are investing in something they consider not so necessary. However, if you find it expensive to establish a process to comply, imagine how much it will cost you not to comply, because it is not an option, and comply comprises a number of issues that are not limited to submit only one tax return.



The methodology of R to cube (R³): Reality, Risk and Performance in order to protect companies from falling into assumptions of violations of tax, customs and foreign trade"