

Enero 2021 | Vol. 10
www.aeacompliance.com/



EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS



**UNA REVISTA DIRIGIDA
A PROFESIONALES
DESCÁRGALA AHORA**

Potenciamos las capacidades de especialistas en materia de Compliance para así reforzar de cara al exterior la imagen de calidad, solvencia y profesionalidad de todos los socios.



**FOMENTAR, COMPARTIR,
DIFUNDIR Y FAVORECER
EL DESARROLLO E
IMPLANTACIÓN DE LA
CULTURA DEL
COMPLIANCE Y
RESPONSABILIDAD
SOCIAL."**

2021
2020

CONTENIDOS



16 EL RIESGO, PARA LAS COMPAÑÍAS QUE OPERAN EN VARIOS PAÍSES, DE PERSECUCIONES MÚLTIPLES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN

por Isidoro Blanco Cordero

21 “BACK TO BASIC O CÓMO LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO PUEDE APOYAR LA VUELTA A LO ESENCIAL Y LO VERDADERAMENTE IMPORTANTE PARA CUALQUIER COMPAÑÍA”

por Alvaro Conde Herranz

25 LIDERAZGO ÉTICO EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

por Daniel Truran

28 EL VALOR DEL PLAN DE IGUALDAD EN EL PROGRAMA DE COMPLIANCE LABORAL

por Miriam Huesca García

05 AEAEC “JORNADA 10 AÑOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS”

09 HABLEMOS DE COMPLIANCE PENAL

por Don Javier G. Fernández Teruelo

12 ELEMENTOS A TENER EN CUENTA EN UNA EDUCACIÓN EN VALORES ÉTICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD MÁS IGUALITARIA Y JUSTA

por Federico Buyolo García

32 UNA PROPUESTA DE LA FUNDACIÓN BBK: UNOS NUEVOS INDICADORES PARA MEDIR EL BIENESTAR SOCIAL

por Nora Sarasola



34 RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

por Manuel Montesdeoca de la Fuente

EDITORIAL

Comenzamos el año inmersos en la crisis generada por la Covid-19. En la editorial del número anterior de “European Compliance news” ya decíamos que “las nuevas imposiciones y circunstancias, a consecuencia de la Covid-19 y de las medidas impuestas por el Gobierno (ahora habría que añadir por los gobiernos regionales en los cuales el gobierno ha delegado) para hacerle frente, han afectado significativamente a las empresas” y nos preguntábamos “¿En qué medida podemos enfrentar esta situación y en qué medida el Compliance normativo debe dar respuesta a la misma?; respondiéndonos que se necesitaba, más que nunca, tanto del liderazgo que deben de ejercer los gobernantes y directivos de las organizaciones, como de la imaginación, la capacidad y la voluntad de adaptación a las nuevas necesidades y circunstancias que debía de guiar la conducta y el compromiso de todos los implicados”.

En este nuevo número de la revista - que ve la luz, gracias a la desinteresada aportación, de todos los que, invitados a ello, han escrito con el único ánimo, compartido con el de nuestra asociación, de divulgar la cultura de Compliance en las organizaciones y compartir ideas y experiencias que ayuden a otros a enfrentar con ilusión esta tarea- también se habla de “Ética” y “Liderazgo” como la herramienta más valiosa para navegar la incertidumbre y generar confianza en empleados y clientes.

Precisamente el Compliance laboral, el cuidado de los empleados, el empeño por garantizar la igualdad de trato y su bienestar; el servicio a los clientes y la responsabilidad social corporativa dirigida al entorno más cercano, puede ser uno de los puntos clave para salir reforzados de la crisis.

Ejemplo de esto último lo tenemos en la fundación BBK que, con el objetivo concienciar y poner en valor una nueva forma de bienestar social-alineada con los ODS 2030-, ha creado una serie de nuevos indicadores macrohumanos para medir el progreso y el crecimiento del bienestar social, poniendo el foco en lo verdaderamente importante para las personas. En palabras del presidente de BBK, Xabier Sagredo, “Se trata de una declaración de intenciones no solo para BBK, su labor, y su plantilla, sino un mensaje de acción y compromiso para toda la sociedad”.

En nuestro afán de adaptarnos a las exigencias impuestas de los nuevos tiempos la AEAEC ha hecho el esfuerzo de coorganizar a finales de año una jornada on line sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras diez años de su irrupción en nuestro ordenamiento. Nos sentimos particularmente satisfechos de la organización de la jornada virtual, retransmitida en directo desde Madrid, a través de la red con notable éxito de público, y que tuvo la suerte de contar con dos magistrados de la Sala segunda del Tribunal Supremo, su Presidente, don Manuel Marchena, y don Antonio del Moral. Ambos nos trasladaron su convencimiento de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está asentada en la práctica diaria de los tribunales y ha supuesto un revulsivo para las empresas, así como de la importancia, “básica, radical e incontrovertible”, de los programas de prevención penal y del valor que tienen las certificaciones de la UNE 19601 como medio de acreditación de esa voluntad real de la empresa de cumplir con la legalidad.

No podemos dejar de hacer mención, al compromiso y apoyo logístico que para la organización de dicha jornada proporcionaron la Fundación Corell- cuyo objetivo es aportar soluciones alternativas y propuestas de valor que contribuyan a sentar las bases de una nueva movilidad, garantizada como un derecho básico de la ciudadanía, y que entre otras funciones ejerce una muy importante de formación e impulso de la buena gobernanza en el sector-, el grupo ALSA- líder del sector del transporte de personas por carretera- y CMC XXI- una firma de capital riesgo que invierte en nuevas iniciativas empresariales y distingue al Compliance como una señal identificativa de los proyectos en que invierte-.



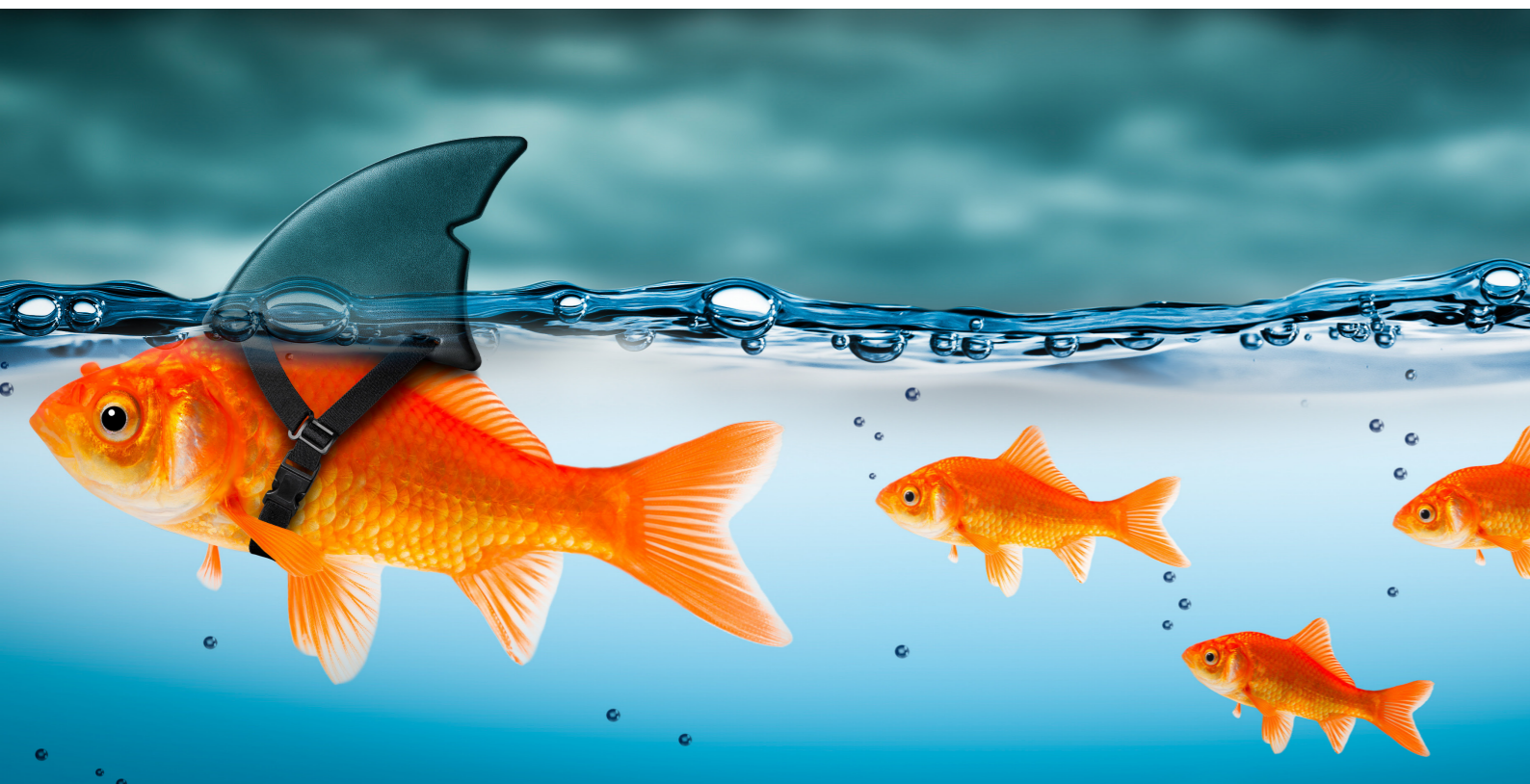
Hemos empezado el año contemplando, sobrecogidos, el asalto al Capitolio de EE.UU., un espectáculo bochornoso y grosero, que se nos muestra como ejemplo paradigmático del peligro que el populismo representa para las instituciones y para las mismas sociedades democráticas, especialmente si ese populismo se alimenta irresponsablemente desde otros poderes o instituciones del Estado.

Aristóteles ya conceptualizó la demagogia, como la «forma corrupta o degenerada de la Democracia» y consideró que, cuando en los gobiernos populares la ley es subordinada al capricho de las mayorías, surgen los demagogos que halagan a los ciudadanos, dan máxima importancia a sus sentimientos y orientan la acción política en función de los mismos. Aristóteles define al demagogo como «adulador del pueblo», que lo instrumentaliza para sus propios fines. Desde esta perceptiva resulta más que factible que la demagogia se torne en tiranía, y el demagogo sea en indiscutido y despótico jefe.

Como afirma Todorov en *“Los enemigos íntimos de la Democracia”* aunque «hoy en día ningún modelo de sociedad no democrática se presenta como rival de la democracia, en contrapartida, la democracia genera por sí misma fuerzas que la amenazan, y la novedad de nuestro tiempo es que esas fuerzas son superiores a las que la atacan desde fuera. Luchar contra ellas y neutralizarlas resulta mucho más difícil, puesto que también ellas reivindican el espíritu democrático, y por lo tanto parecen legítimas». También Hannah Arendt en *“Los orígenes del totalitarismo”* nos advirtió de que «los derechos y las libertades, así como la democracia y el Estado de Derecho democrático no tienen vigencia simplemente mediante su establecimiento y reconocimiento constitucional, sino que son las formas de la convivencia y la cultura y hábitos de los ciudadanos los que le dan vigencia y garantía»; por eso, se torna tan necesaria una educación para la ciudadanía, que despojada de cualquier signo partidista, enseñe a los más jóvenes desde los fundamentos de la Democracia y su recorrido a lo largo de la historia, al valor de los derechos fundamentales, la libertades públicas, y las instituciones del Estado.

Urge que el liderazgo ético del que hablamos sea ejercitado por todos los representantes de los partidos políticos, a los que nuestra Carta Magna atribuye el papel de ser “instrumento fundamental para la participación política” y cuya creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley.

Precisamente La ley Orgánica reguladora de los partidos políticos en su art. 9 bis introducido por la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, bajo el epígrafe *Previsión y supervisión* impone a los partidos políticos el deber adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal. Es decir que siendo los programas de prevención de delitos, en los términos conocidos por todos nuestros lectores, obligatorios para estas organizaciones cuyo correcto funcionamiento es básico para el funcionamiento de la Democracia, deberían esmerar la diligencia debida a la hora de incluir en sus órganos internos de gobierno y en las candidaturas que presenten a las elecciones, personas probas. Si esa diligencia debida en la contratación es exigible a las empresas, no parece extravagante, que esa misma exigencia se la autoimpusieran aquellos quienes están llamados a ser elegidos para representarnos y ejercer funciones públicas, jurando o prometiendo cumplir y hacer cumplir la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Si ello fuera así, desde luego constituiría una primera línea de defensa frente a los enemigos de la Democracia.



AEAEC coorganizadora de la “JORNADA 10 AÑOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS”

El pasado 18 de diciembre tuvo lugar en la Fundación Corell un encuentro virtual en cuya organización participo la AEAEC, en colaboración con la Fundación Corell –cuyo objetivo es aportar soluciones alternativas y propuestas de valor que contribuyan a sentar las bases de una nueva movilidad, garantizada como un derecho básico de la ciudadanía, y que entre otras funciones ejerce una muy importante de formación e impulso de la buena gobernanza en el sector-, el grupo ALSA- líder del sector del transporte de personas por carretera- y CMC XXI- una firma de capital riesgo que invierte en nuevas iniciativas empresariales y distingue al Compliance como una señal identificativa de los proyectos en que invierte-



El acto presentado por don Victor Tartiere, Presidente del Comité de cumplimiento de ALSA, a quien ya entrevistamos en estas páginas, se inició con una conferencia de don Manuel Marchena, Presidente de la sala segunda del Tribunal Supremo, en la que rememoró los principales hitos de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Tribunal Supremo durante estos diez años transcurridos desde la introducción en nuestro Derecho de esta importantísima novedad en nuestro

ordenamiento jurídico, que vino a suponer –en palabras del magistrado- una auténtica “revolución” en nuestro sistema de atribución de la responsabilidad penal basado en la capacidad de entender y de querer que solo tiene la persona física.

Analizó Marchena el intento del Supremo por construir, en su comentada Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, las bases de un sistema de auto-responsabilidad de la persona jurídica que tuviera encaje

en nuestra Constitución; así como las discrepancias reflejadas en el voto particular de esa sentencia, firmado por siete magistrados, que lejos de rechazar el intento de la mayoría por justificar un sistema de auto-responsabilidad, basaba su crítica en los impedimentos que para esa tarea suponía la descripción de la conducta típica, y el principio de taxatividad penal.

Se sinceró don Manuel Marchena, explicando que **el trabajo de la Sala había recorrido un camino que, “partiendo de desideologizar el problema, tenía la pretensión -sirviendo de guía a la aplicación e interpretación de la norma- de, por una parte, asimilar la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a nuestro ordenamiento jurídico penal, y por otra, explicara razonablemente la antijuridicidad -el juicio de reproche propio- y la culpabilidad propia e independiente de la persona jurídica sin olvidar -subrayo- que detrás de la responsabilidad penal de la persona jurídica siempre debe existir -como condición de la punibilidad- un delito cometido por una persona física.”**

En relación a los programas de prevención de delitos o sistemas de gestión de Compliance en términos de la UNE 19601, el presidente de la Sala II del Supremo, hizo hincapié en su importancia, calificando la misma de **“básica, radical e incontrovertible”**, hasta

el punto de que *“si una persona jurídica, que es llamada a declarar como investigada en unas diligencias penales, -ejemplificó- no puede presentar dicho programa de prevención ante el juez instructor está cogiendo papeletas para una futura condena”*. Por el contrario -apuntilló- aquella empresa que pueda presentar un programa de prevención serio y riguroso está entrando con buen pie en el juzgado, lo que no significa que esté totalmente blindado -matizó-.

En otro momento de su intervención **incidió Marchena en el valor que sin duda tienen las certificaciones de la UNE 19601 como medio de acreditación de esa voluntad real de la empresa de cumplir con la legalidad.**

Durante la intervención, fueron llegando por vía telemática, numerosas preguntas de los asistentes, algunas de las cuales fueron formuladas al magistrado después de su intervención. Así, preguntado sobre la idea - que en buena medida tiene la ciudadanía- de que en las grandes corporaciones los programas de prevención funcionan a partir de un segundo nivel de mando, y que los miembros del órgano de gobierno quedan al margen de ese control; Marchena subrayó que, más allá de si eso es o no una realidad, de ocurrir la misma estaríamos ante una equivocada concepción del programa de Compliance, y remachó: *“Si el programa es escindible o aplicable solo a determinados puestos, está mal diseñado”*.

En relación a cuál era su opinión sobre el catálogo concreto de delitos de los cuales puede responder penalmente la persona

jurídica, el magistrado se mostró contrario a extender la lista de delitos, que consideró, en su opinión, que incluso debería limitarse a delitos íntimamente ligados con el gobierno de las empresas y su actuación en el mercado.

Terminó el Presidente de la Sala de lo Penal del Supremo reconociendo que se había equivocado en su inicial pronóstico, pues *“hoy -afirmó- la responsabilidad penal de las personas jurídicas, está asentada en la práctica diaria de los tribunales y ha supuesto un revulsivo para las empresas”*.

Por su parte, su compañero de Sala, **don Antonio del Moral**, inició su intervención incidiendo en esta idea, al afirmar que el sistema está consiguiendo la disminución de los delitos en el seno de las empresas, a las que el Estado llama a colaborar en la persecución del delito en términos un tanto evangélicos: *“Estás conmigo o contra mí”*.

En su discurso, el magistrado, recaló la idea de que en la investigación del delito no se debe perder la atención de que la base de todo el sistema gravita sobre la comisión de un delito perseguible por personas físicas concretas en relación a las cuales se debe de probar su grado de participación, la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad, y *“si no existe esa prueba y se absuelve a la persona física responsable, la persona jurídica quedará también absuelta”*.

Recaló del Moral que para administradores y directivos no ha cambiado el sistema de responsabilidad penal tanto por acción

como por omisión, y vino a recordar lo dispuesto en los artículos 11 y 31 del C.P., el primero de los cuales aprecia la comisión delictiva por omisión cuando el que omite se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado, equiparando, en ese caso, la realización activa y la omisiva, y el segundo que hace responsable personalmente al que actuó como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de la misma, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare.

En el turno de preguntas, el magistrado contestó alguna de las cuestiones que plantea el anteproyecto de LECR. Así, en relación a la postura del texto, que en su redacción actual, establece que la persona jurídica encausada debe ser representada por la persona física especialmente designada por su máximo órgano de gobierno para ostentar el cargo de director del sistema de control interno de la entidad, del Moral se mostró contrariado, y partidario de que la persona jurídica pudiera designar libremente a su representante. Sobre este tema incidiría más tarde **don Alejandro Abascal, magistrado en la Audiencia Nacional -al que también tuvimos el gusto de entrevistar hace meses para la revista,- que vino a discrepar de don Antonio del Moral, al considerar que la posición que el anteproyecto de LECR, otorga al compliance officer, al atribuirle la representación de la empresa, “le otorga mayor seguridad y mayores garantías, ya que en esa condición puede no decir la verdad, no declarar contra sí mismo, no contestar a todas o alguna de las preguntas que se le formulen o no confesarse culpable”**; añadiendo que *“la prohibición -que contempla el anteproyecto- de que esa misma persona, designada para representar a la persona jurídica, pueda declarar como testigo o tenga cualquier otra intervención en la práctica de la prueba, viene a incidir en esa protección, porque de no ser así el Compliance officer estaría obligado a decir la verdad lo que podría incriminar a la empresa o a él mismo”*.

La jornada terminó, precisamente con la intervención de **don Alejandro Abascal, magistrado adscrito al Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional y doña María Masso, socia de Litigación en Baker & McKenzie, sobre las investigaciones internas en las empresas y su relevancia en sede de instrucción.**

Comenzó Masso su intervención incardinando las investigaciones internas como parte esencial de un programa de prevención de delitos a partir de una interpretación lógico-sistemática de los requisitos legales 4º, 5º y 6º que el art. 31 bis 5 exige para que un programa de prevención de delitos pueda ser eficaz y exonerar de responsabilidad a la persona jurídica: *“Si el programa debe imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos; establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo y realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando -entre otros casos- se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, esos tres elementos exigen para ser debidamente coherentes -según la letrada- un sistema interno de investigación de irregularidades, o denuncias”*.

Desde un punto de vista eminentemente práctico, Masso explicó las elementales precauciones que deben de tomarse en esas investigaciones, la importancia de la rapidez de respuesta para garantizar su eficacia, el aseguramiento de las pruebas desde el primer instante, la necesidad determinar su alcance, personas implicadas, o la conveniencia de contratar los

servicios de abogados externos que las lleven a cabo para que sus actuaciones queden protegidas por el secreto profesional.

Incidió Masso en que la confidencialidad del resultado de la investigación es esencial y que *“desde un punto de vista práctico ello exige limitar el conocimiento del resultado a muy pocas personas”*.

También recomendó la letrada valorar la conveniencia de suspender al empleado investigado de empleo -aunque no de sueldo- en caso de riesgo de destrucción de pruebas.

“Algo esencial es el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación porque el riesgo de que las pruebas practicadas puedan ser decretadas nulas por el juez de lo penal o laboral es un riesgo real que se debe de evitar siendo escrupuloso en la obtención de las pruebas a recabar” afirmó Masso, que también **remachó la importancia del que deben dotarse las empresas para obtener información sobre el funcionamiento de su sistema de prevención, sobre los riesgos inherentes y sobre los controles implantados.**

“Cuando sean las autoridades quienes entren en juego, deben preverse -aconsejó la letrada- posibles actuaciones y escenarios. Las empresas deben dotarse de protocolos de actuación frente a entradas y registros decretados por las autoridades competentes, deben tener un responsable de comunicación que, cuando la investigación haya trascendido a la opinión pública, minimice el daño reputacional que la investigación en sí conlleve para la empresa; igualmente los empleados deben estar debidamente instruidos para enfrentarse a esas situaciones”.

Particular relevancia -terminó recalando- tiene la custodia de la información documental para probar, en su caso, que el programa de prevención se aplica y se actualiza.

Todos los puntos tratados, sirvieron a Abascal para explicar que **los programas de prevención penal deben ser objeto de estudio en sede de instrucción**, y citando la Sentencia del Tribunal Supremo 202/2018, de 25 de abril (en un caso de calumnia e injurias pero cuya doctrina es trasladable), destacó que **“el instructor debe entrar a valorar los elementos del tipo o las causas de exclusión de la antijuridicidad porque lo contrario supondría alargar un proceso de forma innecesaria, lo que resultaría contrario al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (ex art. 24.2 CE). Debe por ello el Instructor -afirmó Abascal- valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso ni someter, en este caso, a la persona jurídica a un juicio oral, cuando se puede evidenciar ya que es penalmente irresponsable”**.

En este sentido el magistrado se mostró partidario de los acuerdos pre-procesales con el Ministerio Fiscal, muy utilizados en EEUU y que ya han tenido acogida en la legislación francesa o alemana y que también hace posibles el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal que permite poner fin durante la investigación al proceso por razones de oportunidad bajo ciertas premisas legalmente previstas.

Coincidió Abascal con Masso tanto en la conveniencia de que las investigaciones internas sean dirigidas por un abogado externo protegido por el secreto profesional, como en que no puede obligarse a la persona jurídica a presentar en sede de instrucción el resultado de dichas investigaciones o sobre la necesidad -como no podía ser de otro modo- de respetar





escrupulosamente los derechos fundamentales del investigado en esas investigaciones internas que pueden servir al instructor, junto con las periciales forensics sobre los aspectos técnicos de los programas de prevención, para valorar adecuadamente la eficacia del programa.

Igualmente ambos valoraron cómo muy positivo el camino recorrido durante estos diez años, y la implantación en las empresas de los programas de Compliance como medios eficaces de prevención de la criminalidad en el seno de las empresas, hasta el punto de que ya comienza a ser costumbre en los procesos de fusiones o venta de empresas exigir las oportunas due diligence en materia de Compliance.

Clausuró la jornada D. Miguel Angel Ochoa de Chinchetru, Presidente del Patronato de la Fundación Corell, quien agradeció a los ponentes su participación y puso en valor la labor de formación realizada y patrocinada por los organizadores en aras a concienciar a las empresas de la importancia de desarrollar su actividad sobre la base de una cultura de cumplimiento y respeto al Derecho.

HABLEMOS DE COMPLIANCE PENAL



Prof. Dr. Don Javier G. Fernández Teruelo

Catedrático de Derecho penal y Decano de la Facultad de Derecho Universidad de Oviedo

El llamado "Compliance penal" está regulado en el Código penal y por ello sólo puede ser interpretado judicialmente a través de principios de naturaleza penal.

No deja de resultar sorprendente cómo desde determinados ámbitos, y ya desde hace tiempo, se han venido elaborando teorías, fórmulas y mecanismos relativos a la responsabilidad penal de los entes sociales y al llamado compliance (como fórmula de exclusión de dicha responsabilidad), desconectados casi en su totalidad de los parámetros y preceptos propios de Derecho penal en el que se integra. Entre los primeros, los principios de culpabilidad (especialmente la prohibición de responsabilidad objetiva), legalidad, personalidad de las penas, etc. Entre los segundos, lo dispuesto en

el art. 31 bis 1 y sus cinco sub-apartados, además de otras normas complementarias (arts. 31 ter, 31 quater, 31 quinquies, 33.7, 50, 52, 53, 66 bis, 116, 130.2, todos del Código penal).

Incluso, en ese amplio proceso de desconexión, se ha llegado a abogar por la implantación de certificaciones formales pretendidamente vinculantes para el juez penal, desconociéndose con ello el proceso de absoluta libertad en la valoración de la prueba, que invita al juez penal a actuar según las reglas de la lógica, de la ausencia de contradicción, y de la experiencia, entre otras. Dicho de un modo más directo, el valor de una certificación de validez de compliance, especialmente si el mismo es emitido por un ente privado, ha de tener un valor equivalente a una certificación sobre la existencia (o inexistencia) y atribución a alguien de la comisión de un homicidio, elaborada por un criminólogo.

A través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el legislador penal español, incorporó a nuestra legislación un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJs). En el mismo no se configuraba expresamente una fórmula de exención de responsabilidad (como sí se hará posteriormente en la reforma de 2015), si bien ya entonces, la regulación podía dar a entender, que la existencia de un modelo adecuado de prevención de delitos implicaría la exclusión de la responsabilidad de la propia entidad. El modelo implantado en 2010, estableció un catálogo propio de penas (art. 33.7, 50.3 y 4, 52.4, 53.5 CP), unos criterios específicos de aplicación (art. 66 bis CP), un modelo alternativo para aquellos entes que carece de personalidad jurídica (consecuencias accesorias del art. 129 CP), supuestos específicos de no extinción de la responsabilidad penal, dirigidos a evitar prácticas fraudulentas que traten de eludir el efectivo cumplimiento de la pena (art. 130.2 CP) y, finalmente un régimen de responsabilidad civil solidaria de la persona jurídica con la/s persona/s física/s condenadas (art. 116.3 CP).

Por diferentes motivos y entre ellos la escasa aplicación del modelo, el legislador, a través de la reforma del Código penal, operada por la **Ley Orgánica 1/2015**, de 30 de marzo, decidió incorporar diversas novedades a la regulación, actuando sobre los arts. 31 bis y siguientes y sobre el artículo dedicado a la determinación de la pena (art. 66 bis), todo ello a través de un proceso legislativo que ha sido objeto de severas críticas. Las novedades contenidas en la reforma de 2015 fueron mucho más allá



Publicidad

CERTIFICACIÓN DPD DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS



AEPD - ENAC
Certificación según el Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos y acreditada por ENAC



FORMACIÓN
29 programas formativos reconocidos



CONVOCATORIAS
Convocatorias de exámenes mensuales.

Una profesión con un gran futuro



Entidad de Certificación acreditada por ENAC
Entidad Reconocida por la AEPD.
Realización de exámenes en Madrid, Bilbao, Alicante y Sevilla.
Posibilidad de otras ciudades

de lo que el preámbulo de la referida noma pretendía dar a entender. Así, se afirma en el mismo, que “la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”. En realidad se introducen modificaciones sustanciales que, en buena medida, terminan por configurar una fórmula parcialmente distinta a la anterior. En concreto, el artículo 31 bis se amplía y desarrolla en los nuevos arts. 31 bis; 31 ter; 31 quáter; y, 31 quinquies, lo que, en unos casos, supone distribuir el contenido del anterior art. 31 bis y, en otros, incorporar auténticas novedades.

La más destacada es sin duda **la configuración de forma expresa de un supuesto de exención de responsabilidad, basado en la existencia de un adecuado (eficaz) programa de prevención de delitos** (apartados 2 a 5 del art. 31 bis). Además de una serie de condiciones, se configura a la vez un “esqueleto” o requisitos mínimos, que el referido programa o modelo de organización y control deberá cumplir.

Dejando por ahora el supuesto de exención y volviendo al modelo de RPPJs conviene llamar la atención sobre el hecho de que se han venido planteando dos posibles maneras de entender dicha fórmula de responsabilidad, cada una de las cuales llevará a consecuencias prácticas significativamente diferentes:

- Así, según **la teoría de la responsabilidad directa o propia** (teoría de la responsabilidad por el hecho propio o de auto-responsabilidad), la persona jurídica es penalmente responsable por comportamientos propios, generalmente omisivos, consistentes en no haber adoptado las medidas de organización y control necesarias para prevenir y evitar la comisión del delito. De este modo, **la entidad responderá por un hecho “realizado por ella misma”**, concretado en su propio defecto de organización o ausencia de mecanismos adecuados para prevenir delitos. La responsabilidad penal de la persona jurídica se sustenta, de este modo, sobre la base de un injusto y culpabilidad autónomos, que serían independientes de los de la persona o personas físicas actuantes.

- De acuerdo con la **teoría de la representación** (hetero-responsabilidad, responsabilidad por transferencia, por atribución o vicarial), **la persona jurídica responde objetivamente por el hecho**



delictivo de otro, persona física integrante de la misma; se transfiere a la persona jurídica la responsabilidad de las personas físicas que, bajo determinadas condiciones, actúan en su seno de forma delictiva. Tiene como sustento teórico más destacado el modelo anglosajón de vicarious liability, en el que el gestor social no es más que el instrumento a través del cual actúa la entidad jurídica, y cuya responsabilidad penal se basa entonces en la idea de la delegación o imputación.

La conocida **STS núm. 514/15, de 2 de septiembre de 2016**, en contra de la opinión de la Fiscalía General del Estado, se decantó por considerar que en el modelo español rige un sistema de auto-responsabilidad, recordando que “en todo caso cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas debería estar sometido los principios básicos garantistas propios del Derecho Penal”. En la medida en que dicha resolución insiste en la necesidad de respetar el principio de presunción de inocencia, apunta a que debe ser quien ejerce la acusación, el encargado de probar que ha sido la ausencia de medidas de control adecuadas lo que ha facilitado el delito (es la acusación la encargada de acreditar que la sociedad, más allá de la concreta comisión del delito -que podrá valorarse como mero indicio-, no estaba (o estaba deficientemente) organizada para evitarlo.

Volviendo a la **cláusula de exclusión de responsabilidad de la entidad** incorporada en 2015, pueden destacarse algunas cuestiones:

- En cuanto al nomen, el texto penal, no utiliza la terminología clásica tan difundida en ámbitos extrapenales (**compliance**), sino que acude a distintas denominaciones muy alejadas de esa fórmula: i) El art. 31 bis 2, 1ª, alude a los “*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”. ii) El 31 bis 2, 3ª, los identifica como “*modelos de organización y de prevención*”. iii) El 31 bis 5 utiliza la expresión “*modelos de organización y gestión*”.

- En lo que respecta al **fundamento del modelo de prevención de delitos** será significativamente distinto según nos encontremos ante el supuesto del apartado a) o ante el previsto en el apartado b) (ambos del art. 31 bis 1).

“ El fundamento del modelo de organización en los supuestos del apartado a) del art. 31 bis 1 CP”

En el caso de los supuestos del apartado a), pueden distinguirse dos hipótesis:

- La primera de ellas, absolutamente mayoritaria, se caracteriza por la presencia de comportamientos delictivos llevados a cabo (o decisiones delictivas adoptadas) por consenso de aquellos que ejercen realmente la dirección de la sociedad. Recordemos que es precisamente el órgano de administración el destinatario de las previsiones penales en cuanto a los modelos de organización y control capaces de excluir la responsabilidad penal. En efecto, las condiciones organizativas establecidas en los apartados 2 y ss. del art. 31 bis recaen sobre los propios administradores (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; (...) 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración).

Pues bien, en mi opinión, en tales supuestos resulta irrelevante la propia previsión de un modelo como el establecido en los apartados 2 y ss. el art. 31 bis. El compromiso con la prevención (cultura de cumplimiento) tiene que ser real y no una mera formalidad. Si esto es así, cuando sean ellos mismos los autores de los comportamientos delictivos (pensemos por ejemplo en la dirección de la sociedad farmacéutica, que decide compensar económicamente a los médicos que receten más veces sus medicamentos que son idénticos a los de la competencia -mismo principio activo- pero más caros -lo que podría determinar un delito de corrupción entre particulares del art. 286 bis 2-) no parece que tenga ningún sentido reprochar la ausencia de un programa eficaz para prevenir delitos (a quien voluntariamente -recordemos que casi todos los tipos penales que habilitan el modelo son dolosos- comete un delito, por el hecho de no haber implantado mecanismos adecuados para prevenirlo). Caeríamos en un sinsentido al afirmar que los administradores están obligados a establecer mecanismos dirigidos a controlar su propia actuación. Por todo ello, en tales supuestos, en mi opinión, el modelo de organización y gestión no debería jugar ningún papel exoneratorio (no entra en el proceso de

valoración).

- En el supuesto de que se trate de un hecho delictivo individual -de una o varias personas con competencias en el ámbito de la dirección-, pero no consensuado expresa o tácitamente con el órgano de administración, el programa de prevención sí tendrá cierto sentido y podrá valorarse su capacidad para evitar el delito en cuestión una vez cometido. En tal supuesto, el modelo implantado tendrá un doble objetivo: i) detectar posibles incumplimientos normativos que pueden favorecer el delito ii) anticiparse o evitar la comisión del mismo (por ejemplo, a través del establecimiento de “protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos” (número 2º, del art. 31 bis 5) o mediante la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención -canal de denuncias- (número 4º, del art. 31 bis 5).

“ El fundamento del modelo de organización en los supuestos del apartado b) del art. 31 bis 1 CP”

En el caso de los supuestos del apartado b) el programa de prevención tendrá, en mi opinión, un doble objetivo: i) por un lado, el establecimiento de una serie de medidas dirigidas a conseguir que se cumplan las obligaciones (de supervisión, vigilancia y control) establecidas en las normas extrapenales, a las que nos hemos referido en el capítulo V y con ello prevenir la comisión del delito. ii) por otro, posibilitar que se pueda conocer el incumplimiento de dichas normas, incumplimiento que favorece la comisión del delito, a fin de poder intervenir, estableciendo las medidas correctoras oportunas (por ejemplo, mediante la detección de la ausencia de una medida de protección medioambiental, cuya inexistencia podrá precisamente favorecer o determinar un delito de ese tipo).

En definitiva, dichas normas configuradoras del programa de prevención de delitos van dirigidas a estimular el cumplimiento de las previsiones extrapenales de control, pero, sobre todo, a activar mecanismos que permitan al oficial de cumplimiento, y con ello a la dirección de la entidad, tener conocimiento de los eventuales incumplimientos que pueden favorecer o dar lugar a un delito, y todo ello, a fin de que se puedan adoptar las medidas correctoras adecuadas.

Para concluir, cabe recordar finalmente que no existe una obligación legal de constituir el modelo de organización o control. No hay ninguna norma penal, mercantil o administrativa de carácter general (sí existen previsiones específicas en algunas normas sectoriales administrativas), que obligue a las sociedades a poseer elementos de prevención como los descritos en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis.

ELEMENTOS A TENER EN CUENTA EN UNA EDUCACIÓN EN VALORES ÉTICOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD MÁS IGUALITARIA Y JUSTA



Federico Buyolo García

Director Adjunto en el Gabinete de la Ministra de Educación y Formación Profesional

Vivimos momentos de incertidumbre y desesperación. La crisis económica, social y sanitaria derivada de la pandemia nos ha hecho conscientes de que somos más vulnerables ante un futuro que es incierto. Dice el escritor estadounidense, conocido por sus relatos de terror, H.P. Lovecraft, que entre todos los miedos el más pavorosos, el que genera más terror, es el de la incertidumbre.

El parón de nuestra vida, tal como la estábamos viviendo, tras la instauración del estado de Alarma, nos ha hecho ver otra realidad: un mundo que, estando también presente, habíamos perdido

en la turbulencia de una vida que, girando demasiado deprisa, la vivíamos como una competición donde el tiempo siempre vencía y el “yo perdía”, ante el inexorable reloj que nos sometía al estrés de la competición contra nosotros mismos, haciéndonos perder vista la construcción de una sociedad más humana y solidaria.

La crisis de la COVID-19 nos ha descubierto nuestra debilidad. Frente a la visión que teníamos de nosotros mismos como “superseres” capaces de superar a la propia naturaleza gracias a la ciencia, la Covid nos ha hecho conscientes de

nuestra vulnerabilidad; de la necesidad de diseñar y definir sistemas de salud que, preparados para enfrentarse con contingencias imprevistas, garanticen que el sistema llegue a proteger a todas las personas.

Pero al mismo tiempo que hemos descubierto nuestra vulnerabilidad, también hemos puesto en valor la voluntad y necesidad de ser más sociales. La convivencia confinada se ha convertido en una convivencia solidaria donde el interés individual ha cedido al interés general para hacer de nuestra acción un ejercicio de solidaridad; de humanismo

ético y solidario.

La sociedad ha actuado como conjunto de personas que entienden que la única manera de protegerse ante la adversidad es asumir un compromiso ético individual y una solidaridad como colectivo. En palabras del filósofo Javier Gomá “la humanidad se dignifica al sustituir la naturaleza por la civilización y la ley del más fuerte, por la ley del más débil”. Una solidaridad que nos convierte nuevamente en protagonistas de una sociedad deshumanizada por los avatares de una modernidad centrada en la inmediatez y la individualidad.

Los ejercicios de solidaridad vividos durante la pandemia nos devuelven la esperanza en la humanidad. Una solidaridad que ha ido más allá de nuestros seres queridos, para transitar desde el rellano de nuestras casas hasta cada una de las puertas de nuestros vecinos. Una solidaridad que nos otorga sentido de convivencia, un sentido de humanidad.

LA PERSONA EN EL CENTRO

Nos hemos dado cuenta que **las personas somos insustituibles, somos un fin en sí mismo, no tan solo el instrumento para que la sociedad tome sentido de una colectividad de unidades inconexas. Somos sociedad cuando nos reconocemos en el otro, cuando entendemos que nuestra acción individual se convierte en parte de un todo, una sociedad de iguales que aspira a la justicia social como base de la prosperidad.**

EL RESPETO Y LA TOLERANCIA COMO BASE DEL COMPORTAMIENTO CÍVICO

Hablar de convivencia es hablar de respeto mutuo. La educación para la convivencia lleva implícita una actitud de tolerancia y respeto a las ideas, costumbres y a las acciones emprendidas por otros.

La convivencia implica necesariamente una predisposición al diálogo y al encuentro con otras personas, con otras formas de ser, vivir y transitar. Vivimos en un mundo global donde el espacio finito que configura nuestro territorio social, desde la ciudad a los barrios donde interactuamos en la cercanía con otras personas, se ha convertido en un crisol de culturas; por ello **nuestra capacidad de respeto y tolerancia es la base ética de la que depende la mejora de la convivencia ciudadana que nos permita alcanzar la felicidad.**

La ética es una práctica individual, un quehacer intransferible, una manera de desarrollar nuestro comportamiento personal. Nuestra actuación ética está fundamentada en la escala de valores que adquirimos a lo largo de nuestra vida y que ponemos en práctica a través de las virtudes que vamos atesorando a lo largo de nuestro quehacer.

LA LIBERTAD INDIVIDUAL, EJE DE NUESTRAS DECISIONES, DEBE DE TENER EN CUENTA A LOS DEMÁS

El proceso del comportamiento ético se inicia en la conciencia de la persona encaminada a la toma de decisiones justas desde la libertad de elección (sólo cuando somos libres somos capaces de ser éticos), y esa toma de decisiones solo puede ser justa cuando tiene en cuenta no sólo las necesidades u objetivos propios, sino las consecuencias de esas decisiones en las personas con las que interactuamos.

APRENDIZAJE, EXPERIMENTACIÓN E INTERIORIZACIÓN DE VALORES ÉTICOS

La actuación ética parte del aprendizaje, la experimentación y la interiorización, de valores.

La ética exige no solo conocimiento de valores adquiridos en nuestro proceso de aprendizaje; sino de su aplicación en nuestra experiencia viva. La acción de las personas no puede estar exenta de los valores. En palabras de Aristóteles: el fin moral de las personas no es ser feliz, sino ser digno de ser feliz.

Acción, consistencia y repercusión se convierten en el trisquel virtuoso de una ética de la convivencia.

De esta manera, **el aprendizaje, la experimentación y la interiorización de los procedimientos éticos nos permitirá actuar de manera correcta ante los retos morales que se nos plantean en la vida.** Tener conciencia ética es entender que para la consecución de los fines que perseguimos hemos de actuar de manera digna conforme a valores morales y sociales.

EDUCAR EN ÉTICA ES EDUCAR PARA LA DELIBERACIÓN Y LA ACTUACIÓN ÍNTEGRA.

Educar en ética es ante todo educar para la deliberación y la actuación justa. Una educación para la adquisición de valores, destrezas y habilidades que permita a la persona afrontar de manera íntegra los retos morales del

día a día. Nuestras acciones tienen consecuencias en los demás, somos seres sociales que transitamos en una vida de convivencia. Por ello hemos construido un “ethos del ciudadano democrático”, como define Adela Cortina, donde existan al menos tres virtudes deliberativas: el respeto mutuo, la integridad cívica y la magnanimidad cívica.

En un mundo global, interconectado y diverso es necesario conocer los distintos planteamientos morales existentes e incluso aquellas posiciones contrarias a las nuestras; reconocer y valorar su legitimidad desde un diálogo abierto alejado del enfrentamiento.

La confrontación de las ideas no puede convertirse en una discusión altiva y prepotente, sino que esta debe ser la base del espejo de esa pluralidad que nos otorga una visión de sociedad inclusiva y tolerante.

Solo se respeta lo que se conoce. Solo se le otorga valor a aquello que nos hace, aunque desde planteamientos diferentes, sociedad. Una sociedad plural, abierta y tolerante que incrementa su valor a través del diálogo. En el castellano utilizamos tres expresiones para definir una misma acción: dialogar, debatir y discutir.

Discutir implica, además, de la contraposición de las ideas, la utilización de los sentimientos para hacer valer nuestra posición. Discutir implica una confrontación competitiva donde alguien ha de salir vencedor y alguien vencido. Una pelea donde lo menos importante es quien tiene la razón.

Debatir implica un proceso, no emocional, donde se contraponen ideas con el fin de hacer prevalecer unas sobre otras. En el debate lo que menos importa es el argumento del otro, lo más destacado es hacer llegar el mensaje propio y que, después de todo, las ideas propias sean las que prevalezcan. En el debate la razón desea convertirse en verdad única. Las razones son verdades inmutables, aunque sean contrapuestas.

ENSEÑAR A DIALOGAR, CONSENSUAR Y CONVIVIR.

El diálogo, sin embargo, supone un proceso de construcción, una suma de ideas para la construcción de nuevas ideas compartidas. Dialogar es un proceso que exige más escucha que contraposición. Es, ante todo, un proceso de creación, comprensión y definición que supone la construcción colectiva de nuevas ideas y valores a través de



la palabra compartida. El diálogo es la condición necesaria para el consenso.

Consensuar no puede ser nunca la cesión de soberanía, o la pérdida de la identidad pura de los interlocutores, ni tan siquiera, subsumir ideas en un nuevo constructo que abra un nuevo debate o discusión. **Consensuar es ante todo un ejercicio de convivencia cívica, de sumar ideas para la generación de nuevos espacios comunes que nos enriquezcan como humanidad.** Una operación de sumas multiplicadoras que nos hace avanzar desde una magnanimidad ética.

Sin embargo, esta acción de construcción que acaba en el algo tan enriquecedor como el consenso es tantas veces descalificada desde una visión competitiva de vencedores y vencidos, que finalmente provoca la desconfianza de la ciudadanía en la política, que deja de ser entendida como deliberación para el mejor gobierno del espacio común.

UNA EDUCACIÓN QUE PERMITA A LAS PERSONAS DESARROLLAR CAPACIDADES Y COMPETENCIAS COMPROMETIDAS CON EL BIEN COMÚN Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE E INCLUSIVO.

Para lograr esta participación constructiva y con ella el pleno desarrollo de una ciudadanía activa, se requiere una educación que permita a las personas desarrollar capacidades y competencias comprometidas con el bien común. La construcción de esa ciudadanía precisa una educación en valores cívicos basados en el conocimiento y respeto a los Derechos Humanos, que fomente el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia. Sin embargo, lejos de ese consenso, hemos visto como hasta ahora la asignatura de "Educación para la ciudadanía" o en "Valores cívicos y ciudadanos" ha sido objeto de planteamientos políticos enfrentados que han contrapuesto interesadamente ética y enseñanza religiosa en la

educación obligatoria, generando interesadamente un debate frentista que ha impedido el consenso para la construcción de una ciudadanía cívica, basada en valores universales fundamentados en la Declaración Universal de los Derechos humanos, la igualdad entre hombres y mujeres y al valor del respeto a la diversidad.

Es cierto que la integridad ética se adquiere en un proceso continuo de aprendizaje, no sólo desde la escuela, sino desde todos los ámbitos de la sociedad y en especial desde la familia.

Si todos actuáramos de forma ética seguramente no sería necesario establecer dentro de los planes de estudio este tipo de formación, pero la realidad es que tenemos un déficit ético como sociedad y en un momento de proliferación de las "fakes news", divulgadoras del odio hacia el diferente y la confrontación cainita, se hace más necesario que nunca hacer de la ética la base de la convivencia.

Tras la Segunda Guerra Mundial el mundo inauguró una nueva era de multilateralismo expansivo, basado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que nos ha proporcionado el mayor espacio para el diálogo y la convivencia conocido en la historia del hombre sobre el planeta. En Europa la construcción del contrato social permitió el desarrollo de una economía social de mercado capaz de aunar la prosperidad económica con los derechos y libertades

de trabajadores y trabajadoras.

En un mundo complejo como el que vivimos es imprescindible construir una ciudadanía global que se sustente sobre los principios e metas de un desarrollo sostenible e inclusivo. En este sentido, la Agenda 2030 supone la base de esa nueva etapa de convivencia y ética global. Los diecisiete objetivos y las ciento sesenta y nueve metas suponen, de manera integral e integrada, la base para la construcción de un nuevo contrato social global.

No podemos obviar que la convivencia es un contrato social entre diferentes actores y agentes. Una alianza que va más allá de una visión pragmática del desarrollo y crecimiento económico. La construcción de alianzas nos ha de llevar a la generación de una inteligencia colectiva que permita afrontar los retos del futuro desde el conocimiento de nuestra historia como humanidad. El presente que vivimos no deja de ser el tránsito entre nuestro pasado y el futuro que está por venir. Un futuro que, aun cuando pueda parecer incierto y oscuro, es fruto de nuestras acciones presentes. La mejor manera de predecir el futuro es liderarlo. Por ello, la actuación que como inteligencia colectiva pongamos en marcha hará viable un futuro de sostenibilidad y prosperidad compartida.

La Agenda 2030 expresa en sus quince primeros objetivos todas las actuaciones, individuales y colectivas, que tenemos que poner en marcha

para lograr un desarrollo sostenible. Sin embargo, la implementación de las diferentes medidas recogidas en los quince primeros objetivos que configuran la visión del planeta, las personas y la prosperidad, no estará completa sin los valores que quedan representados en los objetivos dieciséis "Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas" y diecisiete "Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible" de la Agenda 2030. Estos dos objetivos de manera conjunta representan la ética del desarrollo sostenible.

Una ética colectiva que persiga el empoderamiento de una ciudadanía global donde las personas dejen de ser instrumentalizadas y se conviertan en parte fundamental e insustituible de un desarrollo sostenible inclusivo. Esta visión otorga a las personas el carácter de artífices para conseguir la justicia social, único medio por el cual será posible lograrlo: una alianza global de personas iguales. En definitiva, transformar el mundo para que nadie quede atrás requiere de una visión humanista y de unos valores éticos que empoderen a la ciudadanía como protagonista en la construcción de un presente de igualdad y un futuro de justicia. Para lograr el empoderamiento de la ciudadanía hay cuatro vectores sobre los que se sustenta la creación de esa ciudadanía global activa, participativa y crítica: personal, económico, cultural y social.

Empoderar a la ciudadanía requiere de

un proceso de mejora permanente que permita a las personas ser protagonistas de su avance y su progreso. Bajo este prisma la educación debe entenderse como un derecho fundamental a largo de toda la vida.

En la era del desarrollo tecnológico y digital donde la información, la creatividad y el talento son valores en alza, no podemos seguir soportando que la desigualdad sea un efecto colateral de un crecimiento económico que devaste el planeta y la cohesión social. Empoderar a la ciudadanía significa que todas las personas tengan garantizados los recursos para desarrollar su proyecto de vida. La nueva normalidad laboral no puede seguir produciendo trabajadores pobres o desigualdad salarial de género entre hombres y mujeres en el desempeño de una misma ocupación.

En este mundo globalizado es imprescindible conocer los resortes que permitan construir un mundo mejor. Tras la pandemia hemos comprobado como la interacción entre países, empresas, instituciones y personas es el medio para lograrlo.

La sociedad que deseamos la debemos construir entre todos, lo que exige nuestra comparecencia y responsabilidad por cambiar las cosas, no solo desde la reivindicación sino desde una **colaboración activa en la construcción de una ciudadanía global comprometida con un desarrollo sostenible, inclusivo y con la justicia social.**

Construir una sociedad en que sea posible la convivencia y el progreso depende de nosotros. De nuestra capacidad de empatía y de colaboración entre distintos. La educación es objetivo y fin para la construcción de una ciudadanía global comprometida y culta. Como decía el primer ministro sueco, Olof Palmer, hablo para una ciudadanía culta, que aspire al bien común y que desee que la convivencia sea la base de una sociedad ética. Esa es la parte fundamental de la política: generar espacios de convivencia y progreso compartido.

Como ha escrito Byung-Chul Han, ahora nos hemos descubierto como seres débiles, pero profundamente sociales. La actual crisis sanitaria puede servirnos para aprender a ser, a vivir, a hacer y a convivir en un planeta finito y global, y ser capaces de encontrar una nueva utopía realizable: una sociedad de iguales. Está en nuestras manos aprender que somos la parte insustituible de un todo que se llama humanidad.



EL RIESGO, PARA LAS COMPAÑÍAS QUE OPERAN EN VARIOS PAÍSES, DE PERSECUCIONES MÚLTIPLES POR DELITOS DE CORRUPCIÓN*



Isidoro Blanco Cordero

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alicante

* El presente texto constituye un breve resumen de nuestro trabajo BLANCO CORDERO, ISIDORO. "Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in idem", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2020, núm. 22-16, pp. 1-47. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-16.pdf>, que desarrolla ampliamente el tema con más información y bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La *globalización* de la economía ha obligado a las empresas a emprender negocios más allá de las fronteras nacionales buscando llegar a nuevos mercados y centros de producción. Asimismo, la *globalización* ha motivado la *deslocalización* de la producción con el consiguiente traslado de los centros de trabajo de los países desarrollados a países con menores costes, bajos salarios de la mano de obra y existencia de regímenes fiscales beneficiosos. Algunos de los países destinatarios de las inversiones empresariales son considerados de alto riesgo de corrupción. En ocasiones no se pueden realizar negocios sin efectuar algún pago corrupto a empleados públicos, ya sea para obtener un permiso, una autorización o simplemente para operar en el país.

Las empresas que se prestan a este juego han de ser conscientes de que se enfrentan a un *enorme riesgo penal*, ya se haya acordado el pago del soborno

conscientemente por sus órganos directivos (administradores, representantes legales u otras personas con poder de decisión), o haya sido la falta de control la que ha permitido el pago corrupto realizado por empleados, colaboradores o personas sometidas a la autoridad de los directivos antes mencionados. El riesgo penal existe, incluso si el delito se ha cometido en países en los que no se castiga a las personas jurídicas. Algunos Estados se han dotado de una legislación muy expansiva que permite conocer a sus tribunales y autoridades competentes de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales cometidos fuera de sus fronteras. Por ejemplo, las empresas multinacionales y sus directivos temen enormemente la actuación de las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU.) (en concreto, del Departamento de Justicia (DOJ) y de la *Securities and Exchange Commission* (SEC)), que se ha convertido en los últimos veinte años en líder mundial en la persecución de la corrupción internacional. El amplio brazo de la ley estadounidense permite enjuiciar a empresas extranjeras, entre ellas muchas europeas, por delitos cometidos en el extranjero, de acuerdo con lo dispuesto en su Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*-FCPA).

La actuación de las autoridades de EE. UU. en esta materia ha generado *malestar* en otros países. Algunos de ellos no se muestran conformes con la posibilidad de que sus multinacionales sean perseguidas y sancionadas en EE. UU., incluso si los delitos se han cometido en terceros países. Conscientes de estos riesgos, algunos Estados han aprobado normas de amplio alcance extraterritorial que permiten perseguir a sus empresas por los delitos de corrupción cometidos en el extranjero. En el caso del Reino Unido, la *Bribery Act* de 2010 permite que sus autoridades se declaren competentes para perseguir a empresas extranjeras por delitos de corrupción. Algo parecido sucede en Francia con la aprobación en 2016 de la denominada Ley Sapin II (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

Las multinacionales se encuentran en una situación de *incertidumbre*, no tanto por lo forma de proceder de las autoridades estadounidenses (bien conocida), cuanto por lo imprevisible de la actuación de estos nuevos Estados dotados de normas muy expansivas para perseguir la

corrupción transnacional. Esto supone para las empresas que, aunque hayan sido condenadas en un Estado por delitos de corrupción de funcionarios extranjeros, siguen corriendo el riesgo de ser nuevamente perseguidas y sancionadas por los mismos hechos en otros países. Si el pago de sobornos ha formado parte de la estrategia comercial de la multinacional en varios países, todos ellos podrán perseguir los hechos.

El riesgo de doble persecución y sanción es evidente si tenemos en cuenta los *criterios de aplicación de la ley penal en el espacio* que se utilizan para perseguir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El *principio de territorialidad* no resulta de mucha utilidad para evitar persecuciones múltiples, porque los hechos delictivos suelen ocurrir en varios Estados, lo que provoca que cada uno de ellos sea potencialmente competente para investigar todo el delito, aunque solo una parte se haya cometido en su territorio. Además, EE. UU. utiliza un criterio muy amplio de la territorialidad a la hora de declararse competente para perseguir estos delitos. También se recurre al *principio de personalidad activa*, que permite a un Estado enjuiciar a sus propios nacionales cuando han cometido un delito fuera de su territorio. En el caso de las personas jurídicas, la nacionalidad se determina normalmente de acuerdo con el criterio del lugar en el que tienen su sede o domicilio social, algo que puede generar problemas especialmente cuando se trata de multinacionales con filiales establecidas en los países donde se cometen los delitos. E incluso los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales están sometidos al *principio de jurisdicción universal*, como ocurre en España, si bien

sometido a restricciones.

El incremento de Estados dotados de legislaciones que permiten la persecución de delitos de corrupción cometidos en el extranjero aumenta la probabilidad de que varios de ellos se declaren competentes para investigar y enjuiciar los mismos hechos de corrupción. Que se alcance un acuerdo en EE. UU. mediante "acuerdos de enjuiciamiento aplazado" bajo la fórmula de *deferred prosecution agreements* (DPA) o *non-prosecution agreements* (NPA) no va a impedir que otros Estados investiguen e incluso sancionen los mismos hechos, especialmente si se han cometido en su territorio. Lo habitual suele ser que la multinacional llegue a un acuerdo con las autoridades de un país, en el que reconoce su responsabilidad por el pago de sobornos a empleados públicos extranjeros en numerosos Estados. Con posterioridad es objeto de una nueva persecución y/o sanción en otro Estado por los mismos hechos, normalmente el Estado en el que se han cometido los delitos o del que son nacionales los funcionarios corruptos. Este segundo Estado cuenta con una ventaja indudable, dado que puede tomar como base la investigación realizada por las autoridades del primero de los Estados y cuenta con el dato esencial de que la



propia multinacional ha admitido las acusaciones. Esto puede incentivar a algunos países que no disponen de grandes recursos a emprender investigaciones transfronterizas, beneficiándose del trabajo de otras autoridades extranjeras. Pero es evidente que esta estrategia tiene un inconveniente claro: estas nuevas persecuciones y sanciones suponen una violación del principio *ne bis in idem*.

Se trata de auténticas *persecuciones duplicadas*, en las que aparentemente se enjuician hechos idénticos, los mismos pagos realizados a los mismos funcionarios y en relación con los mismos contratos. Posiblemente esto es consecuencia de las dificultades de persecución de los delitos de carácter transnacional, como la corrupción, que están sujetos a la investigación y sanción por parte de múltiples Estados. Son inevitables cuestiones tales como la concurrencia de jurisdicciones, en las que ha de dilucidarse, entre otros aspectos, si los intereses de algún Estado deben prevalecer sobre los del resto de Estados competentes, o lo injusto de un sistema imprevisible que no dispone de ningún mecanismo para evitar la imposición de varias sanciones en procesamientos distintos por autoridades diferentes. Especialmente cuando los Estados que efectivamente imponen las sanciones no son los realmente afectados por los casos de corrupción.

Por ello, son cada vez más las voces que reclaman la prohibición de las dobles persecuciones y sanciones en aplicación del principio *ne bis in idem*. Un importante problema, sin embargo, es que no existe un reconocimiento expreso de la validez transnacional del principio *ne bis in idem*, tampoco en el contexto de los delitos de corrupción transnacional (el art. 4.3 del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, solo obliga a las Partes interesadas, a petición de una de ellas, a celebrar consultas con el fin de determinar la jurisdicción más apropiada para la persecución).

Desde el punto de vista de las empresas multinacionales, que por su actividad suelen estar sometidas a la competencia jurisdiccional de varios Estados, el reconocimiento de efectos transnacionales al principio *ne bis in idem* tiene la ventaja de que va a servir de incentivo para llegar a una resolución cuanto antes de los asuntos de corrupción, normalmente mediante un acuerdo en el que admiten su

responsabilidad en aquellos Estados donde ello sea posible. Las empresas procurarán colaborar activamente con las autoridades para concluir rápidamente un acuerdo, lo que va a impedir que otros Estados puedan perseguir los hechos. Sin embargo, este efecto bloqueo que produce el *ne bis in idem* puede presentar también algunos inconvenientes. Por ejemplo, el del *forum shopping*, esto es, que las empresas decidan optar por ser enjuiciadas o llegar a acuerdos con aquellos Estados en los que es probable que las sanciones y otras consecuencias sean menos severas, bloqueando así la persecución por parte de otros Estados que quizás se encuentran en mejor posición para hacerlo. También se ha apuntado la posibilidad de que ciertos Estados impongan sanciones menos severas a sus propias empresas para protegerlas de las consecuencias más estrictas que recibirían si fueran sancionadas por otros Estados.

2. ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPAÑOLA EN LOS SUPUESTOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EXTRANJEROS Y *NE BIS IN IDEM*

Entra dentro de lo posible que una empresa española resulte perseguida o llegue a un acuerdo con autoridades extranjeras por la comisión de delitos de corrupción de funcionarios extranjeros. Será objeto de debate si va a poder ser perseguida igualmente en España por los mismos hechos. Puede también plantearse la situación inversa, que una multinacional extranjera soborne a funcionarios españoles y resulte perseguida o llegue a acuerdos de admisión de responsabilidad en el extranjero. Se discutirá nuevamente si la justicia penal española puede proceder contra esta empresa.

La competencia jurisdiccional de los Tribunales españoles dependerá del lugar en el que se haya cometido el delito que se imputa a la empresa. Son imaginables dos posibles escenarios: que el delito se haya cometido total o parcialmente en territorio español, o que haya sido cometido totalmente en el extranjero.

1. Hechos cometidos en *territorio español*. El principio de territorialidad (reconocido en el art. 8.1 del Código Civil y en el n.º 1 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)) supone la aplicación de la ley penal española a los actos de corrupción llevados a cabo en el territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de los intervinientes en el delito, sean personas físicas o jurídicas. En ese caso serán competentes las autoridades judiciales españolas sin

ningún tipo de limitación. Los Tribunales españoles son competentes para conocer de los actos corruptos cometidos en todo o en parte en territorio español y por persona física o jurídica nacional o extranjera. La cuestión se complica cuando el hecho ha sido objeto de investigación y sanción por otro país competente para conocer de los hechos, en cuyo caso surgirá la cuestión de si los Tribunales españoles pueden enjuiciarlos de nuevo con base en el principio de territorialidad. La solución dependerá de si el Estado extranjero que ha enjuiciado los hechos pertenece o no a la Unión Europea (UE).

■ Hechos enjuiciados en otro *Estado miembro de la UE*. Tratándose de una multinacional que ha sido objeto de investigación y sanción en un Estado miembro de la UE, no es posible volverla a enjuiciar y sancionar en otro Estado miembro de la UE. El principio *ne bis in idem* en la UE está consagrado en el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CFR) y en el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS). En este caso los jueces españoles no podrán proceder de nuevo contra la empresa. Una de las cuestiones más interesantes que surgirán tratándose de casos de corrupción es la relativa al valor de los acuerdos a los que lleguen las empresas en aquellos Estados miembros en los que así se prevea. En concreto, si tales acuerdos desplegarán el efecto bloqueo propio del principio *ne bis in idem*. Si seguimos las orientaciones marcadas por el TJUE (por ejemplo, en los asuntos acumulados *Gözütok y Brügge*), parece probable que tales convenios cumplan los requisitos necesarios para bloquear persecuciones en otros Estados miembros.

■ Hechos investigados y sancionados por otro *Estado no miembro de la UE*. El principio *ne bis in idem* no suele aplicarse a aquellas situaciones transnacionales en las que discurren procesos penales paralelos contra la misma persona en dos o más jurisdicciones penales diferentes. Por ello, si los hechos se han cometido en todo o en parte en territorio español, nada impide que los Tribunales patrios sean competentes para su enjuiciamiento, con independencia de que el responsable sea una multinacional española o extranjera. Incluso si ha recaído sentencia firme en otro país o existe algún acuerdo de enjuiciamiento aplazado o de reconocimiento de culpabilidad.

Cuestión distinta es que esta persecución reiterada deba evitarse. Y en caso de no ser posible, deberían adoptarse criterios que evitaran una doble sanción. Por ello, si los hechos perseguidos en España coinciden en su totalidad con los sancionados en el otro Estado, los Tribunales españoles deberían tener en cuenta las sanciones impuestas (económicas o de otro tipo), o garantizar una adecuada atenuación de la segunda sanción. También sería conveniente que tuvieran en cuenta dichas sanciones en caso de que los hechos solo coincidan parcialmente, si bien en proporción con la parte de los hechos que se solapan.

2. Hechos cometidos fuera del territorio español. El CP español ha articulado una doble vía para perseguir los delitos de corrupción o cohecho de funcionarios públicos extranjeros. Por un lado, el art. 286 ter CP y, por otro, lo previsto en los tipos generales del delito de cohecho de los arts. 419, 420, 421, 424 y 427 CP. En ambos casos la legislación penal española puede aplicarse a hechos cometidos totalmente en el extranjero.

■ Los delitos de corrupción en las transacciones económicas internacionales (junto con los delitos de corrupción entre particulares) están sometidos a la *jurisdicción universal* (art. 23.4.n) LOPJ). Por lo tanto, los Tribunales españoles son competentes para conocer de estos delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional (art. 23.4.n) LOPJ), siempre que se interponga previamente querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ) y se cumplan con los requisitos para el ejercicio de esta competencia jurisdiccional. Entre ellos, de acuerdo con el n.º 5 del art. 23 LOPJ el criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción española, de acuerdo con el cual cederá la jurisdicción española cuando esté conociendo algún Estado en cuyo territorio se han realizado los hechos de corrupción o, habiéndose cometido el hecho íntegramente en el extranjero, cuando esté conociendo de los hechos el Estado de nacionalidad de la persona jurídica. No cederá la jurisdicción universal española, según esto, cuando esté conociendo cualquier otro Estado que no tenga ningún tipo de conexión con los hechos.

■ La duplicidad de regulaciones que existen en el CP para el castigo de la corrupción de funcionarios extranjeros se refleja también en la persecución extraterritorial de los delitos genéricos de cohecho de los artículos 419 y siguientes CP que, recordemos, son

delitos contra la Administración pública. La jurisdicción penal española se extiende a estos delitos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.3.h) LOPJ, siempre que los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delitos contra la Administración Pública española. El art. 23.3 LOPJ regula el conocido *principio real o de protección de intereses*, de acuerdo con el cual la ley penal española se aplica de forma excepcional a hechos cometidos fuera del territorio nacional, tanto si los comete un nacional como un extranjero, siempre que afecten a intereses básicos del Estado. La aplicación de este principio de protección de intereses no está sometido a ningún requisito de

conexión, salvo el propio de la afectación de intereses básicos del Estado español y el formal de la exigencia de previa interposición de querrela por el agraviado o el Ministerio Fiscal (art.23.6 LOPJ). Los problemas de aplicación del principio real o de protección de intereses son evidentes si tenemos en cuenta que no está sometido al principio *ne bis in idem* (quedó suprimido en la reforma de la LOPJ operada por LO 1/2014). Esto permite que los tribunales nacionales sean competentes para conocer de los mismos hechos que afecten a la Administración pública española (entendemos que a empleados públicos españoles, aunque según el art. 427 CP también podrían afectar a empleados públicos extranjeros, lo que no tiene mucho



sentido si se tutelan intereses españoles), incluso aunque hayan sido juzgados (y los delincuentes, personas físicas o jurídicas, condenados) en el Estado en cuyo territorio se han cometido los hechos (o de origen de la multinacional). Pensamos que debería evitarse una nueva persecución reiterada en España. Y si esto no es posible, deberían adoptarse criterios que evitaran una doble sanción, como tener en cuenta las sanciones impuestas (económicas o de otro tipo), o garantizar una adecuada atenuación de la segunda sanción.

3. HACIA UN RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM*

A nivel internacional, el principio *ne bis in idem* se prevé como un derecho del individuo en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, si bien se interpreta en el sentido de que se está refiriendo únicamente a su aplicación dentro de los Estados (aplicación estrictamente nacional). No existe, por lo tanto, un reconocimiento del principio *ne bis in idem* con relevancia transnacional (con la salvedad de lo indicado respecto de la regulación de la UE). Las empresas multinacionales corren el riesgo de ser perseguidas de forma reiterada por distintos países cuando cometen delitos de corrupción de funcionarios extranjeros. Este riesgo es consecuencia del amplio alcance extraterritorial de la ley penal de algunos

Estados (tradicionalmente EE. UU., y ahora también Reino Unido y Francia) que permite a sus tribunales y otras autoridades declararse competentes para investigar y sancionar actos de corrupción que no se han producido en su territorio.

Es evidente que la corrupción produce efectos negativos en la economía, distorsionando los mercados y limitando el desarrollo de los países. Pero que las multinacionales sean perseguidas por varios Estados puede motivar que estas no inviertan en aquellos países en los que el riesgo de cometer delitos de corrupción es elevado. Además, va a desincentivar que las empresas colaboren de manera voluntaria con las autoridades, en la medida en que ello puede dar lugar a sanciones en varios Estados por los mismos hechos. Incluso va a evitar que las multinacionales lleguen a acuerdos de no persecución o de admisión de la culpabilidad por miedo a persecuciones múltiples. Se disuade así a las empresas de realizar investigaciones internas para detectar conductas corruptas y de informar a las autoridades de los delitos detectados.

Conviene, por tanto, adoptar medidas para neutralizar el efecto negativo de la pluralidad de persecuciones. Especialmente si el principio *ne bis in idem* no despliega sus efectos cuando se trata de casos transnacionales. Una medida que parece imponerse es la posibilidad/obligación de que los Estados implicados en la persecución de hechos corruptos sustancialmente idénticos *cooperen* para alcanzar un resultado equitativo. La mejor vía para lograr este tipo de colaboración es, posiblemente, que las normas internacionales (especialmente el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales) obliguen a los Estados a entablar consultas, negociar y repartir, en su caso, las sanciones económicas impuestas. Esto, con todo, no será fácil. Algunos Estados, como España, prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no permiten acuerdos de sobreseimiento sometidos a condición (aunque sí la conformidad de personas jurídicas, hoy en el art.787.8 LECrim), lo que puede obstaculizar la cooperación con las autoridades de otros Estados. Convendría asimismo que se reconociera legalmente en España la posibilidad de repartir la cuantía de las sanciones económicas con otros Estados, especialmente aquellos que son víctimas de la corrupción de las multinacionales.

“BACK TO BASIC O CÓMO LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO PUEDE APOYAR LA VUELTA A LO ESENCIAL Y LO VERDADERAMENTE IMPORTANTE PARA CUALQUIER COMPAÑÍA”



Alvaro Conde Herranz

Head of Assurance
Neinor Homes

Si pensáramos en cuál podría ser el principal objetivo de una compañía, ya sea esta cotizada o no, grande o pequeña, pública o privada... la pregunta podría tener varias respuestas: su supervivencia en el medio y largo plazo, la creación de valor de sus accionistas / propietarios o dejar una huella positiva en el entorno (en todos sus grupos de interés), serían algunas de ellas.

Pues bien, independientemente de cuál hayamos pensado, hay ciertas ideas, conceptos o valores de carácter intangible que resultan esenciales para la obtención de estos objetivos y que debemos siempre considerar en cualquier estrategia o cualquier ámbito de actuación de una compañía, incluido muy especialmente la funciones propias del Compliance por las tareas que desempeña.

Estos conceptos y valores, -a su vez enraizados unos en otros (pues la no concurrencia de uno de los mismos podría afectar directamente al resto)-, serían:

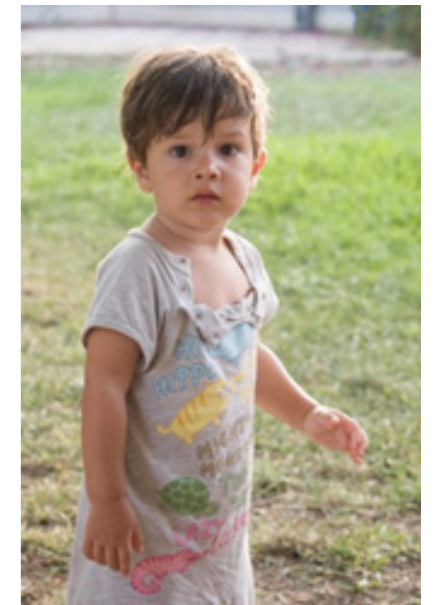
1. El Buen Gobierno Corporativo.
2. La cultura corporativa.
3. La ética.
4. El Negocio responsable.

Por supuesto, existe otro concepto que considero vital para la supervivencia y creación de valor, que es el de la innovación / tecnología / transformación digital, sin embargo, al no tener suficiente conocimiento del mismo, no lo voy a tratar en estas líneas.

En este artículo, me gustaría hacer una pequeña reflexión sobre el significado y beneficio, de estos conceptos y valores, así como ofrecer unas pequeñas pautas para que las personas encargadas de la función de cumplimiento las tengan siempre presentes para que pueda servirles de guía y les ayude a valorar la permeabilidad de estos conceptos y valores en la organización.

Para llevar a cabo esta reflexión parto de mis propias experiencias de trabajo en organizaciones, así como de lo aprendido en conversaciones y trabajos con algunas personas que han marcado mi trayectoria profesional.

Creo que un director de Cumplimiento tiene mucho que aportar considerando los conceptos y valores a los que me refiero, que pueden ser útiles para enfocar adecuadamente las estrategias y actuaciones de la compañía.



Mi hijo de dos años Alejandro, nada más despertarse para explorar el jardín.



La mirada de un niño es transparente, es sincera, los niños dicen lo que piensan y hacen lo que dicen.

Las empresas deberían obrar así.”

1. EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

El concepto de “Buen Gobierno Corporativo” puede tener muchos significados, a partir de los cuales pueden surgir muchas recomendaciones, pero creo que básicamente consiste en “dirigir bien una compañía” o “llevar acertadamente su rumbo por la Dirección / administradores”, lo que para ello requiere tener en cuenta dos cosas fundamentales:

La primera es que si el “gobierno” se refiere a personas y a decisiones, el “buen gobierno” significa que las personas que lo ejercen sean las adecuadas y que las decisiones que éstas tomen sean las correctas. En definitiva, hacer las cosas correctas y hacerlas correctamente.

Ello exige tener muchísima prudencia con los criterios de selección de las personas que desempeñan la tarea de gobierno, comprobando no solo su capacidad, méritos y experiencia, sino también su honestidad.

Y para tomar las decisiones correctas hay que vigilar la información que se traslada a la dirección, de modo que esta sea

correcta, completa y a tiempo.

Otro aspecto, de los muchos, que exige el buen Gobierno corporativo y que considero fundamental, es que las personas que lo ejerzan sean consecuentes con sus palabras; que éstas a su vez estén alineadas con sus acciones.

2. LA CULTURA CORPORATIVA

Este concepto es también clave en cuanto permite que los propios empleados y todas las partes interesadas, sean capaces de percibir unos determinados valores, conductas, actitudes y pautas de comportamiento en todos los integrantes de la organización.

La cultura corporativa, sobre la base de unos valores que irradian a toda la organización, hace crecer, en todos los empleados, un sentimiento de pertenencia muy fuerte, hasta el punto de que ese sentimiento de pertenencia puede transformarse en un sentimiento de afectividad que genere una percepción familiar dentro de la empresa que, trascendiendo incluso la esfera meramente laboral, haga que todas las personas se sientan

corresponsables de la marcha de la empresa y del bienestar de todos sus miembros.

Ese sentimiento familiar implica para los miembros de la empresa, hablar bien de otros miembros, ocultando al exterior sus defectos, la diligencia en el desempeño de la función encomendada, la gestión con cuidado y dedicación, la proposición de mejoras y, desde luego, anteponer el interés de la empresa sobre el interés propio cuando eso implique ser deshonestos, o perjudicar a la compañía o a terceros.

Por la otra parte, para la empresa, la construcción de una cultura corporativa fundada en valores: el trato justo y el desvelo continuo por el bienestar de los empleados, el servicio al cliente, la puesta a disposición de canales abiertos de comunicación para unos y otros, el compromiso de excelencia en la producción, distribución de productos o en la prestación de los servicios ofertados al mercado; la transparencia en la gestión y en las decisiones de gobierno, etc. conllevará, si esos valores son percibidos y contrastados por empleados y proveedores, que estos quieran seguir trabajando con la

compañía y pongan a disposición de la misma sus mejores recursos, con recurrencia y fidelidad, y para los clientes, que estos sigan confiando en la empresa y elijan sus productos o servicios frente a otros de la competencia.

Para avanzar en la construcción y permeabilidad de la cultura corporativa en la compañía, se requiere como premisa además del Buen Gobierno Corporativo, al que hemos hecho ya referencia, la conducta ética y responsable y en la construcción de la misma podemos establecer los siguientes hitos o etapas diferenciadas.

La primera de todas ellas sería coordinar los objetivos de la empresa con los valores que queremos que se trasladen a nuestra cultura corporativa, lo que exige una reflexión sobre la misión, visión y valores de la compañía.

Una vez tengamos cumplido este primer paso deberemos analizar si la estrategia o el plan estratégico de la empresa para alcanzar los objetivos propuestos están alineados con los valores que queremos sean las señas de identidad de la cultura corporativa que queremos construir.

Por último, debemos analizar si igualmente están alineados con esos valores los protocolos, los patrones de comportamiento, las formas de trabajo, la relación con los distintos grupos de interés, o con las nuevas tecnologías o transformación que exige el sector.

Una vez redefinida la misión, visión y valores, y comprobada la coordinación de la estrategia, procedimientos, relación con los grupos de interés, etc. con esos valores, debemos realizar una adecuada política de comunicación y formación, e implantar mecanismos de refuerzo del comportamiento para afianzar y reforzar dicha cultura organizacional (mediante reiteración de mensajes, realización de encuestas sobre el modo de ejercer el liderazgo o ejemplaridad en las actuaciones de la dirección, evaluaciones sobre las políticas, establecimiento de recompensas beneficios y disciplinario, auditorías de procesos, calidad, etc.

Finalmente, y es donde creo que la función de Cumplimiento es clave, es conveniente revisar y analizar el grado de permeabilización interna y externa de la cultura corporativa en la compañía, mediante:

- La revisión de la implantación de los mecanismos de refuerzo del comportamiento anteriormente mencionados, comprobando la suficiencia de los mismos y su correcto diseño.
- La revisión de los comportamientos e indicadores propuestos en diferentes ámbitos, que en base a un sistema de puntuación podría clasificar el resultado en diferentes niveles dentro de un modelo de madurez, que permita una revisión periódica del mismo; comprobar si la compañía está trabajando en mejorar e incrementar su cultura corporativa y si ésta es fuerte (entendiendo una cultura fuerte, como aquella en la que hay una alineación entre la cultura objetivo / cultura expresada a través de los mecanismos de refuerzo establecidos y la cultura expresada por los miembros de la organización y por terceros). Estos comportamientos e indicadores podrían revisarse a partir de los resultados de las encuestas de valoración a empleados, clientes, proveedores, encuestas de salida, de clima laboral, realización de entrevistas y talleres con grupos de trabajo...



3. LA ÉTICA¹

Cuando hablamos de ética en una compañía, siendo conscientes de que se trata de un concepto complejo por su multidimensionalidad, la diferente cultura y subjetividad del evaluador o el diferente nivel de madurez de la empresa, tratamos de proponer una serie de pautas generales de conducta (como son el vivir honestamente, no hacer daño a otro, o dar a cada uno lo suyo) que luego se concreten en otras normas derivadas más concretas (referidas a la integridad, la confidencialidad, la imparcialidad, el respeto, etc.) que todos deben conocer y aceptar y cuyo cumplimiento debe ser objeto de políticas, indicadores y controles concretos, con el objetivo de ir generando una conciencia colectiva y una expansión de la conducta ética como referente de actuación.

Entre los indicadores y controles tendrán particular importancia los referidos a la actividad de Recursos Humanos, tanto los referentes a la diligencia debida en la contratación como los referidos al desempeño de las funciones atribuidas conforme a criterios de equidad, transparencia y reconocimiento tangible e intangible a los empleados. En este sentido las reclamaciones o encuestas realizadas al personal, los clientes o las denuncias recibidas a través de los canales que arbitre la empresa y el análisis de las mismas nos darán luz sobre las medidas de mejora que haya de implantarse con el objetivo de que la empresa sea reconocida por su compromiso con la cultura ética y de cumplimiento.

4. EL NEGOCIO RESPONSABLE²

Un modelo de “Negocio Responsable” (término que considero más apropiado que el de “RSC”) exige tener claro como premisa que el propósito final de una empresa no debe ser exclusivamente el del beneficio para la propia compañía, sino también el crear valor o beneficio para el entorno en el que opera y las personas que forman parte de ese entorno.

Ello exige: 1º. Integrar en la estrategia de negocio las demandas y expectativas de los grupos de interés y los objetivos de agenda global común que forman los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). 2º. Identificar el impacto de la actividad de la compañía en el entorno donde opera y en las personas que forman parte de ese entorno, y tener en cuenta ese impacto en el

proceso de toma de decisiones que debe estar orientado a la generación de valor a todos los niveles (económico, social, ambiental).

Sin conocer las expectativas de las diferentes partes interesadas, sin conocer las necesidades de potenciales clientes, será imposible acertar con la tipología de producto o decidir qué acciones de “negocio responsable” o de RSC vamos a llevar a cabo, por eso resulta esencial elaborar una estrategia en este ámbito pensando en qué esperan de nosotros los grupos de interés con los que interactuamos y qué debemos hacer para aportarles valor.

En resumen, cuando una compañía es capaz de integrar los conceptos y valores, a los que nos referimos:

1. El Buen Gobierno Corporativo.
2. La cultura corporativa.
3. La ética.
4. El Negocio responsable.

es entonces cuando una compañía será Líder. No lo será porque sea la primera en introducir un producto novedoso o expandirse o tener más cuota de mercado que sus competidores, sino porque será capaz de inspirar con su ejemplo a todos sus grupos de interés y convertirse en un referente dentro y fuera de su sector.

Como Director de Neinor Homes en GRC, tengo la responsabilidad de las siguientes áreas de la compañía: Auditoría interna, RSC, Gobierno Corporativo, Cumplimiento, Riesgos y Calidad, y cuando representado con mucho orgullo a mi compañía, me han preguntado recientemente cómo abordamos la RSC en Neinor Homes, no he explicado que hemos sustituido los vasos de plásticos por vasos de cristal (que lo hicimos), he insistido en lo que creo que es más importante: que en plena pandemia, lo primero ha sido el cuidado de nuestros empleados, que hemos mantenido nuestra actividad pese a las dificultades y que, cuando ha caído una constructora que trabajaba con nosotros, hemos constituido nuestra propia constructora para mantener nuestro compromiso con subcontratas y clientes, o que cuando otras constructoras con las que trabajamos tenían serios problemas de liquidez, hemos adelantado pagos (certificaciones), que no hemos hecho ningún ERTE, aun ahorrando dinero para la compañía hemos mantenido el empleo de nuestros 280 trabajadores y más de 25.000 empleos indirectos con

las máximas medidas de seguridad y que gracias a ello han podido tener ellos y sus familias unas navidades tranquilas. Eso para mí ha sido la verdadera RSC y por supuesto también el verdadero Compliance³.

¹Para quien pueda interesar un desarrollo de este punto puede consultar el documento, en cuya elaboración participé. “Auditoría Interna y la ética empresarial”. La Fábrica de Pensamiento. Instituto de Auditores Internos de España.(2019). disponible en https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/fa-bricaetica-web.original.pdf

²Muchas, si no todas, las ideas de este apartado tienen como referencia las muchas enseñanzas que me ha proporcionado Carlos Valdés Sauras, uno de los mejores profesionales y expertos que conozco en el ámbito de la sostenibilidad.

³(Como no suelo escribir, permítanme dedicar este artículo a mis hijos Julia y Alejandro, a los que algún día hablaré de los valores del sacrificio, la disciplina y la perseverancia en el mundo mercantil).

Poder predecir con certeza el futuro nos daría una evidente ventaja y tranquilidad a la hora de ejercer el liderazgo y tomar decisiones acertadas, pero aunque ante hechos totalmente imprevisibles nuestro esfuerzo resulte una futilidad, no por ello, el líder puede dejar de intentar de ser previsor y prepararse así mismo y a la organización que lidera frente a los diferentes escenarios posibles.

A la búsqueda de aquellas actitudes que requiere el liderazgo en tiempos inciertos, volver a la ética y a sus principios es el consejo más potente y útil al que se debe aferrar un líder.

Es cierto que el tiempo de los filósofos griegos, -en que comenzó a reflexionarse sobre qué sea la ética y qué medida puede ser útil para la vida-, resulta, en apariencia, muy distinto del que nos ha tocado vivir- cada vez más condicionado por la tecnología y la abundancia de información-; sin embargo, la incertidumbre sobre el futuro y lo que éste nos depara sigue siendo un elemento común de ambos mundos.

En este artículo trataré de explicar cómo la ética y los principios que de ella dimanar pueden ayudar a líderes de las organizaciones a enfrentar el futuro con confianza.

Tomando como referencia la definición de Ética de la Asociación Española

LIDERAZGO ÉTICO EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE



Daniel Truran

Director general de ebbf- B Corp Ambassador
Cofounder Impact Hub Madrid

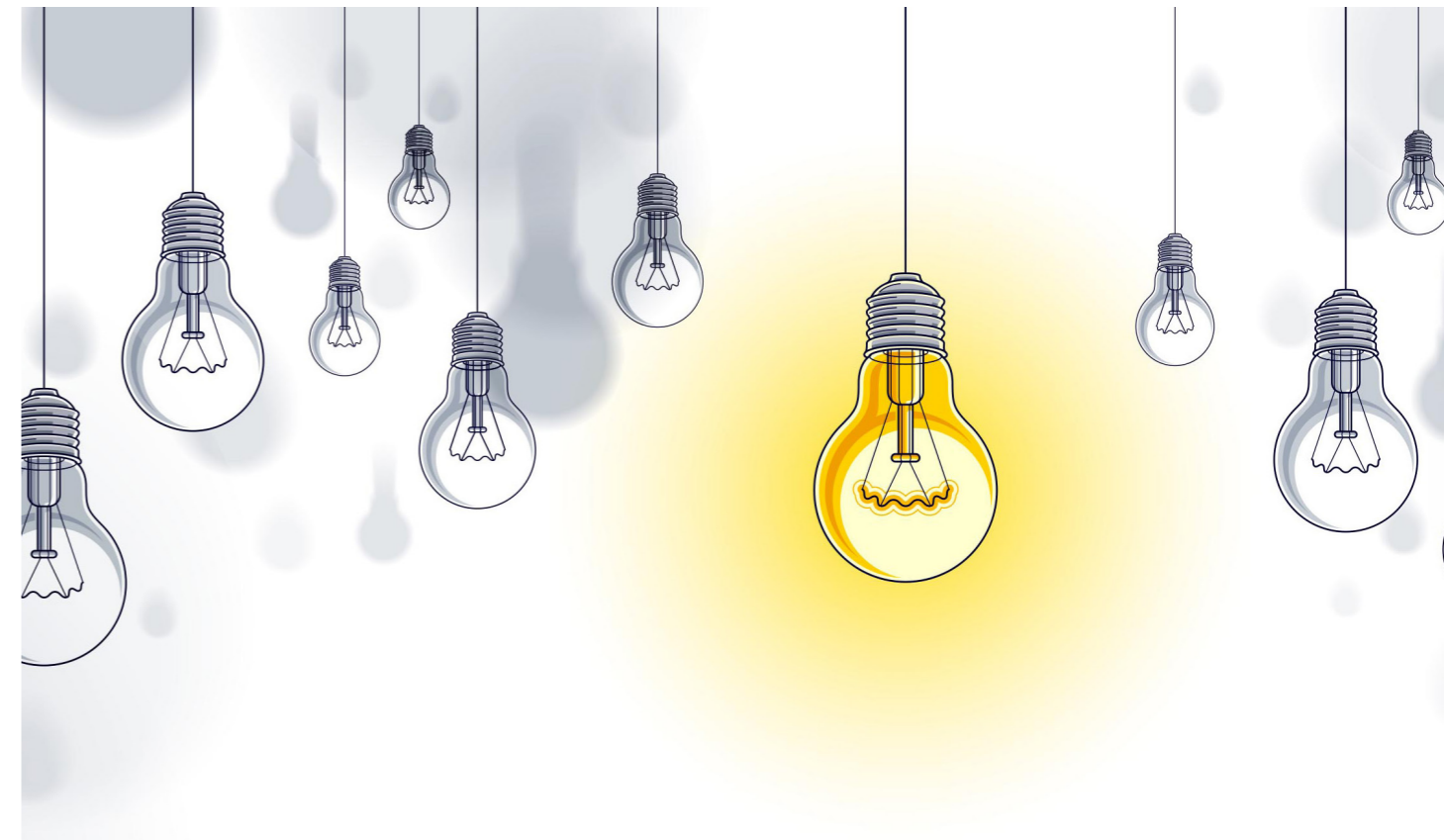
de Contabilidad y Administración de Empresa (AECA) la ética se puede definir como “Un proceso de reflexión vivo y abierto, que busca actuar bien desde el punto de vista moral, decidiendo entre valores y derechos en conflicto y trata de iluminar la toma de decisiones y servir de guía en situaciones complejas”

PROCESO DE REFLEXIÓN VIVO Y ABIERTO

Muchas veces la velocidad a que gira el mundo en que nos movemos exigiéndonos dar una respuesta inminente frente a los cambios, parece

incompatible con la necesidad de pararnos y reflexionar; sin embargo las organizaciones que mejor enfrentan la velocidad del cambio son aquellas en que sus líderes si se paran, reflexionan y consultan antes de tomar sus decisiones.

Por esta razón en tiempos de cambios, es particularmente importante crear espacios de reflexión. Las organizaciones caracterizadas por la impartición de órdenes impuestas, donde las decisiones se adoptan sin reflexión compartida y las reuniones se celebran con una agenda cerrada, donde tan solo se pretende trasladar una lista de acciones a



poner en marcha con urgencia son poco útiles para crear resiliencia, adaptabilidad y éxito. La experiencia demuestra que, sin embargo, aquellas organizaciones donde impera la reflexión abierta, son aquellas capaces de crear mayor confianza y compromiso de todos sus integrantes.

En estos momentos inciertos la entrega generosa y el compromiso de todos los miembros de una empresa resultará capital para que la misma naufrague o continúe adelante. Por eso las organizaciones deben de apostar por generar los espacios de reflexión compartida de los que hablamos.

DECIDIENDO ENTRE VALORES Y DERECHOS EN CONFLICTO

Vivimos y operamos en un mundo lleno de dudas y conflictos. Hacer evidentes estas dudas y conflictos no supone una debilidad, sino la oportunidad de abrir la mente a nuevas ideas.

Los mejores equipos no están de acuerdo en todo sino que tienen un modo de tomar sus decisiones sobre la base de diferentes opiniones e ideas que se someten a examen, discusión y reflexión. Tener la capacidad de permitir la puesta en común, la discusión de ideas y opiniones diferentes para alcanzar un consenso o una decisión adoptada por mayoría es un rasgo distintivo del líder moderno, tan distinto del liderazgo personalista que no escucha y que se impone para mantener su estatus.

ILUMINAR LA TOMA DE DECISIONES Y SERVIR DE GUÍA EN SITUACIONES COMPLEJAS

La ética sirve de guía tanto para la toma de decisiones como para la transmisión de las mismas; agiliza nuestra capacidad de avanzar eficazmente y en mano común; compartiendo todos la decisión final adoptada.

LOS PILARES DE UNA SÓLIDA Y CONFIABLE ÉTICA SON LOS VALORES

La justicia, el servicio, la solidaridad, la responsabilidad, la honradez, son valores que han de presidir la actuación del líder y, con su ejemplo, los de toda la organización.

Si fracasa la ética en la toma de decisiones las consecuencias pueden ser nefastas.

Un claro ejemplo es el de Michael Meurs ex CFO de Ahold, uno de los líderes mundiales de la distribución y la tercer cadena de supermercados de los Países Bajos, que en una semana perdió el 80%

de su valor en bolsa, al trascender a la opinión pública que las irregularidades contables de Michael Meurs fueron la causa de que las ganancias de la compañía se inflaran fraudulentamente por lo menos de \$ 500 millones, lo que provocó que Standard & Poor's redujera la calificación crediticia de Ahold a la categoría de basura (junk status)."

Michael Meurs, persona muy practicante y de grandes valores, sin embargo perdió la referencia ética en la toma de decisiones, por la presión de las expectativas del mercado en relación a los resultados que se esperaban de la empresa.

La presión a la que estamos sujetos a diario es cada día más fuerte y por esta razón cada vez resulta más necesario no perder la referencia ética en la toma de decisiones, el arma más potente en nuestras manos.

MÍNIMOS DE CONFIANZA - ÉTICA GLOBAL, REPUTACIÓN LOCAL.

La empresa que consiga vivir y comunicar la influencia de la ética en sus decisiones y comunicaciones diarias saldrá ganadora.

Es lo que defino cómo el "factor Starbucks". Cuando viajas al extranjero y no estás seguro de lo que te vas a encontrar en un restaurante o cafetería local, encuentras un Starbuck y sabes exactamente lo que te vas a encontrar ya sea en Vietnam o en Madrid. Por esta razón los Starbucks de medio mundo están llenos de turistas que van a lo que conocen y aprecian.

Esta coherencia, genera una cultura común en todas las personas, en todas las oficinas, en todas las filiales y transmite la confianza al consumidor en todo el mundo.

LA GENERACIÓN DE CONFIANZA, BASE DEL ÉXITO DE PLATAFORMAS COLABORATIVAS

Del mismo modo grandes plataformas como Cabify, tu Wallapop o tu Amazon están atrayendo grandes números de usuarios también por el grado de confianza que generan en cualquier parte del mundo. "Si no te fías no compras". Y esa confianza se basa en muchos casos en la transparencia a la hora de contratar. Por ejemplo si tomas un Uber sabes exactamente lo que te van a cobrar nada más pedir el servicio. Esta manera de ser transparente es especialmente importante cuando no puedes ver el cliente, cuando no tienes un contacto directo.

UN COMPORTAMIENTO POCO ÉTICO PUEDE ACARREAR CONSECUENCIAS GRAVES EN MUY POCO TIEMPO

La Agencia "Impulsa Comunicación activa" hace un par de años rechazó como candidato de un puesto de trabajo a una joven con el siguiente argumento "buscamos a un chico porque las cuentas en las que trabajará, Carglass y Coca-Cola, créeme necesitan un hombre para aguantar el ritmo...". La chica en cuestión, disgustada por lo ocurrido, publicó a las 10:34 un post en su cuenta de twitter donde se quejaba públicamente de dicho rechazo reproduciendo la respuesta de la agencia de colocación. Horas después, a las 15:57 y 17:45, desde las cuentas de twitter oficiales de Carglass y de Coca Cola contestaron al tweet de la joven rechazando tajantemente el comportamiento de la agencia. Al final del día la noticia tuvo reflejo en la prensa nacional.

La enseñanza de este caso real es que obrar de acuerdo a valores éticos y trasladarlos adecuadamente a nuestros grupos de interés es la mejor gestión del riesgo que una empresa pueda realizar.

DESDE LA ÉTICA HACIA EL ACTIVISMO

Cada día hay más líderes que hacen públicos valores y principios de conducta inspirados en la ética, cómo inspiradores de su cultura de negocio.

Un ejemplo lo tenemos en nuestro país con Jose Armando Tellado Nogueira Ceo de Capsa Food (Central Lechera Asturiana), que en su feed de LinkedIn expresa a menudo opiniones personales en relación a los valores éticos con los que quiere inspirar a su equipo.

Otro gran ejemplo a nivel de comunicación corporativa es el de la empresa de venta de helados Ben & Jerry's que utiliza las campañas publicitarias de sus productos y la home page de su web (<https://www.benjerry.com/values/issues-we-care-about>) para lanzar campañas de protesta o acción social; poniendo de manifiesto que la misión y visión de la empresa va mucho más allá que la venta de helados.

Esta fuerza alrededor de una misión más elevada crea un impacto y una energía que permite crear unidad, confianza dentro de la misma empresa y con ella una aportación directa a la capacidad de resiliencia y de encontrar e implementar soluciones a los retos nos rodean.

ALIANZAS INUSUALES. LA ÉTICA UNE A COMPETIDORES

Un ejemplo impactante de este tipo de alianza en valores nos lo han dado, recientemente, dos grandes competidores de ropa y complementos deportivos como Nike y Adidas, apoyando mutuamente una campaña de rechazo al racismo.

Primero fue Nike quien posteo por las redes video viral de rechazo al racismo y apoyo a acciones que traigan igualdad con el lema "let's all be part of the change". Enseguida Adidas hace un repost en su tweet oficial del mismo post de Nike "Together is how we make change" (Juntos es como hacemos posible el cambio).

DESDE LA ÉTICA DEL LÍDER A LA ÉTICA COMPARTIDA

Como explicamos antes el estilo del líder debe de ser colaborativo y la toma de decisiones éticas para que sea eficaz debe de ser compartida. La decisión ética compartida es la que asegura un mayor nivel de respuesta en la organización, un mayor nivel de entrega del personal y, por su puesto, un mayor nivel de compliance, aumentando exponencialmente el éxito de la empresa.

El liderazgo colaborativo implica dejar el control, mejor dicho, crear un liderazgo difuso donde más personas ejercen de manera compartida ese control.

El Grupo Chiesi, el mayor grupo farmacéutico reconocido B Corp a nivel global, elegido en varias ocasiones "Best company to work for", ha demostrado que la familia Chiesi propietaria de la empresa supo trasladar el valor de sus principios éticos a la dirección, plantilla y del entorno donde trabajaban.

Las compañías B Corps equilibran las



ganancias y el propósito, cumpliendo con los más altos estándares de desempeño social y ambiental, transparencia pública y responsabilidad legal. El movimiento B Corp incluye a más de 2.700 empresas en 64 países, con el objetivo compartido de utilizar los negocios como una fuerza para ejercer el bien. Convertirse en una B Corp requiere alcanzar un puntaje mínimo en la evaluación del B Impact Assessment (BIA), una estricta evaluación del impacto de la compañía en sus empleados, clientes, comunidad y medio ambiente. También conlleva publicar un informe anual sobre los resultados medioambientales y económicos, entre otros.

En definitiva, ser una B Corp es operar de una manera que maximizamos el impacto positivo tanto en la sociedad como en toda la compañía respondiendo al concepto de "valor compartido".

Para Chiesi, según publica en su web (<https://www.chiesi.es/somos-b-corp>), la sostenibilidad es parte de su plan estratégico. Esto significa que la compañía se compromete a mejorar la calidad de vida de los pacientes, proteger el planeta y sus habitantes, ponerse al servicio de la comunidad, impulsar el crecimiento de sus empleados y, todo esto, garantizando la máxima transparencia. Como parte de ese proceso, Chiesi ha decidido

convertirse en una Compañía B Corp, una estatuto legal que les permite perseguir un doble objetivo: crear valor tanto para nuestra compañía como para la sociedad. Internamente, lanzamos "We Act – Actuamos para el mañana", un programa de sostenibilidad que involucra a todas las personas de Chiesi en un compromiso coordinado.

Un ejemplo que demuestra el compromiso de Chiesi con la sostenibilidad fue invertir 250 millones de Euros para conseguir que todos sus inhaladores tuvieran cero emisiones en consonancia con su objetivo estratégico de llegar a ser en el año 2035 Net Zero = cero emisiones en toda sus operaciones.

El resultado de estas políticas es que Chiesi el pasado año tuvo unos ingresos cercanos a los 2000 millones de euros, mejorando sus resultados, comparados con los del ejercicio anterior, en un 12%.

CONCLUSIÓN

La ética de los clásicos, desde Sócrates, es una herramienta valiosa para navegar la incertidumbre de hoy y del mañana. Tenemos que reflexionar sobre ello y convencernos de la fuerza de la ética es capaz de generar valor en las empresas y generar la confianza imprescindible en empleados y clientes para afrontar todas las dificultades.



EL VALOR DEL PLAN DE IGUALDAD EN EL PROGRAMA DE COMPLIANCE LABORAL



Miriam Huesca García

Responsable de Compliance Laboral
Defensa & Compliance y Auditoría & Certificación

Todos los trabajadores deseáramos que nuestra organización, pública o privada, fuese el mejor sitio en el que pudiéramos trabajar en un clima laboral estimulante, buscando la excelencia laboral, donde se trabajase con un sentimiento de membrecía o pertenencia debido al bienestar de los trabajadores. Este ideal de organización no es hipotético, lo podemos conseguir si conocemos y aplicamos un Programa de Compliance Laboral.

El término anglosajón Compliance se asocia al cumplimiento normativo y a la integridad y debe ser aplicable tanto a las empresas como a las Administraciones Públicas que deben adaptar sus principios y valores a las exigencias del Legislador en los diferentes ámbitos de su actuación. Uno de los más importantes, tanto por volumen como por cambios es el **ámbito laboral**.

El **COMPLIANCE LABORAL**, encargado de promover una verdadera cultura ética empresarial en el ámbito laboral, podemos definirlo como *“la función que comprende un conjunto de procedimientos y sistemas de gestión y control internos elaborados de forma sistemática y objetiva, para la prevención, identificación y gestión de los riesgos por incumplimiento de la normativa socio- laboral”*.

A la eficacia de dichos sistemas de gestión y control sirven de ayuda los principios y recomendaciones de las diferentes normas tanto internacionales como nacionales, como UNE-ISO 19600 de 2015 (“Sistemas de Gestión de Compliance”) o la UNE-ISO 31100 de 2018 (“Gestión del Riesgo”), en cuanto establecen criterios homogéneos y mecanismos de verificación del grado de cumplimiento normativo y gestión del riesgo legal en el

ámbito laboral.

Un riesgo laboral es una situación potencial, en términos de probabilidad de materialización, cuyas consecuencias, en términos de impacto cualitativo y cuantitativo, puede suponer una responsabilidad por incumplimiento de la normativa laboral

En los últimos años por lo que concierne al ámbito laboral, se ha producido un incremento del riesgo legal debido, entre otros factores, a:

- Creciente complejidad y volumen de normativa socio-laboral (leyes, reglamentos, convenios colectivos...).
- Mayor diversidad y nuevas formas de trabajo como el Teletrabajo, economía colaborativa, robotización de las relaciones laborales.
- Incumplimiento normativo laboral (actas de sanción, demandas de los trabajadores, pérdida de bonificaciones, pérdida de reputación corporativa).

El objetivo del Compliance Laboral debe ser dotar de mecanismos eficaces de autocontrol y verificación de las obligaciones laborales, tanto internas como externas, para evitar o reducir el riesgo del incumplimiento normativo laboral.

Los programas de Compliance Laboral deben abarcar una serie de áreas:

- Condiciones de trabajo, tanto en el ámbito nacional como internacional (contratación, jornada, retribución, contratas, subcontratas, integración de personas con discapacidad...).
- **Igualdad y no discriminación.**
- Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.
- Uso y control de nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el entorno laboral.
- Propiedad intelectual, puesto que, hoy en día gran parte de los trabajos tiene un resultado que no es físico ni tangible, sino productos intelectuales como softwares, guiones de películas o series..., regulado por la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996.
- Prevención de delitos en el ámbito laboral de la organización con repercusiones penales, sobre todo, los cometidos contra los derechos de los trabajadores

(tráfico ilegal de mano de obra, discriminación, contra la libertad sindical, contra la seguridad en el trabajo o contra la Seguridad Social...)

- Actuaciones en materia de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), Es decir, integrando de manera voluntaria, las dimensiones sociales y ambientales en la organización, tanto en sus operaciones de negocio como en sus relaciones con los grupos de interés. Es un modelo de buen gobierno para gestionar las organizaciones de acuerdo con unos valores corporativos que provienen de la sociedad.

Uno de los aspectos más importantes y de mayor relevancia para un programa de Compliance laboral es la elaboración e implantación de un **Plan de Igualdad** real y efectivo; cuya incorporación constituye un elemento estratégico y de calidad, al permitir un mayor conocimiento tanto de la gestión como de los recursos humanos disponibles.

Definimos el Plan de Igualdad, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como el instrumento empleado por empresas, organizaciones y Administraciones Públicas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres.

Dicho de otra manera, es un documento estratégico dirigido a posicionar cualquier organización favorablemente en materia de igualdad de género partiendo de una mejora de la gestión y del aprovechamiento del talento de las mujeres y de los hombres.

Su característica fundamental es que se trata de un documento operativo ya que, las medidas que lo conforman, no son una declaración de intenciones, sino que responden a las necesidades en materia de igualdad y son exigibles y aplicables. Por tanto, debe ser práctico y realista; participativo, al intervenir la representación de las trabajadoras y trabajadores, la dirección y la plantilla con sus sugerencias; transversal, al afectar a todas las políticas y áreas de la organización; vinculado con la mejora continua y, por último, transparente ya que debe garantizar el derecho a la información sobre su contenido.

Todo plan de igualdad debe partir de un diagnóstico sobre la situación de la organización en materia de igualdad en el que se definirán los indicadores de mejora sobre los que es necesario incidir en el Plan.

De acuerdo a los resultados del diagnóstico, debe fijar objetivos concretos de igualdad y las acciones y medidas que haya que adoptar para su consecución; establecer sistemas eficaces de seguimiento y evaluación que permitan conocer el desarrollo del Plan y los resultados obtenidos en las distintas áreas de actuación tras su implementación, así como el efecto sobre la reducción de las desigualdades. El seguimiento y la evaluación son procesos complementarios.

Como posibles, aunque no únicas, materias de actuación, según el Art. 46 de la Ley de Igualdad, se encuentran el empleo, la promoción, la formación, la retribución, la ordenación del tiempo de trabajo, las medidas de conciliación, la infrarrepresentación femenina o la prevención del acoso sexual o por razón de sexo entre otras.

Todas estas fases tienen el mismo interés, si bien el diagnóstico es el que condiciona el éxito o fracaso del Plan de Igualdad, al elaborarse en función de las características, situación y necesidades de la organización.

Es verdad, que la implantación de un Plan de Igualdad tiene una serie de costes. Por un lado, los costes de personal derivados de la dedicación que supone esta implantación. Por otro lado, los costes de las acciones y medidas que haya que adoptar. Por eso el plan de igualdad, como ocurre con los planes de prevención penal, deberá de dotarse de recursos financieros adecuados. Los recursos financieros destinados supondrán, de hecho, un indicador de la fortaleza y seriedad del Plan.

Las ventajas del cumplimiento de un Plan de Igualdad, con las características que hemos dejado expuestas, son numerosas para cualquier organización:

- Mejora la gestión y funcionamiento organizacional al tener un mayor y mejor conocimiento de la propia organización.
- Optimiza los recursos humanos y facilita una mayor retención y aprovechamiento del talento y una fidelización del personal más idóneo, debido a una mejor gestión de la diversidad en la composición de las plantillas, debido a que, en la actualidad las mujeres representan una concentración de conocimiento.
- El clima laboral mejora, motivando a los grupos de trabajo, aumentando su compromiso con la organización,

su rendimiento y, por tanto, la calidad del servicio y del producto ofertado. Esta mejora del ambiente, disminuye el absentismo y la rotación de los trabajadores por las posibilidades mayores de formación y promoción, por la mejora salarial debida a la disminución o eliminación de las diferencias en las retribuciones y por el incremento de medidas tendentes a la conciliación de la vida personal y laboral.

- Mejora de la imagen externa y del reconocimiento público e introduce un elemento diferenciador, un distintivo en materia de igualdad frente a las de la competencia que carecen de él y que demuestran una dejación en una materia sensible y valorada socialmente tanto por los clientes como por los consumidores.
- Aporta preferencia en la adjudicación de contratos con las Administraciones Públicas según lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, en el Art. 34.2. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 5/2000 sobre infracciones y sanciones en el orden social considera en su Art. 7.13 infracción grave el incumplimiento de los planes de igualdad y como muy grave las conductas discriminatorias en el trabajo Art. 8.12 o la no elaboración de un plan de igualdad cuando exista obligación por parte de la organización Art.8.17.
- Permite reconocer situaciones de discriminación y trabajar para evitar la sanción por parte de la Autoridad Laboral.

En definitiva, la elaboración de un Plan de Igualdad no solo implica un mero cumplimiento de la normativa para evitar las sanciones, sino que, debido a todas las ventajas que aporta debe ser visto como una oportunidad para cualquier organización, pública o privada, responda a las expectativas que sus miembros, y también los clientes y ciudadanos demandan de ella.

Por todo esto, es por lo que el programa de Compliance no solo debe procurar un eficaz cumplimiento normativo y gestión de los riesgos asociados a eventuales incumplimientos de la normativa laboral, sino que también debe contar con unos principios que deben integrarse en el **CÓDIGO ÉTICO** de la organización.

El Código Ético es el pilar sobre el que gira la elaboración de un programa de compliance. Con su elaboración e implantación lo que se busca es convertir

que los integrantes de una organización sean reconocidos porque su conducta responda a unos principios jurídicos, morales, sociales, laborales proclamados en dicho código con el objetivo final de ser una organización ejemplar y ser así percibida por sus miembros y por la sociedad.

Cada código ético es distinto, porque cada organización debe reflejar sus propios valores y principios de conducta adecuados a su actividad, pero cualquier código ético debe prestar atención a la normativa internacional y nacional que le sea aplicable y tomar como referencia determinados valores universalmente aceptados, como es la igualdad entre mujeres y hombres para mejorar las condiciones de trabajo.

La verdadera eficacia de un sistema de compliance, y más en materia de igualdad, pasa por la implementación de unos sistemas de denuncias eficaces que protejan el anonimato y la privacidad de los denunciados.

Los Canales de Denuncia interna (WHISTLEBLOWING) ya no son una opción para nuestras organizaciones, sino una obligación normativa según el ART.48.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley de Igualdad), que obliga a las organizaciones "a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual o por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo".

Podemos definir estos canales de denuncia como, sistemas corporativos internos a través de los cuales se canalizan las denuncias o quejas de empleados sobre comportamientos, acciones o hechos cometidos por otros empleados de la organización que puedan dar lugar a infracciones de las leyes o de la normativa interna de la organización.

Como conclusión, decir que estamos ante una nueva era de las organizaciones, lo que algunos llaman la Era del Compliance, donde las organizaciones, bien por obligación legal o bien por una cultura de cumplimiento responsable, están implantando, cada vez más, modelos de compliance laboral, con sus planes de igualdad, para poder llegar a esa organización en la que todos deseáramos trabajar.

W3
compliance

W3 CANAL DE DENUNCIAS
Minimiza los riesgos de tu empresa



W3 COMPLIANCE

"Un canal de denuncias eficiente que permite a empresas y entidades públicas y privadas tomar medidas para minimizar sus riesgos penales"

La aplicación es muy intuitiva y admite tanto denuncias anónimas como denuncias confidenciales, todas ellas asociadas a las empresas que se hayan dado de alta en el sistema.

En el caso de denuncias confidenciales, el denunciante recibe correos que le van avisando e informando sobre los cambios de estado de su denuncia.

El programa también permite plantear consultas, lo que es una consecuencia de nuestro empeño por reforzar el aspecto preventivo de las conductas que pueden generar un riesgo para la organización.

La aplicación cuenta con los más altos estándares de seguridad:

- Comunicación cifrada (https) con la aplicación
- Base de datos cifrada en el servidor
- Copias de seguridad con cifrado adicional
- Supresión de datos a los tres meses del registro de la denuncia
- Servidores de aplicaciones y datos situados en la Unión Europea

Se ofrecen varias versiones que se pueden consultar en la web <http://www.w3compliance.com/es>
Todas las versiones incluyen:

- Soporte técnico permanente
- Propuesta de calificación jurídica de los hechos
- Informe de recomendaciones y resultados



UNA PROPUESTA DE LA FUNDACIÓN BBK: UNOS NUEVOS INDICADORES PARA MEDIR EL BIENESTAR SOCIAL.



Nora Sarasola

Directora de la Obra Social de BBK

El pasado mes de junio, el Banco Mundial estimó para 2020 un desplome del PIB global tres veces mayor que en el peor año de la Gran Recesión. Con tales previsiones y peores resultados, ¿Cómo cuantificar el progreso de una sociedad que ha conocido en este tiempo todas las caras de la miseria? Un progreso a todas las luces inexistente, que ha superado a todos los niveles, los worst-case-scenarios planteados.

Esta pregunta llevaba meses en el aire, para quien quisiera escucharla y tratar de darle una respuesta. Sin embargo, en BBK nos dimos cuenta de que no se trataba de una nueva pregunta, sino de un debate latente que encauzaba una corriente de conversación iniciado hace muchos años, y que la crisis de la COVID-19 no había hecho sino poner de relevancia.



Hace ya más de diez años, la Comisión Internacional sobre la Medición del Desempeño Económico y el Progreso Social publicó el informe *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, que traducido al español significa 'Medir nuestras vidas: las limitaciones del PIB como indicador de progreso'. Progreso hasta nuestros días evaluado en términos macroeconómicos que no contemplan realidades intangibles realmente

trascendentales a título individual, como el esfuerzo, la generosidad o el sacrificio; conductas que han probado dado el contexto actual, ser clave para la construcción del bienestar global de cualquier sociedad.

Profundizando en esta cuestión en BBK descubrimos que son muchos quienes verdaderamente creen y apuestan por una forma diferente de hacer las cosas,

de cuantificar el crecimiento de las sociedades, poniendo en valor cuestiones que los indicadores de progreso tradicionales no contemplan. Así, echamos la vista atrás, y bebimos del ejemplo del pequeño reino de Bután, quien 40 años atrás hizo de la búsqueda de la felicidad, una política estatal. Recogiendo su testigo, Joseph E. Stiglitz, Premio Nobel de Economía de 2001, afirmó que las métricas inadecuadas han llevado a políticas ineficientes, ya que 'Si medimos lo incorrecto, haremos lo incorrecto'. Hoy son muchos quienes siguen esta estela de pensamiento, desde la comunidad científica, organismos multilaterales e, incluso, algunos Gobiernos o países (como Nueva Zelanda o México entre otros).

Fruto de esta discursiva, iniciamos desde BBK una investigación pionera, colocando en su centro a las personas, que tenía por fin identificar todas aquellas variables clave en la vida de las personas, que hasta ahora estábamos obviando en nuestras mediciones, y "Hacer que cuenten". Realidades que son precisamente las que BBK, como agente socioeconómico creativo, abierto y eficaz, atiende en su trabajo diario, y que tienen un verdadero impacto en el desarrollo de nuestra sociedad.

Tras meses de trabajo conjunto, el pasado mes de noviembre presentamos los **'Indicadores Macrohumanos: Midamos**

lo que realmente cuenta', una propuesta de 10 nuevos indicadores para medir el impacto social en el progreso de las sociedades, en una coyuntura que demandaba esta reflexión.

Estos nuevos indicadores, no pretenden sustituir a los ya existentes, sino por el contrario, servir de complemento a estos para ofrecer una visión holística del progreso y crecimiento social. Incluyen el Índice de Bienestar Social, Índice de Vida Saludable, Índice de Incertidumbre Futura, Índice de Crecimiento Personal, Índice de Realización Personal, Índice de Envejecimiento Pleno, Índice de Satisfacción con el Entorno, Índice de Generosidad Bruta, Índice de Amabilidad con la Tierra, Índice de Compromiso con la Educación, Índice de Prosperidad Digital o Índice de Satisfacción Personal. Para cada uno se detallan los reactivos que permitirán medir y analizar, en un futuro, el bienestar social; ya que constituyen una firme apuesta de BBK y su compromiso real de estudiar la evolución de estos indicadores en detalle.

En el desarrollo de esta propuesta, hemos trabajado conjuntamente desde BBK con un equipo multidisciplinar integrado por profesionales, teóricos y expertos en diferentes campos familiarizados con la materia. Entre ellos se incluían Ada Ferrer y Carbonell, Científica titular del Instituto de Análisis Económico (IAE-CSIC) y profesora afiliada de la Barcelona GSE; Luis Suárez Mariño Abogado y Consultor; Darío, Páez, Doctor y Catedrático de psicología social en la Universidad del País Vasco; o Silvia Da Costa, Doctora en Psicología, Profesora e Investigadora posdoctoral.

Los Indicadores Macrohumanos¹ son además, el punto de partida de "Hagamos que cuente", el nuevo relato estratégico de BBK que servirá de guía a todas nuestras actuaciones a largo plazo. En BBK abogamos firmemente por esta una nueva forma de bienestar social –alineada con los ODS 2030–, que representa el compromiso real de la fundación en los distintos ámbitos que trabajamos (Inclusión, igualdad y participación social; Educación, talento y emprendimiento; cultura y medio ambiente y desarrollo sostenible). Creemos que constituye por tanto, toda una declaración de intenciones, que sintetiza nuestro propósito de que cada iniciativa, cada gesto, cada inversión, se haga siempre de manera responsable, y así, "Hacer que cuente".

¹Puedes descargar el informe completo sobre los Nuevos indicadores macrohumanos en la web www.hagamosquecuenta.bbkeus





REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 296/2020, DEL 10 DE JUNIO

D. Julián Sánchez Melgar

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 483/2020, DEL 30 DE SEPTIEMBRE

D^a. Susana Polo García

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 496/2020 543/2020, DEL 22 DE OCTUBRE

D^a. Susana Polo García

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 376/2020, DEL 08 DE JULIO

D. Antonio del Moral García

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 496/2020, DEL 08 DE OCTUBRE

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 296/2020, DEL 10 DE JUNIO

D. Julián Sánchez Melgar

Esta sentencia resuelve recurso de casación presentado por dos personas físicas contra una sentencia previa de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se condenaba tanto a los recurrentes como a una persona jurídica, que finalmente no recurrió en casación.

La Audiencia Provincial había condenado a una de las personas físicas (administrador de facto de la persona jurídica) como autora de un delito de falsificación en documento mercantil, en concurso medial con un delito contra la Hacienda Pública. La otra persona física, administradora nominal de la sociedad (y gracias a cuya anuencia había podido actuar el administrador de hecho) fue condenada como autora de un delito contra la Hacienda Pública. Finalmente, la persona jurídica fue condenada por la Audiencia Provincial por delito contra la Hacienda Pública en grado de tentativa.

De forma muy resumida, puede señalarse que el *modus operandi* de los acusados consistió en adquirir una sociedad ya constituida y en funcionamiento con la que poder operar para conseguir de la Agencia Tributaria importantes cantidades de dinero en concepto de devolución de IVA, mediante la aportación de una pluralidad de facturas confeccionadas a nombre de distintas empresas y profesionales en las que se reflejase la prestación de unos servicios y suministros con importes de IVA soportado, que no eran ciertos, y que luego se pudieran deducir en las declaraciones mensuales de IVA y así obtener un ilícito beneficio económico.

Dado que la persona jurídica no presentó recurso de casación y, por tanto, quedó confirmada la condena de la Audiencia Provincial, la sentencia que comentamos no contiene doctrina específicamente referida al compliance o a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque resulta de interés al desarrollar, para confirmar la condena al administrador de la persona jurídica (que no era realmente el administrador de facto de la misma), la teoría de la ignorancia deliberada (*willfull blindness* o ceguera voluntaria), que no excluye la responsabilidad criminal de quien se coloca voluntariamente en esa situación.

En términos de la propia sentencia, que el administrador *aceptara participar como un administrador formal de la*

sociedad que pertenece, en esencia, al otro coacusado, no le releva de responsabilidad, pues con sus actos está contribuyendo inequívocamente al resultado delictivo, esto es, la defraudación de Hacienda. Y ese comportamiento está abarcado por el dolo del autor.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 376/2020, DEL 08 DE JULIO

D. Antonio del Moral García

El Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García resuelve el recurso de casación presentado contra una sentencia condenatoria previa de la Audiencia Provincial de Navarra.

La sentencia confirma la condena por un delito de estafa procesal en concurso medial con un delito de falsificación en documento mercantil, aunque acoge parcialmente el recurso de casación, al estimar la oposición a la condena inicial por dos delitos, en concurso ideal, de dos delitos uno de estafa procesal y otro de estafa, al no poder existir más que un delito continuado cuando las defraudaciones afectan a preceptos de igual o semejante naturaleza.

La actividad delictiva consistió en la realización de entrevistas con representantes de diversas empresas e instituciones públicas, ocultando el carácter oneroso de las mismas y reclamando posteriormente honorarios por la publicación de reportajes en la revista que editaba la empresa condenada junto con su administrador. Para ello, se reclamaba por vía judicial el cumplimiento de unos supuestos contratos, que se acreditaban aportando meras autorizaciones firmadas por los estafados y modificadas posteriormente por los condenados, de manera unilateral, dándoles la apariencia de contratos de publicidad.

En relación con la pena impuesta a la persona jurídica - más allá de la incorrecta calificación ya aludida de la concurrencia de delito de estafa procesal continuada y estafa continuada, que corrige el Tribunal Supremo-, éste confirma la responsabilidad penal de la persona jurídica, con base al supuesto contemplado en el inciso inicial del apartado a) del artículo 31 bis del Código penal, estableciendo expresamente la sentencia comentada que en cuanto a la penalidad impuesta a la persona jurídica no hay razones para variarla: la acción defraudatoria que se le achaca, más allá de la fórmula concursal que apliquemos,

mantiene idéntica gravedad. Las reglas penológicas del art. 66 bis CP no lleva a criterios diferentes a los esgrimidos por la sentencia de instancia, ni la alteración en la subsunción repercute en las reglas que rigen la individualización penológica para las personas jurídicas.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 483/2020, DEL 30 DE SEPTIEMBRE

D^a. Susana Polo García

Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por las defensas del administrador de una sociedad mercantil, la propia entidad y otra persona jurídica propietaria de la anterior y de la que el primero es administrador de hecho, que habían sido condenados por la Audiencia Nacional por delitos de integración en asociación ilícita y de blanqueo de capitales organizado.

Lo más relevante de la sentencia comentada es que uno de los motivos de casación alegados en el recurso contra la sentencia, dictada de conformidad, es precisamente la vulneración del derecho a defensa de una de las personas jurídicas; concretamente, la sociedad propietaria de aquella de la que es administrador legal la persona física condenada. El recurrente alega en este punto que la sociedad no ha prestado conformidad a la sentencia, al no contar con representante procesal propio.

La sentencia, a propósito de esta cuestión señala lo siguiente en el punto 3 del fundamento jurídico séptimo:

La regla prevista en el art. 786 bis de la LECrim. no está exenta de dificultades. No aborda muchos de los problemas imaginables. Será la experiencia la que vaya marcando las pautas para eludir el riesgo de colisión de intereses que se traduzca en una práctica orientada a camuflar las responsabilidades individuales de las personas físicas autoras del delito de referencia, haciéndolo bajo el paraguas protector de una estrategia de defensa al servicio de aquélla.

En la STS 154/2016, 29 de febrero, decíamos en el apartado 5º del FJ 8º: "... se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora

de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. [...] La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieran incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc."

En el mismo sentido en la sentencia 583/2017, de 19 de julio, apuntábamos que "Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones..."

En el supuesto, el acusado Sr. Álvaro, como administrador de derecho y hecho de las personas jurídicas DDC S.L y DDC Ltd, respectivamente, presta su conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal el 18 de mayo de 2017, y también en el acto del juicio oral y, a su vez, designa tras la apertura de juicio oral al Letrado (...) para que actúe en nombre y representación de las citadas compañías, conforme al poder que aporta el mismo, en el que se le faculta, entre otras actuaciones, a transigir o allanarse, allanamiento con la pena que tuvo lugar en este caso, sin que además consten intereses contrapuestos entre el acusado y las

citadas entidades.

En ningún momento el Sr. Alvaro, ni el letrado Sr. Prat muestran su disconformidad con la calificación presentada por el Ministerio Fiscal, sino todo lo contrario, ya que del escrito que obra en el folio 158 del Rollo de Sala, se pone de relieve que el 18 de Mayo DDC Limited suscribió la conformidad con la calificación ante el Ministerio Público, que en consecuencia nada tiene que alegar a la misma, y que por ello se solicita que se tenga por presentado el escrito de defensa en los citados términos. Sin que la defensa designara a persona física alguna para su intervención en el juicio oral en nombre de la persona jurídica, por lo que ninguna indefensión se le causó a la entidad recurrente, diferente respuesta hubiera tenido la alegación si se hubiera propuesto a una determinada persona en representación de la sociedad y se hubiera admitido la prueba por el Tribunal, pero no es el caso.

Por lo expuesto, no procede entrar a analizar el motivo basado en vulneración del art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia, ante la existencia de conformidad con los hechos, calificación y pena por parte de la acusada DDC Limited, ya que nadie puede ir contra sus propios actos. Además, como hemos analizado ello implicaría un fraude que debe ser evitado, ante una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 496/2020, DEL 08 DE OCTUBRE

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En esta sentencia, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación planteado por un club de fútbol, como persona jurídica penalmente responsable, en concepto de autor de diversos delitos contra la Hacienda Pública.

La sentencia acoge parcialmente los argumentos del club recurrente al señalar que no procedía la exigencia de responsabilidad penal a la entidad por hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que inauguró la responsabilidad penal de las personas

jurídicas, lo que tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010.

De acuerdo con este criterio, se anula la condena al club de fútbol y se le absuelve del delito fiscal correspondiente a la defraudación del IVA en el ejercicio fiscal del año 2010, por cuanto, en primer lugar, respecto de los hechos correspondientes a los tres primeros trimestres del 2010 no resulta aplicable la reforma mencionada del Código Penal (no había entrado en vigor) y, en segundo lugar, en relación con la defraudación que correspondería al cuarto trimestre del 2010, no logra acreditarse que el importe de esa elusión fiscal superara los 120.000 euros.

La sentencia aclara extensamente esta cuestión en su fundamento jurídico décimo cuarto, al señalar que, por regla general la consumación del delito fiscal, según criterio de esta Sala del que es exponente la ST 876/2016, de 22 de noviembre, se produce "el último día hábil para la presentación, en período voluntario, de la declaración y liquidación del correspondiente impuesto en cuyo ejercicio se considera que ha existido una acción u omisión que implique una defraudación a Hacienda", fecha a partir de la cual se inicia el cómputo de prescripción.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su artículo 62.1 dispone que "las deudas tributarias resultantes de una autoliquidación deberán pagarse en los plazos que establezca la normativa de cada tributo".

En lo que al IVA se refiere, el artículo 71 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA, establece que "el período de liquidación coincidirá con el trimestre natural", como regla general, y también que la declaración-liquidación deberá presentarse "dentro de los veinte primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente período de liquidación trimestral".

En relación con el IRPF el artículo 108 del Reglamento de dicho impuesto (Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo) dispone que "1. El sujeto obligado a retener y practicar ingresos a cuenta deberá presentar, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, declaración de las cantidades retenidas y de los ingresos a cuenta que correspondan por el trimestre natural inmediato anterior, e ingresar su importe en el Tesoro Público. No obstante, la declaración e ingreso a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en los veinte

primeros días naturales de cada mes, en relación con las cantidades retenidas y los ingresos a cuenta que correspondan por el mes inmediato anterior, cuando se trate de retenedores u obligados en los que concurren las circunstancias a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 3 del artículo 71 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre".

En ambos casos se trata de impuestos en que la liquidación ha de practicarse generalmente por trimestres y, en ocasiones, por meses y en este caso las liquidaciones fueron trimestrales por lo que el período voluntario de liquidación terminaba dentro de los 20 días siguientes a la finalización de cada trimestre.

En este caso, se ha condenado a la entidad Rayo Vallecano por la comisión de delitos de defraudación de IVA e IRPF declarando la responsabilidad penal de la persona jurídica, a pesar de que durante los tres primeros trimestres de 2010 en que se produjeron las elusiones fiscales no existía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que la ley que la estableció entró en vigor el 23/12/2010. Si se estima como fecha de aplicación de la nueva ley penal la de finalización del período voluntario de liquidación de cada tributo no procedería la condena de la mercantil por las defraudaciones correspondientes a los tres primeros trimestres de 2010, pero en la sentencia de instancia no se ha tomado en consideración ese criterio.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo confirma la condena al club deportivo por la elusión del IRPF durante el cuarto trimestre de 2010, aunque indica que la cifra de la cantidad eludida en dicho período debe concretarse en fase de ejecución de sentencia, por la Audiencia Provincial de Madrid; consistiendo la pena en una cuarta parte de la cantidad que se fije finalmente como defraudada.

Merecen destacarse los requisitos del delito fiscal, que la Sentencia reproduce en su Fundamento de Derecho «Séptimo» indica que en relación en el delito de defraudación tributaria, el artículo 305.1 del Código Penal castiga, entre otras conductas, a quien «por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de ciento veinte mil euros», precisando el precepto que

«la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos».

El citado delito se estructura en tres presupuestos: Un comportamiento típico encaminado a uno de estos tres fines que señala la norma entre los que se encuentra «la elusión del pago», un ánimo de defraudar a la Hacienda Pública y, finalmente, un resultado lesivo para la misma por un importe superior a 120.000 euros, por debajo del cual las infracciones serán objeto de expediente sancionador en vía administrativa (STS 1505/2005, de 25 de noviembre 209/2019, de 22 de abril, por todas). A estas tres exigencias se añade otra implícita, consistente en la existencia de una relación jurídico tributaria que condiciona la tipicidad de la conducta, de forma que el delito a que nos referimos tiene naturaleza de norma penal en blanco, siendo necesario acudir a las normas que disciplinan esa relación jurídica para determinar los aspectos fácticos y normativos relativos a las disposiciones fiscales que se afirman como infringidas (SSTS 30/04/2003; 25/11/2005; 20/01/2006; 01/02/2006 y 15/12/2006).

Igualmente, el club de fútbol tendrá que indemnizar de forma conjunta y solidaria con los otros condenados a la Hacienda Pública al pago en concepto de responsabilidad civil de la totalidad de la cantidad defraudada durante el cuarto trimestre de 2010.

Además, el club es condenado a la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de nueve meses.

El Supremo mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia, que incluyeron la responsabilidad civil subsidiaria del club respecto de las indemnizaciones relativas al IVA e IRPF del año 2009 de la que deben responder quienes fueron presidente y apoderado del club en el momento de los hechos.

Esta sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por las defensas de una persona física y de dos personas jurídicas condenadas por un delito de estafa agravada.

En lo que aquí nos interesa, la Sentencia del Tribunal Supremo acoge el argumento de la inimputabilidad de las "personas

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 496/2020 543/2020, DEL 22/10

Dª. Susana Polo García

jurídicas pantalla", al entender que son meros instrumentos vacíos de contenido real.

La sentencia es de particular interés por cuanto recoge un resumen pormenorizado de la doctrina del Supremo en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la STS nº 154/2016, de 29 de febrero, decíamos que "el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización".

Y, más adelante, se señalaba que "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica".

En nuestra STS 668/2017, de 11 de octubre, afirmábamos que "La confirmación de la línea jurisprudencial favorable a la autorresponsabilidad tuvo un exponente más próximo en la STS 516/2016, 13 de junio. En ella se señala que "... en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador

ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad". (...)

Hemos negado la existencia de un extravagante litis consorcio pasivo necesario entre la persona jurídica y la persona física, recordando la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica frente a la que es predicable del directivo o empleado que comete el delito de referencia (STS 455/2017, 21 de junio)."

Más recientemente en la sentencia 108/2019, de 5 de marzo, recordábamos que "Conforme señala la sentencia de esta Sala núm. 154/2016, de 29 de febrero, "... la sociedad meramente instrumental, o "pantalla ", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal , que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesorias" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.

A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así: "Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es

precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal."

En aquel caso, la sentencia terminaba manteniendo la imposición de la pena de disolución que había sido impuesta por el Tribunal de instancia, al haber sido acreditado el carácter exclusivamente ilícito de su actividad y la comisión del delito contra la salud pública por su representante. Y destacaba el carácter esencialmente formal de dicha pena explicando que, "cumplida y agotada la "misión" delictiva para la que fue realmente constituida, su existencia en la práctica perdió ya sentido, junto con la de multa que, obviamente, será de, cuando menos, muy difícil ejecución."

En los mismos términos se pronuncia la

STS 123/2019, de 8 de marzo, al afirmar que "Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica.

A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta."

Por último, hemos dicho en la STS 234/2019, 8 de mayo, que "Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica. La sentencia citada lo proclama con singular claridad en los siguientes términos: "[...] Que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la sanción penal de la persona jurídica, limitada al pago directo y solidario de la multa impuesta al administrador o representante, se imponía de modo objetivo ya que solo había que acreditar la relación jurídica del sancionado con la persona jurídica. A partir de la ley citada y de forma aún más incuestionable, a partir de la Ley Orgánica 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica se justifica en el principio de auto responsabilidad

y debe ser respetuosa con el principio de presunción de inocencia, lo que tiene innegables consecuencias en el régimen de prueba, así como en las garantías procesales que deben ser observadas para llegar a un pronunciamiento de condena. Desde esta perspectiva, la norma actual es más beneficiosa, no ya porque establece garantías procesales que no se han cumplido en este caso, sino porque sólo es posible la declaración de responsabilidad penal con fundamento en principios de auto responsabilidad que en este caso no podían ser tomados en consideración. El sistema actual es incompatible con la normativa derogada, de ahí que resulta improcedente su aplicación. Con similares resultados se ha pronunciado la reciente STS 704/2018, de 15 de enero."

Según la Sentencia, que continúa con su argumentación para motivar la inimputabilidad de las personas jurídicas "no se desprende que las sociedades acusadas tuvieran algún tipo de actividad mercantil o empresarial, ni organización ni infraestructura, y ello pese a los intentos del Ministerio Fiscal de hacer ver lo contrario, lo cierto es que en los hechos probados se afirma que el acusado urdió el plan que describe, con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial para lo que se sirvió de las dos sociedades acusadas, de una forma meramente instrumental.

Además, la sentencia de instancia hace constantes referencias a ese citado carácter instrumental de las empresas, y al levantamiento del velo de las mismas, con la finalidad de averiguar el verdadero artífice, afirmando que fue el Sr. Serafin quien orquestó el plan para engañar y quien se enriqueció. Si bien es cierto que fue la credibilidad empresarial y larga trayectoria en el mercado del Sr. Serafin y de su hijo, lo que le permitió al mismo urdir el plan fraudulento, esa credibilidad y trayectoria no se alcanzaron a través de las sociedades condenadas, puesto que el Tribunal explica que el Sr. Serafin era conocido en el ámbito del sector dedicado a la compraventa de maquinaria industrial de segunda mano a la que se venía dedicando desde hacía años, actividad que efectuaba en un almacén sito en la calle Progres nº 39 de Gavá a cuyo frente se encontraba su hijo Arsenio, que cotizando como autónomo se dedicaba a ofrecer y publicitar la mercancía por internet y atendía a los clientes; precisamente esta larga trayectoria del primero había hecho posible que a él acudieran comisionistas en busca de maquinaria para sus clientes.

(FD 1º).

En cambio, el acusado sí pudo cometer el engaño y obtener el beneficio económico mediante las empresas Management Gezan y Aplicaciones Tecnológicas Suizas de las que como apunta la sentencia de instancia "levantado el velo" aparecía como real y único administrador el Sr. Arsenio, valiéndose de testaferros.

En primer lugar, afirma el Tribunal que Jesús Manuel , administrador de Management Gezan desde mayo de 2014 y que desapareció tras los hechos, era un testaferro del acusado Serafin, destacando la Sala lo declarado por Arsenio (Mecanitzas Bosch) "cuando se descubrieron los hechos y pidió explicaciones, Arsenio le dijo que "no sabía nada y por la tarde le llama Serafin y le dice que le sabe muy mal lo que ha pasado, que era algo entre él y un testaferro suyo", concretamente, " Jesús Manuel es, testaferro, mío". Tal afirmación viene corroborada por la declaración en Juicio de la persona a la que Jesús Manuel sucedió en el cargo, Emilio quien fuera administrador de Management Gezam desde el 9 de agosto de 2013 y que relató en el Plenario lo siguiente: "que estaba en el paro y un amigo le dijo que le iban a dar 500 euros al mes contactó con, un tal Aguilera y le hicieron administrador pero que "no iba nunca, no hacía nada", "solo firmaba" "que le dieron de vez en cuando 200 o 450 euros" y que se lo entregaban en el despacho de Castelldefels" lugar donde conoció personalmente a Serafin lo presentaron". Y, de otra parte, la declaración prestada por Estrella, apoderado de Deutsche Leasing Ibérica, en relación a que siempre hablaba con el acusado.

En cuanto a la otra sociedad, Jorge administrador solidario de Aplicaciones Tecnológicas Suizas, afirma la Sala que fue claro en su declaración: " colaboraba con Serafin en aplicaciones Tecnológicas, constaba como administrador junto a él pero no hacía facturas, ni cobros ni pagos ni tenía ningún tipo de decisión " y "aunque tenía autorización formal, no hacía nada, solo lo que él le mandaba" y que permaneció en esa condición "hasta marzo de 2015", cesando por su propia voluntad, cuando se descubrieron los hechos, señalando también que la sociedad "no tenía empleados". Consta en la sentencia en el FD 1º que Jorge reconoció, de un lado, que la sociedad era meramente instrumental y, de otro lado, ser un mero testaferro que se desvinculó de. Aplicaciones Tecnológicas en cuanto tuvo conocimiento de los hechos que han

dado lugar a esta causa.

En definitiva, tal y como se alega en el recurso, se trata de meras "sociedades pantalla", las cuales esta Sala ha definido en alguna ocasión como empresas que pretenden evitar el rastreo de la propiedad y el origen de los fondos. Por su parte, la citada Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado señala que las sociedades instrumentales son formalmente personas jurídicas, pero materialmente carecen de desarrollo organizativo. Y si acudimos a la Circular 1/2011 podemos comprobar que las sociedades pantalla se caracterizan "por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación.". Las empresas acusadas carecen de sustrato real no consta actividad, infraestructura o patrimonio de las mismas, solo que fueron creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal, sin que conste de ningún modo que las personas jurídicas acusadas acabaran beneficiándose de la actividad delictiva del Sr. Serafin.

No podemos olvidar que los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deber ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el art. 31 bis.º CP, así con respecto a los cometidos por las personas jurídicas de la letra a), los que mandan o representan a la sociedad, se describen como elementos del tipo: que se dé un delito cometido en nombre o por cuenta de esta, en su beneficio directo o indirecto, cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrante de un órgano de la misma están autorizados para tomar decisiones y ostentan facultades de organización y control.

En el supuesto, no estamos ante una persona jurídica que opera con normalidad en el mercado, ni ante sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, porque ello no ha quedado probado, o al menos no se explica ni se razona por la Sala, ni se puede deducir del relato fáctico, sino ante sociedades instrumentales lo que las hace inimputables pues no consta que tengan otra actividad legal o ilegal, sino que son residuales, constituidas para cometer el hecho delictivo aquí enjuiciado.



ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

DOMICILIO SOCIAL

Passeig Vergaguer, 120, Entlo. 4ª
Igalada (Barcelona)
Telf.: +34 938 049 038
info@aeaecompliance.com

EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS

Dirección

LUIS SUÁREZ MARIÑO

Redacción

**LUIS SUÁREZ MARIÑO
MANUEL MONTESDEOCA DE LA FUENTE**

Diseño

NEUROMARKETING EXPERIENCES
www.nmx.es