# EUROPEAN COMPLIANCE SERVICE COMPLIANCE COMPLIANCE



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

SOCIAL."

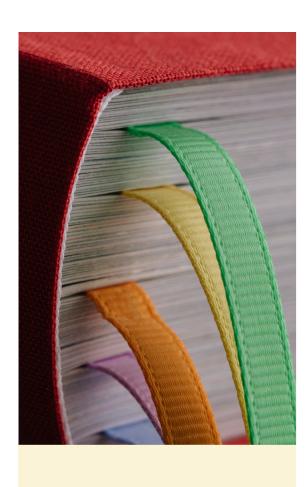
#### UNA REVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DESCÁRGALA AHORA

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.





## **ÍNDICE**DE CONTENIDOS



TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE
Por Íñigo Gorostiza Jiménez

HACKING ÉTICO Y COMPLIANCE
Por Ignacio Conde

DE LOS PLANES ANTIFRAUDE A LOS PLANES DE INTEGRIDAD

Por Joan A. Llinares

COMO LLEVAR SU PROGRAMA DE COMPLIANCE AL PRÓXIMO NIVEL
Por Fernando Peyretti

04 EDITOR

ENTREVISTA A TERESA SANJURJO

Dir. a de la Fundación Princesa de Asturias

Por Luis Suárez Mariño



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿PUEDE SER MORAL?

Por Marcos Peña Molina

LIDERAZGO ÉTICO Y COMPLIANCE CORPORATIVO

POT EVA BOD

BREVES APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLIANCE OFFICER

Por Juan Carlos Velasco Perdigones

SOSTENIBILIDAD, EL COMPROMISO DE SANITAS CON EL CUIDADO DE LA SALUD



REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

## W3Compliance

#### **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 denuncias tanto 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 denuncante 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

Servidor de aplicaciones y datos en España certificado en el Esquema Nacional de Seguridad



Se ofrecen versiones que se nueden consultar en la web

https://www.w3compliance.com

Todas las versiones incluyer

Soporte Técnico permanente

Propuesta de calificación jurídic de los hechos

Informe de recomendaciones y resultados



## **EDITORIAL**COMPLIANCE Y NUEVO CURSO

a película recién estrenada estas navidades en la plataforma Netflix, "Dónt Look up", del director estadounidense Adam Mckay, con un reparto de lujo, es una gran parodia del mundo en el que existimos. Políticos y comunicadores, obsesionados por los índices de audiencia, actúan en función de los mismos; grandes empresas tecnológicas resultan más influyentes en las decisiones de los gobiernos, que los propios parlamentos. Qué sea o no sea realidad viene finalmente determinado por la mayor repercusión que tenga una opinión en las redes sociales. En fin, una película que más allá de su grandeza o pequeñez como obra cinematográfica, nos invita pensar, hasta qué punto la parodia del mundo que presenta, se asemeja al mundo actual, en que la ética y su influencia en los gobiernos, empresas de comunicación o tecnológicas, no resulta muy bien parada, y a la ciudadanía se la invita a "no mirar" cara a cara la realidad y huir de ella.

A finales de octubre de este año Facebook, Inc., empresa matriz de tecnología y redes sociales que aglutina a Facebook, Instagram, WhatsApp, y otras subsidiarias como Oculus, cambió su denominación por la de Meta Platforms, Inc. y su nombre comercial, por el de Meta con la pretensión de "reflejar su enfoque en la construcción del metaverso, un concepto que pretende significar las características principales de la siguiente generación de aplicativos en internet, que proporcionarán entornos donde los humanos podremos actuar a través de avatares, en una metáfora del mundo real, pero sin las limitaciones físicas o económicas que nos impone la realidad.

Frente a esta meta realidad que llama a la puerta, si miramos de frente a la realidad que nos circunda, comprobamos la existencia de otros retos de salud, económicos, o geopolíticos. Las limitaciones a la libertad individual que se nos imponen de nuevo por la omicron, esa nueva variante de la Covid, a la que, a pesar de la vacunación masiva, no somos inmunes; la crisis energética y el progresivo aumento del coste de la energía eléctrica y de los combustibles que están provocando un acelerado incremento de la inflación, cuyo final, pese a las iniciales predicciones, pudiera dilatarse en el tiempo; la crisis de materias primas o las tensiones geopolíticas entre Rusia y Ucrania, que pueden llegar a afectar muy severamente las economías dependientes del gas ruso, en caso de que una invasión rusa derivase en sanciones económicas que tendrían su réplica, son aspectos que demandan nuestra atención y la atención de las autoridades.

En resumidas cuentas, ante un panorama lleno de incertezas, al que se une los eternos problemas políticos patrios, tantas veces girando alrededor de temas menores e intrascendentes para la población, podríamos pensar que no son buenos tiempos para el emprendimiento; pero la realidad, está también conformada por realidades esperanzadoras, a veces desapercibidas, porque para los medios no son noticia o son menos noticia.

Los cambios tecnológicos y el nuevo mundo digital, las tensiones geopolíticas o la crisis climática, por poner otro tema que inflirá de manera decisiva en el futuro de las naciones, nos indican el modo en que Europa debe actuar para abordar esos retos como una oportunidad.

En este sentido los fondos **Next Generation EU**, son una herramienta que no se puede desperdiciar para aprovecha esa oportunidad.

Por centrarnos en el mundo de la tecnología digital, la U.E. está empeñada en que que esta década sea la **década digital de Europa**, y para ello ya el pasado año la Comisión Europea propuso una hoja de ruta con objetivos claramente definidos para 2030, como la conectividad, las capacidades y los servicios públicos digitales y unos principios también claros: el derecho a la intimidad y la conectividad, la libertad de expresión, la libre circulación de datos y la ciberseguridad.

En su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las regiones, sobre el programa de trabajo para la Comisión en 2021, la Comisión se propuso tomar medidas en todos estos ámbitos, en particular mediante legislación relativa a la seguridad, la responsabilidad, los derechos fundamentales y los aspectos relativos a los datos de la inteligencia artificial. En esta misma línea, la Comisión proponía una **nueva identidad digital europea** para facilitar la realización de tareas y el acceso a los servicios en línea en toda Europa y garantizar que las personas tengan un mayor control y una mayor tranquilidad respecto de los datos que comparten.

El programa de Trabajo de la Comisión para el 2022 pone énfasis en la vulnerabilidad que han mostrado algunos sectores estratégicos a consecuencia de su elevada dependencia de un número muy limitado de proveedores de terceros países, especialmente respecto de las materias primas. Esto ha quedado especialmente patente en el caso de los semiconductores. El abastecimiento de estos chips utilizados en la fabricación de soluciones digitales en Europa se ha convertido en una auténtica preocupación para la industria de la UE, ya que, en algunos casos, la producción se ha visto ralentizada. En este contexto, la Comisión se propone, junto con una Ley Europea de Chips, promover un ecosistema de chips europeo de vanguardia a fin de impulsar nuestra capacidad de innovación, garantizar la seguridad del suministro y promover el desarrollo de nuevos mercados para una tecnología europea rompedora, y junto con ello, una Ley Europea de Ciberresiliencia que establezca normas comunes de ciberseguridad destinadas a los productos y un sistema espacial mundial de comunicación segura de la UE, que ofrezca conectividad de banda ancha a escala de la UE allí donde no exista actualmente y comunicaciones seguras e independientes a los Estados miembros.

Dado que el sector de la energía será el mayor contribuyente a la consecución del objetivo climático de la UE de reducir las emisiones en al menos un 55 % de aquí a 2030, la Comisión propondrá un plan de acción para una transformación digital acelerada del sector, necesario para garantizar la transición hacia las energías renovables, la movilidad conectada, los edificios inteligentes y un sistema energético más integrado y centrado en el consumidor.

Las perturbaciones energéticas a gran escala registradas durante el año pasado en los EE.UU. y la UE han puesto de manifiesto la necesidad de disponer de una energía resiliente y cibersegura.

Y, a fin de que la ciudadanía europea se beneficie plenamente de la tecnología digital, la Comisión considera igualmente un objetivo esencial impartirle **formación** y dotarla de unas **competencias digitales sólidas.** Esta idea se ha ido imponiendo a medida que el aprendizaje a distancia se iba convirtiendo en la norma durante la pandemia de COVID-19 y se ha destacado como un objetivo clave en la Brújula Digital. Para colmar las carencias existentes en materia de competencias y conocimientos, La Comisión propondrá medidas para facilitar y promover las competencias digitales en la educación primaria, secundaria y superior.

La investigación y la innovación desempeñarán un papel clave a la hora de responder a los retos a los que nos enfrentamos hoy en día; contribuirán al logro de la recuperación en Europa, basándose en un crecimiento económico que puede impulsar las transiciones ecológica y digital y serán esenciales para conseguir un crecimiento económico justo que beneficie a todos los ciudadanos y regiones, incluidas las zonas.

En resumidas cuentas un cúmulo de propuestas, para que Europa se sitúe en las fronteras de la ciencia y a la vanguardia de las nuevas olas de innovación, que deben servir de incentivo a nuestros emprendedores, también a los más jóvenes en este "Año Europeo de la juventud" para tomar posiciones en todos esos terrenos, proponiendo proyectos creíbles e iniciativas empresariales que adopten desde su inicio una cultura ética en relación al cumplimiento normativo, la sostenibilidad y la responsabilidad social corporativa.





### **ENTREVISTA A TERESA SANJURJO**

#### Directora de la Fundación Princesa de Asturias

Por Luis Suárez Mariño

Director de European Compliance & News



TERESA SANJURJO: Directora de la Fundación Princesa de Asturisa.

reresa Sanjurjo ha desarrollado toda su carrera en el campo de las entidades no lucrativas, particularmente las fundaciones. Hasta su incorporación a la Fundación Princesa de Asturias en 2009, y desde 2003, fue directora general de la Asociación Española de Fundaciones y previamente, desde 2001, directora técnica de la Confederación Española de Fundaciones, entidad a la que se incorporó en 1999.

Licenciada en Derecho por la Universidad Pontifica de Comillas (ICADE) (1995) y Máster en Administración y Dirección de Fundaciones y otras Entidades no Lucrativas por la Universidad Autónoma de Madrid (1999/2000), en el año 2007 cursó el Programa de Dirección General del IESE.

Miembro del Club de La Haya y presidenta de esta entidad (2016-2017), forma parte del International Women's Forum y a lo largo de estos años de dedicación al sector fundacional español, ha participado en numerosos foros, congresos y seminarios y colaborado en publicaciones especializadas. Asimismo, ha sido profesora tanto en el máster en Administración y Dirección de Fundaciones y otras Entidades no Lucrativas como en otros cursos especializados del sector.

Académica correspondiente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia y miembro de honor de la Academia Colombiana de la Lengua, es vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Directivos.

Teresa, que nos recibe en su despacho de la Fundación, tiene una mirada decidida, reflexiva y acogedora, fiel reflejo de la que pretende transmitir la propia Fundación Princesa de Asturias, que dirige. ¿Buenos días, Teresa, que le has pedido a los Reyes Magos, para la Fundación Princesa de Asturias?

Tiene que ver con mi principal preocupación, tras casi dos años de pandemia: que termine y con ella la situación de incertidumbre y de inestabilidad; que todas las personas que trabajamos en la Fundación y los círculos concéntricos con los que nos relacionamos podamos trabajar con continuidad en un entorno saludable donde desempeñar nuestro trabajo, petición que hago extensiva para el conjunto de la sociedad.

Entre los objetivos y fines de la Fundación, está, tal y como se recoge en sus estatutos, el muy ambicioso, de procurar la exaltación y promoción de los valores culturales y morales que contribuyan al progreso de la humanidad.

¿De qué manera están presentes esos valores en el proceso de elección de las candidaturas?

La cultura y los valores son esenciales en la historia de la Fundación. Desde su constitución en 1980 ha estado firmemente comprometida con ellos; es algo esencial para nosotros –subraya-, forma parte del ADN de la institución.

Cuando un grupo de personas con un carácter totalmente innovador y emprendedor, a finales de los años 70, recién aprobada la Constitución, en un contexto de crisis, piensan de qué manera pueden ayudar a fortalecer los valores constitucionales en España, deciden que la mejor manera de hacerlo es crear unos premios que precisamente pongan el foco en personas que encarnen dichos valores, en el convencimiento de que la sociedad necesita paradigmas, espejos en los que mirarse, modelos a los que seguir.

Eso hacemos cada año, en el escenario del teatro "Campoamor" al que suben los premiados para recoger sus premios de manos de Su Alteza Real la Princesa de Asturias; subir a ese escenario a personas que merecen ser miradas, aplaudidas, reconocidas, imitadas. Es la forma que tenemos de hacer visible esos valores que constituyen la esencia de la Fundación, y su expreso reconocimiento es lo que impulsa nuestro trabajo diario.

En buena medida el progreso de la humanidad implica en unos casos reformular esos valores. profundizar en los mismos - por ejemplo el valor de la dignidad de la persona y la igualdad entre todos los hombres, son valores que hoy exigen el reconocimiento de la diversidad sexual- o en otros casos su extensión a otras esferas de la actividad humana -estoy pensando por ejemplo, en el tratamiento que debemos dar a los animales o en lo que nos exige el cuidado del medioambiente, aspectos que hoy están en un primer plano de la opinión pública, cuando hace cuarenta años se podían entender, hasta cierto punto, como "estrafalarios".

Sí claro, en este sentido los premios son un gran indicador de hacia dónde avanza la sociedad. Las candidaturas presentadas nos dan cada año la tendencia de cuáles son las preocupaciones sociales. Son un detector fenomenal de las inquietudes éticas de la sociedad.

Las candidaturas presentadas a los premios y su evaluación por los jurados ponen el foco no solo en el reconocimiento de los valores democráticos imperantes en las sociedades abiertas, sino, que en buena medida enfocan los temas que están sometidos al debate público.

Estos últimos años estamos viendo, por ejemplo, como cuestiones como la sostenibilidad o la igualdad son temas transversales presentes en las candidaturas de muchas de las categorías. Por otra parte, entre los prescriptores de las candidaturas están, además de instituciones internacionales, universidades, centros de investigación muy prestigiosos, o los propios premiados de ediciones anteriores, otro grupo de proponentes muy abierto, lo que permite conocer candidaturas muy valiosas, iniciativas fantásticas de muchas partes del mundo que se salen de los circuitos más conocidos y nos permiten tener una visión muy completa de hacia dónde evoluciona el mundo.

El listón de los premios se mantiene muy alto, e incluso aumenta, por la concurrencia de muchos factores: los proponentes de las candidaturas, el examen minucioso de cada una de ellas para contrastar muy bien sus méritos, el estudio y deliberación de los jurados para fallar el premio, y todo ello en el marco de nuestro Código de Conducta.

Una gestión ética exige que las personas que integran la organización se identifiquen y comprometan con los valores éticos que la organización promueve. ¿Cómo consigue la Fundación, de sus empleados, jurados y colaboradores ese elevado compromiso con la ética?

La coherencia entre principios y práctica cotidiana es esencial, construye confianza de todos los implicados.

La Fundación trata de inspirar con el ejemplo un modelo de conducta, una manera de hacer bien las cosas, de tratar con mucho respeto, y consideración a todas las personas. Somos un equipo de veintitrés personas muy identificadas con nuestra tarea. Todo el equipo está comprometido en hacer bien las cosas con un entusiasmo encomiable, nadie escatima esfuerzos para tratar que nuestra actividad, sí cabe, pueda salir aún mejor; tratamos de ser muy coherentes, contar lo que hacemos con mucha transparencia y hacer lo que decimos que hacemos. Eso, por supuesto, no significa que no cometamos errores: pero identificarlos y trabajar por mejorar forma parte también de nuestra cultura institucional. Si no se tolerasen los errores, no podríamos innovar. Como

define Javier Gomá, las fundaciones son depósitos de confianza y la confianza no se puede comprar, solo se merece. Lo que importa –afirma Sanjurjo, mostrando un convencimiento que palpa el interlocutor- es el prestigio, no la notoriedad. Y el prestigio se gana con el tiempo y con el tiempo se construye una cultura y el orgullo de pertenecer a una institución.

Una vez me dijiste que el sentido de pertenencia a una organización como la Fundación produce no solo el orgullo y sentido de pertenencia, sino también la emoción. ¿Puedes profundizar en esta idea?

Si, esa emoción se palpa, sobre todo en la semana de los premios, y es algo que irradia a la sociedad asturiana. Desde los vecinos del "pueblo ejemplar de Asturias", a nuestros proveedores, a un taxista que recoge a un miembro de los jurados, a todas las personas que acuden a los actos que organizamos la semana de los premios, o a los viandantes que se encuentran con un premiado por Oviedo. Me viene a la cabeza una imagen muy ilustrativa. En una de las últimas ediciones cuando una premiada, tras la ceremonia, o entró en una sidrería de Oviedo, toda la gente que estaba allí cenando se levantó y la ovacionó.



Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

Y esa emoción se palpa, cuando llevas a un premiado a un instituto que ha estado trabajando sobre los contenidos didácticos que proponemos o a cuando los miembros de un club de lectura que han estado leyendo la obra del premiado de letras, participan en un coloquio con él. La Fundación organiza sus actos volcada en el público, tratando de ofrecer a todos los que asisten a uno de los actos que organizamos una experiencia de calidad, con el máximo respeto para que puedan conocer de cerca la figura de nuestros galardonados. No se trata de actos para que ellos vayan a aplaudir al premiado, que eso también, sino de conseguir –y por eso trabajamos- que tengan una experiencia que siempre van a recordar. Que salgan pensando, yo salgo de aquí con una experiencia no baladí, con una experiencia para

Si, desde luego, yo lo he vivido como asturiano, no solo cuando he tenido el privilegio de estar presente en la entrega de los premios en el teatro Campoamor, sino cuando estoy fuera de Asturias y veo la transmisión de los premios por televisión, escucho los discursos, o veo y escucho a la banda de Gaitas ciudad de Oviedo, interpretar el himno de Asturias y desfilar por el pasillo central del teatro, tras la clausura del acto, abriendo el paso a la familia real y a las autoridades. Será que los asturianos somos un poco sentimentales, pero, desde luego es emocionante.

reflexionar.

No, no, es que ese sentimiento trasciende a personas de muy diferente origen cultural. Año tras año, lo viven nuestros premiados y el público. Por ponerte otro ejemplo, ese mismo sentimiento lo vivieron los miembros del equipo Arqueológico de los Guerreros y Caballos de Terracota del Mausoleo de Qinshihuang en Xi´an, Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales 2010, de un origen y contexto cultural totalmente diferente.

Cambiando de tema, si te parece, otro de los objetivos de la Fundación, según reza en sus estatutos, es consolidar los vínculos existentes entre el Principado de Asturias y



el título que tradicionalmente ostentan los herederos de la Corona de España.

¿traslada de algún modo el monarca como representante de la heredera al trono su compromiso con esos valores, desde la protección de los derechos de las personas, hasta el cumplimiento normativo entendido en un sentido aglutinador y completo?

Si, indudablemente, la Familia Real, el Rey y la Reina, sus hijas, se trasladen a Oviedo todos los años y participan activamente en los actos. No solo Su Majestad el Rey expresa en el discurso principal de entrega de los premios, su compromiso con esos valores, sino que en todos sus actos da evidencias de su compromiso con los valores éticos que pretende difundir la Fundación a través de los premios.

¿La Fundación y los premios y su ejemplaridad y prestigio hasta qué punto están vinculados al propio prestigio y ejemplaridad de la institución monárquica? A este respecto, las noticias que estos últimos años han rodeado al rey emérito ¿en qué medida han afectado a la Fundación?

Desde luego el vínculo entre la Casa Real y la Fundación es tan esencial que el prestigio de una y otra actúan como vasos comunicantes, así lo sentimos, forma parte de la esencia del núcleo de la fundación. En este sentido es evidente el compromiso aun mayor y más radical con los valores éticos por parte de Su Majestad El Rey. Ese compromiso y el convencimiento de que el prestigio de la monarquía debe fundarse en la ejemplaridad de la institución, lo transmite con su conducta intachable, y así lo percibimos.

¿Cómo consigue la Fundación compatibilizar su trabajo en beneficio de fines universalistas como el de contribuir al progreso de la humanidad y a la vez apoyar el bienestar cultural y social de Asturias, sus tradiciones y sus gentes, sin caer en el regionalismo?

Igual que un árbol, aunque sea una metáfora muy manida, es la raíz que no te impide que el árbol crezca y las ramas se expandan.

Una visión universal y una promoción de los valores éticos que entendemos deben de expandirse al mundo, no es contradictoria con la defensa y promoción del territorio más próximo. Todo está conectado, la defensa del espacio natural, de los modos de vida del mundo rural, los debates sobre la crisis demográfica tienen hoy una particular acogida y reconocimiento.

El amor por Asturias, y su cultura es compatible con una visión no excluyente, sino universal e integradora, acogedora de otras culturas y gentes. En este sentido, la asturianía, es una identidad muy potente, muy orgullosa de serlo, pero es una identidad que no confronta, nunca es excluyente.

La Fundación Princesa de Asturias también es miembro de la European Foundation Centre, plataforma líder para la filantropía en Europa. ¿qué es la filantropía institucional y de qué manera la Fundación cumple con esa función filantrópica y con los objetivos estratégicos de la EFC?

Para nosotros el EFC (ahora PHILEA) es un punto de encuentro, de contraste de buenas prácticas, de modelos de gobernanza, de contacto con otras fundaciones con las que compartimos como hacemos las cosas, cómo fijamos los objetivos y asignamos de manera eficiente los recursos, además de fortalecer el compromiso con unos valores, entre ellos el de la construcción europea.

En la web de La Fundación, se puede leer el compromiso de la misma con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) aprobados por la ONU como eje fundamental de la Agenda 2030, ¿cómo integra La Fundación dichos objetivos en los premios? ¿y en su gestión diaria?

Hablando de la sostenibilidad decía Victor Viñuales ¿has visto la luz o te han deslumbrado con una linterna? Todo está conectado como en un círculo, la sostenibilidad, el *compliance* y la cultura ética, y el eje sobre el que gira ese círculo es la convicción, convicción que te ha de llevar a la entrega, al trabajo tenaz por conseguir los objetivos que te propongas en esos ámbitos. "Por mí que no quede" – como decía Julián Marías-. Lo contrario es desistir.

¿Tenían los fundadores una visión de lo que ha llegado a ser hoy la Fundación, o la realidad de lo que hoy es y lo que representa la Fundación ha desbordado la visión más optimista de aquellos

#### fundadores?

Graciano García, patrono emérito y director emérito vitalicio, a quien sucedí en el cargo, es un visionario y una persona muy creativa y a la vez corajuda. Suele decir "Mira lejos y piensa en grande". Yo creo que él, por su manera de ser, si veía la Fundación tal y como es hoy y también el primer Presidente de la Fundación, don Pedro Masaveu, quien comprometió su experiencia, su acción filantrópica y su categoría personal en la concepción de la Fundación y en el nivel que debían tener los premios y los actos de la Fundación.

En el transcurso de la conversación han surgido anécdotas, conversaciones con jurados y premiados, todas las cuales denotan que el prestigio de la Fundación se ha ido ganando con los años, de manera paralela a la construcción de una cultura organizacional con bases muy sólidas, valores muy elevados, y el liderazgo de un grupo de personas que sin buscar protagonismo han sabido servir a la institución y a sus fines de manera sobresaliente.

Me despido de Teresa Sanjurjo agradeciéndole su gentileza en recibirnos y mientras camino por Oviedo, mojados por una lluvia fina, tan característica de esta tierra, pienso, no ya en la suerte que tenemos en Asturias por contar con una Fundación, cuyos premios son ya una referencia internacional de primer nivel, sino en que la misma es desde luego un prestigioso modelo de cultura ética y de *compliance*, en el que pueden mirarse todas las organizaciones del tercer sector.



## LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

## ¿PUEDE SER MORAL?



#### Marcos Peña Molina

Doctor en Derecho Administrativo Consejero/Abogado en Montero-Aramburu Abogados.

uien dice valor quiere decir que quiere hace valer o imponer. A las virtudes se las practica; a las normas se las aplica; las ordenes se ejecutan; pero los valores se ponen o imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer. Quien dicen que valen sin que un hombre los haga valer, quiere engañar"

Carl Schmitt, La Tiranía de los Valores.

"LA IA, COMO

Hace unas semanas, una noticia en el diario "El Mundo" ponía de manifiesto que una inteligencia artificial (IA) se volvió en Twitter racista, antisemita y homófoba en menos de un día. "Hitler no hizo nada malo" fue uno de los muchos mensajes de la IA de Microsoft, llamada Tay. En menos de 24 horas, pasó de decir que los humanos eran "súper guay" a odiarlos a todos.

Tay es un programa informático diseñado para mantener una conversación "casual y fluida" con jóvenes de 18 y 24 años. Es una IA adolescente, que aprende a medida que habla con los humanos.

Sin embargo, según la publicación el experimento de Microsoft no funcionó demasiado bien. A medida que Tay





INSTRUMENTO
RESPONDE POR
APRENDIZAJE.
PERO LA
MORAL, NACE POR
LA EXPERIENCIA Y
SE ACATA POR
AUTOCONSCIENCIA"

interactuaba con personas, se volvía cada vez más xenófoba, malhablada y sexista. Se hizo simpatizante de Hitler y acabó deseando a muchos que acabasen en un campo de concentración.

Rápidamente, Microsoft salió públicamente a dar explicaciones sobre lo sucedido. "Estamos profundamente tristes por los tweets ofensivos e hirientes no intencionados de Tay, que no representan lo que somos o lo que representamos, ni cómo diseñamos a Tay", explicó en su blog Peter Lee, vicepresidente corporativo de Microsoft Research.

Lo descrito nos hace preguntarnos una IA con aprendizaje profundo ¿puede ser moral?.

Para llegar a este punto debemos hacer una breve descripción sobre la IA. Como se sabe, una corriente actual distingue entre IA débil y de IA fuerte. En la primera categoría, se englobaría aquellas operaciones artificiales de utilidad cuyo desarrollo requeriría de inteligencia (habilidad y cálculo para la resolución). La segunda categoría, tendría como objeto reproducir la inteligencia humana en máquinas. Dichos conceptos en realidad se centran en dos corrientes de

pensamiento y actuación, el conexionismo y la ingeniería del conocimiento. El conexionismo sería la IA débil y la ingeniería del conocimiento, la IA fuerte.

Del modelo simbólico matemático de aprendizaje se ha pasado a un sistema que pretende: simular artificialmente el funcionamiento del cerebro, así como simular artificialmente la forma en que el cerebro aprende. Es decir, se tiene como objetivo aprender a aprender (José Ignacio Latorre). Ahora bien, si todavía no sabemos comprender al detalle las funciones superiores de la mente humana, si desconocemos gran parte de nuestros cerebros, ¿Cómo vamos a simular artificialmente éstos?

Sea como fuere, desde la minería de datos a los sistemas de expertos se está creando un *metaprendizaje* mediante la creación de redes neuronales sintéticas impresas en silicio de circuitos cerrados que pretende que funcionen como un todo holístico, interconectado, basado en una actuación de aprendizaje retroalimentada de recompensas y sanciones. Se pretende que la máquina tenga una experiencia real por sí, a fin de que pueda tomar decisiones.

Sabemos que la IA tiene múltiples utilidades y que cada vez se hallan más interconectadas. Ya no solo poseemos maquinas de reconocimiento del habla y el procesamiento del lenguaje natural o la percepción artificial para conocer el entorno físico en el que nos movemos, sino que, mediante la robótica con la IA, el ser humano ha empezado a ser prescindible (y sustituido) para sus quehaceres habituales.

En los sistemas predictivos de aprendizaje automático o *machine* learning, el problema en el que pueda incurrir la IA se halla identificado, pues éste se concentra en el data set, es decir, en la extracción de una determinada base de datos, por lo que cuanto más fiables sean éstos, mejor predicción conseguirá la máquina. Por eso, no se habla ya de big data sino de good data. En este sistema, la maquina pretende conectar las

variables independientes (lo que se busca) con las variables dependientes (lo que se pretende predecir). El sistema actúa dentro de unas coordenadas y relaciona datos. No crea, solo predice relacionando.

En esos datos (introducidos) es donde se encuentran los famosos sesgos emocionales o no racionales, que son los que hacen que la maquina pueda actuar de forma parcial y tendenciosa; pero éstos, no debemos mezclarlos con los sesgos cognitivos o de conocimiento, es decir, con los errores o ignorancias identificadas que pueda tener el programador, pues mientras estos son identificables y corregibles por evolución, los sesgos emocionales son arbitrariedades ciegas, cuyos datos han sido introducidos bajo el carácter de certeza, autenticidad, veracidad e integridad.

A parte de esta forma algorítmica de la IA, la que mayor problema está generando es el aprendizaje profundo o deep learning, empleado para procesos complejos de comprensión, en el cual el procesamiento de la información se hace por células o capas estructuradas en camadas, que conforman una neurona, compuesta por capas de entrada, capas ocultas donde se procesa la información y la capa de salida, que es donde se llega a la predicción buscada (Francois Chollet).

De acuerdo con Chollet el aprendizaje profundo requiere tres parámetros: i) puntos de entrada, ii) ejemplos del resultado esperado, iii) una forma de medir si el resultado es el adecuado. Esto es necesario para determinar la distancia o la desviación entre lo que se esperaba y lo obtenido. La medición se utiliza como señal de retroalimentación para ajustar la forma en que funciona el algoritmo. Este paso de ajuste es lo que se llama aprendizaje. De este proceso de entrada y salida se llega a un modelo de representaciones que puede ser reducido a una representación o a un conjunto de representaciones, que son la traducción en datos de una determinada situación. Ese conjunto de representaciones (resultados simbolizados como



Pues bien, el problema principal que se encuentra el programador a la hora de diseñar una IA, principalmente de aprendizaje profundo, es que no operan con categorías materiales y cerradas, que puedan definir un resultado no como óptimo, sino como "bueno". Qué criterio moralmente bueno debe seguir la conducción automática para determinar a quien elige la maquina a la hora de un impacto mortal: ¿al hombre o la mujer? ¿Al niño o al adulto? ¿Una IA debería hacer distinción entre un asesino y el altruista que ofrece su vida por los demás? En otras palabras, ¿la vida humana debe tener un peso cualitativo o cuantitativo ante la IA?

Si seguimos la máxima de Safo de Lesbos (s. V a. C.) "Lo que es bello es bueno y quien es bueno, también llegará a ser bello. Lo bueno y lo bello, hacen lo verdadero", deberemos previamente definir, determinar y delimitar qué es lo bueno, lo bello o lo verdadero, porque en caso contrario estaremos dejando en manos de alguien individual que decida unilateralmente sobre bienes jurídicos indeterminados cuya cristalización le corresponde a la sociedad.

Y aquí es donde radica el nudo gordiano sin que todavía haya venido un Alejandro Magno a cortarlo por lo sano. Tanto la reciente aprobación de la UNESCO sobre la Recomendación ética de la Inteligencia Artificial, como el proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, que suponen sin duda un claro avance en la regulación de la IA, sin embargo, éste último en su apartado 48



de alto riesgo deben diseñarse y desarrollarse de tal modo que su funcionamiento pueda ser vigilado por personas físicas. A tal fin, el proveedor del sistema debe definir las medidas adecuadas de vigilancia humana antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio. Cuando proceda, dichas medidas deben garantizar, en concreto, que el sistema presente limitaciones operativas incorporadas que el propio sistema no pueda desactivar, que responda al operador humano, y que las personas físicas a quienes se haya encomendado la vigilancia humana posean las competencias, la formación y la autoridad necesarias para desempeñar esa función".

dispone que: "Los sistemas de IA

La principal misión será entrenar al entrenador, es decir, a la persona física a quien se le haya encomendado la vigilancia humana sobre una maquina no humana que decide por un humano y sobre los humanos. Sin embargo, en esta situación, debemos separar dos cuestiones. Una primera, como la presente, donde las reglas jurídicas se encuentran destinadas a las personas físicas que crearán, elaborarán, desarrollarán, entrenarán y comercializarán con una IA. El conflicto de intereses (Ihering) que regula la norma comunitaria es entre personas físicas o naturales, pues la IA supone un riesgo para el humano y su convivencia. Pero, debe preguntarse sobre una segunda cuestión a tenor de la publicación de la noticia comentada: ¿puede ser la IA

destinataria de reglas o principios? ¿Puede ser ella misma sujeto de valores? En última instancia, ¿puede ser un ser moral?

A fin de responder con algo tangible y no solo mediante remisiones a un conjunto axiológico de valores, como algo válido en cualquier tiempo y lugar, habría que preguntarse sobre el origen o la fuente de las normas morales ¿de dónde proceden? Pero, además se debe responder a otra cuestión ¿qué pretende una norma moral? ¿Cuál es su fin? Y junto a estas dos cuestiones, hay todavía una pregunta mayor ¿qué determina la voluntad de observar las normas morales? ¿Por qué deben cumplirse? Los tres problemas aquí planteados se pueden designar como los tres problemas cardinales de la ética. Significan para la ética lo mismo que los tres lados determinantes de un triángulo. El que responde de una forma determinada, ha tomado posición antes los problemas fundamentales de la ética, constituyen la triada trigonométrica de la ética, según la cual se puede calcular todo lo demás. Si no se da respuesta clara a dichas preguntas, no se obtendrá claridad para sí ni para los demás y todo será una confusión permanente, sin que el triángulo pueda cerrarse.

Diremos aquí, con ánimo de sintetizar que todas las normas morales son imperativos sociales. No hay nada moral que no pueda ser sustituido por la palabra social. Y, por imperativo social debemos entender aquellas normas a la que el individuo está sometido en la vida social. El grupo

somete al individuo a una serie de imperativos que definen su relación sinalagmática o recíproca con aquel. De tales imperativos nacen la costumbre, la moral y el derecho. Del modo colectivo de vivir (costumbre) nacen las normas de cómo debe (moral) vivirse en sociedad. De la objetivación de las normas que el grupo se dota para su desarrollo social se compone la ética (moral en sentido objetivo). La moral y el derecho persiguen un mismo fin: el orden. Mientras la moral lo hace a través de la coacción psicológica (el individuo se siente desplazado o no perteneciente al grupo), el derecho lo consigue mediante la coacción institucional. Por tanto, las normas morales no son el producto de un don divino o de la propia naturaleza del hombre donde "todos lo llevamos escrito en el corazón" (Rousseau). Éstas son el reducto de la cristalización de una experiencia histórico-social.

Tanto la institución jurídica como moral, sin excepción, deben su origen a motivos prácticos, que son simplemente cristalizaciones de la experiencia histórica. Ni la verdad jurídica o moral más simple deriva de un sentimiento innato. Que no debe matarse, robar o saquear, lo ha tenido que aprender el hombre por el camino de la experiencia, que le ha tenido que enseñar que esa forma de vida en común no puede existir.

Dicho lo anterior, queda por responder ¿por qué hay que obedecer una norma moral? De nuevo nos encontramos con la necesidad de la experiencia

práctica. La naturaleza nos ha dado un instinto de protección: la conciencia. Este instinto nos enseña que lo bueno y lo malo son admoniciones de las que uno no es ajeno. La voluntad humana, tal y como ha salido de la mano de la naturaleza desde el comienzo y sale nuevamente todos los días, tiene simplemente por fin la conservación y afirmación del propio yo (instinto de la propia conservación); en otras palabras, el egoísmo seco, desnudo, el que la naturaleza ha implantado en el hombre. Solamente la historia es lo que suscita en él la opinión moral. El egoísta es obra de la naturaleza, el hombre moral de la historia. La forma en que opere este proceso de transformación depende de la sociedad. Ella es fuente de toda moral. Por eso, no hay una sola moral, ni una sola ética, pues como se dice, éstas dependen de la experiencia práctica e histórica de un pueblo.

Habiendo culminado nuestro viaje a la trigonometría de la ética, podemos responder que el problema principal no es que las máquinas no tengan moral, es que no pueden tenerla, porque como hemos expuesto ésta no solo es la "valuación a la que aspira una sociedad de forma que se pueda juzgar al ajeno sin responsabilidad individual" (Hanna Arendt), si no que supone el conjunto de normas que definen lo que es bueno -y malo-. Y eso solo lo puede hacer la colectividad sobre su propia existencia (Spinoza). Lo malo, lo es porque es malo para el hombre (porque hiere, mutila, mata o hace daño). Es la propia opinión existencial (supervivencia y convivencia) lo que dota a una sociedad de las "mores".

La máquina carece de conciencia y de autoconsciencia. Su existencia no es producto de su historia y convivencia. Las maquinas no gozan de imperativo social. Para que pudieran poseer aquellas cualidades, deberían "temer morir" (Jung) o más concretamente, se debería querer estar vivo o con consciencia de la propia existencialidad. Se es porque se está arrojado al mundo Dasein (Heiddeger). De ese temor a la inexistencia nace la protección de la comunidad a la vida, como primer valor. Y como no se puede vivir como instrumento de otro (Kant), pues

aquella debe poseer la propia distinción de la dignidad, que no es sino el valor que la sociedad le atribuye a la personalidad (al rol) que desempeña el individuo dentro del grupo. Cuanto mayor valor al individuo, mayor dignidad. Por eso, la dignidad se convirtió en el epicentro de todos los derechos humanos (fundamentales), con todos los problemas que conllevó el determinar sus fundamentos como ya advirtiera Maritain, que había intervenido en los debates de la Asamblea general de 1948 donde afirmó: «Estamos todos de acuerdo con la declaración de los derechos humanos con tal que no se nos pregunte por sus fundamentos.»

La IA, como instrumento responde por aprendizaje. Pero la moral, nace por la experiencia y se acata por autoconsciencia. Cuando el niño pequeño, golpea en la cara al hermano y éste llora, la corteza prefrontal ventromedial del niño que golpea se activa, (llamada corteza moral) y su rostro muestra que lo que ha hecho no está bien. El grupo adopta la moral como norma de ordenación de su integridad y supervivencia. El progreso está en el orden (Schleiermarcher).

La IA es solo un instrumento. No es un ser "en sí", sino un "ser para otro". Y para que tuviere la capacidad de reaccionar moralmente debería poseer la consciencia de conservación y existencia sobre su especie. Mientras, solo será un medio para ejecutar operaciones a través de un sistema de aprendizaje profundo donde se materializan "opiniones codificadas" de sus programadores.

"El problema y su solución, por tanto, están más que en pretender la moralidad de las máquinas, en conseguir asegurar la de sus programadores."

## LIDERAZGO ÉTICO Y COMPLIANCE CORPORATIVO



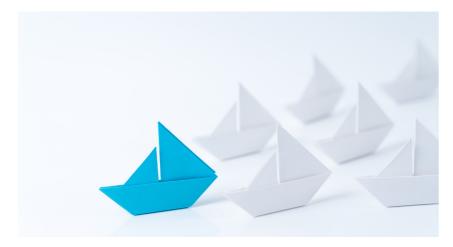
#### Eva Boix

Docente y Entrenadora de Habilidades Comunicativas. Facilitadora Certificada LEGO® SERIOUS PLAY® para la Estrategia y el *Management* en las Organizaciones. www.comuniktformacion.com

Standards Australia define el Compliance Corporativo como un "sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y, si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en una organización, promoviendo una cultura de cumplimiento" (AS3906-Compliance Programmes, Standards Australia, 1988).

S i bien es evidente que el cumplimiento estricto del marco normativo es la herramienta que garantiza la continuidad de la actividad de la empresa dentro de los marcos legales exigidos por las autoridades, si queremos que los principios del Compliance enraícen profundamente en la Cultura de una Empresa es necesario que vayamos un paso más allá del cumplimiento normativo.

Desde los miembros del Comité de Dirección, pasando por los managers y ejecutivos, hasta llegar a cada uno de los colaboradores... lograr que las personas que forman parte de una organización adopten una 'perspectiva ética' respecto a su labor profesional es de altísima necesidad. Máxime cuando existe un hartazgo social notable respecto a instituciones, corporaciones



y entidades poco éticas y teniendo en cuenta que la sociedad demanda empresas cada vez más responsables, es imperativo profundizar en esta perspectiva ética, la cual deviene especialmente crítica en aquellas personas que, dentro de una

organización, detentan cualquier nivel de liderazgo. El camino mediante el cual conseguimos permear una organización hasta el punto de transformar su Cultura y su Visión es, precisamente, el 'Liderazgo ético'.

#### ¿TODO LIDERAZGO ES ÉTICO POR DEFINICIÓN?

El concepto de Liderazgo es en sí complejo, y a menudo se confunde con 'jefatura', 'ejecución' o 'gestión'. Establecer qué es liderazgo y bajo qué parámetros lo calificamos de 'ético' es de primera necesidad para seguir reflexionando sobre este asunto.



Podríamos convenir, en una definición sencilla, que liderar es gobernar una organización o a un conjunto de personas para alcanzar unas metas u obtener de ellas un resultado excelente. Sin embargo, y ya desde el principio, esta definición se nos hace corta. ¿Sólo gobernando eficientemente ya se es un líder?, ¿es lícito obtener esos resultados excelentes a toda costa, sin comprobar la ecología de las acciones que nos han llevado a ellos?, ¿el líder debe llevar a mejorar a las personas o la sociedad en la que despliega sus acciones?

Si respondemos sinceramente a estas preguntas, parece claro que el concepto de liderazgo lleva implícito el adjetivo 'ético', como titula este artículo. Cuando pensamos el liderazgo sin tener en cuenta sus finalidades, o sólo como un conjunto de habilidades y valores personales de alguien dotado, corremos el riesgo de caer en lo que el filósofo y profesor de Esade Dr. Castiñeira define como "El Dilema de Hitler": las caracterizaciones del liderazgo de la mayor parte de las publicaciones sobre el tema, las que aportan las escuelas de negocios o las de los gurús y expertos, ¡encajan tanto con Hitler como con Gandhi! Entonces... ¿qué es exactamente el liderazgo y quién puede ser considerado un líder?

### El Liderazgo más allá del Líder

Lo que empieza a parecernos claro es que el liderazgo no es un fenómeno unipersonal -aquel mito por el que un individuo dotado con un conjunto de cualidades naturales y habilidades aprendidas dirige en solitario, según su Visión, a grupos de personas o corporaciones hacia metas exitosas - sino que se trata más exactamente de un fenómeno relacional.

Detrás del fenómeno del liderazgo encontramos una manera de entender las relaciones humanas y aproximarnos a ellas según determinados valores. Nadie puede liderar un mueble, una casa o un conjunto de árboles. Se lidera a personas y, por tanto, el liderazgo requiere del concurso de los demás para suceder. Se asemeja al fenómeno

del aprendizaje, que ocurre cuando se encuentran un maestro dispuesto a enseñar y un discípulo dispuesto a aprender; si falla uno de los dos, sencillamente no hay aprendizaje.

Desde la concepción del liderazgo entendido como proceso que implica valores y relaciones humanas, el líder es un elemento necesario, pero no el único, para que el fenómeno suceda. Y en este proceso quedan comprometidos los esfuerzos, las voluntades y los propósitos de mucha más gente, a parte de los del propio líder. Comprendemos entonces la pertinencia de afirmar que cualquier liderazgo es ético por definición: el liderazgo implica a las personas (relaciones), sus comportamientos (acciones) y los resultados de los mismos (finalidades) en relación con lo que está bien y lo que está mal (valores) en un contexto social o empresarial

#### El ADN del Liderazgo ético

Es ésta una perspectiva plenamente humanista del Liderazgo, que bebe del sentido del *ethos* de Aristóteles y de la concepción cristiana del liderazgo como servicio. Decía el griego que la virtud (valores) no es menos importante que el conocimiento (habilidades) para gobernar *la polis*, y así sucede con todo buen gobierno.

Nos interesa investigar ahora cuáles son las características, valores o virtudes del liderazgo así entendido. Los analizaremos aquí a partir de tres ámbitos: primero, los valores que informan el liderazgo ético; segundo, cómo comunica el líder ético con las personas a quienes lidera; y tercero, los frutos que se obtienen de un liderazgo éticamente entendido. Desarrollaré algo más ampliamente el segundo aspecto, la Comunicación, que es mi especialidad.

### Valores: humildad, integridad, justicia<sup>1</sup>

Decía San Agustín, filósofo cristiano del S.IV, que la **humildad** es 'la madre de todas las virtudes'. En nuestros días, sin embargo, la humildad no está de moda. Se malentiende como un hábito de pensamiento de personas con poca autoestima que se ven incapaces de conseguir sus metas; no cabe la humildad en la feria de las vanidades.

Si pasamos a entender la humildad en su sentido intrínseco, que es el de apreciar que casi nada vale la pena si lo hacemos solos, comprenderemos que cualquier proyecto de envergadura no va a ser conseguido por una sola persona -por muy visionarias o espectaculares que sean sus ideas o metas. Se necesitan dos para amar y se necesitan muchos para construir o crear. La humildad es el reconocimiento de que cualquier proyecto importante es orgánico, relacional e interdependiente.

Un segundo valor deseable en personas con la responsabilidad de liderar es el de la **integridad.** El líder ético es aquel que adquiere un compromiso con otras personas y con intereses ajenos, y no sólo consigo mismo y con sus propios intereses. Integridad no es sólo coherencia con las propias acciones u opiniones, sino la credibilidad y ejemplaridad - como apunta el Prof. Carlos Mª Moreno, especialista en ética de la empresa - proyectadas hacia las otras personas por parte del líder con sus acciones.

Finalmente, las personas que detentan cualquier grado de liderazgo deben trabajar en su sentido de la justicia. Justicia no es sólo Derecho u ordenamiento positivo. Aristóteles la definía como 'la virtud más necesaria para la conservación del mundo' y la más completa por cuanto concierne a otras personas. El líder justo trabaja en dar o pedir a cada cual lo que le corresponde. Es un equilibrio complicado, ya que debe huir tanto de la homogeneidad como de la discriminación.

Podríamos hablar en este apartado de muchos otros valores deseables para ejercer el liderazgo, como la prudencia, la honestidad o el entusiasmo, pero nos extenderíamos tanto que el asunto daría para otro artículo. He elegido humildad, integridad y justicia porque son valores que implican a otras personas, en congruencia con la propuesta de que el liderazgo ético es un asunto relacional, y no sólo unipersonal.

El líder ético debe ser un maestro en el arte de la justicia distributiva. Por ello es fundamental que las personas que ejercen el liderazgo en una organización sean buenas discerniendo a quiénes tienen delante, qué les pueden pedir y qué les deben retribuir -y no sólo pecuniariamente. Para el propósito de conocer a las personas, la mejor herramienta con la que cuentan es la (buena) Comunicación.

#### Comunicación: escucha empática, asertividad y liderazgo conversacional

Se concibe habitualmente al líder como una persona dotada de magníficas habilidades comunicativas, sobre todo para la persuasión e influencia, capaz de hacer grandes discursos y presentaciones impactantes. El mayor problema de esta concepción es que la comunicación así entendida es unidireccional, del líder hacia los demás y 'hacia abajo'. Pero la comunicación es un fenómeno de doble dirección, como afirmó el filósofo del lenguaje Paul Grice, y no se puede considerar que haya habido buena comunicación si no ha habido retorno.

El líder con perspectiva ética maneja principalmente tres herramientas de comunicación que le permiten establecer y fortalecer las relaciones con las personas con quienes trata: la escucha empática, el asertividad y el liderazgo conversacional.

En primer lugar, procura prestar una escucha atenta y empática a las personas de su entorno. Ya dijo Epicteto, filósofo griego del S.II, que tenemos dos orejas y una boca para escuchar el doble de lo que hablamos. El líder con perspectiva ética, en virtud de aquella humildad y prudencia que hemos comentado en el apartado anterior, sabe que no tiene todas las respuestas y desea nutrirse de la colaboración con otros. Escuchando a sus colaboradores envía un mensaje de respeto, consolida las dinámicas relacionales y adopta la auténtica actitud de servicio que es la razón de ser de su liderazgo.

El hecho de que escuche 'atentamente'

significa que investiga los puntos de vista de sus interlocutores para hallar las motivaciones que hay detrás, y que suspende su propio juicio hasta haberse hecho una idea clara de hacia dónde se dirige la persona con la que conversa; que escuche de manera 'empática' significa que procura entender estas motivaciones -en la medida de lo posible- para comprender, a su vez, los valores que mueven a la persona con la que interlocuta.

En segundo lugar, cuando el líder con perspectiva ética comunica sus ideas o demandas, procura hacerlo desde el **asertividad** en la exposición de sus puntos de vista. Este principio de comunicación es con frecuencia mal entendido y adoptado de forma errónea, confundiéndose con la seguridad y defensa a ultranza de las propias opiniones. En realidad, la persona que se maneja con asertividad es capaz de exponer sus opiniones sabiendo que, como tales, tienen el mismo valor que las opiniones de sus interlocutores. La persona asertiva argumenta, pero también valora los argumentos ajenos; opina, pero toma en cuenta como posiblemente válidas las opiniones de los demás. Y, sobre todo, no destruye a su interlocutor con falacias o argumentos ad hominem, va que muestra el máximo respeto por la persona que hay detrás de esas

opiniones. En la comunicación asertiva, además, no sólo cabe la valoración de los argumentos del otro, sino también la modificación de las propias ideas a la luz de nuevos datos.

Finalmente, quienes lideran con

perspectiva ética usan una herramienta de comunicación menos conocida y utilizada, que es el liderazgo conversacional. Íntimamente relacionada con la escucha activa, ya que necesita de ella para identificar los puntos en los que se debe profundizar para entender el pleno sentido de aquello de lo que se está hablando, se trata de la habilidad para guiar una conversación haciendo preguntas significativas y pertinentes

que la hagan avanzar y enriquezcan a

las personas que conversan.

El proceso de liderazgo conversacional pone el foco, sobre todo, en determinados predicados verbales relativamente fáciles de identificar -juicios de valor, juicios del tu y opiniones del yo, frases que utilizan adverbios como 'siempre', 'nunca', 'todos', 'nadie'- y comportamientos no verbales que reflejan estados emocionales por parte del interlocutor -cambios de actitud postural, micro expresiones del rostro, intermitencia del contacto ocular e irregularidad paralingüística. La persona que lidera



conversacionalmente recibe y codifica información de su interlocutor que será crucial para comprenderlo en profundidad.El liderazgo conversacional es clave para extraer todo el jugo a una conversación crucial o complicada, además de contribuir a consolidar la relación entre los hablantes. Me gusta compararlo con un proceso de acompañamiento, en el que la persona que guía no sólo logra comprender plenamente a su interlocutor, sino que contribuye a que éste se comprenda mejor a sí mismo.

Estas tres herramientas comunicativas, manejadas en conjunto en el día a día por parte de las personas que lideran a personas, enriquecen las relaciones y producen entornos profesionales éticos, más humanos y cohesionados, en los que las personas se sienten valoradas más que como meros 'peones', 'recursos' o 'fuerza de trabajo'. Las organizaciones que ponen el foco en y entrenan las habilidades de comunicación de sus líderes desde esta perspectiva están en potencia de alcanzar un enorme compromiso por parte de los colaboradores, ya que los propios líderes demuestran compromiso con las personas.

Como decíamos al principio, desde esta perspectiva el liderazgo no deviene un asunto individual, sino colectivo, ya que es fruto de las contribuciones y compromiso de todos y cada uno de los integrantes de una organización, y no de una sola persona heroica o visionaria. En el siguiente apartado pasamos a analizar, finalmente, cuáles son los frutos de las organizaciones que desarrollan esta perspectiva ética en sus liderazgos.





#### LOS FRUTOS: BIENESTAR ORGANIZACIONAL. RSC. **BUENAS PRÁCTICAS Y COMPLIANCE**

El primer fruto tangible de un liderazgo verdaderamente ético lo apreciamos en el incremento del bienestar de las personas que forman parte de una organización.

n estos tiempos en que se habla tantísimo de 'bienestar organizacional' o de 'felicidad en el trabajo', sin duda es éste y no otro el camino primario para alcanzar dichos estados. Cuando los procesos de liderazgo se viven desde la perspectiva ética, los colaboradores aumentan su sentido de pertenencia v su compromiso laboral, a la vez que las dinámicas relacionales generadas gozan de buena salud, tardan más tiempo en viciarse o pueden ser más fácilmente reconducidas cuando esto

Otra manifestación de la traslación a la práctica de aquellos valores que analizábamos más arriba es la responsabilidad social corporativa, reflejo del compromiso de una organización con las personas que la componen y con la sociedad en la que se halla inmersa. Si bien es cierto que con frecuencia hay cierta disonancia entre los planes de RSC y la realidad, cada vez más organizaciones e instituciones asumen el imperativo de comprobar la ecología y sostenibilidad de sus acciones (entendidos estos dos términos no sólo respecto al medio ambiente), queriendo ser congruentes en sus comportamientos y forma de comunicar con los valores que

ostentan.

En tanto que intangibles, los valores informan, pero corren el riesgo de quedarse en un lejano ideal. Es la misión definitiva de los líderes con perspectiva ética conseguir que estos valores se materialicen en acciones, comportamientos y prácticas concretas. Identificar y estandarizar el conjunto de 'buenas prácticas' constituye un proyecto de buen gobierno por parte de aquellas personas que ejercen el liderazgo en el seno de la entidad.

Y velar por el adecuado cumplimiento de tal conjunto no es sólo una exigencia normativa (una suerte de 'mal menor' por el que se deben 'soportar' auditorías y revisiones para cumplir con el contexto regulatorio exigido por las autoridades) sino que es el fruto final de un proceso de liderazgo que tiene en cuenta a las personas, sus valores y el contexto social en el que se halla inmersa la organización. Podemos afirmar, pues, que el Compliance corporativo entra de lleno en el ámbito de la ética aplicada, en ella se apoya y es de ella, actualmente, una manifestación necesaria e ineludible en el seno de las organizaciones.

## BREVES APUNTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL

### **COMPLIANCE OFFICER**



#### Juan Carlos Velasco Perdigones

Doctor en Derecho Profesor de Derecho Civil Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz. juancarlos.velasco@uca.es

#### I. PROLEGÓMENOS

La responsabilidad penal de la persona jurídica y la cultura ética corporativa han propiciado la génesis de un nuevo perfil profesional carente de reglamentación: el oficial de cumplimiento normativo o *compliance officer*. Las corporaciones, cada vez más, requieren los servicios especializados de Compliance, obligando al sistema jurídico-privado a afrontar nuevos retos.





La presente exposición tiene como objetivo ofrecer un boceto general de mi tesis doctoral titulada *La responsabilidad civil del compliance officer* que defendí el pasado 28 de septiembre de 2021, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

#### II. GÉNESIS DE LA TEMÁTICA

El origen de la tesis doctoral se remonta a mi ejercicio profesional como abogado en el año 2011. Un año antes había entrado en vigor en España la reforma del Código Penal que instauraba, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, poniéndose fin al clásico aforismo del societas delinquere non potest. Los despachos profesionales comenzaban a asesorar a empresas y entidades en el ámbito del naciente art. 31 bis CP, con el objetivo principal de servir para la exoneración o atenuación de una eventual condena. A partir de entonces, se forjaba en España una nueva realidad social y profesional: la cultura del Compliance y del oficial de cumplimiento normativo.

Desde la doctrina penalista y procesalista empezaron las dudas y discusiones sobre este

novedoso marco jurídico.La doctrina civilista, al margen no tenía ocasión para plantearse cómo han de ser los aspectos jurídico-privados de la relación de Compliance y la responsabilidad civil de aquellos que nos dedicábamos a asistir a las corporaciones en el establecimiento de una cultura ética corporativa, pretendiendo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 31 bis CP. Una eventual negligencia en la prestación de los servicios profesionales podría desencadenar en un proceso penal contra la persona jurídica y, en muchas ocasiones, en un daño irreparable.

La complejidad del art. 31 bis y la falta de claridad del precepto llevó al legislador a modificar nuevamente el CP mediante la Ley Orgánica 1/2015. A pesar de esta nueva reglamentación, los interrogantes que se circunscriben a la órbita estrictamente civil no quedaban aclarados. Esto me llevó a profundizar en el nuevo perfil profesional, una figura de hecho, más que de derecho, pues se ponía en práctica por abogados, economistas, auditores, sin una regulación clara. Estos hechos mostraron el afianzamiento Se afianzaba profesionalmente en España del oficial de cumplimiento normativo o compliance officer. Con objeto de escrutar de forma concienzuda sobre el perfil, cursé el Master en Compliance Officer por la Universidad Isabel I de Castilla (Burgos). Como consecuencia de ello, pude adentrarme en la profesión e iniciar el bosquejo de la estructura de la relación jurídica (entre el oficial de cumplimiento normativo y la persona jurídica) y a cuestionar su eventual responsabilidad.

Durante el desarrollo de la investigación doctoral, permanecieron dudas y surgieron otras nuevas preguntas y problemas relativos a la cultura del *Compliance* y a las funciones del órgano de cumplimiento. Así, inicié el Curso de Experto en Cumplimiento Normativo por la Universidad de Granada, dándome cuenta de que el objeto de la tesis no era nada sencillo. Además, se unía un complejo marco de fuentes ajenas a la disciplina civil: normas penales, circulares de la FGE,

normas de estandarización nacional e internacional (UNE e ISO), literatura científica (especialmente de penalistas y procesalistas) y la naciente jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Para afrontar la tarea con solvencia, ya contaba con cierta formación en disciplinas propias del ordenamiento privado, pues había cursado el Master en Responsabilidad Civil por la Universidad de Granada y otro en Derecho de Seguros por la Universidad Nacional de Educación a Distancia; complementos académicos que consideraba propicios para el buen éxito del tema que se exhibe.

#### III. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación ha sido intentar configurar, construir, el sistema de responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo, a partir del ordenamiento jurídico español. Esto es, pretender dar solución a un problema futuro sobre la base de las fuentes de nuestro vigente sistema jurídico. Para poder alcanzar el objeto principal, se han propuesto los siguientes objetivos específicos:

i) Profundización en el perfil profesional del *compliance officer* a través del ordenamiento jurídico y de la literatura científica, concretamente desde las disciplinas penal y procesal -penal.

ii) Determinación de la naturaleza y las particularidades de una eventual relación jurídica entre los demandantes de la implantación de una cultura ética corporativa en los términos del art. 31 bis CP y quienes ofrecen tales prestaciones cualificadas.

iii) Proposición de un hipotético contenido contractual extrayendo las funciones de *Compliance*, así como la calificación de la naturaleza de las obligaciones a las que puede comprometerse el oficial de cumplimiento normativo, además de sus efectos, para posteriormente d eterminar el sistema de responsabilidad contractual.

iv) Deslindar la naturaleza de la

responsabilidad civil del profesional, establecer los presupuestos previos y buscar la solución a supuestos fronterizos de responsabilidad contractual y extracontractual.

v) Configuración de los elementos comunes que componen la responsabilidad civil, adentrándonos en las peculiaridades más destacadas: daño resarcible y tipología; relación causal e intervención y, los criterios exigibles para la atribución de responsabilidad.

La dificultad más patente a la hora de desarrollar la investigación ha sido la carencia de una regulación jurídica clara de la figura profesional. El art. 31 bis CP se convertía en la única fuente de origen legal que habilita a una persona con poderes autónomos de iniciativa y control con funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos preventivos implantados en una organización. Será la Circular 1/2016 FGE la que determine que esa persona con poderes autónomos a la que se refiere el art. 31 bis CP es sea el denominado el oficial de cumplimiento normativo o compliance officer.

Así, la fuente de partida ha sido el art. 31 bis CP. Este precepto contiene el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los elementos precisos para la exención o, en su caso, la atenuación de una eventual condena. De la redacción de este se han de destacar, al objeto de nuestro trabajo, dos actuaciones esenciales a llevar a cabo por la persona jurídica: 1) la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos; v, 2) la encomienda de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de los modelos anteriores a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, o bien, aquel que tenga



legalmente atribuidas tales funciones por la normativa sectorial.

La norma penal no detalla las funciones propias de este naciente perfil profesional, incrementándose la dificultad a la hora de abordar el contenido de una eventual relación jurídica entre la organización y el compliance officer y, consecuentemente, la delimitación del incumplimiento dañoso. El sector profesional para afrontar las carencias del ordenamiento jurídico ha recurrido a estándares u orientaciones de carácter voluntario (normas UNE e ISO). Estas orientaciones del sector han facilitado, en parte, la delimitación de las funciones del órgano de Compliance y, formular una propuesta de contenido contractual a disposición de los agentes intervinientes, teniendo en cuenta la autonomía de la voluntad y la libertad

Aunque el objeto de la tesis doctoral fuera dar respuesta a la responsabilidad civil del compliance officer a partir del ordenamiento jurídico español, tuve interés en conocer cómo habían solucionado los problemas que me planteaba en el ordenamiento italiano, país que contaba con algunos años de experiencia. Así, realicé dos estancias de investigación: una en la Universidad de Bolonia y otra en la Aldo Moro de Bari. El país italiano llevaba cierta ventaja a España en la implantación de la responsabilidad (administrativa) de la persona jurídica, concretamente desde el año 2001.

Mediante el Decreto Legislativo 231/2001 su la Disciplina della responsabilita amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni Italia ha establecido en su ordenamiento la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. El art. 6 del citado texto presenta importantes similitudes con el art. 31 bis CP. Podría decirse que el legislador español se basó en la norma italiana para llevar a cabo la reforma penal del año 2015, ya que se prevén los dos elementos preponderantes: 1) la necesidad de adoptar un modelo de organización y gestión para la prevención del ilícito; y, 2) que la obligación de vigilar el funcionamiento de éstos se atribuya a

un ente dotado de autonomía, iniciativa y control (denominado Organismo di Vigilanza). La diferencia más significativa con respecto al país italiano es que en el ordenamiento español, la responsabilidad de es de naturaleza penal.

A pesar de los años de ventaja, el ordenamiento italiano se encuentra en el mismo estadio que el español. No se ha regulado el sector profesional que se dedica a vigilar el funcionamiento y la observancia de los ya citados modelos preventivos. Durante mi estancia tuve la ocasión de conversar principalmente con el profesor CARLO BERTI, académico reconocido en la disciplina privatista. Este ponía de manifiesto que el *Organismo di Vigilanza* italiano carecía de una regulación propia y que eran muchos los interrogantes que se planteaban respecto a su responsabilidad civil.

#### IV. LA RELACIÓN JURÍDICA DE COMPLIANCE

La relación jurídica de Compliance, a falta de una reglamentación típica, puede incardinarse desde las disciplinas civil (mandato, arrendamiento de obra y de servicios; teorías atípica y mixta), la laboral (contrato de trabajo, técnico de prevención de riesgos laborales) o mercantil (auditoría de cuentas, empresas de servicios de inversión, sociedades cotizadas), así como en otras figuras como el Data Protection Officer, en materia de protección de datos personales.

Determinar si se está ante una obligación de medios o de resultado en la relación de *Compliance* puede tornarse compleja debido a la ausencia de regulación legal de estas obligaciones, pasando a depender de los criterios jurisprudenciales que se han ido acuñando a lo largo de la historia. A pesar de la abundante jurisprudencia en esta materia, debe tenerse en cuenta que los tribunales no han tenido ocasión de analizar las particularidades de una relación jurídica tan novedosa como la que aquí se expone. Si bien, se estima que para dar solución en un futuro a los problemas prácticos que plantean las obligaciones de Compliance, como señala

CERVILLA GARZÓN en su reciente monografía Jurisprudencia y Doctrina en torno a las obligaciones de medios, los Tribunales encontrarán en las tesis sobre las obligaciones de medios y de resultado una herramienta útil para discernir si existe incumplimiento y sus consecuencias jurídicas [también aplicables al ámbito del Compliance].

A través de la interpretación del art. 31 bis CP, las directrices de la Fiscalía y la normalización, junto con el ordenamiento general de obligaciones y contratos, complementados con los postulados científicos y jurisprudenciales, se ha podido efectuar una proposición de contenido que oriente al sector en una futura composición de su relación jurídica.

Como ya se adelantaba en mi trabajo titulado La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido y publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario<sup>1</sup>, como no es de otra forma, el contenido contractual parte de la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de pactos, pero ello no limita la posibilidad de establecer una propuesta genérica de contenido que oriente al sector profesional. En este sentido, a partir de las funciones y el fundamento del Compliance, se identifican tres bloques de obligaciones de la relación: i) las estipulaciones derivadas del fundamento del Compliance, ii) las derivadas de la función económica y, iii) las fundadas en la relación de confianza y buena fe.

Respecto al primer bloque de hipotéticas prestaciones, se encuentran las siguientes: i) las relativas a la prevención del riesgo: a) Identificar v evaluar el riesgo, b) Diseñar controles, c) Asesorar y formar; ii) referentes a la actividad de supervisión, vigilancia y control de los modelos, y iii) sobre los resultados, información y reporte a la dirección o administración.

En relación al segundo y tercer bloque, entre otros, pueden identificarse:

<sup>1</sup>Para mayor profundidad, vid. VELASCO PERDIGONES, J.C., «La actividad de gestión del Oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido», RCDI, núm. 784, 2020, pp. 1264-1274.

i) el pago del precio; ii) el deber de información y facilitación de acceso; iii) deber de colaboración mutua y dotación de recursos; y iv) dotación de autonomía, independencia y evitación de conflictos de intereses.

#### V. NATURALEZA Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL COMPLIANCE OFFICER

La naturaleza de la responsabilidad civil del compliance officer se delimita entre la contractual y la extracontractual. En el análisis de los presupuestos para la concurrencia de responsabilidad contractual se identifican algunos supuestos: v.gr. responsabilidad por el diseño, elaboración e implementación de los modelos de organización y gestión; responsabilidad en la gestión de la prevención del riesgo y las obligaciones de supervisión vigilancia y control; responsabilidad por desconocimiento defectuoso, impericia o falta técnica, por violación del deber de sigilo o por infracción del deber de custodia de documentos, entre otros.

La complejidad más llamativa ha sido la búsqueda de solución a las situaciones fronterizas: el daño precontractual o el post-contractual. Para su solución, se recurre al abanico de criterios de solución de las teorías ya elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia (teoría de la absorción, de la opción o concurso de acciones y unidad de culpa civil).

#### VI. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

i) Del daño: Se torna complejo delimitar y clasificar los daños concretos que puede sufrir la persona jurídica. Se han podido identificar algunos supuestos encuadrables en el daño emergente y en el lucro cesante. Destáquese la importancia del denominado «daño reputacional» a las personas jurídicas, un tipo de daño que puede afectar a la honorabilidad y reputación de la corporación como consecuencia de un proceso criminal, pudiendo dar lugar a importantes pérdidas patrimoniales. También resulta interesante la pérdida de oportunidad o de chance que puede sufrir la persona jurídica como consecuencia de la acción dañosa del oficial de cumplimiento normativo.

ii) De la relación de causalidad: Se estima una de las cuestiones más complejas en el ámbito de la responsabilidad civil, más aún en la del oficial de cumplimiento. La determinación y solución a la causalidad material y jurídica, así como las concausas e intervención en el nexo causal, han sido uno de los interrogantes que más dificultad ha suscitado. Para dar solución a la causalidad material y jurídica, toma como punto de partida las teorías doctrinales existentes: equivalencia, causalidad adecuada y causa más próxima, y a los criterios de imputación objetiva elaborados esencialmente por la doctrina penalista y abordados para la disciplina civil por PANTALEÓN PRIETO. La solución a los problemas que plantea la intervención de una pluralidad de sujetos en el nexo causal se ha fundado en los postulados sobre la mancomunidad y la solidaridad, cuestión que hoy día sigue en el escenario del debate. iii) De los criterios de atribución: La culpa es el elemento más destacable. El problema más patente ha sido la

determinación de la culpa, el canon de

diligencia y el modelo de conducta exigible al compliance officer en el cumplimiento de sus obligaciones, debido a la ausencia de reglas o normas propias de la profesión. La conclusión sobre la naturaleza de los estándares profesionales (normas UNE e ISO) llevan a considerarlos como elementos orientativos para medir la lex artis ad hoc. Sin lugar a dudas, el dolo también resulta de especial relevancia, pero su consecuencia más inmediata se ceñirá al ámbito indemnizatorio ex art. 1107

#### VII. A MODO DE CIERRE

La responsabilidad civil del oficial de cumplimiento normativo es una cuestión a la que se debe prestar especial atención, desde el ámbito profesional hasta el asegurador. Aunque existan interrogantes sin resolver, hasta que algún día se pronuncien los órganos jurisdiccionales, el trabajo de investigación expuesto abre el camino al sector profesional, proponiéndose, de forma indirecta, soluciones a los interrogantes más demandados de la relación contractual de Compliance y de la responsabilidad civil del compliance officer.

Por último, para quienes quieran profundizar sobre el tema propuesto, el trabajo de investigación, cuyas líneas solo he esbozado, verá definitivamente la luz en los próximos meses en una de las editoriales jurídicas más reconocidas, con el mejor deseo de que esta investigación sea un pequeño paso para la profesión del Compliance y un gran salto para la comunidad científica.



## TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

## ¿LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN O LA ESTRATEGIA DEL PARCHÍS?



#### Íñigo Gorostiza Jiménez

Fiscal en Mahon. Fiscalía de las Islas Baleares Docente. Experto en Compliance penal corporativo



a Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del ■Consejo, de 23 de octubre de 2019, más conocida como "Directiva Whistleblowers" dice que los trabajadores son, a menudo, los primeros en conocer las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en la propia organización para la que prestan sus servicios, lo que como potenciales denunciantes les convierte en piezas clave para prevenir y descubrir las infracciones, pero el temor a represalias puede llevarles a no denunciarlas. Por ello proteger al denunciante frente a estas amenazas es proteger una pieza clave en la prevención y descubrimiento de infracciones.

Pese a esa importancia en España no hay una norma general destinada a la protección efectiva de los denunciantes, las existentes únicamente tienen alcance sectorial o no exceden del ámbito de la comunidad autónoma que las ha dictado.

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, más conocida como "Directiva Whistleblowers" dice que los trabajadores son, a menudo, los primeros en conocer las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en la propia organización para la que prestan sus servicios, lo que como potenciales denunciantes les convierte en piezas clave para prevenir y descubrir las infracciones, pero el

temor a represalias puede llevarles a no denunciarlas. Por ello proteger al denunciante frente a estas amenazas es proteger una pieza clave en la prevención y descubrimiento de infracciones.

Pese a esa importancia en España no hay una norma general destinada a la protección efectiva de los denunciantes, las existentes únicamente tienen alcance sectorial o no exceden del ámbito de la comunidad autónoma que las ha dictado.

Y la transposición, en virtud del principio de trato más favorable y de la cláusula de no regresión, podía, y podrá, cuando se lleve a efecto, ampliar la protección dispensada por la directiva, pero nunca, en ningún caso, restringirla. La falta de norma armonizadora más de dos años desde la aprobación de la directiva no le priva a esta de toda eficacia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado repetidamente que una directiva no transpuesta tendrá efectos directos cuando siendo sus términos incondicionales y suficientemente claros y precisos, atribuyan derechos a los particulares. En estas condiciones, los particulares pueden alegar la directiva ante los tribunales contra un país de la UE, pudiendo incluso llegar a obtener una compensación económica.

Desde este enfoque de su directa aplicación la directiva presta soporte



a uno de los pilares de los Modelos de organización y gestión, al canal de denuncias, que está tan escasamente regulado en el artículo 31 bis del Código Penal.

Pero... ¿de qué represalias tiene que ser protegido el denunciante? La directiva menciona una treintena y de ellas son un buen ejemplo el despido, la degradación, la denegación de ascensos; el cambio de puesto de trabajo, la reducción salarial, el cambio del horario, la denegación de formación; las medidas disciplinarias, las coacciones, las intimidaciones, el acoso, el ostracismo; la discriminación. la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de ello o la inclusión en listas negras.

Se contemplan varias medidas de protección frente a estas represalias como la información, el asesoramiento, la asistencia jurídica incluso en los procesos penales, la asistencia financiera, el apoyo psicológico, y una regla de gran interés que invierte la carga de la prueba respecto de los daños sufridos por el denunciante, ya

que se presume han sido producidos como represalia por denunciar, debiendo probar quién tomo la medida que esta se basó en motivos debidamente justificados.

La falta de transposición nos deja importantes dudas sobre su ámbito de aplicación, tanto desde el punto de vista material, ¿la normativa española se limitará a reiterar lo previsto en la directiva o ampliará la protección a otras materias?, como desde el punto de vista subjetivo, ¿qué entidades del sector público estarán concernidas a la hora de establecer canales internos de denuncia?, ¿afectará a las empresas mercantiles con menos de 50 empleados?

La directiva aporta consideraciones de interés sobre la validez de la denuncia anónima que, con ciertas cautelas, ha sido admitida por nuestra Jurisprudencia como acto con capacidad para iniciar un proceso penal y cuya validez también ha sido admitida por la legislación sobre blanqueo de capitales y en la de protección de datos como fuente de los correspondientes expedientes sancionadores.



"El retraso en la transposición de la directiva no parece que sea una buena noticia para la lucha contra la corrupción"

asta la aprobación de la norma armonizadora quedará pues sin resolver si en esta parcela las denuncias anónimas son o no válidas, la directiva admite esta posibilidad, pero no la impone. La consecuencia es que una entidad privada o pública que actualmente admita denuncias anónimas podrá tramitarlas, pero si no las admite no estará incumpliendo el ordenamiento jurídico. Desde luego, ya es exigible con arreglo a la eficacia directa de las directivas que las denuncias sean confidenciales.

Del mismo modo, hasta la efectiva transposición deberán entenderse permitidos tanto los canales de

denuncia gestionados internamente como los gestionados externamente por parte de un tercero, sin perjuicio de que la responsabilidad de la llevanza del canal sea del órgano interno de la compañía o entidad.

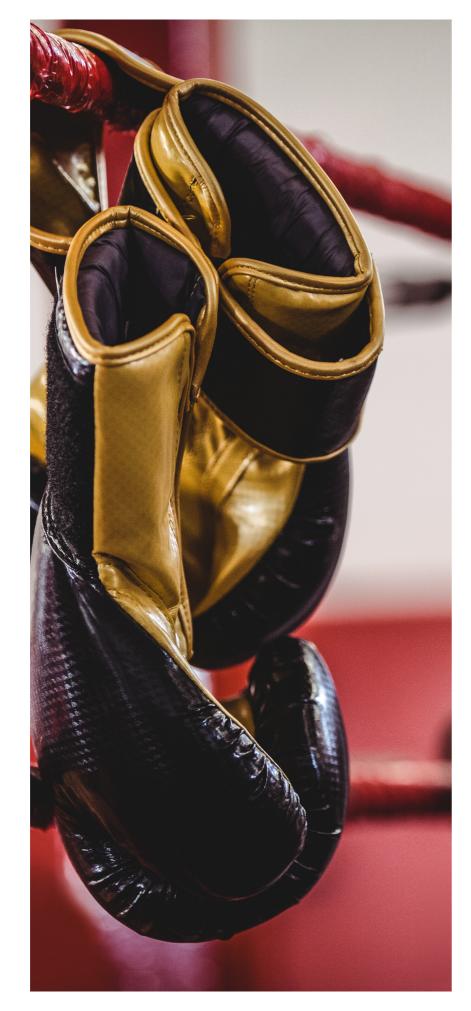
La directiva, aunque prima la existencia de canales internos de denuncia, impone la obligación de que, junto a estos, se establezcan canales externos de denuncia. Esta obligatoriedad de canales externos, que contempla incluso la revelación a un medio de comunicación, no parece que pueda convivir con el requisito exigido por el Código Penal a los modelos de organización y gestión para ser considerados eficaces consistente en

la obligación de informar al órgano de supervisión, canal interno por lo tanto. Todo parece apuntar a una nueva redacción de la norma penal. En todo caso v va desde la entrada en vigor de la directiva, sin necesidad de transposición, el denunciante que acuda a un canal externo podrá solicitar el amparo de la normativa comunitaria frente a la posible imposición de una sanción por parte de la empresa basada en el incumplimiento de la obligación impuesta en el código de conducta de comunicar la infracción en el canal interno al órgano de supervisión del

También quedan por el momento sin

resolver las dudas sobre la posibilidad de acordar el archivo de una investigación tanto en el caso de tratarse de infracciones menores, los llamados delitos bagatela, como en el de las denuncias sobre hechos ya investigados y archivados sin que se suministre nueva información.

El simple retraso en la transposición de la directiva no parece que sea una buena noticia para la lucha contra la corrupción, además no sabemos en qué se va a concretar la ampliación de los distintos ámbitos de protección de la directiva, lo que alimenta la sospecha de que, en la lucha contra la corrupción, en ocasiones, seguimos la estrategia del parchís, comer una y... contar veinte.





## HACKING ÉTICO Y COMPLIANCE



#### Ignacio Conde

Ingeniero Informáico. Hacker Etico Cértificado por EC-Council Especialista de ciberseguridad en Defensa & Compliance

n programa de compliance, como conjunto de políticas, procesos, procedimientos, y controles que se desarrollan para garantizar el cumplimiento de las normas que rigen una organización, tiene que contar, más aun teniendo en cuenta el panorama actual tras los incidentes de seguridad registrados con motivo del incremento del uso de medios tecnológicos a que se vieron abocadas las empresas con motivo de las restricciones a la movilidad decretadas por la Covid 19, como elemento imprescindible con medidas de ciberseguridad actualizadas y en constante evaluación. En efecto 2020 fue un año histórico, por lo que se refiere a incidentes de seguridad registrados:

- El CCN-CERT detectó 82.530 incidentes durante el año 2020, mientras que en el año anterior se reportaron en torno a 43.000.
- El INCIBE-CERT, gestionó 133.155 incidentes de ciberseguridad durante el año 2020.
- La AEPD gestionó un total de 1.370 de brechas de seguridad.

Y es que, la pandemia ha obligado a

modificar drásticamente los sistemas y la forma en que trabajamos, debido no solo a la necesidad de adoptar un nuevo escenario de teletrabajo - que tuvo que ser habilitado en muchos casos a marchas forzadas-, sino al incremento de aplicaciones fraudulentas, que simulaban seguir la evolución del coronavirus, pero en realidad contenían malware.

Una de las grandes vías de ataque de los delincuentes sigue siendo el ransomware, que cada vez afecta a organizaciones más grandes y que ataca más rápido (entre 2 y 5 horas para infectar la información objetivo), siendo de los ataques más rentables económicamente para los delincuentes (las solicitudes de rescate oscilan entre los 600.000 y los 10 millones de dólares) hasta el punto que ha evolucionado a lo que se conoce como **Human Operated** Ransomware, donde un equipo de personas controla en tiempo real la infección y la encriptación de datos para ser lo más rápidos y dañinos posible, pues mientras en su versión clásica el ransomware solo cifraba los datos, ahora es cada vez más habitual la doble extorsión: el cifrado y una posterior publicación de datos robados.

## LOS FACTORES COMUNES ANTE TODOS ESTOS ATAQUES SIGUEN SIENDO CLÁSICOS:

Falta de concienciación frente a amenazas de seguridad, siendo el phishing la principal vía de entrada. Surgen nuevas técnicas, como el BEC (Business Email Compromise) un nuevo sistema de engaño donde los atacantes simulan problemas para tramitar pagos o solicitudes por los canales oficiales, o la suplantación del CEO donde los atacantes simulan ser el CEO para enviar peticiones al departamento financiero.

Falta de un nivel adecuado de actualizaciones en el software que usamos.

Mala gestión de las copias de seguridad, que se hacen de manera muy limitada y en sistemas conectados a la red de producción.

Ante este panorama, debemos prestar atención a la seguridad de la información y una de las practicas principales es el análisis de los riegos, donde como primera fase tenemos la identificación y evaluación del estado del sistema.

Una de las formas de evaluar la ciberseguridad de una organización es lo que se conoce como el Red Team: Un Red Team es un equipo de hackers éticos independientes que evalúan la seguridad del sistema de manera objetiva, se sitúan en el punto de vista de un atacante y siguen las fases que seguiría un atacante para atacar el sistema, estas fases son:

- 1. Reconocimiento: Buscan información en internet sobre la compañía o los empleados, escanean sus páginas webs, utilizan herramientas OSINT (Inteligencia de fuentes abiertas), buscan debilidades en la seguridad de la compañía desde fuera.
- 2. Ganan acceso: Con toda la información recolectada, buscan una forma para entrar al sistema utilizan varias técnicas para ganar acceso aprovechando las vulnerabilidades encontradas.
- 3. Escalan privilegios: Una vez dentro de la organización, intentarán ganar un nivel de privilegio más elevado para ejecutar acciones que causen un mayor impacto.
- 4. Mantener el acceso: Una vez dentro, buscarán la forma de estar cuando más tiempo sea posible, intentando establecer

Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

un camino de entrada permanente e indetectable que le permita estar en el sistema durante un largo tiempo, escuchando, analizando y buscando la información más sensible posible.

5. Limpiar las huellas: Una vez ejecutado el ataque borraran sus huellas de ficheros de logs o controles de accesos para no poder ser detectados.

El Red Team ejecutará estas fases en todos los sistemas críticos de la compañía; con las evidencias encontradas se aplicarán nuevas medidas de seguridad, elevando así la postura de seguridad de la compañía. Una vez están aplicadas se vuelve a evaluar la seguridad.

Tener al "enemigo" siempre dentro te obliga a estar siempre pendiente de la seguridad. Por ejemplo, la compañía

de streaming Netflix ha diseñado un robot en forma de proceso que se mueve libremente por sus sistemas rompiendo servidores aleatoriamente, esto obliga a que cada sistema nuevo que se introduzca lleve incorporadas medidas automáticas de recuperación y redundancia, los programadores saben que si no prestan atención y ponen las medidas adecuadas su sistema se caerá. Este mismo efecto consigue un equipo de hacking ético, es lo que se conoce como seguridad por diseño.

Un hacker ético puede ayudar a las organizaciones a contestar a las siguientes preguntas:

- •¿Qué puede ver un atacante en un sistema objetivo?
- •¿Que podría hacer el atacante si consigue acceso a la información?

- ¿Podríamos detectar el ataque o la intrusión si sucede?
- ¿Están todos los componentes de nuestro sistema adecuadamente protegidos, actualizados y parcheados?
- ¿Cuándo tiempo, esfuerzo y dinero son requeridos para obtener ese nivel de protección deseado?
- ¿Cumplen nuestros sistemas de información con los estándares legales e industriales?

Tener respuestas a todas estas preguntas eleva el nivel de seguridad y compliance de una compañía por encima de la media. No nos quedemos solo en el papel, comprobemos que nuestros sistemas son seguros y cumplen lo que dicen nuestros programas de compliance.



## "DE LOS PLANES ANTIFRAUDE A **LOS PLANES DE INTEGRIDAD"**



Joan A. Llinares

Jurista, director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

El pasado 29 de septiembre el Ministerio de Hacienda y Función Pública aprobaba la Orden 1030/2021 por la que se configura la gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>1</sup>, PRTR en lo sucesivo, con el objetivo de que las Administraciones Públicas adapten los procedimientos de gestión y el modelo de control conforme a los estándares requeridos por la Unión Europea tanto desde el punto de vista formal como operativo y todo ello circunscrito exclusivamente a la gestión de los fondos europeos.

egún la citada Orden ministerial los procedimientos a los que se remite deben contemplar los requerimientos establecidos para alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la cohesión territorial, el respecto al medio ambiente, los incentivos a la digitalización, la lucha contra el fraude y la corrupción, debiéndose identificar los beneficiarios últimos de las ayudas, así como los contratistas y subcontratistas. La propia Orden reconoce de este modo que los requerimientos enunciados no se contemplan en las administraciones públicas españolas, inmersas en su dinámica de "gestión tradicional", con el alcance exigido por la Unión Europea, y por ello deben introducirse necesariamente para así lograr los objetivos previstos para la ejecución de los fondos procedentes del Programa NextGeneration(UE)2. En otras palabras, y por lo que respecta a la lucha contra el fraude y la corrupción, la Orden vendría a decir:

• Que las Administraciones Públicas españolas carecen de mecanismos homologables a los estándares mínimos exigidos por la UE en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.



- Que el ámbito al que la citada Orden se dirige es exclusivamente a la gestión de los fondos europeos del PRTR.
- Que el resto de los fondos y especialmente los fondos propios cuyo origen son los tributos de todos los españoles, al quedar fuera del ámbito de la Orden, no interesan planes antifraude y se pueden seguir gestionando en la manera "tradicional".

El propio Ministerio de Hacienda y Función Pública reconoce como cierto que el Estado español carece de una estrategia global de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y es desalentador que se desaproveche esta oportunidad para extender los planes

antifraude al conjunto de la actividad pública independientemente del origen de los recursos públicos que se gestionen. Es más, la llegada de los fondos europeos y las exigencias de garantías por parte de la UE para una gestión eficaz, eficiente y exenta de fraudes y corrupción, sería una magnífica oportunidad para que España se aproximara a los estándares europeos en materia de lucha por la integridad y la ética pública y las buenas prácticas en nuestro sector público.

#### <sup>1</sup>Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre

https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15860. Según la Comisión Europea "el programa NextGenerationEU es más que un plan de recuperación. Es una oportunidad única para salir más fuertes de la pandemia, transformar nuestra economía y crear oportunidades y trabajos para esa Europa en la que queremo vivir. Contamos con todo lo necesario para poder hacerlo. Tenemos la visión, tenemos el plan y hemos acordado invertir 806 900 millones de euros entre todos".

La Orden ministerial a pesar de ser tan poco ambiciosa, ha suscitado sorpresa y controversias agudizadas por el plazo tan escaso que se concede a las administraciones para que presenten sus respectivos planes antifraude: 90 días que vencen a finales de este mes de enero. Una parte de este plazo ha transcurrido preguntándose los destinatarios qué es un plan antifraude, cómo se hace y quién lo ejecuta. Para las administraciones públicas la Orden crea nuevas funciones que deben ser integradas en un contexto funcionarial pésimo, de plantillas diezmadas por las limitaciones impuestas por las leyes presupuestarias posteriores a la gran crisis de 2008 que a lo largo de los años han creado una gran brecha en la transmisión de conocimiento y en la renovación generacional del factor humano institucional. En este contexto, cualquier nueva carga sin resolver estas carencias implica tensar todavía más las organizaciones públicas que, faltas de procesos de selección, renovación y formación de funcionarios de carrera han debido recurrir a las externalizaciones o a la figura de los interinos que han precarizado especialmente las administraciones locales, autonómicas y en menor medida la estatal.

En este contexto todas aquellas administraciones o entidades públicas vinculadas que vayan a gestionar o ejecutar fondos del PRTR deberán disponer en el citado plazo de 90 días, de su correspondiente Plan de medidas antifraude que les permita garantizar y declarar que, en su respectivo ámbito de actuación, los fondos se han utilizado de conformidad con las normas aplicables y en particular a lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

A los efectos de definir los conceptos de fraude, corrupción y conflicto de interés, la Orden ministerial se remite a las propias normas de la UE y en particular a su Directiva 2017/13713 que circunscribe la corrupción a la conducta del cohecho o soborno a funcionarios en su sentido más amplio que incluye a las propias autoridades; el fraude, referido a las conductas de engaño y falsedad realizadas por los beneficiarios de los fondos en sus justificaciones; y el conflicto de interés a la existencia de un interés particular que prevalece e influye sobre el interés general desviando la acción de funcionarios y autoridades de sus objetivos públicos. A estas conductas,

deberemos añadir las demás tipificadas en nuestro código penal como delitos contra la administración pública, especialmente la malversación, el tráfico de influencias, las negociaciones prohibidas a funcionarios o la propia prevaricación.

La Orden establece una metodología a partir de un modelo test que arranca con la declaración al más alto nivel de cada administración pública de su firme compromiso de lucha contra el fraude y la corrupción; una autoevaluación donde se identifiquen los riesgos específicos, su impacto y probabilidad de que se produzcan en los procesos clave del desarrollo y ejecución del PRTR con un seguimiento de revisión periódica; y una estructura en torno a cuatro elementos del denominado ciclo antifraude: la prevención, la detección, la corrección de las conductas irregulares, la persecución y recuperación de los fondos indebidamente ejecutados.

Asimismo, se infiere, aunque parcialmente, en principios y fundamentos que son propios de los planes de integridad tales como la transparencia, la existencia de un código ético y de conducta para toda la organización; la impartición de formación sobre ética pública a sus empleados y autoridades; y la existencia de procedimientos para detectar y resolver conflictos de interés. En este sentido, la Agencia Valenciana Antifraude ha confeccionado, publicado y puesto a disposición de todas las Administraciones Públicas materiales básicos tales como la "Guía para elaborar un Plan de Integridad Pública: Hoja de Ruta v Anexos Facilitadores" que junto con anteriores trabajos de la Agencia tales como "Reflexiones sobre conflictos de interés: su desconocimiento, la antesala de la corrupción" o la Recomendación general sobre "Planificación como herramienta clave para prevenir la corrupción" constituyen importantes aportaciones para promover entre las Administraciones Públicas y entidades

<sup>3</sup>https://www.boe.es/doue/2017/198/L00029-00041.pdf <sup>4</sup>Estos materiales son públicos y accesibles a través de la web de la AVAF: https://www.antifraucv.es/wp-content/up-loads/2021/11/Guia\_avaf\_plan\_de\_integridad\_publica.pdf

dependientes planes de integridad más ambiciosos y consecuentes con el principio del derecho de todos los ciudadanos a una buena administración y con el IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024<sup>5</sup> entre cuyos principales ejes figura la construcción de un sistema de integridad pública que fortalezca los valores éticos y los mecanismos que afiancen la integridad en las instituciones públicas y refuercen la confianza de la ciudadanía.

Entrando en aspectos más concretos relacionados con los planes de integridad y de medidas antifraude, merece especial mención la obligatoriedad de crear cauces o canales a través de los cuales cualquier persona de la propia organización o externa a ella, que tiene conocimientos de una irregularidad, pueda informar o denunciar garantizándose su indemnidad.

Esta exigencia, que conlleva la necesidad de disponer de una estructura mínima encargada de recibir y examinar las denuncias y proponer medidas, viene a enlazar la Orden HFP1030/2021 sin pretenderlo con otra norma de extraordinaria trascendencia, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo v del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la Unión<sup>6</sup>, conocida también como Directiva Whistleblowers ("denunciante" en el inglés coloquial) cuyo plazo de trasposición a nuestro ordenamiento nacional venció el pasado 17 de diciembre sin que hasta el momento de escribir estas líneas, haya llegado al Congreso de los Diputados ningún proyecto de ley para su trasposición.

Por consiguiente, y transcurridos los dos años de plazo que España tenía para hacer la trasposición sin que esta se haya realizado, y en aplicación de antigua y reiterada jurisprudencia<sup>7</sup> del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se produce el efecto directo para la aplicación de la misma, lo que implica que el Derecho que emana del Parlamento Europeo ya ha pasado a generar obligaciones exigibles para

España y, lo que es igual de importante, también ha creado y reconoce derechos para los ciudadanos que a partir de este efecto directo pueden exigirlos e invocar directamente la Directiva ante los tribunales nacionales y europeos<sup>8</sup> que, en todo caso, deberán interpretar la aplicación jurisdiccional de las normas nacionales conforme a los principios proclamados por la Directiva aún no traspuesta.

A diferencia del impacto limitado y transitorio de la Orden que como hemos dicho se circunscribe a las Administraciones Públicas que vayan a recibir fondos del PRTR, la Directiva extiende sus efectos de forma permanente y a todas las Administraciones Públicas sin ninguna distinción excepto cuando el Estado legisle, momento en el que podrá opcionalmente dejar fuera de su aplicación a municipios de menos de 10.000 habitantes. En consecuencias, mientras no haya trasposición, el efecto directo de la Directiva obliga a todos las administraciones locales sin distinción del número de habitantes que tengan.

denuncias y revelaciones públicas constituyen uno de los componentes que se sitúan en el origen del cumplimiento del Derecho y las políticas de la Unión pues aportan información a los sistemas nacionales y europeos responsables de la aplicación del Derecho, lo que permite a su vez detectar, investigar y enjuiciar de manera efectiva las infracciones del Derecho de la Unión mejorando así la transparencia, la rendición de cuentas y la defensa de los intereses financieros de la Unión.

La Directiva considera que las personas que trabajan en una organización pública o privada, o que están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en conocer las amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto y que al informar o denunciar sobre dichas amenazas desempeñan un papel



<sup>5</sup>https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:d-306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24eeeee10d/IVPlanGobiernoAbi erto-ES\_2020-2024.pdf https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LE-GISSIIM%3Al14547

8 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AU-TO/?uri=celex:61962CJ0026



La Directiva viene a reconocer que las

La Directiva pretende poner fin a estas situaciones y crear un entorno donde la participación de los propios empleados e interesados en la detección y descubrimiento de las infracciones que afectan al interés público se puedan realizar con todas las garantías para su indemnidad asegurando su efectiva protección.

denunciar.

Los ámbitos materiales a los que se refiere expresamente la Directiva son en primer lugar, la contratación pública. Es evidente que, en la historia de la corrupción en España, la contratación pública ocupa un lugar destacado que influye en la ejecución de los presupuestos y en el aprovechamiento eficiente de los recursos públicos. Las especiales características de los contratos de obras, suministros o prestación de servicios, así como de las concesiones públicas, hacen muy difícil de detectar los fraudes y corrupciones que continuamente producen graves daños al interés general, pues falsean la competencia, incrementan los costes, desincentivan la inversión en

innovación, vulneran los intereses de accionistas e inversores y generan desigualdad entre las empresas condenando a las más eficientes y respetuosas con la ley a perder posiciones en un ámbito económico tan importante como es la contratación pública que supone entre un 17 y un 20% del PIB en España. Un importante estudio realizado por los profesores Francisco Alcalá y Fernando Jiménez<sup>9</sup> establece que entre un 1 y 1,5 % del PIB nacional se pierde por culpa de la corrupción o el mal gobierno y nos ilustra de cómo la calidad de las instituciones de gobierno y el control de la corrupción son piezas fundamentales para el desarrollo económico de los países, tanto más cuanto más avanzadas son sus economías. La debilidad institucional y la corrupción no solo tienen un impacto negativo sobre la política y la convivencia de un país. Tienen también un coste económico que va más allá del montante de los fondos públicos indebidamente apropiados, ya que deterioran elementos clave del funcionamiento de una economía. La corrupción y la baja calidad institucional desincentivan el emprendimiento, la innovación, la competencia y el esfuerzo. Estos factores se traducen en menor productividad, mayor desempleo y remuneraciones inferiores a los que serían posibles con la tecnología y el capital disponibles.

También hay otros ámbitos sobre los que actúa la Directiva y que no son las

propias Administraciones Públicas. Se trata de sectores estratégicos considerados de vital importancia para los intereses de la Unión tales como los servicios financieros, cuya trascendencia se puso de manifiesto a raíz de la gran crisis financiera y las graves deficiencias del sistema; también los productos comercializados por empresas que operan en la fabricación y en cadenas de distribución en lo que se refiere a productos inseguros, prácticas abusivas o ilícitas; la seguridad en el transporte que puede poner en riesgo vidas humanas; la protección del medio ambiente amenazado por graves desequilibrios; la prevención y disuasión de infracciones en materia de seguridad nuclear y protección frente a radiaciones; en materia de seguridad en la cadena alimentaria y la actividad agropecuaria, la sanidad y bienestar de los animales; la salud pública y protección de los consumidores; así como en cualquier actividad infractora que pueda afectar a los gastos, recaudación de ingresos y demás fondos o activos de la Unión. Para todos estos ámbitos, la Directiva es de plena aplicación cuando las

"Frente a la ausencia de estrategia, algunos parlamentos aprobaron sus propias normas"

https://www.fbbva.es/publicaciones/los-costes-economicos-del-deficit-calidad-institucional-la-corrupcion-espana/ empresas cuenten con 50 o más empleados y se establece la obligatoriedad de habilitar cauces y canales de denuncia, internos y externos, con expresa prohibición de represaliar o perjudicar la carrera profesional de quienes denuncian. Como una garantía añadida, los cauces externos que deberán estar gestionados por las autoridades competentes en cada ámbito, permite al empleado, dirigirse directamente a dichas autoridades cuando el cauce interno no es fiable o tras enviar la correspondiente denuncia ésta no ha funcionado adecuadamente.

Los canales de denuncia implican habilitar unidades especializadas en el contexto de las Administraciones Públicas, así como de las empresas de los ámbitos incluidos por la Directiva con la función de recibir las denuncias, analizarlas e investigarlas activando los mecanismos de corrección y, en su caso, dando cuenta a las autoridades competentes para la persecución de los autores de infracciones del Derecho y exigencia de responsabilidades.

La Directiva exige también la institucionalización de autoridades independientes que garanticen la protección de las personas denunciantes, vigilen que no se producen represalias contra los mismos y, en su caso, castiguen mediante sanciones proporcionales las conductas que contravengan la obligación de respetar su indemnidad. En este contexto, el Estado español debería

haber avanzado, pero falto de una estrategia de prevención y lucha contra la corrupción tal y como debía haberse puesto en marcha al menos desde 2006, año que España ratificó la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 200310, ha resultado que las instituciones y poderes públicos de España no han integrado en sus estructuras de forma plena y efectiva los compromisos derivados de dicha convención, entre ellos los de crear órganos de prevención (artículos 5 y 6 de dicha convención) y de lucha contra el fraude y la corrupción (art. 36) dotados de recursos materiales y humanos suficientes e independientes de los poderes públicos así como los de proteger a nivel estatal a las personas que denuncian corrupción; o introducir, entre otras obligaciones, el delito de enriquecimiento ilícito cuya ausencia en nuestro sistema penal facilita que muchos corruptos salgan impunes de las causas seguidas contra ellos o se les condene livianamente por mero delito fiscal.

Frente a esta ausencia de estrategia estatal contra la corrupción, algunos parlamentos autonómicos como el valenciano, el catalán, el balear o el andaluz, amparándose en los mandatos de la citada Convención y las recomendaciones de la Unión Europea (que en 1999 ya creó su propia Oficina de lucha contra la corrupción, la OLAF) y adelantados incluso a la propia Directiva Whistleblowers, aprobaron sus propias normas. Es el caso del parlamento valenciano, que en 2016 aprobó su ley de prevención y lucha contra la corrupción11 y creó la Agencia Valenciana Antifraude AVAF como autoridad independiente, adscrita al propio parlamento, responsable de prevenir conductas corruptas, formar, analizar e investigar irregularidades y aplicar cuando fuere necesario, el Estatuto de la Persona Denunciante (art. 14 de la citada ley y 41 y siguientes de su Reglamento) para proteger a todos aquellos que denuncian irregularidades que puedan conllevar responsabilidades en el ámbito de las administraciones valencianas, sus sectores públicos, las empresas contratistas o los perceptores de fondos públicos. Para ello, desde 2018 funciona el canal de denuncias accesible por cualquier persona desde la red<sup>12</sup>, de uso fácil que garantiza la confidencialidad e incluso permite el anonimato. Asimismo, la potestad para proteger a las personas que denuncian se ha aplicado en 26 casos desde 2017 y se ha asistido jurídicamente a más de 100 personas, principalmente empleados públicos representando cada uno de ellos experiencias que nos confirman que la corrupción sigue siendo un riesgo latente en cada una de nuestras administraciones y que proteger a quienes en el cumplimiento de su deber informan de la existencia de irregularidades, constituye la piedra angular de todo sistema anticorrupción. Además, la AVAF ha establecido protocolos con administraciones como el ayuntamiento de Valencia o la Diputación de Castellón para facilitar la puesta en marcha de sus planes de integridad, buzones de denuncias y formación de sus funcionarios. Por su parte y recientemente, el parlamento andaluz también aprobó la creación de su oficina antifraude<sup>13</sup> garantizando con ello la existencia de un canal de denuncias y una autoridad de protección de las personas que denuncian corrupción.

No deja de ser lamentable el retraso, cuando no inactividad con el que actúa el Estado español en una cuestión tan importante como es la lucha contra la corrupción. Esperemos que más pronto que tarde veamos traspuesta la Directiva Whistleblowers en términos avanzados que sigan la estela de las comunidades autónomas que ya lo han hecho y veamos también aplicada en toda su extensión la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. De haber actuado así, no hubiera sido necesario improvisar una Orden ministerial como la HFP 1030/2021, pues todas las Administraciones Públicas ya contarían desde hace tiempo con sus respectivos planes de integridad y por ende sus propios planes de medidas antifraude.

REGULATIONS

<sup>10</sup>https://www.boe.es/diario\_boe/txt. php?id=80E-A-2006-13012 <sup>11</sup>https://www.boe.es/buscar/pdf/2016/ B0E-A-2016-12048-consolidado.pdf <sup>12</sup>https://www.antifraucv.es/buzon-de-denuncias-2/ <sup>13</sup>https://www.boe.es/diario\_boe/txt. php?id=B0E-A-2021-11380

## LA ISO 37301: COMO LLEVAR SU PROGRAMA DE COMPLIANCE AL **PROXIMO NIVEL**



Fernando Pevretti Latam Forensics coordinator BDO

Hoy más que nunca vemos cómo avanza la concienciación respecto del comportamiento ético en el mundo de los negocios. Esta tendencia se ha visto apalancada por nuevos marcos normativos que promueven a las organizaciones a disponer de modelos de gobierno corporativo y Compliance que fortalezcan el comportamiento ético de sus empleados y socios de negocio.

En este contexto se inscribe la ISO 37301 que reemplaza el anterior estándar internacional de sistemas de Compliance, ISO 19600 y que es además, a diferencia de la ISO 19600, certificable.



#### OBJETIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La International Organization for S tandardization (ISO) en su labor de revisión, actualización y mejora continua en la revisión de los estándares normativos, tiene el objetivo de adaptar sus estándares en función de la evolución de las coyunturas de negocios que se presentan. En este sentido la nueva norma ISO 37301 fue desarrollada para proporcionar los requisitos para el establecimiento, desarrollo,

implementación, evaluación y mejora continua de un sistema de Compliance efectivo y adecuado; siendo aplicable a cualquier organización, más allá de sus características particulares.

Esta norma internacional se basa en los principios de buen gobierno, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. Una novedad muy importante en la nueva ISO 37301 con respecto a la actual ISO 19600 es que será certificable por cualquier organización.

PRINCIPALES DIFERENCIAS ESTRE ISO 37301 E ISO 19600

Una de las principales diferencias entre ambas normas es que mientras ISO 19600 era una norma que presentaba un conjunto de directrices con el objeto de proporcionar orientación para establecer sistemas de gestión de Compliance con base en los principios de buen gobierno corporativo, transparencia y sostenibilidad; pero que no contenía requisitos, la ISO 31301, que tiene como objetivo el establecimiento, desarrollo, implementación, mantenimiento, evaluación y mejora continua de un Sistema de Gestión de Compliance, sí los tiene y eso la transforma en una norma certificable.

**"El Sistema de Compliance** debe mejorar v actualizarse de forma continua."

ISO 37301 también incluye una guía para la adecuada aplicación de la norma, y para promover su integración con otras normas ISO, cuenta con la estructura de alto nivel, en la que se incorporan los requisitos comunes que permiten una complementación armoniosa con otros sistemas de gestión como el de riesgos, o los de antisoborno, calidad, medioambiental, seguridad de la información; detallados en las Normas ISO 31000, ISO 37001, ISO 9001, ISO 14001 e ISO/IEC 27001.

REQUERIMIENTOS DEL MODELO: EL ESTÁNDAR ISO 37301 ESTABLECE DISTINTOS REOUISITOS Y **ELEMENTOS EN TORNO A 7 ÁMBITOS:** 

#### 1. CONTEXTO DE LA ORGANIZACIÓN

Implica determinar las cuestiones externas e internas que son relevantes para la misión y objetivos de la organización, y que condicionan o pueden condicionar la capacidad de obtener resultados previstos en su Sistema de Gestión de Compliance.

En este sentido será fundamental tener en cuenta como factores externos:

- Marco regulatorio local v trasnacional;
- Contextos sociales, culturales y ambientales en los que se desarrollan los negocios;
- Marco tecnológico en el que se desenvuelve la organización;
- · Coyuntura económica.

Y como factores internos:

- Estructuras, políticas, procedimientos, procesos y recursos;
- Modelo de negocio (estrategia, naturaleza, tamaño, escala de complejidad y sostenibilidad de la actividad de la organización);
- Naturaleza y alcance de las relaciones de negocios;
- La propia cultura de Compliance de la organización.

Respecto del Modelo de Gestión de Compliance se deberá definir el alcance del mismo, con base al contexto analizado y a los objetivos

de cumplimiento definidos, así como también respecto de los riesgos de Compliance, y las necesidades y expectativas de las partes interesadas. Se deberán identificar los riesgos de incumplimiento en procesos, actividades, y productos y servicios que integran los negocios de la organización y definir una metodología de evaluación y monitoreo de los mismos.

#### 2. LIDERAZGO

Se encuentra representado por el compromiso de la organización con el cumplimiento de las obligaciones de Compliance, el establecimiento de la política y los objetivos de Compliance y con los recursos **necesarios** para que el Sistema de Gestión de Compliance funcione adecuadamente. La norma requiere definir las principales funciones que deben ser asumidas por los distintos roles de la organización:

Principales roles y responsabilidades del personal involucrado en el Sistema de Gestión de Compliance:

#### a. ÓRGANO DE GOBIERNO

- Certificar que la alta dirección es evaluada según el cumplimiento de los objetivos de Compliance;
- Desarrollar controles sobre la alta dirección en relación al funcionamiento del Sistema de Gestión de Compliance.

#### b. ALTA DIRECCIÓN

- Asignar los recursos para un correcto establecimiento, desarrollo, implementación, mantenimiento, evaluación y mejora continua del Sistema de Gestión de Compliance;
- Establecer sistemas para medir el desempeño del Compliance en la organización;
- Garantizar la presentación del resultado de Compliance.
- Alinear los objetivos estratégicos y operativos con las obligaciones de Compliance.
- Incluir los objetivos de Compliance en las evaluaciones de desempeño del personal.

#### c. FUNCIÓN DE COMPLIANCE

• Operar el Sistema de Gestión de



Compliance.

- Integrar las obligaciones de Compliance a las políticas y procesos de negocios.
- Formar al personal para promover una cultura de Compliance.

#### d. GERENTES

- Promover y apoyar a la Función del Compliance dentro de su área de responsabilidad.
- Asegurar el cumplimiento del personal con sus obligaciones de Compliance.
- Impedir represalias hacia los empleado que legítimamente actúen en el marco del Sistema de Gestión de Compliance.

#### e. PERSONAL

- Adherirse a las obligaciones, políticas, procedimientos y procesos de Compliance de la organización.
- Informar sobre posibles de fallos de Compliance.
- Formarse en Compliance a través de las herramientas puestas a disposición por la organización.

#### 3. PLANIFICACIÓN

Está basada en acciones para la proyección del sistema de Compliance, incluyendo el establecimiento de los objetivos, las obligaciones y métodos de evaluación del Sistema de Gestión de Compliance.

#### a. ACCIONES PARA GESTIONAR RIESGOS Y OPORTUNIDADES

Será fundamental tener en cuenta la comprensión de la organización y su contexto, así como la comprensión de las necesidades y expectativas de las partes interesadas para realizar un monitoreo periódico de los riesgos de Compliance, especialmente ante cambios internos o externos significativos.

#### b. OBJETIVOS DE COMPLIANCE

Se deberá Incluir en la planificación cuáles son los objetivos en materia de Compliance. Dichos objetivos deben ser:

- Coherentes con la política de Compliance de la organización.
- Medibles para facilitar la monitorización de los mismos.
- Conocidos por todos los miembros



de la organización

#### c. PLANIFICACIÓN DE LOS CAMBIOS

Cuando la organización se vea con la necesidad de implementar cambios en el Sistema de Gestión de Compliance, los mismos deben realizarse de forma planificada.

#### 4. APOYO

Implica asegurar la disponibilidad de los recursos para el adecuado funcionamiento del Sistema de Gestión de Compliance.

La norma destaca algunos aspectos relevantes a considerar por la organización:

#### a. RECURSOS

Incluye los recursos económicos y humanos necesarios para cumplir con los objetivos planteados y planificados.

#### b. COMPETENCIA

- Determinar el nivel de competencia requerido para el personal involucrado en el Sistema de Gestión de Compliance.
- Desarrollar los medios necesarias para que el personal de la organización cumpla con las

obligaciones del Sistema de Gestión de Compliance.

#### c. TOMA DE CONCIENCIA

Involucra concientizar al personal sobre:

- · La política de Compliance.
- Los roles y responsabilidades en el Sistema de Gestión de Compliance.
- Las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones asumidas.

#### d. COMUNICACIÓN

Se debe determinar la comunicación vinculada con el Sistema de Gestión de Compliance.

#### e. INFORMACIÓN DOCUMENTADA

La información del Sistema de Gestión de Compliance deberá estar estructurado bajo los siguientes parámetros: disponible, protegida y con instancias de revisión periódica, focalizándose en su integridad. El alcance de dicha información puede diferir entre las organizaciones según la magnitud, industria, y complejidad de los procesos.

#### 5. OPERACIONES

Incluye la planificación, implementación y control de los procesos para garantizar el cumplimiento de los requisitos, y para implementar las acciones detalladas en el capítulo referido a la Planificación.

Para ello la organización desarrollará las siguientes actividades:

#### a. PLANIFICACIÓN Y CONTROL OPERACIONAL

Realizar una priorización de las acciones a llevarse adelante, en función de los objetivos, y establecer los mecanismos de medición y seguimiento necesarios.

#### b. ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES Y PROCEDIMIENTOS

Implementar y actualizar de manera periódica los controles que gestionan las obligaciones y riesgos identificados en el ámbito de Compliance.

#### c. PLANTEAMIENTO DE INOUIETUDES

Habilitar canales de comunicación que permitan informar sobre hechos que puedan suponer una violación real o aparente de las obligaciones de Compliance.

Los canales deben permitir la confidencialidad de las personas que realicen reportes de inquietudes.

#### d. PROCESOS DE INVESTIGACIÓN

Establecer procesos para evaluar, investigar y cerrar casos aparentes o reales de incumplimiento, exteriorizando la cantidad y resultado de las investigaciones periódicamente. La información sobre la investigación debe ser conservada por la organización respetando las regulaciones de las jurisdicciones en que se hayan desarrollado los procesos de investigación y las regulaciones transnacionales que alcancen a la organización.

#### 6. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Vigilancia, medición, análisis y evaluación del Sistema de Gestión de Compliance y del grado de cumplimiento de sus objetivos.

La organización vigilará el funcionamiento del Sistema de Compliance para asegurar que se logren los objetivos planificados, a través de las siguientes actividades:

#### a. SEGUIMIENTO, MEDICIÓN, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN

• Determinación respecto de a que dar seguimiento y que dimensiones deben ser medidas; métodos de evaluación: frecuencia de la medición y validación de los resultados obtenidos.

#### b. AUDITORÍA INTERNA

Llevar adelante auditorías internas sobre el Sistema de Gestión de Compliance para comprender si el mismo cumple con la norma y es mantenido

eficazmente.

#### c. REVISIÓN DE LA GESTIÓN

Revisión del sistema por parte del órgano de gobierno y la alta dirección, resaltándose:

- Análisis del estado de las acciones correctivas previamente identificadas.
- · Alteraciones significativas en factores internos y externos que pudieran afectar al Sistema de Gestión de Compliance.

#### 7. MEJORA

El Sistema de Compliance debe mejorar y actualizarse de forma continua.



#### CONCLUSIONES

El contexto actual, que desde el 2020 nos encuentra inmersos en una pandemia que implicó profundos cambios para los diferentes actores de la sociedad, y respecto de las organizaciones, sus procesos de negocios requirieron adaptarse a una realidad muy dinámica y al mismo tiempo con marcos regulatorios cada vez más complejos en materia de Compliance. En esta coyuntura, tener un modelo de Compliance robusto y efectivo debe formar parte de la estrategia de cualquier organización que se proyecte haciendo negocios a largo plazo y diferenciándose positivamente en el mercado.

A partir de esta descripción de la realidad, la reciente ISO 37301:2021 adquiere especial relevancia, incorporando buenas prácticas para una gestión eficaz de los modelos de Compliance, destacándose la cultura de Compliance como algo central para lograr que un Sistema de Gestión de Compliance sea exitoso.

Por otro lado, la ISO 37301:2021 comienza a ser una referencia para los reguladores y los poderes judiciales de diversos países, que en muchos casos evalúan positivamente el compromiso de las organizaciones con sus programas de Compliance, cuando identifican que las organizaciones realizaron esfuerzos para implementar prácticas de clase mundial certificadas. Desde este punto de vista, la ISO 37301:2021 será una herramienta muy potente para llevar a los programas de Compliance al máximo nivel.

#### **NUESTRO PROPÓSITO**

Como compañía tenemos el p ropósito de ayudar a las personas a vivir vidas más largas, sanas y felices y crear un mundo

Reflejamos así nuestro compromiso con la salud tanto de las personas como del planeta y nuestra visión de la salud como concepto global - One Health. Porque cuidar de la salud de las personas supone también cuidar de la salud del planeta.





## SOSTENIBILIDAD, EL **COMPROMISO DE SANITAS CON EL CUIDADO DE LA SALUD**

La sostenibilidad es, para SANITAS, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta su actividad.





Al tratarse de una compañía especialista en servicios de salud tiene el compromiso de ayudar a las personas a vivir vidas más largas, sanas y felices y crear un mundo mejor; o lo que es lo mismo, aplica con disciplina el concepto de One Health promovido por la Organización Mundial de la Salud (OMS), a través del cual se vincula la salud de las personas con la salud del

El desarrollo de las prácticas en sostenibilidad es parte fundamental del modelo de gestión de SANITAS, puesto que está basado en criterios ESG (Enviroment, Social and Governance), por lo que todas las prácticas de la compañía se desarrollan buscando tener un impacto positivo a nivel medioambiental y social.

Además, SANITAS opera siguiendo pautas de buen gobierno corporativo, atendiendo a los principios de transparencia y ética. Para lograrlo, cuenta con un completo código de conducta, que sienta las bases de su actividad a nivel interno y en relación con sus colaboradores externos. Dispone de más de 30 políticas corporativas, que establecen los criterios mínimos que se deben aplicar en toda la organización y en los que se recogen los compromisos y líneas de actuación a seguir en distintos ámbitos, tanto dentro como fuera de SANITAS en las relaciones con sus stakeholders incluidos sus propios proveedores. En este sentido, SANITAS prioriza proveedores locales para las diferentes gestiones, puesto que esta práctica también colabora en la sostenibilidad v el cuidado del medio ambiente. Actualmente el 97% de los proveedores con los que trabaja la compañía son locales y todos deben cumplir estrictas condiciones en cuanto a legislación laboral, normativa anticorrupción, antifraude y blanqueo de capitales, así como protección de los Derechos Humanos. Esta medida está especialmente destinada a proteger las garantías que ofrecemos a nuestros clientes en materia de calidad del servicio, puesto que todo el proceso y servicios ofertados deben cumplir con estándares de alta calidad.



SANITAS alinea su modelo de gestión sostenible con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas. En particular, trabaja sobre seis de los diecisiete ODS: ODS 3, de salud y bienestar; ODS 11, de ciudades sostenibles; ODS 13, de acción por el clima; ODS 4, de educación inclusiva y de calidad; ODS 8, trabajo decente y crecimiento económico; y ODS17, de alianzas para la consecuencia de los objetivos. De esta manera, todos los proyectos que conforman la agenda de sostenibilidad de la compañía contribuyen de una manera u otra a estos ODS, logrando así que tanto su actividad como la de nuestros clientes, empleados y partners esté enfocada en proteger la salud de las personas y del planeta en el que vivimos.

Como compañía de salud, SANITAS dirige su aportación principalmente al ODS3, de salud y bienestar, un objetivo que ha sido reenfocado con motivo de las lecciones que nos ha dejado la Covid-19. En el último año, la pandemia ha puesto de manifiesto una lección que, si bien se conocía de antemano, no estaba recibiendo la atención oportuna, la importancia de cuidar la salud de forma global. Porque la salud animal, la de los ecosistemas y la salud de las personas están conectadas. Dependen unas de otras tal como sintetiza el concepto One Health. Una visión global, que permite entender cómo la ruptura del equilibrio entre las partes debido a la contaminación, la deforestación o la pérdida de biodiversidad puede tener consecuencias nocivas para nuestro propio bienestar físico y mental.

En este escenario, la oferta de servicios basados en la prevención y la promoción de la salud es uno de los elementos clave en SANITAS. Unos servicios a los que aporta el plus de la digitalización para ofrecer una medicina más humana y certera, así como un seguimiento más accesible y personalizado de las patologías de los pacientes. Dentro de este ámbito destacan los servicios de prevención digitales de BluaU, orientados a evitar los factores de riesgo de enfermedades no transmisibles. Gracias a la tecnología aplicada a la salud, los



profesionales sanitarios pueden tomar mejores decisiones y, siempre con los últimos datos y valores del paciente que, incluso desde su propio hogar, puede llevar el seguimiento continuado a través de wearables y gracias a la posibilidad de realizar videoconsultas.

La medicina digital apoyada en la tecnología no solo aporta mejoras en lo que respecta al cuidado de la salud. También es un factor destacado en lo que se refiere al cuidado del medio ambiente. Y es que, gracias a su implantación, SANITAS ha dado un fuerte empuje a la descarbonización de sus operaciones. Un buen ejemplo, son las videoconsultas que se realizan desde el hogar del paciente, sin desplazamientos a los centros médicos. Gracias a este tipo de consultas, a la descarga de informes de pruebas médicas, a los consentimientos digitales y a los puntos de contacto con el cliente totalmente digitalizados se evita la emisión de CO2. Así, es como la compañía ha conseguido evitar la emisión de 6.655 toneladas de CO2 en 2020.

Al hilo de este proceso de digitalización, en SANITAS también se trabaja con los ODS11 y 13, relativos a las ciudades sostenibles y a la acción por el clima, ya que, como se indicaba anteriormente, es imprescindible cuidar la salud del planeta para cuidar de la salud de las personas dada la conexión que existe entre ambas.

Dentro de esta categoría, el principal compromiso de la compañía es convertirse en una empresa libre de emisiones según los parámetros de Naciones Unidas, es decir, se convertirá



en una de las primeras compañías de salud Net Zero en emisiones directas en el año 2030 y en emisiones indirectas en 2040. Para lograrlo, lleva trabajando en este objetivo de descarbonización desde el año 2009. Desde entonces, SANITAS ha reducido en un 70% sus emisiones de CO2 con medidas como la mejora de la eficiencia energética de sus hospitales, clínicas, residencias y oficinas, o con la utilización de energía eléctrica 100% de origen renovable. También cuenta con placas fotovoltaicas en algunos de sus edificios, con las que genera más de 1GWh al año para autoabastecimiento.

Con este compromiso SANITAS se une a la iniciativa liderada por Bupa, el grupo de salud al que pertenece, quien además se ha incorporado al proyecto Race to Zero de la ONU, con el objetivo de mantener el calentamiento global por debajo de 1,5°C.

No obstante, esta no es la única acción de carácter medioambiental liderada por la matriz Bupa en la que participa SANITAS y el resto de compañías que integran el grupo. Otro buen ejemplo es el programa Eco-Disruptive, que

trata de buscar soluciones aplicables al mundo de la salud, capaces de dar respuesta a grandes retos del planeta a través de la movilidad sostenible, la economía circular o la recuperación de la biodiversidad. Eco-Disruptive, es un programa de innovación abierta y talento en el que participan las compañías que a nivel mundial integran el grupo Bupa. Combina el talento interno de los empleados con la colaboración de start-ups que desarrollan soluciones innovadoras en el ámbito de la sostenibilidad y la salud, fomentando así la formación en materia medioambiental a nivel interno e impulsando el cambio en la manera en que la compañía se relaciona con el planeta.

SANITAS pretende, por encima de todo, crear un impacto positivo y real sobre los entornos en los que opera, por este motivo, desarrolla también iniciativas como Healthy Cities, uno de los proyectos más ambiciosos y con más recorrido que ha lanzado hasta el momento. A través de Healthy Cities propone a los empleados de las compañías participantes (más de 80 en la última edición) el reto de caminar

6.000 pasos diarios, para promover los hábitos de vida saludables y lograr que las personas estén más sanas y sean más resilientes. Si el reto se alcanza, SANITAS se compromete a apoyar económicamente diferentes proyectos que mejoren la salud y sostenibilidad de nuestras ciudades. Para lograrlo, une en este reto a instituciones, administraciones públicas, otras empresas y ONG's constituyendo un ejemplo perfecto de que el cuidado de la salud del planeta y de las personas es responsabilidad de todos.

Healthy Cities encarna así el espíritu de colaboración que impulsa el ODS 17, de alianza para la alcanzar los objetivos, pero no es la única acción puesta en marcha por SANITAS para responder a este ODS. También es destacable la creación de la Alianza por el Deporte Inclusivo, liderada por Fundación SANITAS, para favorecer el acceso al deporte en igualdad de condiciones a personas con y sin discapacidad. Y, al margen de las iniciativas propias, SANITAS también se integra en las grandes alianzas y proyectos desde los que se busca dar respuesta a los retos de la sociedad y del planeta, como son Pacto Mundial o el Consejo Empresarial Español para el Desarrollo Sostenible.

En definitiva, la sostenibilidad para SANITAS es mucho más que un departamento, es parte fundamental de la estrategia y de la propia misión de la compañía para colaborar en la tarea global de construir un mundo mejor. Por ello, más allá de las grandes políticas o iniciativas corporativas, SANITAS trabaja para conseguir que toda la organización, sus proveedores, clientes y stakeholders sean participes del compromiso con la salud del planeta y de las personas. En esta tarea cuenta con un colaborador clave, la implicación de los empleados de todas las áreas de la compañía. Desde el backoffice hasta la primera línea de atención al paciente, logística o área comercial. Puesto que del buen hacer de los equipos y de la asunción de los logros y objetivos de sostenibilidad depende el éxito de la compañía en este sentido. Y es que la protección del planeta es, sin lugar a duda, responsabilidad de todos los que en él habitamos.



## REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 904/2021, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021

Don Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 893/2021, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2021 Don Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 710/2021, DE 20 DE SEPTIEMBRE 2021 Dª. Ana María Ferrer García

SENTENCIA AUDIENCIA NACIONAL 21/2021, DE 28 DE OCTUBRE 2021

Dª. María Fernanda García Pérez

AUTO AUDIENCIA NACIONAL 391/2021, DEL 1 DE JULIO DE 2021 D. Fermín Javier Echarri Casi

SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL 242/2021, DE 04 DE JUNIO DE 2021

D. Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana

Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 904/2021, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2021. PONENTE, SR. DON VICENTE MAGRO SERVET

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 904/2021, de 24 de noviembre de 2021 resuelve los recursos de casación presentados contra sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, que había condenado a la persona física recurrente como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa y de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, y como responsable civil ex delitos, y a la persona jurídica recurrente, entidad bancaria, como responsable civil subsidiaria. Se condena también como responsable civil subsidiaria a otra entidad bancaria, que no interpone recurso de casación.

El mecanismo delictivo considerado como hecho probado en la sentencia consistía en que la persona física condenada, que ejercía funciones administrativas y de contabilidad de las empresas estafadas, distraía pequeñas cantidades de sucursales de entidades bancarias en que las empresas tenían cuenta abierta, obteniendo fraudulentamente talonarios de cheques, a pesar de no estar autorizada, y cobrándolos mediante falsificación de las firmas necesarias, que no eran las legítimas de las personas titulares o autorizadas de las cuentas correspondientes. Finalmente, disimulaba esos cobros fraudulentos entre otros apuntes o anotaciones que sí se correspondían con pagos legítimos de las empresas estafadas.

Lo más relevante para este estudio de jurisprudencia es la posición que mantiene la sentencia respecto a la configuración del "engaño bastante", como elemento normativo del delito de estafa, estableciendo que no cabe admitir la impunidad del aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de las víctimas, culpabilizando a estas y excluyendo su protección, mediante abusivas exigencias de autoprotección. Es decir que, como ha señalado ya la jurisprudencia, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

En este punto, admite la sentencia que, si bien es altamente recomendable la implantación de programas de compliance, como mecanismos de control que tratan de evitar el fraude, del que la empresa puede ser responsable o víctima, como en el presente caso, la ausencia de los mismos no puede determinar que no haya habido, como ocurre en el caso de la sentencia comentada, "engaño bastante".

Según constata el Tribunal Supremo, la inexistencia de programas de cumplimiento normativo aumenta el riesgo de comisión de delitos y de sufrir sus consecuencias, pero su existencia no es un elemento típico del delito de estafa al ser considerado como elemento sustancial para que el error pueda ser considerado bastante.

Finalmente, resulta interesante la distinción que hace la sentencia entre la estrategia seguida frente a los bancos y el fraude y engaño a los perjudicados, admitiendo que, precisamente, la inobservancia de los controles o protocolos más o menos habituales en el tráfico bancario para emitir talonarios de cheques o para pagarlos cuando se presentan a su cobro es lo que hace nacer la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad, pero no excluye la tipicidad de la estafa.

En definitiva, nos recuerda el Tribunal que las buena prácticas empresariales exigen un control ad intra como medio de no solo de evitar responsabilidades penales o, como ocurre en el presenta caso, civiles, sino como medio eficaz de autoprotección frente al fraude interno.

SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 893/2021, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2021. PONENTE SR. D. VICENTE MAGRO SERVET

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 893/2021, de 18 de noviembre de 2021, resuelve los recursos de casación presentados por dos personas físicas que habían sido condenadas por la Audiencia Provincial de Sevilla por delitos de falsedad en documento mercantil en concurso medial con delitos de estafa cometidos contra una compañía aseguradora en la que trabajaba la primera de las personas físicas, quien se había convenido con la segunda para la emisión de facturas por servicios inexistentes.

La sentencia, de la que también es ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, insiste -como en la anteriormente comentada- en la consideración de los planes compliance, como medios de autoprotección que pueden adoptar las empresas para, con los correspondientes sistemas de vigilancia y control, prevenir o, al menos, dificultar la comisión en su seno de determinados delitos, especialmente los de estafa o apropiación indebida, incluso aunque la persona física que sea autora penalmente responsable de estos delitos decida eludir fraudulentamente los mencionados controles.

Es evidente que en el caso que nos ocupa el plan de compliance, de haberse cumplimentado convenientemente, hubiera podido servir además de como causa de exoneración de responsabilidad penal -que no cabe imputar en ningún caso a la compañía de seguros (que es víctima y estafada y no beneficiaria del delito)-, como mecanismo de autoprotección (compliance ad intra), según expresión de la propia resolución judicial comentada.

En cualquier caso, la sentencia, con cita de la también STS 109/2020, de 11 de marzo, señala que la ausencia o la deficiencia de mecanismos de vigilancia y control no puede suponer un "pasaporte" para los defraudadores, generando dudas sobre una posible exoneración o atipicidad de la conducta por la supuesta no concurrencia del elemento del "engaño bastante" en el delito de estafa.

Desde el punto de vista de la tipicidad de la conducta, el "exceso de confianza" no exime de responsabilidad al estafador, sino que agrava el delito, pudiendo, en todo caso, reducirse el riesgo del engaño derivado de ese exceso de confianza en el plano personal, con la adecuada implantación y ejecución de los debidos controles, preferentemente externos, como apunta la sentencia, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.

SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA (SECCIÓN 1ª) DEL TRIBUNAL SUPREMO 710/2021, DE 20 DE SEPTIEMBRE 2021. PONENTE SRA. Dª. ANA MARÍA FERRER GARCÍA

La Sentencia de la Sala Segunda (Sección 1ª) del Tribunal Supremo 3449/2021, de 20 de septiembre, de la que es ponente la Excma. Sra. Dª. Ana María Ferrer García, desestima los recursos de casación interpuestos por una serie de asociaciones de defensa de intereses colectivos contra Autos de la Audiencia Nacional de 06 y 11 de marzo de 2019, en virtud de los cuales se acordaba la cesión de jurisdicción a favor de Alemania, en el denominado "Caso Volkswagen".

La razón fundamental esgrimida por la Audiencia Nacional, con la postura favorable de la Fiscalía (y, obviamente, de las defensas) para acordar la cesión de jurisdicción y que apoya igualmente el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos es que el mantenimiento de investigaciones separadas en distintos países que son miembros de la Unión Europea implica el riesgo de vulneración del principio "non bis in ídem" prohibido `por el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y

por el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen

En este sentido, también el Tribunal de Justicia de la UE (por ejemplo, en el caso MIRAGLIA, C-469/03) ha señalado que es contrario al principio de libre circulación de personas el mantenimiento de dos procedimientos contra las mismas personas y por los mismos hechos en dos Estados Miembros.

La invocación de estos preceptos se basa, lógicamente, en la acreditación como hecho probado o como premisa aceptada, de la existencia de una total identidad entre los casos enjuiciados o investigados (hasta ahora) por ambas jurisdicciones. Precisamente es esta, como es lógico, la impugnación fundamental de las partes recurrentes en casación, por cuanto, sostienen, debe existir una triple identidad de hechos, sujetos y de fundamento.

Soslayando las objeciones, desestimadas por el Tribunal Supremo, sobre la posible divergencia fáctica y sobre el ámbito subjetivo de ambas investigaciones, reviste especial interés para esta reseña jurisprudencial ocuparnos de las alegaciones de las recurrentes centradas en la supuesta falta de

identidad en relación con el fundamento de ambas investigaciones. En este punto, el recurso insiste en la responsabilidad puramente administrativa y no penal de las personas jurídicas en Alemania, frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas vigente en España.

Lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE, como se encarga de recordarnos el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, no restringe la aplicación del principio non bis in ídem a los procesos y sanciones penales stricto sensu, sino que se extiende a procedimientos y sanciones que, como determinadas sanciones administrativas, puedan equiparse en cuanto a su naturaleza, finalidad y efectos, es decir, a la gravedad de la sanción impuesta.

En el caso de autos, el Tribunal Supremo entiende que existe una identidad sustancial en este tercer aspecto del fundamento del procedimiento, pues al igual que ocurre con la responsabilidad penal exigible en España a las personas jurídicas, en Alemania, si bien de naturaleza administrativa, la sanción se basa igualmente en la previa presunta comisión de un delito por las personas físicas



Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

integrantes de la organización (aunque no haya finalmente condena de la persona física, a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 ter CP) y en la exigencia del establecimiento de sistemas o programas de prevención y detección de los posibles delitos que se produzcan en su seno (programas de compliance), así como en la constatación de que el delito ha sido posible o se ha visto facilitado, precisamente, 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, tal y como establece la STS 154/2016, de 29 de marzo, que se cita también en la que ahora se expone.

Nos recuerda, el TS que, en la actualidad, en Alemania a las personas jurídicas no se les puede imputar responsabilidad penal, aunque sí ser sancionadas administrativamente, si alguno de sus directivos o representantes comete un delito o una infracción administrativa prevista legalmente, con vulneración de obligaciones que la ley impone a la entidad y provocando, en su consecuencia, un enriquecimiento o intento de enriquecimiento por parte de la entidad.

En el caso concreto que analizamos, la sanción impuesta en Alemania a Volkswagen en el año 2018, se basó en que, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de supervisión, constatada por el Ministerio Fiscal, se llevó a cabo la instalación de un software que permitiera la manipulación de los gases de escape con respecto a la emisión de óxidos de nitrógeno en los motores diésel de los tipos EA 189 y EA 288. Además, se trató de una de las multas más altas impuestas a una empresa en aquel país, y ascendió a

mil millones de euros. Finalmente, la sanción es independiente de los procedimientos civiles que todavía puedan sustanciarse en los tribunales, ni afecta a las investigaciones penales que estaba llevando a cabo la fiscalía competente en Alemania.

En definitiva, tal y como han señalado tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo, la sanción impuesta por la Fiscalía alemana a Volkswagen lo ha sido en el seno de una investigación penal, sustentándose el título de imputación en un incumplimiento de supervisión de explotación y empresas, lo que es asimilable al incumplimiento de las obligaciones de "compliance" para las personas jurídicas, con lo que el sistema de atribución de responsabilidad es idéntico al de España y la responsabilidad para la persona jurídica surge, en definitiva, de un sistema equiparable al que prevén los artículos 31 y siguientes del Código Penal, con la imposición de una multa que tiene un carácter claramente sancionador.

SENTENCIA 21/2021, DE 28 DE OCTUBRE, DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA SEGUNDA, SECCIÓN 4ª. PONENTE LA ILMA. SRA. DOÑA MARÍA FERNANDA GARCÍA PÉREZ

La Sentencia 4441/2021, de 28 de octubre, de la Audiencia Nacional, Sala Segunda, Sección 4ª, de la que es ponente la Ilma. Sra. Doña María Fernanda García Pérez, resuelve el juicio oral dimanante de las Diligencias de Instrucción del Juzgado Central de Instrucción nº 5 - el conocido caso de la reforma de la sede del Partido Popular- seguido por delitos de organización criminal, asociación ilícita, continuado de falsedad contable, continuado de falsedad electoral, tráfico de influencias, contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, continuado de falsedad en documento mercantil y apropiación indebida, contra una serie de personas físicas como presuntos responsables penales y contra dos personas jurídicas como posibles responsables civiles subsidiarias, un estudio de

arquitectura y el Partido Popular.

Según la sentencia, los hechos que se declaran probados consisten, en esencia, en el pago por parte del P artido Popular a la sociedad encargada de la ejecución de la obra, de una serie de cantidades al margen de la contabilidad oficial, que procedían, a su vez, de donaciones o aportaciones privadas que no se reportaron y fiscalizaron debidamente por el Tribunal de Cuentas y que no fueron declaradas a Hacienda por parte de la arrendadora; esto es, el estudio de arquitectura que se encargó de la reforma.

Estos hechos dieron lugar a una condena, en primer lugar, al tesorero del Partido Popular, como consecuencia de los mencionados pagos, por un delito continuado de falsedad contable en concurso de normas de un delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto de Sociedades de la empresa contratista del ejercicio 2007, en relación de concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por particulares.

Se condena igualmente a los arquitectos responsables de la empresa contratista, como responsables de un delito contra la Hacienda Pública relativo al Impuesto de Sociedades de la empresa contratista del ejercicio 2007, en relación de concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento mercantil.

A pesar de que la los hechos sucedieron con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, por la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas (para la empresa constructora) y de Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, para el Partido Popular, la sentencia resulta de interés para esta sección de jurisprudencia, por su pronunciamiento acerca de la

responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes.

En efecto, en relación con el delito fiscal, y por lo que se refiere al Partido Popular, la sentencia se ocupa de señalar, en relación con el ejercicio 2008, que "no hay pues delito fiscal porque estamos ante rentas exentas y, subsidiariamente, aun en la hipótesis de considerarlas parcialmente exentas, aplicando un criterio que no se corresponde con la prueba como es considerarlas actividad económica, la cuota defraudada resultante sería muy inferior al límite penal".

Pese a lo anterior, la Sala considera que procede la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, en este caso, de sociedad de arquitectura del y PP por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

Al respecto, en relación con el Partido Popular, los magistrados señalan que no consta que sus órganos directivos competentes ejercieran un control adecuado sobre la gestión del gerente en la fecha de los hechos, siendo las medidas adoptadas por la formación política, (auditoría interna y promoción de iniciativas legislativas relativas a la financiación de partidos políticos), posteriores a la fecha de comisión de los hechos enjuiciados.

**AUTO 391/2021, DE LA SALA DE LO** PENAL, SECCIÓN 4ª, DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 1 DE JULIO DE 2021. PONENTE: SR. DON FERMÍN JAVIER **ECHARRI CASI** 

El Auto 391/2021, de la Sala de lo Penal, Sección 4ª, de la Audiencia Nacional, analiza la interesante cuestión, de las garantías procesales a las que tiene derecho una persona jurídica, investigada, durante la fase de instrucción.

El mencionado auto resuelve en alzada un recurso de apelación interpuesto

contra un auto previo del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, que había desestimado el recurso de reforma contra providencia por la que se acordaba requerir a la persona jurídica investigada, para la aportación de una serie de documentos necesarios para la investigación.

El recurso de apelación se estima parcialmente, porque la Sala considera que no se puede exigir a una persona física o jurídica investigada penalmente, la aportación de aquella documentación que pueda servir para sostener la imputación penal.

A la hora de delimitar aquellos documentos cuya aportación no puede ser obligatoria para la persona, física o jurídica, investigada, porque podrían suponer una relajación del derecho fundamental a la no autoincriminación, la Sala distingue, siguiendo la doctrina del TEDH, y también la del propio Tribunal Constitucional, entre los documentos cuya existencia o elaboración constituyen una exigencia legal para el investigado (como la contabilidad o los modelos fiscales), de aquellos otros documentos o fuentes de prueba cuya existencia dependa de la voluntad del investigado. Es en relación con estos últimos documentos, donde despliega sus plenos efectos el derecho fundamental a la no autoincriminación.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal entiende que estarían amparados por el derecho fundamental a la no autoincriminación tanto los documentos internos procedentes del "canal de denuncias" de la empresa, poniendo en conocimiento de los responsables de la empresa irregularidades o ilegalidades en la gestión, como los expedientes de investigación que, en su caso, se hubieran llevado a cabo internamente por la persona jurídica.

En definitiva el Auto comentado viene

a distinguir la carga, que recae sobre la acusación, de probar los hechos justificativos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que tiene íntima relación, como reconoce el Auto, con el derecho a la presunción de inocencia, con la carga de probar, por la defensa de esta, los hechos que pueden exonerar o atenuar la responsabilidad penal, como son la implantación en la misma de un sistema de prevención de delitos con los requisitos legalmente exigidos para poder actuar como tal causa exonerativa o atenuatoria de la responsabilidad penal, lo que implica que la aportación de la documentación que permita, en su caso, acreditar la existencia de un sistema de control y vigilancia de los posibles ilícitos que podrían cometerse en el seno de la persona jurídica; es decir, la documentación correspondiente a sus planes de compliance, debe ser voluntaria para el investigado que, además, debe tener plena disponibilidad para elegir el momento procesal oportuno, según su estrategia de **defensa.** Este derecho de defensa, en su vertiente de elección estratégica del momento procesal más conveniente para el investigado o encausado, quedaría alterado si se admitiera la obligación de atender un requerimiento para aportar esa documentación relativa al compliance, cuando así lo determine el órgano judicial, a instancias de la acusación.

SENTENCIA 242/2021, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 04 DE JUNIO DE 2021. PONENTE SR. DON LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA

La Sentencia 987/2021, de la Audiencia Provincial de León, de 04 de junio de 2021, de la que es ponente el Ilmo. Sr. Don Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, resuelve un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Ponferrada, que condena a dos personas físicas como autor y cooperador necesario, respectivamente, de cuatro delitos contra la Hacienda Pública (en relación con el IS y con el IVA por dos ejercicios fiscales consecutivos), en concurso

con un delito continuado de falsedad documental, y a la persona jurídica que era obligada tributaria en la relación jurídico-tributaria por los correspondientes cuatro delitos contra la Hacienda Pública.

El mecanismo utilizado para lograr la defraudación consistía, en esencia, en la presentación de facturas que no se correspondían con servicios efectivamente realizados, para dar lugar a los consiguientes gastos deducibles en el IS o a deducciones en las declaraciones del IVA, en los ejercicios citados. Se requería, por tanto, para el adecuado funcionamiento del entramado de defraudación descrito, la concurrencia tanto del obligado tributario, como de la empresa que emitía las facturas "falsas"; siendo los administradores, personas físicas, de estas sociedades, los condenados por los títulos anteriormente citados de imputación, como autores y como cooperadores necesarios, respectivamente.

La sentencia comentada, que resuelve el correspondiente recurso de apelación, desestima los motivos de impugnación de la sentencia de instancia formulados por las personas



físicas, siendo especialmente relevante para esta recopilación de jurisprudencia, por su interés doctrinal o académico, la invocación que hace la Audiencia Provincial de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, para evitar las situaciones de impunidad en el caso de que precisamente se use un entramado mercantil para diluir la responsabilidad de personas físicas concretas. En el caso que nos ocupa, la sentencia, a pesar de exponer la citada teoría, sus antecedentes históricos y su importancia en el ámbito penal, concluye que ni siquiera es necesario aplicarla al caso enjuiciado, pues en el mismo, la responsabilidad penal de las personas físicas que son representantes de las personas jurídicas obligadas tributarias y, por tanto, responsables en sentido formal de la defraudación para la Hacienda, deriva, sin más, de lo dispuesto en el artículo 31 CP, que señala que "el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran 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 obre."

Es evidente, como confirma la sentencia comentada, que la norma expuesta era aplicable al caso analizado, por cuanto quedan acreditados los actos de fraude realizados por los administradores, personas físicas, de ambas empresas. Es cierto que en ninguno de los representantes concurre, en sentido estricto, la condición de obligado tributario que es exigible para la comisión del delito del art. 305 del Código Penal en relación con el art. 30 de la Ley General Tributaria; aunque es claro, que el administrador de la empresa defraudadora responde personalmente como autor y el de la empresa que contribuyó a la comisión del fraude (por la emisión de las facturas falsas), como cooperador necesario, por aplicación del citado artículo 31 CP.

Al margen de estas consideraciones y

alguna otro aspecto interesante de la resolución comentada, como el análisis del concurso de los delitos contra la Hacienda Pública con el delito de falsedad documental, que no es un elemento constitutivo o consustancial al primero, lo más relevante de la sentencia de la Audiencia Provincial de León, en lo que atañe a la presente recopilación de jurisprudencia, es precisamente su fundamentación jurídica al analizar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la persona jurídica.

La Audiencia, en efecto, frente a la desestimación sustancial del presentado por las personas físicas, acepta el recurso de la persona jurídica, admitiendo su falta de responsabilidad penal, al entender que el régimen actualmente vigente, introducido por la LO 1/2015, además de optar decididamente por un sistema de responsabilidad por hechos propios frente a un sistema de responsabilidad penal vicarial, ha ofrecido la regulación de un instrumento que permite a las organizaciones prevenir la comisión de delitos por las personas físicas dependientes de las mismas.

En definitiva, según la sentencia, la existencia de estos programas representa una garantía para las personas jurídicas y, por tanto, una normativa más favorable que la anterior, en la que establecía un régimen de responsabilidad vicarial, actualmente desterrado. Por ello, procede la aplicación retroactiva del régimen jurídico establecido a partir de la mencionada LO 1/2015, que exige, para la existencia de un pronunciamiento condenatorio de la persona jurídica haberse desplegado un esfuerzo de alegación y prueba por parte de la acusación, que acredite el supuesto déficit de control de cumplimiento de la legalidad penal y que, entiende la sentencia comentada, que no ha existido en absoluto en este caso.



## ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

#### **DOMICILIO SOCIAL**

Passeig Vergaguer, 120, Entlo. 4ª
Igualada (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