



**UNA REVISTA DIRIGIDA
A PROFESIONALES
DESCÁRGALA AHORA**

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



”

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

**EUROPEAN COMPLIANCE
& NEWS**

CONTENIDOS



05 ENTREVISTA A ALEJANDRO ABASCAL

Magistrado adscrito al Juzgado Central de Instrucción nº6 de la Audiencia Nacional, y candidato a Vocal del CGPJ

09 COMPLIANCE LABORAL EN TIEMPOS DE LA COVID-19

por Pablo Lorenzo Campos

12 ¿PUEDE EXISTIR RESPONSABILIDAD PENAL EN LA GESTIÓN DEL COVID-19?

por Bernardo del Rosal Blasco

16 LA INTEGRIDAD, LA TRANSPARENCIA Y LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

COMO PILARES DE SISTEMAS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE por Francisco Javier Bernabeu Aguilera

34 ASEGÚRESE DE QUE SU COMPLIANCE OFFICER Y SU DIRECTOR DE MARKETING SE HAGAN AMIGOS

por Miguel Rull Cullen

24 LA CERTIFICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS COVID-19: GARANTÍA PARA PROPIOS (TRABAJADORES) Y AJENOS (CLIENTES Y USUARIOS)

por Miryam Jauregi Arrieta

33 LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO GUÍAN EL FUTURO DEL GRUPO SANTALUCÍA

28 ES LA AUTORREGULACIÓN ¿UN MEDIO ÚTIL DE PREVENCIÓN CONTRA LA DESINFORMACIÓN?

por Luis Suárez Mariño



32 LA CONVENIENCIA Y DIFICULTAD DE CERTIFICAR UN PROGRAMA

DE PREVENCIÓN PENAL CONFORME A LOS REQUISITOS DE LA UNE 19601 por Sergio Lucas

36 RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

por Manuel Montesdeoca de la Fuente

EDITORIAL

La Covid-19. Un nuevo reto para el compliance



Los meses pasados desde la declaración del estado de alarma a consecuencia de la Covid-19 han sido totalmente inesperados y han cambiado los hábitos y las perspectivas que teníamos, a corto y medio plazo, no solo aquellos que nos dedicamos a tratar de crear en las empresas y en la sociedad una cultura de cumplimiento normativo, sino las propias empresas. Desde luego, las nuevas imposiciones y circunstancias, a consecuencia de la Covid-19 y de las medidas impuestas por el Gobierno para hacerle frente, han afectado significativamente a las empresas; tanto a aquellas que, teniendo un programa de cumplimiento adaptado a sus políticas y procesos, han tenido que adaptar dichos programas a las nuevas imposiciones y circunstancias; como a aquellas otras que, en proceso de elaboración del programa de cumplimiento, se han visto sorprendidas en sus tareas de evaluación de riesgos; e incluso, también a aquellas que, aun convencidas de la necesidad de elaborar de implantar un programa de cumplimiento normativo, no encontraban el momento adecuado para abordarlo.

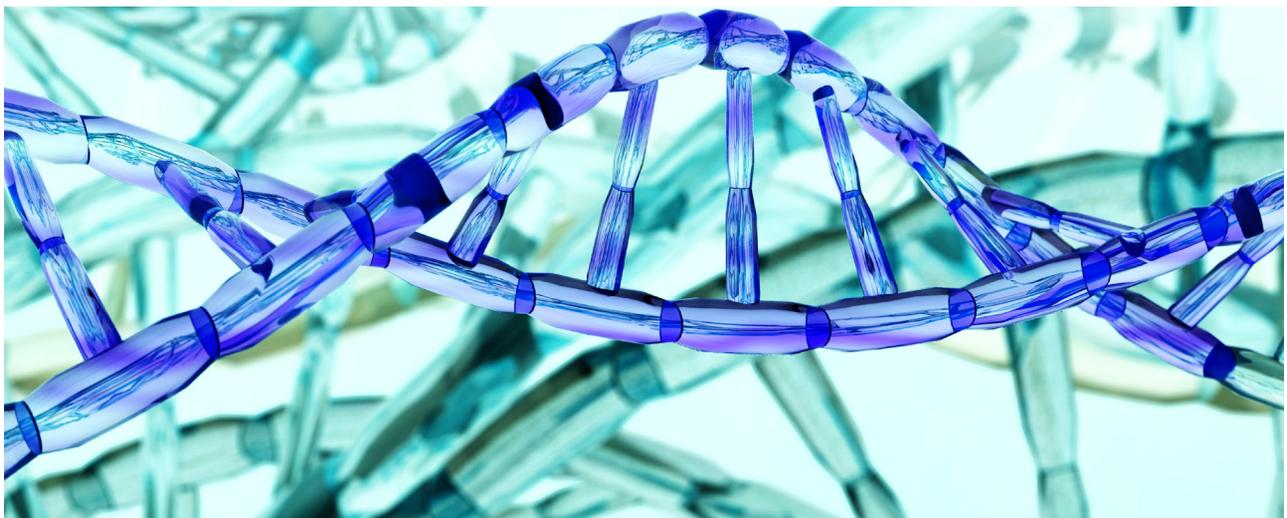
La situación de incertidumbre a la que nos enfrentamos y cuyo fin no podemos prever con suficiente certeza, hace que todos vivamos bajo las tensiones e incertezas del nuevo tiempo: lo que se ha venido en llamar la *nueva normalidad*.

¿En qué medida podemos enfrentar esta situación y en qué medida el Compliance normativo debe dar respuesta a la misma?, es una cuestión que necesita, más que nunca, tanto del liderazgo que deben de ejercer los gobernantes y directivos de las organizaciones, como de la imaginación y de la capacidad y voluntad de adaptación a las nuevas necesidades y circunstancias que deben de guiar la conducta y el compromiso de todos los implicados.

En el seno de la empresa el liderazgo debe ejercerse desde el firme convencimiento de que la tarea es común y que sin una gestión comprometida y acorde a todo aquello que antes hemos dibujado blanco sobre negro en los compromisos de buenas prácticas y relaciones con el entorno y con otras partes relacionadas, la cultura corporativa quedará herida de muerte, abriendo grietas en la ética personal y favoreciendo actitudes a las que nos referiremos cuando hablemos del denominado “árbol del fraude”.

Por una parte, en los principios generales de conducta que recogen los códigos éticos encontraremos, en muchas ocasiones, la respuesta a cómo abordar correctamente una determinada situación; tratando de no dejar a nadie atrás; de hacer compatible la vida familiar y laboral, o de involucrar a todos los implicados- personal directivo, mandos intermedios, empleados y sus representantes- en las soluciones propuestas que obviamente deberán de tender a facilitar la flexibilización y adaptación de los puestos de trabajo a las nuevas circunstancias, -dejando de lado determinadas exigencias o reivindicaciones- porque quizás, ahora sea el tiempo, más que de reivindicar, de apoyar con esfuerzo el mantenimiento de las empresas. Pero insistimos en que esa adaptación a las nuevas circunstancias debe de partir de la negociación que tenga en cuenta a todas las partes implicadas.

En estos momentos post-COVID, o in-COVID, además del liderazgo que se demanda de los órganos de gobierno de las organizaciones, resulta evidente que éstos, junto con los órganos de cumplimiento, han de prestar especial atención a la gestión de los riesgos que amenazan a su modelo de negocio. No sólo los riesgos operativos financieros o productivos cobrarán importancia en los próximos meses, sino también los riesgos penales asociados a determinadas figuras delictivas que pueden tener un impacto, económico o reputacional, muy elevado.





Resulta pues necesario adaptar los controles a los nuevos riesgos. Desde los riesgos que para la salud pública supone la Covid-19 y que exigen la adopción de determinadas medidas y controles que aseguren su cumplimiento; al riesgo de insolvencia que desgraciadamente se disparará para muchas empresas y que exigirá que las mismas sean especialmente cautas, tanto a la hora de contratar con terceros que en esa situación puedan arrastrarles a su propia insolvencia, como a la hora de prever las necesidades de su propia tesorería para atender puntualmente sus compromisos económicos; pasando, por poner otro ejemplo relacionado con los delitos de estafa o de malversación de subvenciones o ayudas públicas, con la previsión de posibles conductas engañosas tendentes a facilitar el acceso a determinadas ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea.

Por lo que respecta a aquellas empresas que no han encontrado todavía el momento para empezar a abordar la tarea del cumplimiento normativo, quizás sea ahora precisamente el momento para no dilatar la decisión e ir dando ciertos pasos en relación con ciertos riesgos concretos. Entre tener un programa completo y no hacer nada, hay un abanico importante de actuaciones que se pueden abordar y que además pueden ayudar a la empresa a ser más competitiva y participativa.

Seamos positivos. El Compliance abarca todos los procesos y actividades de una organización, todas sus estructuras y a todas las personas que intervienen en ella exigiendo la adaptación continua a las circunstancias. Se trata de prestar atención con diligencia debida a las necesidades y circunstancias de cada momento. En pocos mapas de riesgo habremos visto hasta fechas recientes la palabra pandemia. Hoy, sin duda, con la experiencia de que los riesgos más remotos pueden presentarse a las puertas de nuestras organizaciones de manera inesperada, hemos aprendido que la revisión constante del catálogo de riesgos y de las políticas y procedimientos de cumplimiento, son una exigencia ineludible de los programas de cumplimiento.

Nuestra Asociación, que tenía algunos planes ambiciosos que hemos visto truncados en los meses de confinamiento, deberá de tratar igualmente de ser útil, en temas como la formación a distancia o el apoyo a soluciones informáticas que permitan aplicar y evaluar los controles oportunos, y desde luego deberá de seguir siendo un foro donde los profesionales puedan opinar y compartir problemas y soluciones.

En definitiva, este nuevo tiempo debe verse como un nuevo reto, como una oportunidad, también para la responsabilidad social corporativa, ya que los próximos meses serán muy complicados en términos económicos, financieros y sociales.

Tampoco podemos olvidar a todos aquellos que han perdido su vida o la de un ser querido por la COVID-19, especialmente a aquellos asociados o colaboradores que han sufrido esa pérdida irreparable, a todos ellos dedicamos nuestro sentido recuerdo y nuestro trabajo durante estos meses.

ENTREVISTA A ALEJANDRO ABASCAL

Entrevistamos a Alejandro Abascal, magistrado adscrito al Juzgado Central de Instrucción nº6 de la Audiencia Nacional, y candidato a Vocal del CGPJ, que nos puede dar su visión, como protagonista en primera línea, de los problemas que plantea la actual regulación penal y procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchas gracias, Alejandro, por atendernos.



Con la experiencia adquirida, hasta la fecha, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Qué modificaciones legislativas propondrías para dotar al sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de mayor claridad?

Seguramente es mejor no hacer reformas legislativas precipitadas. Un código necesita cierta estabilidad y que las reformas tengan cierto rodaje; no estar continuamente cambiando y dejar que sea la jurisprudencia la que vaya asentando y perfilando el sistema.

Sí que estimo que la materia procesal, campo en el que no se ha abordado con serenidad las cuestiones del Estatuto Procesal de la Persona jurídica, es ineludible una reforma que simplifique el sistema, abordando y regulando por ejemplo el principio de oportunidad que permita al Ministerio Fiscal excluir

del proceso penal personas jurídicas de escasas dimensiones (por no citar las unipersonales en que el socio único es el autor del delito), o aquellas en que el seguimiento del proceso no va a tener secuela alguna pues son sociedades insolventes y ya sin actividad. Hay otros temas procesales que están reclamando una regulación urgente que simplifique el proceso con persona jurídica imputado y clarifique su papel y su abanico de derechos y obligaciones

¿Crees adecuada la elección del legislador de considerar a las personas jurídicas como responsables penales solo en relación a un *numerus clausus de delitos*? ¿No hubiera sido preferible que dicha responsabilidad, al menos desde el plano teórico se extendiera a la totalidad de conductas delictivas? Por poner un ejemplo, ¿No resulta un poco ilógico que si hay una muerte en un hospital por no aplicar determinados

protocolos médicos, con el fin de ahorrar costes, no exista responsabilidad penal de la persona jurídica?

Ciertamente el listado de delitos que el legislador ha escogido tiene algo de caprichoso. Parece ciertamente más razonable y coherente que no hubiese exclusión alguna. Es ilógico que la apropiación indebida esté excluida y no la estafa, por ejemplo. Se dirá que hay algunos delitos en que parece más complicada la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero en el fondo sobre cualquier tipicidad se puede proyectar el esquema del art. 31 bis CP.

En relación a los elementos del tipo penal del art. 31 bis. el Tribunal Supremo, haciendo un esfuerzo por huir de una configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica como una responsabilidad vicarial o por transferencia de la persona física autora del delito, vino a identificar, en la ya famosa Sentencia de 29 de febrero de 2016, la “acción antijurídica” que daría lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, con la “ausencia (total o parcial pero grave) 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.”; sin embargo el tipo del art. 31.bis a), en modo alguno hace referencia a “defectos organizativos, de control” o “ausencia de cultura de cumplimiento”, como elemento del tipo. ¿No ha ido demasiado lejos el Supremo? ¿Consideras que este “defecto” de tipicidad, podría dar lugar, en caso de condena, a un recurso de amparo o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Consecuencia de todo ello es que la No creo que estemos ante una materia con esa proyección en el mundo de los derechos fundamentales: no olvidemos que materialmente existe

muy poca diferencia entre un régimen administrativo sancionador de personas jurídicas y un régimen penal. Otra cosa es la simbología que lleva el derecho penal de la mano. Pero materialmente las penas que imponen son idénticas a las que se pueden imponer por vía administrativa, o antes por la vía del art. 129 CP (consecuencias accesorias). Por tanto, no me parece que se pueda considerar atentatorio del principio de legalidad la ausencia expresa de ese elemento que ha pergeñado la jurisprudencia y que ciertamente ha ido más allá de la dicción legal, pero creo que con una trascendencia en la práctica que tampoco puede exagerarse.

¿No resulta un poco contradictorio que la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces sea una exigente, cuya prueba compete a la defensa, y su ausencia sea, según la tesis mayoritaria del Supremo -ratificada en las posteriores sentencias sobre la materia- el elemento esencial del tipo penal cuya prueba corresponde a la acusación?. ¿Qué problemas plantea para la acusación probar un hecho negativo como la ausencia de herramientas de control idóneas y eficaces? Y ¿Cuáles son, según tu experiencia, las diligencias probatorias más adecuadas durante la instrucción para fundar adecuadamente la acusación?

Es un problema también más teórico que práctico en mi opinión, que, por cierto, comparten algunos muy ilustres comentaristas de la reforma, alguno con funciones jurisdiccionales en la Sala Segunda. En el fondo es tanto como preguntar a quién corresponde probar que un acusado persona física es imputable. En teoría al Fiscal. Pero es obvio que en principio el Fiscal no va a invertir en la mayoría de los asuntos ni medio minuto en probar. Eso se da por supuesto, salvo que haya indicios de lo contrario o lo alegue la defensa. Algo parecido ocurre con los programas de cumplimiento: si la empresa no alega que cuenta con él, la acusación no tiene por qué molestarse en acreditar que no había un Compliance. Si la defensa lo alega, entonces sí habrá que evaluar la eficacia de ese plan y para eso podrán aportar pruebas tanto la defensa, como el Fiscal reclamarlas. Creo que las pruebas tienen que ir encaminadas a probar tanto de la corrección en abstracto del modelo, como sobre todo de que el mismo en la práctica está funcionando y ahí también tienen su papel, no ya las periciales, sino la documental de la empresa que ponga de manifiesto que los controles son

efectivos, o incluso las testificales. Lo importante es acreditar que existe un sistema de gestión que normalmente habría servido para impedir el concreto delito cometido (no un sistema bueno en abstracto) y que si se ha producido es porque alguien (un empleado o un directivo) ha conseguido eludirlo fraudulentamente, de forma que no era previsible o evitable en un juicio ex ante.

El art. 31 bis 2, 2ª exige que el compliance officer sea un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, como un requisito para que el programa pueda servir a la persona jurídica de exoneración de la responsabilidad penal cuando el delito es cometido por las personas referidas en el art. 31.bis a)

¿No crees que para garantizar dichos poderes autónomos hubiera sido más conveniente atribuir el nombramiento del compliance officer al órgano soberano de la persona jurídica, a la Junta General de socios o accionistas en caso de sociedades mercantiles y que el mismo rindiera cuenta ante esta de su labor de supervisión y control?.

La observación que contiene la pregunta es atinada, pero en cualquier caso creo que es un problema más de regulación mercantil que de derecho penal. Es así, y así podría estar previsto en algunos estatutos societarios; lo que probablemente- aunque no necesariamente- creo que sería visto por el Tribunal con simpatía pues supone mayor garantía de esa independencia que reclama la figura. Quizás sea excesivo imponerlo por ley; y desde luego no me parece que ese mandato fuese propio de la legislación penal.

Estamos viendo - te lo digo como espectador de la realidad- qué en los casos de corrupción, más mediáticos, que afectan a grandes corporaciones, éstas vienen a achacar la responsabilidad al compliance officer, y desde fuera del procedimiento se tiene la impresión de que esta figura se utiliza no pocas veces por los consejeros como un parapeto de su propia responsabilidad. ¿Crees que una apreciación justificada?

No es esa mi percepción. En absoluto. El grado de riesgo penal de Compliance officer no creo que sea singular o especial. Otra cosa es que el legítimo

derecho de defensa de los investigados busque desviar responsabilidades, pero eso sería defensa de las personas físicas. Si la persona jurídica utiliza como estrategia atribuir la responsabilidad al Compliance officer se está suicidando procesalmente: sería un caso claro de responsabilidad de la persona jurídica a la vista de los requisitos que requiere el CP para que un Compliance tenga eficacia exoneradora.

También tengo la impresión de que en las grandes corporaciones que tienen implantados sofisticados programas de prevención penal, estos funcionan a partir de un segundo nivel de mando, y que determinadas decisiones -incluso no documentadas- del órgano de gobierno o consejero delegado son las que no se someten a los controles propios del Compliance. ¿Es una impresión acertada o equivocada, según tu experiencia en la Audiencia Nacional?

Tampoco es esa mi percepción. Pero en todo caso creo que debemos ser conscientes de que diez años son todavía pocos para ver los efectos de una reforma de tanto calado. Ahora se están investigando delitos cometidos al poco tiempo de aparecer el sistema y cuanto este todavía no estaba muy rodado. Necesitamos mayor perspectiva y sobre todo contar ya con los resultados en sentencia de las investigaciones. Y esos todavía no son representativos.

Parece evidente que los programas de prevención de delitos, en los términos del art. 31 bis, hacen referencia a modelos de gestión, vigilancia y control, que exigen conocimientos de management y auditoría del riesgo, muy especializados y, supongo que convendrías, que tanto los jueces, como los fiscales y la práctica generalidad de los abogados adolecen de falta de formación específica sobre gestión empresarial y sistemas de vigilancia y control. ¿Significa ello que en la instrucción, de cara a probar el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión, que funde una acusación, sea necesario acudir a determinadas pericias? ¿Qué valor se debe otorgar a las mismas?

Aunque no comparto la obsesión de otros por ese tipo de periciales, sí me parece que serán muchas veces necesarias; sin olvidar que hay muchos temas del funcionamiento de un Compliance que han de constatare por otras vías (documental, testifical) y que en lo que son cuestiones de hecho (cómo se hacían determinadas cosas, cómo funcionaba

un control) un perito no tiene nada que decir: es el Juez el que tiene que formar su criterio con arreglo a pruebas de otro tipo. Otra cosa es que deban manejarse conceptos como los que se enuncian en la pregunta en cuyo caso sí que es indispensable contar con peritos.

A este respecto ¿Qué opinión tienes de las periciales forensic aportadas por las propias empresas investigadas?. ¿En qué medida es fiable una investigación interna si "el que paga, manda"?

No puede darse una respuesta generalizada. Dependerá. En principio ese dato introduce un elemento de desconfianza. Pero eso tampoco es definitivo. También las defensas de personas físicas aportan testigos, peritos, informes elaborados a instancia suya... Pueden ser de complacencia, pero pueden ser convincentes. Es como todos los temas de valoración probatoria materia en la que no caben reglas apriorísticas.

Y ¿qué valor consideras que debe darse a un programa de prevención penal que cuente con la oportuna certificación UNE 19601? ¿Consideras que dar a esa certificación un valor objetivo puede servir para convencer a las empresas de la conveniencia de adoptar un programa de prevención penal bajo sus requisitos?

Es un dato más, pero tampoco me parece que sea elemento definitivo en modo alguno. La necesidad de una valoración judicial no puede ni delegarse, ni cancelarse por una especie de homologación previa ajena a lo jurisdiccional. Pero indudablemente es razonable en principio fiarse más de un informe hecho en una cátedra de psiquiatría que del elaborado por un estudiante de segundo de psicología. Y no es lo mismo un Compliance homologado por una entidad acreditada que otro sin esas características.

¿Echas en falta la promoción por parte del CGPJ de programas de formación especializados, para los jueces de la jurisdicción penal, en estos ámbitos propios de la gestión y auditoría más que del Derecho?

Siempre es posible más. Pero creo que se hace un esfuerzo razonable. Y sobre todo, por mucha formación que tengan los jueces, lo importante es contar con buenos peritos. El Juez no tiene que saber de medicina, aunque vaya a tener que enjuiciar imprudencias médicas, pero sí contar con un buen cuerpo de médicos forenses especializados. Algo semejante

puede decirse de esos mundos de las finanzas, la economía, o la auditoría.

¿Sería conveniente que el legislador desarrollase reglamentariamente los requisitos que ha de reunir un programa de prevención de delitos, así como el estatuto del compliance officer definiendo los principios que deben regir su actuación, sus funciones, deberes y responsabilidades, a fin de facilitar a los jueces la tarea de valorar adecuada y objetivamente la eficacia de un programa de prevención de delitos y la función llevada a cabo por el compliance officer?

Personalmente me parece que es mejor no entrar en un reglamentismo unificador asfixiante. Creo que a efectos penales basta con los conceptos que establece de principio el Código Penal. Perdónese me el ejemplo, pero caer en ese exceso de reglamentismo sería tan absurdo como tratar de regular milimétricamente en qué condiciones debe apreciarse una legítima defensa (tipo de arma, tipo de ataque...)

Siendo cierto que los programas de prevención de delitos no son una obligación legal para las personas jurídicas susceptibles de ser condenadas penalmente, también lo es que el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para

la mejora del gobierno corporativo, al regular el deber de diligencia de los administradores de las sociedades de capital si impone a éstos, en su apartado 2, el deber de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. ¿Se puede hablar entonces de un deber de los administradores de establecer e implantar dichos programas de prevención de delitos, pues en caso de no hacerlo, se les exigiría, cuando menos, por accionistas o acreedores, la correspondiente responsabilidad ligada al incumplimiento del deber de diligencia?

Esto parece obvio: si no se implanta ese sistema y esa omisión es responsabilidad de un administrador o directivo y de ahí se derivan perjuicios, creo que es palmario que podrán pedirse responsabilidades a tenor de las normas que regulan esa responsabilidad de los administradores.

Podríamos seguir preguntándote cosas; pero no queremos abusar de tu generosidad. Siempre nos es útil a los profesionales del Compliance y a los abogados penalistas, conocer la interpretación y la valoración que de las reglas hacéis los árbitros de este, no sencillo, terreno de juego, que es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Te agradecemos enormemente que nos hayas atendido y esperamos poder seguir charlando en un futuro no lejano. Ha sido un placer. Muchas gracias





W3 CANAL DE DENUNCIAS
Minimiza los riesgos de tu empresa



W3 COMPLIANCE

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

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

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

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

La aplicación cuenta con los más altos estándares de seguridad:

Comunicación cifrada (https) con la aplicación

Base de datos cifrada en el servidor

Copias de seguridad con cifrado adicional

Supresión de datos a los tres meses del registro de la denuncia

Servidores de aplicaciones y datos situados en la Unión Europea

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

Todas las versiones incluyen:

Soporte técnico permanente

Propuesta de calificación jurídica de los hechos

Informe de recomendaciones y resultados



COMPLIANCE LABORAL EN TIEMPOS DE LA COVID-19



Pablo Lorenzo Campos

Abogado Corporativo Aluminios Cortizo SAU

La situación de emergencia de salud pública ocasionada por la Covid-19, ha provocado en nuestro país, una situación de inestabilidad sin precedentes en la historia moderna, suponiendo no solo una amenaza de salud pública, sino que ha supuesto grandes perturbaciones a nivel económico y social.

La excepcional situación que nos ha tocado vivir en los países de nuestro entorno -como en el resto del mundo en mayor o menor medida- ha sido la de una fuerte expansión del virus y una evolución de los contagios que provocaron la adopción en todos los países de medidas inmediatas y eficaces a los efectos de contener el avance de la enfermedad y a la vez la de intentar mantener los sistemas de salud intactos, para dar una respuesta eficaz a la pandemia.

Por supuesto, aparte de las consecuencias sanitarias que esta crisis ha tenido y que nos sitúan ante un reto global para hacer frente a la misma, lo cierto es que la Covid-19 ha tenido unas fuertes consecuencias en el ámbito de la economía y en el ámbito empresarial, lo que ha motivado las distintas medidas que los países que conforman nuestro entorno, han tenido que ir aprobando sobre la marcha, para mitigar los efectos de la pandemia en todos los ámbitos.

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ha tenido que adaptarse a la cambiante evolución de la pandemia, a fin de mitigar los efectos de esta y buscar un equilibrio a la hora de compartir las consecuencias económicas de la Covid 19 entre las empresas, los trabajadores y el Estado.



La mayor parte de los países europeos han tenido que aplicar severas restricciones en la movilidad de la población, para intentar disuadir el riesgo de contagio y por ende, muchas empresas se han visto afectadas en un doble sentido: en algunos casos, viéndose obligadas a suspender la actividad de forma temporal (sobre todo empresas con establecimientos abiertos al público), y en otros casos (los de las empresas que continuaron con la actividad) viendo reducida la misma, de forma acusada, debido al cierre de empresas clientes y a las restricciones para poder ejercer su actividad comercial con normalidad.

Tal situación ha provocado como decíamos un descenso en la actividad que ha provocado a su vez que muchas empresas hayan tenido que recurrir a diversas fórmulas, ofrecidas por el derecho del trabajo, para intentar ajustar el número de trabajadores a la carga de trabajo reducida a consecuencia de la pandemia. Los legisladores de los distintos países europeos y de nuestro entorno han ido adaptando los mecanismos existentes en cada ordenamiento jurídico, para hacer frente a la situación con un único objetivo, el de aliviar la situación grave en la que se encontraban- y encuentran aún muchas empresas- y a su vez intentar

que el nivel de empleo se resintiese lo menos posible.

Con carácter general, la regulación temporal de empleo ha sido el mecanismo elegido en la mayor parte de los países de nuestro entorno para intentar paliar la situación, ya sea en la denominación de *Erte* en España; *Lay Off* en Portugal; *Furlough Leave* en UK; *Homage Partiel* en Francia; *Kurzbeitegel* en Alemania; *la Cassa Intergrazione* en Italia.; *Noodfonds Overbrugging Werkgelegenheid* en los Países Bajos o *Reducerea temporara a activitatii* en Rumanía.

Es aquí precisamente, donde el *compliance* laboral o “*labor compliance*” se vuelve relevante, si entendemos este, como un sistema de control interno para la prevención, identificación y gestión de los riesgos de incumplimiento de la normativa sociolaboral, con la finalidad de prevenir conductas que tengan efecto dañino para la empresa, o que impliquen responsabilidades de diversa índole, así como riesgos reputacionales en un área sensible como es la de las relaciones laborales.

No ha sido tarea fácil durante la pandemia, identificar y evaluar los riesgos y diseñar posteriormente los controles adecuados, que permitieran erradicar los posibles incumplimientos en materia sociolaboral. Nos encontramos con que ha habido una proliferación normativa muy extensa, en un periodo de tiempo muy corto y a veces, con una técnica legislativa mejorable, lo que ha provocado diversos criterios interpretativos de las normas y rectificaciones que se han ido publicando, mientras que paralelamente, las empresas han tenido que ir tomando decisiones rápidas, ajustándolas tanto a las necesidades productivas de la misma, como a la nueva normativa en vigor.

Las dudas e interrogantes, han sido una constante en todos los países de nuestro entorno. En el régimen del *lay off* simplificado portugués existieron muchas dudas acerca de la posibilidad de finalizar contratos temporales, estando la empresa afectada por esta regulación temporal de empleo, lo que supondría el incumplimiento de garantía de empleo, a tenor de lo dispuesto en Decreto-Lei portugués nº 10-G/2020. Finalmente, el legislador portugués tuvo que decantarse por permitir tal medida en las empresas. No fue Portugal el único país en el que existió tal duda, lo mismo sucedió en nuestro país, a consecuencia de la ya famosa disposición adicional sexta del RD-Ley 8/2020 que estableció la obligación de las empresas de la “salvaguarda del empleo” siendo posteriormente interpretada esta cláusula, por el criterio no vinculante de la Dirección General de trabajo (DGT-SGON-919CRA) dando la misma solución que el legislador portugués.

Pero las incertidumbres no solo se dieron en estos dos países del Sur, así en Reino Unido el esquema del *Furlough Leave* generó muchas dudas de inicio y posterior malestar en las empresas, dado que únicamente a partir del mes de julio, cuando ya muchas empresas habían iniciado la desescalada, se permitió la medida de regulación temporal de empleo a media jornada o por horas en función de las necesidades empresariales, sin posibilidad de hacerlo en un momento previo.

En el caso de Alemania planteo dudas la posible aplicación del *Kurzbeitegel* a los que se han venido a llamar “*minijobs*” o “*mini-Jobbers*” es decir, trabajos a tiempo parcial, que son remunerados como máximo, con 450 euros al mes. Estos al no tener prestación de desempleo, no pudieron beneficiarse de la regulación temporal del empleo a través del *Kurzbeitegel*.

Como vemos la gravedad de la situación y la necesidad de abordar

medidas urgentes para paliarla en los distintos países, han provocado cierta inseguridad jurídica y como consecuencia una compleja dificultad en la labor de *compliance*, con relación a la identificación y análisis de los riesgos de incumplimiento socio laboral en las empresas, teniendo en cuenta, además, que éstas, han tenido que tomar decisiones sobre la marcha, anticipándose en muchos casos a las previsiones normativas aprobadas por los gobiernos.

A todo esto, hay que sumarle que, con esta proliferación normativa, se ha producido un aumento de los focos de riesgo, aumentando en consecuencia las posibles áreas de impacto en las que puede verse afectada la empresa, es decir nuevos requisitos normativos, con nuevos riesgos de incumplimiento.

Así por ejemplo en el caso español la covid-19 ha traído novedades de calado: la necesidad de negociar previamente los *ertes* por causas objetivas con los sindicatos más representativos del sector en caso de inexistencia de representación de los trabajadores en el centro de trabajo; la prohibición de reparto de dividendos en las empresas en el año fiscal en el que se hayan acogido a un *Erte* de fuerza mayor; la aparición del permiso retribuible recuperable; la modificación del concepto de situación legal de desempleo para proteger a los trabajadores, y todo ello aderezado con el anuncio de la autoridad laboral de que revisará de oficio todos los *ertes* y obligará a devolver las bonificaciones a las empresas que cometan irregularidades.

Las novedades también han sido intensas para las empresas y los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales. Se han establecido una serie de normas y recomendaciones que fue necesario implantar y supervisar dentro de la empresa, tales como distancia de seguridad, o la utilización de elementos de protección frente a la transmisión del virus,



entre otras.

Las novedades han sido intensas también en el resto de los países, así en el caso portugués: se modificó excepcionalmente el sistema disciplinario laboral, pasando a ser faltas justificadas en la empresa las relacionadas con la asistencia a familiares infectados por Covid-19 y sin que entrasen en el cómputo-límite de faltas previstas para estos casos en los artículos 50.º y 252.º del Código do Trabalho. También en el caso italiano el real decreto ley 17 marzo 2020 vino a prohibir los despidos objetivos individuales por un periodo de 60 días.

Como vemos, la irrupción de la covid-19 está teniendo un enorme impacto en materia sociolaboral en los países de nuestro entorno. Las empresas y los operadores jurídicos se han tenido que enfrentar diariamente a situaciones, donde no siempre fue posible conocer de antemano las respuestas jurídicas. Con esta incertidumbre, la erradicación del riesgo cero, se presenta una labor más que compleja, pero se entiende que el objetivo debe estar encaminado, a efectos de poder operar en el mercado, a reducir los riesgos sociolaborales a los mínimos posibles, en condiciones razonablemente asumibles.

Queda por ver, como las nuevas modificaciones legislativas temporales introducidas en las legislaciones de los distintos estados, influirán en el contexto sociolaboral de las empresas. El teletrabajo, las reuniones online, las medidas preventivas a consecuencia de la pandemia son acciones que han tenido que tomar las empresas y que podrían marcar una tendencia futura al incorporarse definitivamente y de forma habitual, a la cultura empresarial.

”

No ha sido tarea fácil durante la pandemia, identificar y evaluar los riesgos y diseñar posteriormente los controles adecuados, que permitieran erradicar los posibles incumplimientos en materia sociolaboral.”

Si el título de este breve trabajo tuviera que ser más fiel con su contenido, sobre todo para que el lector tenga una idea más precisa de lo que en él se va a desarrollar, la pregunta que se formula como título debería de ser más extensa :

¿ Se pueden emprender acciones penales, mínimamente fundadas, contra el gobierno de España, o contra alguno de sus miembros, por no haber sido diligentes en la gestión de contención de la pandemia y, de esa forma, haber podido facilitar una extensión mayor de la misma, pudiéndoseles, por tanto, responsabilizar, a título imprudente, de las muertes que se han producido?

Durante el período del confinamiento, en varios momentos, la prensa se ha hecho eco de acciones penales emprendidas contra los miembros del Consejo de Ministros, por su gestión inicial de la crisis del COVID-19, responsabilizándoles penalmente, no solo de la extensión de la pandemia en España sino, incluso, a título imprudente, de las muertes y lesiones de los contagiados.

Para determinar si una acción penal de esa naturaleza es posible, lo primero que habría que analizar son las obligaciones

¿PUEDE EXISTIR RESPONSABILIDAD PENAL EN LA GESTIÓN DEL COVID-19?



Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal
Abogado en Del Rosal & Adame Abogados

que, en ese ámbito, le corresponden al gobierno.

En el ámbito de la vigilancia de la salud pública, al gobierno de España, a través del Ministerio de Sanidad, le corresponde, con carácter exclusivo, conforme a lo establecido en el art. 14 de la Ley 33/2011, «la gestión de alertas de carácter supra autonómico o que puedan trascender del territorio de una comunidad autónoma» y «la gestión de alertas que procedan

de la Unión Europea, la Organización Mundial de la Salud y demás organismos internacionales y, especialmente, de aquellas alertas contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su caso, en coordinación con las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla» adaptadas a cada organización, a los cambios normativos y operativos, interconectados entre si y ser capaces de generar una cultura de compliance.



Además, en materia de salud pública, a las Administraciones Públicas les compete, como obligación frente a los ciudadanos, informarles sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto, de modo que si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con carácter urgente [art. 4, apartado c), de la Ley 33/2011]; así como informarles sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población, información que incluirá una valoración de su impacto en la salud, de las medidas que adopten las Administraciones sanitarias al respecto y de las recomendaciones para la población (art. 10 de la Ley 33/2011). Finalmente, y dentro de los principios generales de acción en salud pública, debe de regir el principio de precaución, de modo que la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren [art. 3, apartado d), de la Ley 33/2011].

Por su parte, el art. 6 de la Ley 14/1986, ordena a las Administraciones Públicas Sanitarias que, en materia de salud de los ciudadanos, sus actuaciones estén orientadas, entre otros objetivos, a la promoción de la salud y a garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de estas.

Todas estas normas jurídicas configuran un potente sistema de mandatos a las Administraciones Públicas y, en materia de alertas sanitarias, como es el caso de una pandemia como la del COVID-19, al Ministerio de Sanidad y, por extensión, al gobierno de España; porque éste es el único competente para tomar determinadas decisiones (por ejemplo, a través de las delegaciones y subdelegaciones del gobierno, suspender manifestaciones públicas o eventos deportivos).

Existieron, antes de la publicación del RD 463/2020, que declaró el estado de alarma, alertas sanitarias de la Unión Europea o de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, "OMS"), que hubieran tenido que determinar la adopción de medidas, que no se adoptaron, mucho antes del 14 de

marzo. Así, ya en el Informe de Situación núm. 7 de la OMS, que está datado el 27 de enero de 2020, se incluía, entre los objetivos estratégicos de respuesta al coronavirus, la *prevención de eventos que pudieran amplificar la transmisión*, como, lógicamente, pueden ser las grandes concentraciones humanas en manifestaciones, espectáculos públicos, reuniones públicas, etc., objetivo estratégico que se siguió repitiendo y manteniendo en informes de situación posteriores.

El 30 de enero de 2020, la OMS declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional, provocada por el COVID-19, según la nomenclatura del art. 1 del Reglamento Sanitario Internacional (2005), lo cual implicaba que se estaba produciendo un evento extraordinario que, de acuerdo con lo establecido a través de procedimientos concretos, constituía un riesgo para la salud pública a causa de la propagación de la enfermedad y que podría exigir una respuesta coordinada entre países.

Por otra parte, en un informe datado el 2 de marzo de 2020, del Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades, bajo el título *Outbreak of novel coronavirus disease 2019 (COVID-19): increased transmission globally-fifth update*, se contienen, entre otras, una serie de recomendaciones, de entre las que nos interesa destacar dos grupos de ellas; (i) las relativas a la comunicación del riesgo y (ii) las relativas a las concentraciones masivas de personas. En relación con las primeras se señala que «es de primordial importancia que el público en general sea consciente de la seriedad del brote del COVID-19. Un alto grado de comprensión de la población, compromiso comunitario y aceptación de las medidas impuestas (incluyendo una más rigurosa distancia social) son esenciales en la prevención de la extensión» (pág. 9). En relación con las segundas, se señala que «las concentraciones masivas de personas, como los eventos deportivos, los conciertos, los actos religiosos y las conferencias incrementan los contactos cercanos entre las personas por largos períodos de tiempos, a veces en espacios reducidos. Por tanto, las concentraciones de personas pueden llevar a introducir el virus en la comunidad anfitriona del evento y/o facilitando la transmisión del virus y su difusión. Las medidas para reducir el riesgo existente por las concentraciones masivas deben incluir la distancia interpersonal para evitar aglomeraciones y medidas organizativas, como la cancelación o la postergación

del evento».

Igualmente, desde el Informe de Situación núm. 7 de la OMS, que está datado el 23 de enero de 2020, se recomendó a los países preparar el equipamiento de suministros y productos médicos necesarios para la identificación y el manejo de pacientes confirmados y un documento de la OMS, titulado *Operational Planning Guidelines to Support Country Preparedness and Response*, fechado el 12 de febrero de 2020, recomendaba a los gobiernos revisar las cadenas de control y los sistemas de gestión de los suministros médicos y otros suministros esenciales, para estar preparados, como se recomendaba incentivar e impulsar la producción local.

Estas alertas no sirvieron ni para que los suministros estuvieran preparados en suficiente cantidad ni para que se informara debidamente de los riesgos reales de contagio ni de las dimensiones de la extensión de virus, incluso se alentó, desde el gobierno, acudir a las manifestaciones del 8 de marzo y permitiéndose otras manifestaciones masivas, como eventos deportivos y reuniones públicas de naturaleza política. Incluso, se permitieron viajes a eventos deportivos en el extranjero (expandingo el virus más allá de nuestras fronteras), como se permitió que vinieran personas desde Italia, importándolo de forma masiva. Tampoco se adoptaron las medidas de contención debidas, hasta la declaración del estado de alarma, e, incluso, en esa ocasión, se cometió el error de anunciarse su declaración con una antelación de más de veinticuatro horas, lo que permitió el desplazamiento de muchas personas desde Madrid a las playas del levante o del Sur y la permitiendo el regreso de estudiantes desde la capital hasta sus residencias familiares, propiciando, igualmente, la extensión del virus.

Desde mi punto de vista, la persecución penal de esta conducta gubernamental puede tener un encaje más viable y otro claramente inviable.

El primero —el encaje más viable— sería la exigencia de responsabilidad como posible delito contra los derechos cívicos reconocidos por la Constitución del art. 542 del CP.

Hay que tener presente que la doctrina entiende, por regla general, que con la expresión "derechos cívicos" el legislador ha querido aludir a los derechos de naturaleza política, criterio que ha acogido

también el Tribunal Supremo, que, por ejemplo, en una temprana sentencia de 23 de marzo de 1983, afirmaba que el tipo protegía aquellos derechos que representan el ejercicio de determinadas actividades rayanas en los derechos políticos y fundamentales de la persona (más que los derechos propiamente civiles), que se recogen en el capítulo II del título I de la Constitución. Como quiera que, en el art. 43 de la CE, se reconoce el derecho a la protección de la salud, siendo competencia de los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, el derecho a la salud encuentra protección en ese tipo.

Por otra parte, hay que tener presente que en la CE se desarrolla una muy determinada visión de la salud como uno de los derechos fundamentales, que ha servido, después, para elaborar la posterior Ley General de la Sanidad. En esa visión, todas las normas relativas a la

salud, tanto las de rango superior como las que inciden en el nivel nacional o en el local, pretenden conseguir que todas las personas alcancen plenamente su potencial de salud, mediante la promoción y protección de este derecho, a lo largo de toda la vida, y tratando de reducir la incidencia de las principales enfermedades, así como el sufrimiento que las origina.

Esto puede resumirse en tres valores fundamentales: (i) la salud como derecho fundamental de los seres humanos; (ii) la equidad, en materia de salud y solidaridad de acción entre todos los países; y (iii) la participación y la responsabilidad de las personas, los grupos, las instituciones y las comunidades, en el desarrollo continuo de la salud.

Así, todos los ciudadanos tienen derecho no sólo a ser asistidos por los servicios de salud para su curación y rehabilitación, sino también a ser el objeto de políticas

de información para la prevención de las enfermedades.

Por eso, ese derecho a la protección de la salud incluye el derecho a que los ciudadanos sean informados sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto, de modo que, si el riesgo es inmediato, la información se proporcionará con carácter urgente. Igualmente, incluye el derecho a que, si existen indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, se determine la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren.

Al no haberlo hecho así, el gobierno, en nuestra opinión, estaba impidiendo, a sabiendas, el ejercicio del derecho a la salud, pues no cabe ejercer tal derecho si no se está debidamente informado de los factores que influyen en el nivel de salud de la población, y, por tanto, estaba atentando contra uno de esos derechos cívicos amparados por ese precepto del CP.

El segundo -el encaje más claramente inviable- sería a través de los delitos de homicidio o lesiones imprudentes, de los arts. 142 y 152 CP, por las muertes y lesiones causadas por el contagio padecido en dichos eventos no evitados o, incluso, en los contagios padecidos por



el desplazamiento indebido de población contagiada a otros lugares.

La posible responsabilidad penal en el caso de fallecimientos o lesiones por contagio del COVID-19, tanto en sus propios domicilios, como residencias de mayores o discapacitados, como en centros hospitalarios, son supuestos de responsabilidad penal por omisión, ya que, en ellos, no se valoran conductas activas de causación de la muerte o lesiones, sino comportamientos que tienen que ver, precisamente, con lo contrario, con la falta de una actividad positiva que conjurara un peligro preexistente o que evitara la aparición de ese riesgo para el bien jurídico.

La jurisprudencia del TS ha exigido (entre otras, SSTs núms. 320/2005, de 10 de marzo; 37/2006, de 25 de enero; 213/2007, de 15 de marzo; 234/2010, de 11 de marzo; 64/2012, de 27 de enero; 325/2013, de 2 de abril; 25/2015, de 3 de febrero; o 482/2017, de 28 de junio), para que proceda aplicar la cláusula omisiva del art. 11 del CP, en relación con un delito de homicidio o de lesiones imprudentes, los siguientes requisitos: a) que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley; b) que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 del CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación; c) que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales; d) que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; e) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico.

Doctrinalmente, a partir de lo establecido en el art. 11 del CP, se está de acuerdo con que los requisitos de la imputación

a título de comisión por omisión requieren que el sujeto activo no haya actuado para evitar un resultado lesivo, que éste se encuentre, además, en relación con el bien jurídico, en una posición de garante, que la omisión pudiera hacerse equivalente a la acción y que el sujeto haya tenido la posibilidad de evitarlo. A partir de estos presupuestos comunes, a la hora de dotar de contenido a cada uno de esos requisitos, la doctrina se pone de acuerdo en muy pocas cosas.

Quizás por la ausencia de un referente ontológico en la omisión, concretamente de su elemento principal, constituido por el deber de garante, determina la profunda discrepancia que reina en derecho penal acerca de cuáles son los deberes de garante cuya infracción permite una imputación a título de comisión por omisión. Por lo demás, el legislador nunca ha intentado tipificar expresamente estos delitos, quizás porque no sea posible, provocándose una deslegalización de la omisión inpropia, concretamente, del deber de garante, que fundamenta una responsabilidad por este título.

Ahora bien, dicho lo anterior, la persecución penal por esta vía exigiría, lógicamente, y como primer requisito, que se convierta en presupuesto esencial de cualquier posible atribución de responsabilidades penales, demostrar que los contagios individuales fueron consecuencia de la concurrencia a esos eventos, que deberían haber sido prohibidos, y que la persona que acudió no era consciente del riesgo que corría, tarea no sencilla. Sobre todo, porque no basta con estimaciones genéricas (por ejemplo, Orea y Álvarez, *How effective has been the Spanish lockdown to battle COVID-19? A spatial analysis of the coronavirus propagation across provinces*, FEDEA, Documento de Trabajo 2020/03) sino que deberían de demostrarse los casos en particular que se sometían a consideración.

Finalmente, la posibilidad de perseguir por un delito de prevaricación a los delegados del gobierno, como ha sido, por ejemplo, el caso del delegado del gobierno de Madrid, como, inicialmente, se hizo por un Juzgado de Instrucción de Madrid, por no haber impedido las manifestaciones del día 8 de marzo, era, desde el inicio, una vía destinada al fracaso, sobre todo, a la vista de cómo

se regula el derecho de reunión en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, si no se encontraba una indicación expresa del riesgo para la salud por parte de las autoridades sanitarias.

Lo cierto y verdad es que el CP español no prevé ningún tipo penal a través del cual poder exigir responsabilidades penales explícitas a los gobiernos, ya sea el gobierno de la Nación, ya a los gobiernos regionales, en el caso de gestiones calamitosas de crisis pandémicas o de crisis sanitarias de gran entidad. Posiblemente, al menos en parte, porque esta es una situación tan imprevisible que no es fácil que un legislador se anticipe de forma tan visionaria a los tiempos de crisis. Pero, seguramente, también es poco imaginable que un gobierno de la Nación impulse una reforma penal de tal naturaleza.

Por ello, la vía penal no parece la más adecuada para exigir responsabilidades frente a la gestión de la crisis al gobierno de la Nación.

Cosa diferente son las responsabilidades penales que tienen que ver las muertes o las lesiones por contagio del COVID-19 por causa de la falta de medios de protección o de medidas de seguridad en el caso de funcionarios civiles o militares, ya fueron estos miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, miembros de Protección Civil, personal sanitario, etc., en donde el CP es, sin embargo, mucho más preciso y exigente. Y, en este caso, las responsabilidades penales sí se les pueden exigir tanto a los titulares de departamento del gobierno de la Nación, como, sin duda, a los responsables de departamentos de gobiernos regionales o responsables de corporaciones locales.

LA INTEGRIDAD, LA TRANSPARENCIA Y LAS MEDIDAS

PREVENTIVAS COMO PILARES DE SISTEMAS DE PREVENCIÓN DEL FRAUDE



Francisco Javier Bernabeu Aguilera

Socio Director Audiel Auditores y Consultores, S.L.
Presidente de la AEAEC.



De acuerdo con la OCDE¹, la integridad se constituye como uno de los pilares de las estructuras políticas, económicas y sociales de un país, siendo una piedra angular de la buena gobernanza. Si nos referimos a la gobernanza y el concepto de gobierno corporativo, como concepto sobre el que pivotan los sistemas de lucha contra la corrupción empresarial, la misma surgió hace décadas en los países del oeste europeo, en Estados Unidos, Canadá y Australia, como respuesta a las exigencias de información de los accionistas minoritarios, y dando como resultado, múltiples códigos de buen gobierno que recogen los principios, normas y procedimientos que regulan el diseño la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de las organizaciones

Recientemente se ha publicado la revisión² del Código del Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (CNMV, 2020), que pretende velar por el funcionamiento de los órganos de gobierno de las empresas españolas, con la finalidad de que las empresas españolas alcancen altas cotas de competitividad; se genere confianza y transparencia a accionistas e inversores, el conocido como “mercado”; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa, así como asegurar una adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas.

Por tanto, tanto el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, como el resto de códigos existentes, están, necesariamente, muy vinculados con la integridad de las organizaciones, y, por tanto, con el fraude y la corrupción en las mismas.

La importancia del fraude y la corrupción en las organizaciones, así como el impacto que tienen en los mercados nacionales e internacionales, estas prácticas lesivas y delitos económicos desarrollados en el marco de la actividad empresarial, no plantea dudas, habiéndolo corroborado diversos estudios, a los que más adelante nos referiremos, que requieren de los gobiernos de los países y de las distintas organizaciones internacionales, dar respuestas adecuadas para la reducción o eliminación de estas prácticas.

Ya, a mediados de los 80 en EEUU, se había constatado la necesidad de luchar contra la información financiera fraudulenta, y desde finales de los 90, distintas organizaciones internacionales

¹ Manual de la OCDE sobre Integridad Pública. 2020. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/8a2fac21-es/index.html?itemId=/content/publication/8a2fac21-es>

² Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de febrero de 2015 de la CNMV, revisado en junio de 2020.

como la OEA, OCDE, la ONU, así como la Unión Europea, han venido desarrollando convenios para la lucha contra la corrupción, como es el caso de la Convención interamericana contra la corrupción en 1996 (OEA); el convenio de la OCE contra la corrupción de 1997; el convenio penal contra la corrupción del Consejo de Europa en 1999 o el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción en 2003.

Cuestiones como definición de la corrupción, responsabilidad penal de las personas jurídicas o definición de los delitos más significativos (cohecho, soborno, tráfico de influencias, etc.), así como conceptos tales como sanciones y cooperación, se repiten y se van clarificando en estos convenios.

En cumplimiento del convenio de la OCDE se han venido adaptando las normas de los distintos países, combinando las medidas coercitivas o sancionadoras, con medidas preventivas destinadas a modificar la cultura empresarial, a mejorar la ética en los negocios y en los miembros de las organizaciones.

Los años transcurridos demuestran que la gestión de los riesgos de fraude y corrupción se realiza de una manera más eficiente mediante el establecimiento de controles preventivos destinados a detectar cumplimientos no adecuado y a evitar que se produzcan. Las medidas sancionadoras cumplen su función, pero llegan siempre **después** de la comisión del fraude, y su impacto en la cultura de la organización, difícilmente se alinea con los valores de la misma.

Siendo el seno de las organizaciones donde el impacto del fraude y la corrupción puede causar mayores daños a la actividad empresarial y donde, necesariamente, hay que incidir en el marco de las medidas preventivas a que nos hemos referido, la **transparencia** se configura como un elemento fundamental, tanto a nivel de un adecuado reporting integrado, como una adecuada comunicación a todos los niveles de la organización.

No obstante, a pesar de los mecanismos que se han ido adoptando para evitar el fraude y la corrupción, los casos de corrupción han seguido saliendo a la luz. Así, en grandes corporaciones; entre los años 2008 a 2016, de acuerdo con la publicación *Liability of Legal Persons for Corruption Offences* (Consejo de Europa, mayo 2020), Estados Unidos recaudo 4.700 millones de dólares de corporaciones involucradas en 10 de los más grandes casos de soborno extranjero



en dicho período. Esta tendencia continuó en 2017 y 2018, donde las acciones de cumplimiento relacionadas con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), hasta septiembre de 2019, dejó los siguientes casos, entre otros:

- Petróleo Brasileiro SA- Petrobras, Brasil: \$ 1.78 mil millones en 2018
- Telia Company AB, Suecia: \$ 965 millones en 2017.
- Siemens AG, Alemania: US \$ 800 millones en 2008.
- VimpelCom, Holanda: \$ 795 millones en 2016.
- Alstom, Francia: US \$ 772 millones en 2014.
- Société Generale SA, Francia: \$ 585 millones en 2018.
- KBR / Halliburton, Estados Unidos: US \$ 579 millones en 2009.
- Teva Pharmaceutical, Israel: \$ 519 millones en 2016.
- Keppel Offshore & Marine Ltd, Singapur: \$ 422 millones en 2017.
- Och-Ziff, Estados Unidos: \$ 412 millones en 2016.

Si nos referimos a los fraudes en la información financiera, íntimamente ligada con la transparencia y el reporting a los propietarios, ya en 1985 cinco de las principales asociaciones de

profesionales de la contabilidad de EEUU patrocinaron conjuntamente la realización de un estudio para tratar de identificar las causas que pueden dar lugar a la emisión de información financiera fraudulenta y proponer medidas para reducir su incidencia.

- American Accounting Association (AAA).
- American Institute of Certified Public Accountants (AICPA).
- Financial Executives Institute (FEI).
- Institute of Internal Auditors (IIA).
- National Association of Accountants (NAA), actualmente transformada en Institute of Management Accountants (AMI).

En resumen, a pesar de que los sistemas de gobernanza y control del fraude en las organizaciones aporten respuestas frente al fraude interno; los mecanismos que con ayuda de la tecnología cada vez más sofisticada, desarrollan los esquemas del fraude, ponen de manifiesto las debilidades intrínsecas de que adolecen los sistemas de gobernanza y control del fraude, que como ya adelantamos, no deben basarse exclusivamente en inversiones tecnológicas costosas sino en la fortaleza una cultura ética corporativa debidamente arraigada en las organizaciones y extendida a los propios propietarios, ejecutivos, y representantes de las organizaciones.

DEFINICIÓN DE FRAUDE

La Comisión Nacional sobre Información Financiera Fraudulenta, también conocida por el nombre de su presidente como **Comisión Treadway**, compuesta por seis expertos independientes asistidos por un Comité Asesor, definió a la información financiera fraudulenta como *“la conducta intencionada o descuidada, ya sea por acción u omisión, que desemboca en la distorsión de los estados financieros”* (AICPA, 1987).

Esta definición implica manipulación, falsificación o alteración de documentos y registros contables, incluyendo la realización intencionada de estados financieros erróneos, tanto en la presentación, como contenido.

De la Comisión Treadway, surgió COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway) constituida para proporcionar liderazgo frente a tres temas interrelacionados: la gestión del riesgo empresarial (ERM), el control interno, y la disuasión del fraude.

En el sentido más amplio, el fraude puede abarcar cualquier delito que utiliza el engaño como su principal modus operandi. Más específicamente, el fraude se define por el Black’s Law Dictionary como: *“Una declaración falsa a sabiendas de la verdad o la ocultación de un hecho material para inducir a otro a actuar a en su detrimento”*.

Por tanto, el fraude incluye cualquier acto intencional o deliberado de privar a otro de una propiedad o dinero por la astucia, el engaño, u otros actos desleales, por lo que podríamos realizar una primera distinción entre los tipos de fraude atendiendo a su naturaleza:

- El fraude destinado a la malversación de activos de la empresa.
- La presentación de información financiera fraudulenta con la intención de alterar las cuentas anuales.

LA PIRÁMIDE DEL FRAUDE³

De acuerdo con la definición realizada por la Asociación de Examinadores de Fraude Certificados (ACFE), tres son las condiciones que, generalmente, están

presentes cuando existe fraude:

- La existencia de un incentivo o elemento de presión para cometer fraude;
- La percepción de una oportunidad para cometer fraude; y
- La capacidad de racionalizar la acción fraudulenta



Estas condiciones, que definen el conocido como el triángulo del fraude, se originó a partir de la hipótesis de **Donald Cressey⁴**:

“Las personas de confianza se convierten en violadores de confianza cuando se conciben a sí mismos teniendo un problema financiero que no es compartible, son conscientes de que este problema puede ser resuelto en secreto violando la posición de confianza financiera que tienen, y son capaces de aplicar a su propia conducta en esa situación, verbalizaciones que les permitan ajustar sus concepciones de sí mismos como personas de confianza, con sus concepciones de sí mismos como usuarios de los fondos o propiedades encomendadas”.⁽¹⁾

La **percepción** de la necesidad económica | Motivación

La persona tiene problemas financieros que no puede resolver por medios legítimos por lo que recurre a un acto ilegal, como robar efectivo o falsificar los estados contables, como una forma de resolver su problema. El problema financiero puede ser personal o profesional.

Algunos ejemplos de situaciones de presión comunes que conducen a las personas a cometer un fraude incluyen:

- Imposibilidad de pagar las facturas.

- Adicción a las drogas o el juego.
- Necesidad de alcanzar unas ganancias para mantener a los inversores.
- Necesidad de alcanzar unos objetivos de productividad.
- Deseos de tener un estatus de vida superior, con una casa más grande un coche más bonito, etc.

El fraude -sea apropiación indebida o información financiera fraudulenta- viene acompañado de un incentivo o de un elemento de presión para cometerlo, así como de la existencia de una oportunidad para poder llevarlo a cabo y de la racionalización de lo que se hace. Los incentivos pueden ser muy diversos, pueden tener su origen en presiones internas de alcanzar determinados objetivos, o por el simple hecho de querer vivir mejor o más desahogadamente.

La **oportunidad** define el método por el cual se realizará el fraude, dado que el defraudador identificará de qué manera podrá cometerlo asumiendo una baja percepción de riesgo de ser descubierto.

La percepción de que existe dicha oportunidad parte de la posición del propio defraudador que considera que, atendiendo a aquella posición o al conocimiento de las debilidades del sistema de control interno, podrá eludir los controles establecidos sin mayor dificultad.

La tercera pata del triángulo del fraude es la **racionalización**, ya que la mayoría de las personas tienen unos principios que les exige tratar de justificar o racionalizar su actitud:

- “Solo estoy tomando prestado el dinero
- “Me lo deben porque me lo merezco”
- “Es porque mi familia lo necesita”
- “No me pagan lo suficiente para el trabajo que hago

El documento elaborado por el Consejo de Europa, en mayo de 2020, denominado *Liability of Legal Persons*

³ <https://acfe-spain.com/recursos-contr-fraude/que-es-el-fraude/triangulo-del-fraude>

⁴ Donald R. Cressey, Dinero de los demás (Montclair: Patterson Smith, 1973) p.30

for Corruption Offences, determina que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es especialmente valiosa en el ámbito de la corrupción, donde el soborno sin restricciones puede ser un negocio rentable. En este sentido, los retornos obtenidos por la identificación de sobornos son, de promedio, diez veces menores que los beneficios obtenidos por el mismo, mientras que se estima que el 15% de las corporaciones de todo el mundo, piensan que está justificado sobornar bajo ciertas circunstancias.

SITUACIÓN DEL FRAUDE EN EL MUNDO

Diversos son los estudios que, periódicamente, se realizan sobre la situación del fraude en el mundo y determinan, en algunos casos, qué actuaciones se deben seguir con el objeto de reducirlo.

En este artículo, nos centraremos en aquellos estudios que hemos considerado más representativos y que aportan información relevante para tomar conciencia de la situación real del fraude en el mundo. Así, haremos una breve referencia a:

- Report to the Nations, de ACFE.
- Global Economic Crime and Fraud Survey 2018
- Transparencia Internacional

Report to the Nations⁵ | ACFE

El estudio global sobre fraude y abuso ocupacional⁶ de 2018 se basa en el análisis de 2.690 casos de fraude investigados entre enero de 2016 y octubre de 2017 realizado por ACFE. De este estudio podemos destacar aquellos aspectos que ponen de manifiesto la situación del fraude a nivel internacional, incluyendo una desagregación por tipología de fraude, como de sectores más afectados.

Aspectos claves identificados

- El estudio se ha realizado sobre 2.690 casos reales de fraude, en 125 países y 23 industrias.
- Más de 7 Billones de dólares en pérdidas, con una media de

130.000 dólares de pérdidas por caso y un 22% de casos en los que las pérdidas han superado el millón de dólares.

- La media de duración del fraude ha sido de 16 meses hasta su detección.
- La corrupción es el esquema básico más repetido.
- La apropiación indebida es de los esquemas de fraude más repetido, pero menos costoso (89% de los casos)
- Los esquemas de fraude financiero son los menos repetidos pero los más costosos (10% de los casos).
- La detección de los casos de fraude se produce, fundamentalmente, por denuncias (40%), por revisiones internas (13%) y por auditoría interna (15%).

Siendo los aspectos clave del estudio los definidos en párrafos anteriores, la conclusión más importante que se obtiene es que el fraude es un problema generalizado que afecta, en todo el mundo, a las organizaciones de todo tipo y tamaños, en todas las partes del mundo.

Encuesta del fraude en el mundo

Con datos referidos a 2016 y 2017 y aun cuando los esquemas de fraude se perfeccionan con rapidez asombrosa, la información aportada por la encuesta es útil, no sólo para conocer la situación del fraude en un momento dado, sino para entender cómo se produce éste y dónde se encuentran los riesgos más significativos que debieran ser gestionados por las organizaciones.

El objetivo del informe es recopilar información respecto de i) los métodos de fraude más usuales; ii) los medios de detección de dichos fraudes; iii) tipo de organizaciones objeto del fraude; iv) características de las personas que cometen fraude; y, v) las características de los defraudadores, las conclusiones son relevantes y prácticas, de ahí que la información aportada resulte útil y relevante.

Uno de los instrumentos desarrollados por ACFE para el análisis del fraude es el denominado *Árbol del Fraude*, en el que se describen los diferentes tipos de fraudes clasificados en las siguientes categorías:

- Corrupción
- Apropiación indebida
- Falseamiento de datos económico-financieros

Dentro de esta clasificación, la corrupción es una de las más importantes por su trascendencia y no sólo su efecto económico, sino las derivaciones que, de la misma, pudiera tener para la Sociedad.

Análisis de datos

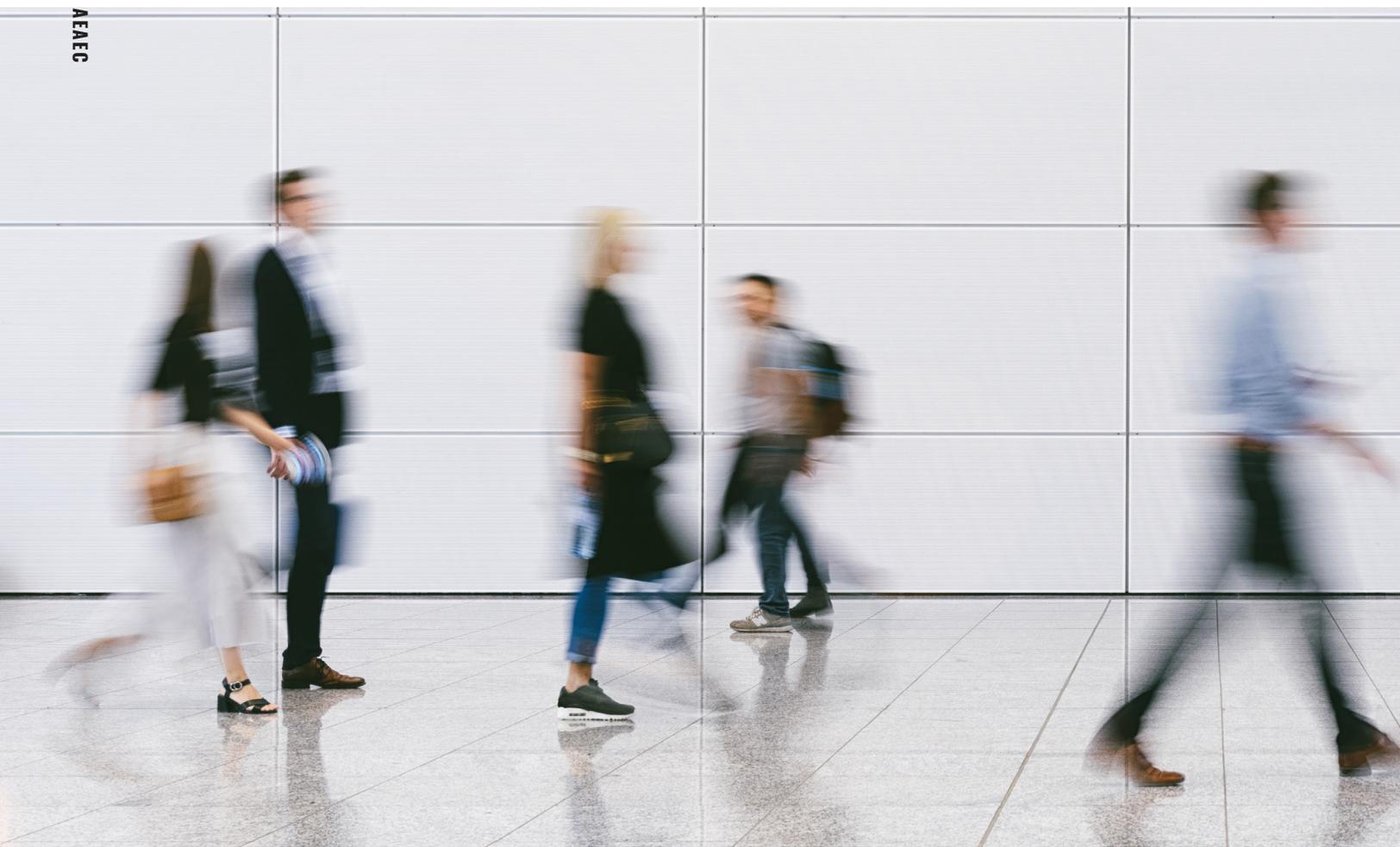
Dentro de los métodos de fraude utilizados más comunes, se encuentra la apropiación indebida, - con un 89% de los casos y una pérdida promedio de 100.885 EUR, la corrupción, con un 38% de los casos y una pérdida promedio de 221.238 EUR, y el fraude financiero, con un 10% y un coste promedio de 707.950 EUR. Normalmente, estos fraudes no se producen de manera aislada, sino que suelen darse de manera conjunta en diversos esquemas, así, la apropiación indebida exclusivamente, se produce en un 57% de los casos y, conjuntamente, con la corrupción, en un 23% de los casos. La corrupción, de manera aislada, sólo en un 9% de los casos, pero combinada con apropiación indebida y fraude financiero, en un 4%.

Si nos centramos exclusivamente en los casos de apropiación indebida, la manipulación de cheques y medios de pago, representan el 12% de los fraudes, con una pérdida promedio de 135.000 EUR; la facturación falsa representa el 20% de los casos, con pérdidas promedio de 88.500 EUR; transacciones no monetarias, con un 21% de los casos y pérdidas promedio de 86.700 EUR; y, entre otros, pagos en efectivo, que representan el 15%, con pérdidas promedio de 17.700 EUR.

Los distintos fraudes, sobre la base de aquellos que han sido finalmente detectados, resultan identificados, fundamentalmente, gracias a las denuncias (40% de los casos), quedando en manos de los controles internos, a través de la auditoría interna y la revisión financiera, con un 15% y 13%

⁵ En Adelante, cualquier referencia a este informe: 2018 Report to the Nations. Copyright 2018 by the Association of Certified Fraud Examiners, Inc

⁶ Fraude cometido usando la posición laboral del empleado



respectivamente, y, en un conjunto adicional de medios que incluye la identificación por accidente, el resto de métodos de identificación del fraude.

No existen distinciones entre las organizaciones objeto de fraude, si bien, menos del 9% son empresas no lucrativas, y el sector privado viene siendo objeto de fraude con mayor probabilidad de ocurrencia que el sector público. Las empresas privadas sufrieron las mayores pérdidas promedio, con 145.000 EUR, frente a las organizaciones sin ánimo de lucro, con una pérdida promedio de 65.000 EUR. Por sectores, encontramos que el sector servicios profesionales, acumula un promedio de pérdidas de 228.000 EUR, frente al sector de la educación con pérdidas por valor de 60.000 EUR promedio, y el sector *retail* con pérdidas promedio de 44.000 EUR.

En los últimos años se ha venido desarrollando un creciente interés por el desarrollo de protocolos contra el fraude y contra la corrupción, como factores que afectan, no solo a la propia empresa, sino a los mercados nacionales e internacionales.

Las organizaciones tienen que dar

respuesta a estos fraudes y, en muchos casos, los medios y procedimientos a implementar no se encuentran tan alejados de los medios disponibles, ni son tan costosos. El estudio concluye que, el mantenimiento de procedimientos de control adecuados, reduce significativamente la probabilidad y el impacto de los fraudes.

Respecto a las características de las personas ejecutoras de los fraudes, encontramos que el 19% de los casos se llevan a cabo por propietarios y ejecutivos, siendo en estos casos, el impacto significativamente superior al cometido por los empleados, que con un 44% de los casos, tienen un impacto de 44.000 EUR, frente a los 752.000 EUR de los primeros. Los mandos intermedios acumulan un 34% de los casos, con un impacto medio de 132.750 EUR.

Habiendo obtenido de la encuesta la certeza de que los fraudes se pueden cometer a cualquier nivel de la organización, en todos los sectores y por diversos medios, no es menos cierto que existe una concentración de riesgo y valoración de impacto elevada en determinadas posiciones y

organizaciones.

En este sentido las organizaciones deben implementar mecanismos para dar respuesta a estos riesgos y, las buenas prácticas contenidas en los códigos de buen gobierno, la integridad y la transparencia, deben reflejarse en los procedimientos de control y prevención adaptados a la organización que minimicen riesgos e impacto.

El estudio de ACFE ha puesto sobre la mesa los principales mecanismos de control implantados en las organizaciones y ha evaluado incluso el impacto en relación con organizaciones que no lo poseen.

Entre los controles antifraude más utilizados encontramos los códigos de conducta junto con las auditorías y controles externos, presentes en el 80% de las organizaciones. De los resultados del estudio se concluye que la revisión interna o externa de los estados financieros, el mantenimiento de departamentos o mecanismos de control interno, junto con sistemas de reporte y monitorización, son los procedimientos más comunes que se plantean como controles antifraude. La formación



específica en esta materia a trabajadores y directivos, *hotline* para denunciar situaciones anómalas o recompensas para los *whistleblowers* reducen significativamente su importancia en esta escala de procedimientos de control.

Esta situación podría evidenciar unos esquemas de respuesta tradicionales no orientados a la creación de una conducta ética e íntegra de la organización puesto que, un código de conducta sin una formación adecuada a todos los niveles, sin la existencia de confianza en los procedimientos de comunicación de fraudes, sin la integridad de sus promotores, pierde su eficacia desde el primer momento. No obstante, el hecho de que, por ejemplo, en Europa el 46% de los casos sean detectados por las denuncias recibidas, frente al 20% de las revisiones internas, es claramente indicativo de que los esfuerzos deben dirigirse hacia un enfoque diferente.

Global Economic Crime and Fraud Survey 2018⁷ | PWC

Los resultados de la encuesta de PWC se basa en el análisis de un total de 7.228 respuestas con origen en 123 territorios diferentes. Un 52% de los encuestados eran ejecutivos senior, el 42% representaban a sociedades cotizadas y el 55% eran sociedades con más de 1.000 empleados.

Uno de los resultados más llamativos de la encuesta es el constante aumento del fraude a lo largo de los años, habiendo obtenido la puntuación más alta de la serie, precisamente en el año del objeto del estudio. Así, el 49% de los encuestados manifiestan haber sido objeto de fraudes, frente al 36% en 2016, habiendo aumentado la comisión de fraudes en Europa de un 40% en 2016 a un 45% en 2018.

Otra conclusión importante, es el

compromiso que resulta en cuanto a la lucha contra la corrupción, manifestado en la intención de incrementar la inversión en la lucha contra el fraude, pasando de un 36% de los encuestados en 2016, a un 42% en 2018.

La encuesta confirma que los mayores riesgos de fraude se encuentran en la alta dirección, los cuales, además, son responsables de los programas de cumplimiento y la ética de la organización, lo que supone, además de un impacto económico, un importante impacto en la confianza y valores de los propios empleados; en la reputación de la organización y en las relaciones de negocios.

El Triángulo del Fraude al que nos hemos referido ya, muestra cómo los fraudes comienzan con un *incentivo* que, según el estudio, desde el interior de la propia organización provoca una actuación indebida por parte del empleado en un

⁷ PwC's 2018 Global Economic Crime and Fraud Survey. Encuesta bianual. www.pwc.com/fraudsurvey

21% de los casos; pero adicionalmente tiene que darse la oportunidad y, para el 59% de los casos, este ha sido el motivo que ha dado lugar a la comisión del fraude; finalmente, la *racionalización y justificación* del fraude lleva al 11% de los defraudadores a cometer fraude.

Ante estos resultados, la encuesta muestra igualmente que en los últimos años el esfuerzo de las organizaciones se ha centrado en reducir la oportunidad de comisión de fraudes, mediante el desarrollo de esquemas de negocios que minimicen los riesgos. Así, se han incrementado los controles corporativos, permitiendo que el 52% de los fraudes hayan sido detectados por auditoría interna, gestión de riesgos, análisis de información financiera, etc. La mejora de la cultura corporativa ha supuesto que, las denuncias internas y externas y el uso de *hotline*, permitan identificar el 27% de los fraudes cometidos. Finalmente, la suerte, las investigaciones externas y otros medios de investigación no controlados por la dirección, haya permitido identificar el 14% de los casos.

Estos esfuerzos pueden influir en los incentivos y oportunidades a que se refiere el Árbol del Fraude, pero atacar la *racionalización del fraude* sólo se consigue a través de la cultura, entendida ésta como la consciencia de que la comisión de un fraude afecta tanto a la organización, como a las personas que en ella desarrollan su trabajo, e, incluso, a agentes externos a la propia organización.

Los datos de la encuesta son concluyentes en cuanto a que las organizaciones no se encuentran lo suficientemente preparadas para enfrentarse al fraude, ni las grandes corporaciones, ni las pequeñas empresas, y todo ello, en un contexto en el que los riesgos de fraude crecen constantemente, y en el que las partes interesadas de las organizaciones, están poniendo especial interés en la integridad y la transparencia.

Transparencia Internacional | TI⁸

Transparencia Internacional publica el denominado ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN (IPC), que informa de la valoración de la corrupción en diversos países del mundo desde la perspectiva del sector público, incluyendo en su estudio a 180 países y territorios y elaborando un ranking en el que Dinamarca, Nueva Zelanda, Finlandia, Singapur, Suecia, Suiza, Noruega, Países Bajos, Alemania y Luxemburgo, se encuentran a la cabeza con un IPC superior a 80, encontrándose España

en la posición 30, empatada con Qatar, Portugal y Barbados, con una puntuación de 62, prácticamente en mitad de la tabla.

El estudio recomienda actuar sobre diversos aspectos con la finalidad de frenar la corrupción y recuperar la confianza:

- Gestionar los conflictos de interés.
- Controlar la financiación política.
- Fortalecer la integridad electoral.
- Reforzar los sistemas de control.

No obstante, la aportación más práctica de Transparencia Internacional en España la encontramos en la denominada Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Buen Gobierno y Prevención de la Corrupción, que ha servido como base para la publicación, en junio de 2020, de la *Herramienta de ayuda a la orientación para conocer la situación de las empresas y tomar medidas necesarias*, publicada en la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y disponible en <https://arguide.cnmc.es/>.

La finalidad principal de la Guía Práctica de Autodiagnóstico es orientar y asistir a las empresas en el diagnóstico y el fortalecimiento de sus políticas de cumplimiento en cuatro grandes áreas:

- Cumplimiento normativo.
- Gobierno corporativo.
- Prevención de la corrupción.
- Reporting público país por país (Public country-by-country reporting – CbCR).

Esta guía permite complementar el análisis y conclusiones obtenidas de la lectura de los estudios e informes anteriores, permitiendo a las organizaciones actuar en aquellos aspectos y en aquellas áreas de riesgo identificadas, tanto a nivel de cumplimiento normativo, como de buenas prácticas y prevención de la corrupción.

⁸ Información obtenida de la página web de Transparencia Internacional España en <https://transparencia.org.es/> consultada en julio de 2020.

CONCLUSIONES

Desde el punto de vista legal, podemos encontrar dos tipos de fraudes:

- a) Fraudes cometidos con finalidad de obtener un beneficio personal, como pueden ser los robos, reportar información financiera falsa o errónea
- b) Fraudes cometidos por motivos corporativos, destinados a proteger a la propia compañía.

En cualquiera de los casos anteriores, los distintos estudios analizados llevan a la conclusión de que los delitos cometidos por ejecutivos senior y la alta dirección de las organizaciones, aún siendo menores en número, son los que más impacto tienen en los resultados de las mismas, dándose, no obstante, un gran número de fraudes de menor importe, que igualmente generan pérdidas millonarias a las organizaciones.

Siendo la corrupción, la apropiación indebida y el falseamiento de datos económico-financieros los fraudes de mayor probabilidad e impacto en los beneficios de las organizaciones, se viene observando en los últimos años un creciente interés en luchar contra estas prácticas a través del aumento de la inversión en sistemas preventivos.

La responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas, las medidas coercitivas que pueden culminar con el cese del empleado o sanciones económicas en algunos casos, junto con los sistemas de control corporativos basados en controles internos, seguimiento de la información y revisiones externas, pueden incidir sobre dos de los tres elementos del *Triángulo del Fraude: motivación y oportunidad*.

No obstante, sólo a través del reforzamiento de la cultura corporativa, se puede influir sobre uno de los elementos de dicho triángulo: la racionalización, que lleva al defraudador a justificar su forma de actuar al no ser capaz de percibir los daños ocasionados.

A pesar de que las medidas de control corporativo, incluyendo los códigos de conducta, se imponen a otras medidas como el reforzamiento de la formación de mandos intermedios o personal sobre ética, fraude, corrupción, cumplimiento, etc. la identificación de fraudes se ha producido en gran medida a través de comunicaciones internas o externas, por encima de los resultados de los procedimientos de

control corporativo. En este sentido, disponer de canales éticos o canales de comunicación a través de los cuales, con total seguridad, aquellos que tengan conocimiento de prácticas inadecuadas puedan informar a los órganos responsables, se confirman como uno de los mejores sistemas para la prevención y detección del fraude.

Una adecuada combinación de estos sistemas, basada en un amplio conocimiento del contexto interno y externo de las organizaciones, alejándonos de conceptos como los denominados *paper compliance*, debe formar parte de la respuesta de la organización ante estos retos que supondrán pérdidas muy importantes a las organizaciones, distorsionan los mercados y empobrecen a la sociedad. La Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Buen Gobierno y Prevención de la Corrupción de Transparencia Internacional, es un punto de partida para conocer nuestra situación e implementar medidas de mejora.

Las buenas prácticas de gobierno corporativo deben reforzar la integridad y la ética de los equipos con responsabilidad y riesgo de comisión de delito, y tienen que constituirse como conductores de esas buenas prácticas desde el *top* hasta los distintos niveles de responsabilidad del personal.

Sólo con una sólida base ética e integridad en sus negocios y relaciones con las partes interesadas, las personas y las organizaciones sobrevivirán en tiempos de crisis, se consolidarán en tiempos de bonanza y crearán valor para sus *stakeholders* y para la sociedad.

Los responsables de gobierno de las organizaciones deben continuar invirtiendo, con los medios disponibles, en la prevención y detección del delito, no sólo por cuestiones económicas derivadas del impacto del fraude en la propia organización, sino por las implicaciones externas que ese fraude conlleva, la distorsión de los mercados y el daño causado a las personas indirectamente afectadas.





LA CERTIFICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS COVID-19:

GARANTÍA PARA PROPIOS (TRABAJADORES) Y AJENOS (CLIENTES Y USUARIOS).



Miryam Jauregi Arrieta

Directora General de Adok Certificación

Estamos viviendo un momento en el que la protección de las personas en nuestra mayor prioridad y las empresas deben transmitirlo con contundencia para que la percepción de seguridad sea acorde a las medidas de protección puestas en marcha.

El marco actual en el que nos sitúa la pandemia de la COVID-19 pone de relevancia la importancia de la verificación de las medidas frente a la misma y el valor que dicha verificación aporta a la sociedad.

¿Cuál es el escenario en el que nos encontramos?

Han pasado más de tres meses desde que entramos en esta vorágine de incertidumbre, desconocimiento, improvisación y toma de decisiones a medida que iban ocurriendo los hechos.

Las autoridades sanitarias con la OMS a la cabeza, no estaban preparadas para una pandemia que apuntaba fuerte y lo ha sido aún más de lo que cabía esperar.

Los efectos están siendo devastadores; todos los países sin excepción tienen o han tenido personas afectadas por la COVID-19.

Los casos diagnosticados se aproximan a los 14,5 millones con más de 600.000 muertos en el mundo.

En mayor o menor medida se están produciendo rebrotes cuyos efectos no están siendo tan alarmantes al contar con un control férreo y una sanidad mucho mejor preparada.

Aún así y atendiendo a las previsiones de científicos y analistas sanitarios de reconocido prestigio vamos a tener que convivir con el SARS-CoV2 durante 3 ò 4 años.

¿Cuáles son las consecuencias?

A nivel personal, el coste en vidas humanas ha sido altísimo como hemos mencionado anteriormente y el número de fallecimientos sigue siendo alto en muchos países; más en aquellos que han minimizado los efectos del SARS-CoV2 o han llegado tarde a adoptar medidas sanitarias para poner freno a su expansión.

El miedo y la incertidumbre son las dos sensaciones que mejor definen el estado de ánimo de una ciudadanía que aun cuando miraba esperanzada al periodo estival, tanto desde el punto de vista de evolución de la pandemia cómo desde el punto de vista de la recuperación económica, está viendo frustradas, sus expectativas; particularmente en el sector turístico.

A nivel económico, las consecuencias de la pandemia, que se han hecho visibles desde el primer momento, están mostrando su verdadera profundidad, que determinará en muchos casos el cierre de muchas de ellas.

En toda Europa se prevé un descenso importante del Producto Interior Bruto, pero en el caso de España, según datos de la OCDE, se espera un descenso del 11,1% del PIB si mantenemos el nivel de contagios actual pudiendo alcanzar el 14,4% si hubiera una segunda oleada en 2020.

¿Qué estamos haciendo y qué podemos hacer ante esta situación?

A nivel personal existe una alta concienciación del riesgo real del contagio. Los medios de comunicación alertan e insisten en que sigamos las medidas recomendadas por Sanidad; medidas de higiene y de distanciamiento social necesario para minimizar los riesgos y disminuir los contagios en nuestro entorno.

A nivel empresarial y teniendo además carácter obligatorio, las organizaciones han tenido que hacer una revisión de sus riesgos laborales para incluir el de contagio del coronavirus y adoptar las medidas necesarias de protección para sus trabajadores y usuarios.

En muchos casos las empresas se han tenido que "reinventar" utilizando la

tecnología y nuevas herramientas de marketing para seguir operando minimizando los riesgos de exposición.

¿Qué papel está jugando la certificación en este ámbito?

Hay un elemento clave en estos momentos de pandemia para la compra de cualquier producto o servicio que es el de la Percepción de Seguridad que transmite.

No queremos correr riesgos, no queremos tener dudas, queremos estar tranquilos para usar o disfrutar un producto, un alimento, una estancia en un hotel o cualquier servicio que necesitemos.

Y como hemos visto con otras certificaciones existentes (ISO 9001 de Calidad, ISO 14001 de Medio Ambiente o ISO 45001 de Seguridad y Salud Laboral), esos certificados nos transmiten la certeza o seguridad de que lo que certifican se corresponde con la adopción de una serie de protocolos y medidas.

Esa certeza tiene su razón de ser en que la verificación de la adopción de dichos protocolos y medidas se realiza por una empresa externa e independiente a la propia organización, debidamente homologada y reconocida nacional e internacionalmente, con la capacidad de auditar y certificar las mismas.

En este caso, donde lo que está en juego es la salud, esa necesidad de certeza, esa necesaria percepción de seguridad se acrecienta.

Poniendo nuestra atención en el Sector Turístico por el peso que dicho sector tiene en el Producto Interior Bruto de España (Según los últimos datos de 2019, estaría en torno al 12,5% del PIB); resulta trascendental asegurar a las autoridades, trabajadores y a los millones de clientes que mueve el sector, que el mismo cumple los más altos niveles de exigencia en cuanto a las medidas y protocolos impuestos por las autoridades sanitarias en la prevención de la COVID-19.

El primer paso lo dio la Secretaría de Turismo encargando al Instituto para la Calidad Turística Española (ICTE) conjuntamente con las patronales del sector la elaboración de 21 protocolos de actuación que tras la validación de los mismos por parte del Ministerio de Sanidad se han elevado a norma pública (UNE) y están siendo referente internacional.

Las Especificaciones UNE publicadas son las relativas a:

Balnearios, hoteles y apartamentos turísticos, agencias de viajes, campings y ciudades de vacaciones, servicios de restauración, alojamientos rurales, campos de golf, guías de turismo, museos y sitios patrimoniales, oficinas de información turística, albergues/hostels, turismo activo y ecoturismo, playas, visitas a bodegas, organizaciones industriales, lugares culturales e históricos, empresas de autocares turísticos, rent a car, transporte por cable y empresas de transporte acuático, instalaciones náutico-deportivas y actividades náuticas, ocio nocturno, espacios naturales protegidos, parques de atracciones y de ocio, turismo MICE y espacios públicos singulares.

Todas estas especificaciones que son públicas y accesibles, tienen la misma estructura y constan de los siguientes apartados:

- **Requisitos para la gestión del riesgo:** Plan de Contingencia, Comité de gestión, recursos humanos y materiales, medidas de protección para el personal y medidas informativas.
- **Requisitos de servicio** con las medidas necesarias para prestarlo con seguridad.
- **Requisitos de limpieza y desinfección.**
- **Requisitos de mantenimiento.**

La acreditación es la herramienta establecida para generar confianza sobre la correcta implementación de dichos requisitos

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos normativos por parte de una de las siete entidades de certificación homologadas por el ICTE, que han elaborado sus procedimientos de certificación frente a la COVID-19 basándose en guías y recomendaciones oficiales, se otorga el SAFE TOURISM CERTIFIED; un distintivo de seguridad frente a la COVID-19 reconocido por los principales operadores nacionales e internacionales. Todas las Entidades de Certificación.



Pero no solo se está actuando en el sector turístico.

Todas las empresas independientemente de su tipología, deben disponer de un Plan de Contingencia que parte del análisis de riesgos y que principalmente se centra en las medidas de prevención para sus trabajadores, pero en sectores donde el cliente y/o usuario está en contacto con personas o elementos de la propia empresa, ésta tiene que garantizar un uso seguro.

Compañías de transporte de viajeros, empresas de limpieza, servicios de mantenimiento preventivo y correctivo, comercio, centros deportivos, etc... necesitan demostrar a sus clientes, previamente a la prestación del servicio, que disponen de todas las medidas necesarias para minimizar el riesgo de contagios.

Las auditorías se centran en verificar el protocolo puesto en marcha principalmente en estos tres grandes bloques que aplican a cualquier tipo de actividad y tamaño de empresa:

- **Formación e información** a trabajadores y clientes de las medidas adoptadas.
- **Planes de limpieza y desinfección** detallados, registrados y con productos virucidas reconocidos por el Ministerio de Sanidad.
- **Distancia social**, redistribución de espacio y definición de aforos.

De este modo, aunque nunca se podrá garantizar el COVID-FREE, como alguien se ha atrevido a afirmar, las empresas que en esta situación necesitan aumentar su credibilidad, a través de la oportuna certificación pueden garantizar que se han puesto en marcha de manera eficaz todos los protocolos y medidas necesarias para reducir al máximo el riesgo de contagio **frente a la COVID-19.**

CERTIFICACIÓN PROTOCOLO COVID-19

Demuestra a tus clientes que has tomado las medidas adecuadas para prevenir la transmisión del COVID-19.

Si eres un establecimiento del canal HORECA o eres un negocio o empresa, hazte tu sello de verificación del cumplimiento del COVID-19

PROTOCOLO VERIFICADO FRENTE A
COVID-19

Addok
CERTIFICACIÓN

ES LA AUTORREGULACIÓN ¿UN MEDIO ÚTIL DE PREVENCIÓN CONTRA LA DESINFORMACIÓN?



Luis Suárez Mariño

Abogado. Socio de Defensa y Compliance s.l.p.
W3 prevención y Compliance s.l.

Desinformación la hay y la ha habido siempre; tanto en el ámbito político como en el comercial. Pensemos, en el primer caso, en mensajes enviados en campañas electorales para desprestigiar al rival mediante información sesgada o no veraz, o en las reiteradas promesas que se realizan en esas campañas a sabiendas de que no se pueden -por uno u otro motivo- llegar a cumplir; pero también en el ámbito comercial y del marketing existen múltiples ejemplos de publicidad caracterizada por la

desinformación, desde anuncios de videntes que aciertan tu futuro al instante, pasando por aquellos otros que anuncian productos milagrosos para adelgazar, tener un cuerpo musculado sin esfuerzo, o que curan cualquier clase de mal; sin embargo, con el avance de la tecnología y la comunicación a través de la red, ha aparecido como fenómeno novedoso que el engaño traspasa el ámbito propio de la información publicitaria política o comercial a través de medios tradicionales (prensa escrita, radio o televisión), y se expande a través de la red, a diferentes audiencias y comunidades que reciben, participan y amplifican la desinformación hasta límites, hasta hace poco inimaginables, y aunque en muchos casos la difusión o ampliación de la desinformación sea no intencionada, en otros muchos la misma tiene el torticero objetivo de obtener beneficios económicos, o rendimientos u objetivos políticos.

La desinformación -tanto política como comercial- resulta, desde el punto de vista de la "ética" inmorales; pero el problema al que nos enfrentamos es fijar legalmente el límite de lo permisible.

La solución se encuentra quizás no en "poner remedio" a las "falsas promesas políticas" que tendrán, en su caso, la merecida sanción en las urnas; ni tampoco ponerlo a las manifestaciones más o menos infundadas de los políticos en el ejercicio de sus funciones, lo que atentaría contra el pluralismo político -valor fundamental del estado democrático y su ordenamiento jurídico consagrado en el art. 1 de nuestra Carta magna, que concede inviolabilidad a las opiniones manifestadas de diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones cuando quienes las vierten son diputados y senadores (art. 71 C.E.); ni tampoco se encuentra en poner límites a la publicidad comercial, más allá de los establecidos ya, penal o civilmente, cuando induzcan al consumo de bienes o servicios mediante el engaño, o denigren a la competencia; ni menos aún en limitar las manifestaciones, aun cuando sean falsas, de periodistas y ciudadanos, cuyos excesos cuando interfieren en la honorabilidad, dignidad o intimidad de otras personas o grupos, o cuando suponen enaltecimiento de determinados delitos, también encuentran oportuna respuesta en las leyes penales o civiles.

Si los estados democráticos cayeran en la tentación de regular las opiniones, estableciendo limitaciones o



discriminaciones sobre la base de una concreta ideología dominante, se atendería contra los derechos fundamentales a la igualdad -que consagra la interdicción de la discriminación por razón de opinión (cfr. Art. 14 C.E.)- y a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (cfr. Art. 20.1), o en términos de la propia Carta de derechos fundamentales de la UE (art. 11), supondría un atentado contra la libertad de los medios y contra el pluralismo, así como contra el derecho de los ciudadanos a tener opiniones y a recibir e impartir información e ideas "sin interferencia de las autoridades públicas e independientemente de las fronteras".

Precisamente, en un estado democrático el poder gubernamental debe garantizar un entorno favorable a la libertad de opinión y de expresión; absteniéndose de la tentación de limitar la libre información y opinión mediante la censura.

Y, precisamente también, para garantizar ese entorno, resulta plausible plantearse si el Estado ha de intervenir y cómo y hasta donde debe hacerlo, frente a las campañas masivas de desinformación en línea cuya finalidad sea obtener lucros ilícitos o alcanzar el poder político de manera ilegítima sembrando la desconfianza o creando aparentes tensiones sociales, lo que puede tener consecuencias graves para nuestro sistema democrático y nuestra a seguridad.

Ya hemos vivido casos de campañas de desinformación- emprendidas en algunos casos por terceros países- para intoxicar determinados procesos electorales, o para influir en debates públicos sobre temas diversos: desde el cambio climático, la migración, o la salud.

Constatada esa nociva experiencia parece legítimo que los estados traten de dar una respuesta apropiada al empleo de ciertas técnicas de difusión masiva de mensajes interconectados que sirven de altavoces de la desinformación, con potencialidad de dañar la conformación de la opinión pública libre, fundamento del pluralismo característico de las sociedades democráticas.

A este respecto las plataformas en línea que distribuyen contenido, sobre todo las redes sociales y los motores de búsqueda, tienen un papel clave en la difusión y la amplificación de la desinformación en línea. A este fenómeno se une el hecho de que muchas

plataformas no otorgan la suficiente protección a sus usuarios contra el uso no autorizado de sus datos personales por terceros, tal como han demostrado, por ejemplo, las investigaciones de las autoridades de protección de datos en relación a Facebook y Cambridge Analytica, por la extracción de los datos personales de millones de usuarios de redes sociales en la UE y su utilización en contextos electorales.

El aumento de la desinformación y la gravedad de la amenaza han generado una creciente concienciación y preocupación en la sociedad civil, tanto en los estados miembros de la UE como internacionalmente. En marzo de 2015, el Consejo Europeo invitó a la alta representante a elaborar un plan de acción para contrarrestar las continuas campañas de desinformación de Rusia, lo que llevó a la creación del Grupo de trabajo East StratCom, operativo, como estaba previsto, desde septiembre de 2015. En una Resolución de junio de 2017, el Parlamento Europeo instó a la Comisión a analizar «en profundidad la situación actual y el marco jurídico en lo relativo a las noticias falsas y a examinar si es posible utilizar la vía legislativa para limitar la difusión y propagación de contenidos falsos». En marzo de 2018, el Consejo Europeo declaró que «las redes sociales y las plataformas digitales deben garantizar unas prácticas transparentes y la plena protección de la privacidad y los datos personales de los ciudadanos». La Declaración conjunta sobre libertad de expresión y «noticias falsas», desinformación y propaganda, adoptada en 2017 por relatores especiales designados por organizaciones internacionales, realizó un tratamiento específico de la aplicación de las leyes internacionales de derechos humanos a este fenómeno.

Varios estados de la UE están estudiando posibles medidas para proteger la integridad de los procesos electorales contra la desinformación en línea y para garantizar la transparencia de la publicidad política en línea. Sin embargo, las propias autoridades de la U.E. conscientes de que la dimensión transfronteriza de la desinformación en línea requiere un enfoque a escala europea para garantizar una acción eficaz y coordinada y proteger a la UE, sus ciudadanos, sus políticas y sus instituciones, a finales de 2017, la Comisión creó un grupo de expertos de alto nivel encargado de asesorar sobre las iniciativas oportunas para contrarrestar las noticias falsas y la desinformación

difundida por internet. El grupo formado por 39 miembros estuvo presidido por la Prof. Dra. Madeleine de Cock Buning, incluía figuras del mundo académico; de la prensa escrita y de la radiodifusión, de las plataformas en línea, así como de la sociedad civil y organizaciones de verificación de noticias.

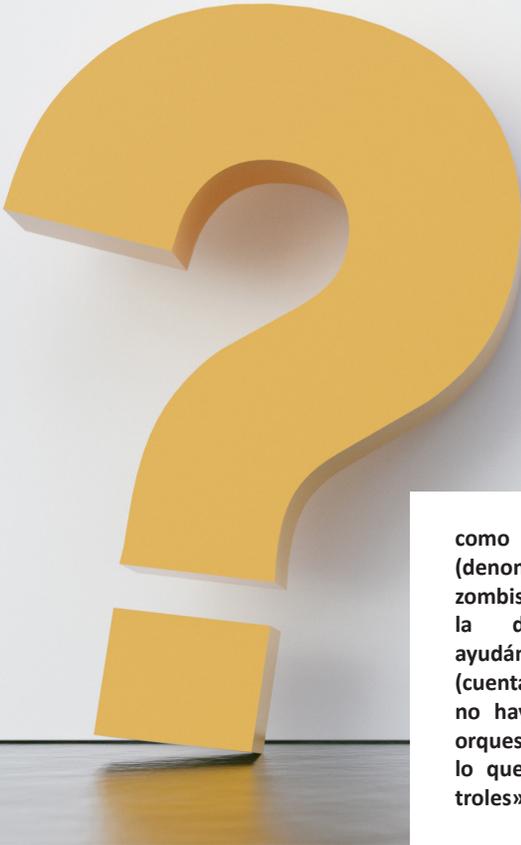
El trabajo del grupo de expertos terminó con un informe, que partía de abordar el fenómeno de la desinformación como un fenómeno que va mucho más allá del restrictivo y engañoso término "fake news". **La desinformación, tal como se define en el informe, incluye todas las formas de información falsa, inexacta o engañosa diseñada, presentada y promovida para causar intencionalmente daño público o con fines de lucro, y no incluye la información, cuya creación y difusión, pueda ser constitutiva de delitos (en particular, la difamación (injurias y calumnias), la incitación al odio o la incitación a la violencia, ni a otros formas de distorsión deliberada pero no engañosa de los hechos, tales como la sátira o la parodia.**

El informe, parte del reconocimiento de que **la desinformación no es ilegal pero resulta perjudicial para los ciudadanos y la sociedad en cuanto tiene potencialidad de amenazar a los procesos políticos y a los valores democráticos que dan forma a las políticas públicas en diversos sectores, como la salud, la ciencia, la educación, o las finanzas.**

A este respecto el informe de la comisión de expertos advierte contra las soluciones simplistas y recomienda en su lugar un enfoque multidimensional que atienda a la necesidad de examinar continuamente el fenómeno y evaluar la eficacia de las medidas concretas adoptadas por diferentes actores.

Asimismo, la Comisión puso en marcha un amplio proceso de consulta pública, que comprendió desde cuestionarios en línea que recibieron 2.896 respuestas, diálogos estructurados con las partes interesadas relevantes y una encuesta de opinión pública del Eurobarómetro que cubrió a los veintiocho Estados miembros.

Teniendo en cuenta todo este acervo la **Comisión elaboró una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo u al Comité de las Regiones, sobre la lucha contra la desinformación en línea⁽¹⁾**; en la que exponía sus puntos de vista sobre los retos asociados a la desinformación en línea; describía los principios y objetivos



globales más importantes que debían guiar las medidas para sensibilizar a la opinión pública sobre la desinformación y abordar este fenómeno de forma eficaz, así como las medidas específicas que la Comisión preveía tomar al respecto.

La Comunicación puso hincapié en los **factores que generan el caldo de cultivo para la difusión de desinformación en línea y en la estrategia de la desinformación; caracterizada en un primer término por el uso de algoritmos que privilegian un contenido personalizado y sensacionalista, con la intención de atraer la atención y la difusión entre usuarios.** Al facilitar el intercambio de contenido personalizado entre usuarios afines, los algoritmos aumentan indirectamente la polarización y refuerzan los efectos de la desinformación. En segundo lugar por **un modelo de negocio relacionado con el modelo actual de publicidad digital basada en los clics del usuario, lo que favorece el contenido sensacionalista y viral.** Este modelo utiliza redes publicitarias operadas por agencias que aseguran una colocación de los anuncios en tiempo real basada en una toma de decisiones algorítmicas. Esto facilita la colocación de **anuncios en sitios web que publican contenido sensacionalista que apela a las emociones de los usuarios, incluida la desinformación, y por último, por el empleo mecanismos tecnológicos,**

como los servicios automatizados (denominados «bots» u ordenadores zombis), que amplifican artificialmente la difusión de desinformación ayudándose de **perfiles simulados (cuentas falsas), detrás de los cuales no hay ningún usuario real, a veces orquestados a una escala masiva (es lo que se conoce como «fábricas de troles»).**

Además, la comunicación se refiere al **papel que los propios usuarios de la red, a través de las redes sociales, desempeñan en la difusión de desinformación, debido a la propensión de los usuarios a compartir contenido sin verificarlo previamente.** El volumen y la velocidad cada vez mayores del flujo de contenido en línea aumenta el riesgo de compartir desinformación indiscriminadamente. **En opinión de la Comisión, los principios y objetivos globales que deben guiar las medidas contra la desinformación son los siguientes:**

- En primer lugar, **aumentar la transparencia con respecto al origen de la información y a la manera de producirla, patrocinarla, difundirla y dirigirla,** para permitir que los ciudadanos evalúen el contenido en línea al que acceden y poner de manifiesto posibles intentos de manipulación de la opinión.
- En segundo lugar, **promover la diversidad de la información** para permitir a los ciudadanos tomar decisiones informadas basadas en el pensamiento crítico, mediante el **apoyo al periodismo de alta calidad, la alfabetización mediática y el reequilibrio de la relación entre los creadores y los distribuidores de información.**

- En tercer lugar, **fomentar la credibilidad de la información proporcionando una indicación de su fiabilidad,** en particular con la ayuda de alertadores fiables; **y mejorando la trazabilidad de la información y la autenticación de los proveedores de información influyentes.**
- En cuarto lugar, crear soluciones inclusivas. La sensibilización, **una mayor alfabetización mediática, una amplia participación de las partes interesadas y la cooperación de las autoridades públicas, las plataformas en línea, los anunciantes, los alertadores fiables, los periodistas y los grupos mediáticos son aspectos necesarios para alcanzar soluciones eficaces a largo plazo.**

A partir de todas las ideas recogidas, la Comisión propuso una serie de medidas entre las que figuraba la convocatoria de un foro multilateral sobre desinformación para proporcionar un marco de cooperación eficaz entre las partes interesadas relevantes, incluidas las plataformas en línea, la industria publicitaria y los principales anunciantes, los medios de comunicación y los representantes de la sociedad civil, y para garantizar el compromiso de coordinar y aumentar los esfuerzos para combatir la desinformación. El primer resultado del foro ha sido la elaboración de **un código de buenas prácticas sobre la desinformación para toda la UE.**⁽²⁾

El Código fue firmado por Google, Facebook, Twitter y Mozilla, así como por anunciantes y la industria de la publicidad en octubre de 2018 y los firmantes presentaron sus hojas de ruta para implementar el Código. Microsoft se unió en mayo de 2019, mientras que TikTok firmó el código este pasado mes de junio.

El Código de Buenas Prácticas tiene por objeto alcanzar los objetivos establecidos en la Comunicación de la Comisión presentada en abril de 2018 estableciendo una amplia gama de **compromisos, desde la transparencia en la publicidad política hasta el cierre de cuentas falsas y medidas para detectar y bloquear a los proveedores de desinformación.**

El Código incluye un anexo en el que se identifican las mejores prácticas que los signatarios aplicarán para aplicar los compromisos del Código.

Las plataformas en línea y las asociaciones comerciales que representan al sector de la publicidad han presentado un informe de referencia en enero de 2019 en el que se establece la situación de las medidas adoptadas para cumplir sus compromisos en virtud del Código de Prácticas sobre la Desinformación.

Entre enero y mayo de 2019, la Comisión Europea llevó a cabo un seguimiento específico de la aplicación de los compromisos de Facebook, Google y Twitter con especial pertinencia con la integridad de las elecciones al Parlamento Europeo. En particular, la Comisión pidió a las tres plataformas signatarias del Código de Prácticas que informaran mensualmente sobre sus acciones emprendidas para mejorar el control de las colocaciones de anuncios, garantizar la transparencia de la publicidad política y basada en cuestiones y abordar las cuentas falsas y el uso malintencionado de bots.

En octubre de 2019 se publicó un **informe anual de autoevaluación de los signatarios del Código de Prácticas sobre desinformación**.⁽³⁾

Los informes indican los esfuerzos exhaustivos de los signatarios para implementar sus compromisos en los últimos 12 meses y que **el Código, como norma autorreguladora, ha brindado una oportunidad para una mayor transparencia en las políticas de desinformación de las plataformas, así como un marco para el diálogo estructurado para monitorizar, mejorar e implementar efectivamente esas políticas.**

Los informes de los signatarios del Código también indican cierta intensificación de los esfuerzos conjuntos entre las plataformas y otras partes interesadas, incluidos los verificadores de hechos, los investigadores, la sociedad civil y las autoridades nacionales, para mejorar la capacidad de recuperación de los servicios de las plataformas frente a diversas formas de intromisión y manipulación de medios y diluir la distribución de la desinformación.

Sin embargo, las plataformas no han facilitado suficientes detalles que muestren que las nuevas políticas y herramientas se están aplicando a su debido tiempo y con recursos suficientes en todos los Estados miembros de la UE. Los informes proporcionan una información demasiado escasa sobre los resultados

reales de las medidas ya adoptadas.

Por último, las plataformas no han indicado parámetros de referencia específicos que permitan el seguimiento y la medición de los avances en la UE. La calidad de la información facilitada varía en función del firmante Código, dependiendo de los ámbitos de compromiso cubiertos por cada informe, lo que demuestra a las claras que hay margen de mejora para todos los firmantes.

Un informe publicado por el Instituto de Internet de la Universidad de Oxford titulado “El Mercado de la Desinformación”⁽⁴⁾ puso en evidencia que los cambios algorítmicos realizados por las plataformas no habían alterado de manera significativa estrategias de marketing. Dado que los productores de desinformación a menudo dependen de las mismas estrategias que los comerciantes digitales para mejorar su alcance y generar compromiso con el contenido, **el informe concluye que los cambios algorítmicos realizados por las plataformas han sido inadecuados para frenar la difusión de contenidos de baja calidad en línea.**

Frente a este panorama, el informe de la Universidad de Oxford realiza una serie de recomendaciones que apuntan, principalmente, al desarrollo e implementación de guías con pautas relativas a huellas digitales, sanciones, reporte financiero y gastos de campaña, así como interferencia extranjera y mecanismos de verificación local.

Parecidas son las conclusiones del informe anual de la Dirección General para las Redes de Comunicaciones, Contenidos y Tecnología de la Comisión Europea para evaluar la eficacia del código de buenas prácticas sobre la desinformación⁽⁵⁾:

Frente a este panorama, el informe de la Universidad de Oxford realiza una serie de recomendaciones que apuntan, principalmente, al desarrollo e implementación de guías con pautas relativas a huellas digitales, sanciones, reporte financiero y gastos de campaña, así como interferencia extranjera y mecanismos de verificación local.

Parecidas son las conclusiones del informe anual de la Dirección General para las Redes de Comunicaciones, Contenidos y Tecnología de la Comisión Europea para evaluar la eficacia del código de buenas prácticas sobre la desinformación⁽⁵⁾:

El informe, que partió de la evaluación del contratista independiente, Valdani, Vicari y Asociados (VVA), sobre las políticas y herramientas específicas adoptadas por las plataformas en línea para implementar los compromisos adquiridos en el Código en el primer año de su implementación (octubre de 2018 a octubre de 2019); concluye que el Código de Buenas Prácticas en cuanto ha establecido un marco común para abordar la desinformación, no debe de ser abandonado y en cuanto ha producido resultados positivos, constituye un primer paso crucial en la lucha contra la desinformación y muestra el liderazgo europeo en un tema de naturaleza internacional; sin embargo, ello no es óbice para poner de manifiesto algunos inconvenientes relacionados con su naturaleza autorreguladora, como la falta de uniformidad de implementación y la falta de claridad sobre su alcance y algunos de los conceptos clave. El informe sugiere la creación de un mecanismo de acción en caso de incumplimiento y propone que, a tal efecto, la Comisión Europea considere la conveniencia de una corregulación y el establecimiento de aplicación apropiados, de sanciones y de mecanismos de reparación para los casos de incumplimiento.

En resumidas cuentas, la autorregulación es un instrumento de control válido, pero para que no se quede en una declaración de intenciones exige un contenido mínimo y la utilización de terminología y definiciones comunes; la implementación de medidas concretas en un plazo determinado y que la misma se complementen con la existencia de órganos de control interno que fiscalicen la eficaz implementación de las medidas previstas, la existencia de canales de denuncia internos para que se puedan poner de manifiesto los incumplimientos o fallos de las medidas previstas y un sistema de sanciones para los casos de incumplimiento.

¹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-tackling-online-disinformation-european-approach>

² <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>

³ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>

⁴ <https://oxtec.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/115/2019/10/OxTEC-The-Market-of-Disinformation.pdf>

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-assessment-implementation-code-practice-disinformation>

LA CONVENIENCIA Y DIFICULTAD DE CERTIFICAR UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN PENAL CONFORME A LOS REQUISITOS DE LA UNE 19601



Sergio Lucas

Abogado responsable del área de Compliance en UBT Legal & Compliance.

En 2020 se cumplen 10 años de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español, a través de su modificación por la Ley Orgánica 5/2010. Ha sido un largo recorrido, con las posteriores modificaciones operadas por la Ley Orgánica 1/2015 y 1/2019, que han tratado de implicar al tejido empresarial del país en la prevención penal mediante la implementación de Programas de Prevención de Delitos que reflejan el mapa de riesgos penales de las compañías y los controles existentes para mitigar dichos riesgos.

En este artículo pretendemos acercar al lector a los beneficios y dificultades que supone diseñar e implementar Sistemas de Gestión de Compliance Penal según la norma UNE 19601. Los requisitos de dicha norma son más exigentes que los de los Modelos de Prevención basados exclusivamente en los requisitos del artículo 31bis del Código Penal, pero que como resulta obvio, también son más completos y, por ende, más eficaces. Cabe recordar que la eficacia del modelo de prevención de delitos es el criterio fundamental para determinar la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, según en tenor literal del propio artículo y el estudio que del mismo hace la Circular 1/2016 de la Fiscalía.

Desde nuestra experiencia, como auditores y consultores en materia de cumplimiento normativo, cada vez son más las organizaciones que optan por un Sistema de Gestión certificable para dotar a la organización de mayor seguridad ante la eventual comisión de un delito en su seno, por parte de sus trabajadores o directivos.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS		
Código Penal y Ley Orgánica 5/2010	Código Penal y Ley Orgánica 1/2015	Código Penal y Ley Orgánica 1/2019
La persona jurídica no puede responder por algunos delitos (listado cerrado)	Se incrementan los delitos por los que las empresas responden penalmente	Se incrementan los delitos por los que responde, pero el listado sigue siendo "cerrado"
Se vislumbra, pero no se prevé una exención	Se prevé la exención o atenuación de la pena	

Sin lugar a duda, la certificación bajo la norma UNE 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance Penal es, junto con la UNE-ISO 37001 de Sistemas de Gestión Antisoborno, la opción más demandada en materia de cumplimiento normativo. No obstante, la publicación definitiva de la norma ISO 37301, de Sistemas de Gestión de Compliance, probablemente suponga un nuevo giro en el ámbito del Compliance, al tratarse de una norma con un alcance mayor y, por lo tanto, un marco más amplio de protección.

Implementar un Sistema de Gestión de Compliance Penal y certificarse bajo la norma UNE 19601 supone un largo recorrido que comienza con el fomento de la cultura de cumplimiento en la organización y la elaboración, aprobación y comunicación de toda la parte documental requerida por la norma. Entre otros documentos, deberemos elaborar una Política de Compliance, procedimientos de auditoría, formación, comunicación, seguimiento, etc. A continuación, deberemos establecer una metodología para el análisis, evaluación y seguimiento de los riesgos de nuestra organización, teniendo en cuenta que dicha metodología deberá basarse en criterios objetivos que logren refle-

jar la situación real de los riesgos de la organización.

La siguiente fase supone la “puesta en marcha” del Sistema de Gestión, a través de la fijación de planes periódicos de formación, comunicación, objetivos, seguimiento de indicadores... que nos permitan evidenciar la eficacia y mejora continua de nuestro Sistema.

Tras esta fase, los auditores de la entidad certificadora, en el desarrollo de sus funciones, nos solicitarán evidencias de cumplimiento de cada uno de los procedimientos, protocolos, planes o normas que hayamos aprobado en la entidad. Adicionalmente, revisarán la eficaz ejecución de los controles identificados, que permiten mitigar los riesgos penales, además de verificar, entre otros muchos aspectos:

- El compromiso y el liderazgo del Órgano de Gobierno y de la Alta Dirección;
- La identificación del contexto de la organización;
- La adecuada asignación de responsabilidades y funciones de



Compliance penal;

- El nombramiento de una Función de Cumplimiento, órgano competente, autónomo e independiente;
- El establecimiento de canales de denuncia y procedimientos de gestión e investigación de las comunicaciones.

Todas estas acciones tienen un claro objetivo: alcanzar los beneficios que nos otorga implementar la UNE 19601 en nuestra organización, de los que destacamos:

Evitar condenas penales y sanciones administrativas

El Compliance Penal analiza los riesgos de comisión de delitos que puedan generar responsabilidad penal a la organización, posibilitando quedar exenta de responsabilidad si el riesgo se materializa. Las duras sanciones que contempla el Código Penal hace especialmente importante contar con un Sistema de Gestión de Compliance Penal eficazmente implementado, dotando de seguridad a la empresa, a sus administradores y a los propios empleados.

No podemos olvidar, que el hecho de tener mecanismos que nos ayudan a detectar irregularidades en la empresa no solo facilitará que se evite la comisión de delitos, sino también otras conductas sancionables por tribunales distintos a la jurisdicción penal como organismos públicos con potestad sancionadora, como por ejemplo la AEPD, El SEPBLAC, la CNMV...

Por último, pero no por ello menos importante, estos mismos mecanismos disuaden a nuestros empleados y terceros con los que nos relacionamos a llevar a cabo conductas fraudulentas que podrían suponer perjuicios para la entidad, tanto económicos como reputacionales.

Mejora de la reputación

“Tardas 20 años en construir una

reputación y cinco minutos en arruinarla”. Esta frase de Warren Buffett define a la perfección la importancia que tiene salvaguardar la reputación de nuestra organización. Un Sistema de Gestión bajo la UNE 19601, certificado, ayuda a preservar la reputación que tanto esfuerzo cuesta construir, previniendo la comisión de delitos y de conductas que puedan perjudicar a la entidad.

Aumento de la confianza en terceros

El Sistema de Gestión de Compliance Penal bajo la UNE 19601, certificado, es la mejor carta de presentación de una organización. Los terceros que se relacionan con nuestra entidad, ya sea un cliente, proveedor o potencial socio de negocio preferirán hacer negocios con organizaciones que cuenten con un certificado acreditativo de que la misma tiene sistema de Compliance penal bien estructurado, sobre la base de compromisos éticos, transparentes y plenamente comprometido con la legalidad.

De igual modo, nuestra empresa se relacionará con proveedores y socios de negocio no expuestos a riesgos que puedan comprometer nuestra imagen y posición en el mercado.

Mejora de procesos

La implementación de un Sistema de Gestión de Compliance Penal requiere la revisión de los procesos de la compañía para su adecuación a las necesidades de compliance penal y a los requisitos de la norma UNE 19601. Por ello, el resultado de las revisiones suele derivar en cambios en los procesos que permiten optimizarlos y en muchas ocasiones detectar deficiencias que son corregidas, mejorando los procesos de la organización.

En definitiva, el camino hasta la certificación de un Sistema de Gestión de Compliance Penal puede resultar duro, pero permitirá a la organización obtener unos beneficios, seguridad y valor añadido que son difíciles de lograr de otro modo y que supondrán una ventaja competitiva en el mercado. La calidad, el precio y el resto de los “factores tradicionales” ya han sido plenamente superados y ahora la sociedad exige un mayor esfuerzo a las organizaciones que guarda relación con el cumplimiento normativo, la responsabilidad social y la existencia de valores y principios en el desarrollo de los negocios.

ASEGÚRESE DE QUE SU COMPLIANCE OFFICER Y SU DIRECTOR DE MARKETING SE HAGAN AMIGOS



Miguel Rull Cullen

Responsable de desarrollo de negocio en
Defensa & Compliance

Ante el habitual recelo entre las áreas de marketing y de cumplimiento normativo, exploramos en este artículo qué cuestiones deben aprender una de la otra y cómo asegurar un alineamiento de sus respectivos objetivos y misiones. No solo no son áreas contrarias ni contrapuestas, sino al revés, complementarias y deseablemente aliadas.

COMPLIANCE Y MARKETING

El cumplimiento normativo es una función que, desde la acuñación del término, ha ido extendiéndose y ampliándose hasta abarcar a todas las áreas funcionales de la empresa. Hoy por hoy, podemos afirmar que no existen aspectos operacionales, administrativos o funcionales que no estén –o deban estar– condicionados por lo que un departamento de compliance diseñe o controle. Esto se obedece, fundamentalmente, a dos razones: por un lado, la naturaleza expansiva de la propia función de compliance, y por otro, a la creciente complejidad y abundancia de la regulación que aplica a toda organización en los países de nuestro entorno.

El marketing no supone ninguna excepción, como tampoco lo son las operaciones, los recursos humanos, las finanzas o las ventas. Podríamos dar innumerables ejemplos de la influencia e interacciones que el cumplimiento normativo provoca sobre el área de marketing, pero inevitablemente nuestro catálogo quedaría incompleto.

Lo que abordamos en este artículo es precisamente lo contrario: en qué medida el marketing puede informar, condicionar, modular o dirigir la función de cumplimiento. Y a pesar de lo exótico que a primera vista pudiera parecer, la respuesta a tal cuestión es sorprendente y la conexión entre el compliance y el marketing es muy sustancial, como procuraremos ir desgranando a continuación.

PARA EMPEZAR, EL CÓDIGO ÉTICO

A pesar de ser una cuestión para la que siempre se busca el aval de la alta dirección o de los administradores de la organización, la publicación de un código ético suele ser un ejercicio promovido y dirigido por el departamento de compliance, o como mínimo con una





contribución importante de éste. Lo que ocurre es que, para hacerlo, se invaden competencias típicas del área de marketing. Al menos parcialmente.

Las buenas prácticas aconsejan incluir en el Código Ético la misión, la visión y los valores de la empresa u organización. Es casi como definir quién es la persona jurídica, los fundamentos mismos de su identidad y presencia ante el mundo. Y esta cuestión es una prerrogativa típicamente asignada al marketing, en la medida que lo que se procura es definir la esencia misma de la proposición de valor de la empresa. Ahondaremos en esta cuestión más adelante.

Si se nos permite, intentemos reducir lo anterior a una burda simplificación: el marketing diseña la imagen corporativa, su identidad verbal, el logotipo, el universo visual, el slogan y el claim que suelen incluirse en las publicaciones que aluden a la organización... Todas estas cuestiones definen la identidad de la marca y de la empresa, y quiere transmitir una serie de atributos que la definen y con las que aspira a ser percibida. Por ese motivo, a la identidad corporativa se le dota de gran celo, vigilancia y atención: se suele definir con mucha cautela qué usos son adecuados y cuáles deben evitarse y determinados

elementos gozan incluso de protección legal para evitar la apropiación o la utilización fraudulenta por parte de terceros. Es normal, un logotipo constituye parte de la imagen de la empresa y por ello merece toda la atención y el cuidado que habitualmente se le dispensa.

Ahora bien, los anteriores son elementos muy menores y accesorios a la hora de definir la identidad de una organización, cuando los comparamos con los valores que propugna y a los que se adhiere, la misión que persigue o su visión a medio o largo plazo. Y éstas son también, o deberían ser a nuestro entender, definidas por la función de marketing. Y da igual que tal definición la realicen los administradores o la alta dirección: en el fondo, lo que están haciendo se llama marketing.

DOS KILOS DE NARANJAS

En general, se suele traducir CVP, *Customer Value Proposition*, como la “propuesta de valor” (hacia los clientes) de la organización. Es cierto que en la literatura de marketing se han acuñado otras proposiciones de valor, que completan la propuesta que la empresa le hace al mundo; así, por ejemplo, se habla de EVP (*Employee Value Proposition*) o SVP (*Shareholder Value Proposition*), la propuesta de valor que la empresa hace a los empleados o a los accionistas que, junto a los clientes, son quizá sus más importantes stakeholders. No haremos aquí tan fino: hablemos genéricamente de la propuesta de valor en sentido amplio.

Parece una cuestión tan nuclear de la empresa, tan importante y central, que resulta indudablemente reduccionista

asimilarlo al conjunto de atributos de los productos que vende la empresa o a las ofertas o promociones que en un momento u otro se diseñen. No, la cuestión es mucho más elevada, y tiene que ver de nuevo con la identidad misma de la empresa y de cómo se le percibe o cómo desea ser percibida por parte de terceros.

No es lo mismo vender un kilogramo de naranjas, que un kilogramo de naranjas con un conjunto de valores e iniciativas que persigan el comercio justo, el respeto y cuidado del medio ambiente o una nutrición saludable. Aunque el kilogramo sea idéntico en uno y otro caso y las naranjas, indistinguibles a simple vista. Si el vendedor es capaz de integrar esos valores en su identidad de marca, si no es solo un frívolo ejercicio de buenismo o de mera comunicación publicitaria, si logra imbuir su actividad y proyección para lograr una acorde percepción de sus clientes, muchos estarán dispuestos a pagar más por el segundo kilo de naranjas, frente a lo que pagarían por el primero.

La propuesta de valor adquiere aquí un valor diferencial y diferenciador. Es una cuestión que afecta sustancialmente a la actividad de ventas y de marketing, pero que sin embargo suele ser abordada por la función de cumplimiento, provocando con ello descoordinación y falta de alineamiento que hace peligrar valiosas sinergias y genera ineficiencias y costes de oportunidad.

LA INUTILIDAD DE LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

La función de cumplimiento suele ser percibida como una rémora, un obstáculo y un impedimento al desarrollo del negocio. Es habitual que muchos departamentos, especialmente el de ventas y también el de marketing, perciban las actividades de compliance como una mera obligación que restringe movimientos, frena iniciativas y paraliza las ventas. Pero esto es sólo el fruto de una mutua incompreensión, y de una mal entendida misión de la función de cumplimiento normativo, empezando por quien la ejerce.

No es raro encontrar una actitud de cierta soberbia policial en los que desempeñan la función de compliance, olvidando que la empresa sobrevive porque vende, más que porque controla. También ocurre a menudo que el resto de departamentos desconoce las actividades relacionadas con el cumplimiento normativo, o conociéndolas, duda de su utilidad,

o tienen una percepción (errónea en ocasiones, acertada en otras) de que el compliance officer es el guardián de las esencias, poco preocupado por los aspectos terrenales que sí atañen a cualquier otro empleado y que definen sus objetivos y habitualmente también su retribución.

La culpa es compartida, fruto del ombliguismo de unos y otros. Y no se agota solo en la incompreensión: realmente se condiciona la utilidad de la función de cumplimiento interno y el valor que aporta a la organización.

Defendemos una función de compliance abierta al negocio, propositiva, facilitadora, cuya misión busque el valor para accionistas, empleados y clientes. Que abjure de la mera persecución y el control y que abrace el desarrollo de negocio como el objetivo fundamental de la organización. Que reniegue de la simple cobertura legal, y que no solo persiga la inmunidad regulatoria. Y sí, inevitablemente habrá ocasiones en las que se detecten incumplimientos y se rastreen y se paralicen acciones, pero desde el alineamiento y coordinación con las ventas y el marketing y no con la oposición inicial ni el enfrentamiento con estas áreas.

LA INTEGRACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL COMPLIANCE EN LA COMUNICACIÓN DE LA EMPRESA

Una de las mejores fórmulas para perseguir esa aportación de valor al cliente de la función de cumplimiento vuelve a relacionar esta actividad con la comunicación y el marketing.

Normalmente el compliance officer mantiene un perfil bajo, una actitud esquivada y de escasa proyección al exterior. Creemos que es un grave error. Bien diseñada, la función de cumplimiento es generadora de valor y ese valor debe ser adecuadamente comunicado.

Piénsese, por ejemplo, en la protección de datos de carácter personal, un área del cumplimiento normativo de enorme y creciente importancia en cualquier empresa. Normalmente la tarea se afana y se agota en lograr el dificultoso cumplimiento normativo, en el marco de una regulación prolija y de una progresiva importancia de los datos personales en el devenir de las organizaciones. Y para ello, entre muchas otras actividades, se procura la adhesión y el consentimiento de los interesados a

unas políticas y cláusulas difíciles de asimilar, y ello en el hipotético y habitualmente inverosímil caso de que esos interesados se tomen la molestia de leer lo que suscriben.

Nuevamente estamos ante una misión del cumplimiento normativo pobre e incompleta. Todos los esfuerzos necesarios para procurar la adecuación de la empresa a la ley, que no son menores ni triviales, parecen quedar cumplidos cuando se logran registros, se cumplen procedimientos y se evitan tratamientos no consentidos o inadecuados. A todas luces nos encontramos de nuevo en un gran coste de oportunidad, porque no se ha hecho lo más valioso que es además lo más fácil: comunicar adecuadamente a los interesados por qué sus datos están más seguros en nuestra organización frente a otras, qué tipo de tratamiento se les va a dar, qué protección se les dispensa, etc. Es obligado incluir estas cuestiones en la política de protección de datos o en las cláusulas que los interesados deben firmar, pero debe hacerse, además de las fórmulas legalmente obligadas, con un espíritu de comunicación corporativa, con el conocimiento y experiencia que aporta una buena función de marketing, que simplifique el mensaje, lo haga digerible y que ponga en valor del esfuerzo que las mejores organizaciones le dedican a la cuestión de la protección de datos.

Pero el anterior es solo un ejemplo, podríamos elegir otros de las distintas materias que conforman la función de cumplimiento normativo, como la prevención del blanqueo de capitales o la gestión de riesgos penales, por buscar otros ejemplos típicos. La interacción entre la función de cumplimiento y el departamento de comunicación como parte del área de marketing, es evidente. Si el departamento de compliance persigue la gestión del cumplimiento normativo, esa misión debe ser comunicada y puesta en valor por el departamento de marketing, integrando en la propuesta de valor con la que se presenta la organización en una comunicación empresarial y comercial, que sea integral y completa.

HACIENDO AMIGOS

Lejos de una visión tradicional, de desconfianza y recelo, creemos que es crítico propugnar el alineamiento y coordinación de las funciones de marketing y de cumplimiento normativo. Cómo tejer esa amistad no es una cuestión menor ni secundaria, puesto que la organización y recursos siempre

condicionan los resultados, y porque cada empresa es un mundo.

Lo que nos resulta evidente, a nuestro entender, y que procura ser el mensaje principal de este texto, es que el cumplimiento normativo se nutre del marketing, y el marketing del cumplimiento normativo, son dos áreas cruciales en toda organización y sólo el entendimiento mutuo de sus misiones puede propiciar el éxito de ambas y, con ello, contribuir al de la propia organización.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO GUÍAN EL FUTURO DEL GRUPO SANTALUCÍA

El **GRUPO SANTALUCÍA**, integrado por un conjunto de empresas especializadas en la protección familiar, tiene la misión de ofrecer productos y servicios de calidad que respondan a las necesidades y expectativas de bienestar y cuidado de sus grupos de interés. Un compromiso de servicio y asistencia que, tras la situación que ha generado la pandemia, se ha vuelto más relevante que nunca.

Y es que en el **GRUPO SANTALUCÍA** nos preocupamos por mejorar lo que nos rodea, especialmente la vida de las personas. Así es como entendemos nuestra Responsabilidad Social Corporativa, que nos permite afianzar la relación con nuestros públicos, estar atentos a sus necesidades y promover este enfoque en el negocio con una visión a largo plazo.

Para lograrlo, desarrollamos nuestro **Plan de Responsabilidad Social Corporativa “Comprometidos con el entorno”**, nuestra hoja de ruta en la que se definen objetivos y compromisos con el planeta. Este marco de acción está alineado con el Plan Estratégico de la compañía e incide en colectivos clave para el Grupo, como son las personas mayores y los jóvenes, a través de cuatro ejes de acción:

- **Envejecimiento activo:** impulsamos el aprendizaje y nuevas experiencias de los mayores con la finalidad de rediseñar la vida adulta a través de proyectos de inclusión, participación y seguridad. Para ello, nos comprometemos a reducir la brecha digital y la desigualdad en el acceso a nuevas tecnologías, además de ofrecer

los recursos necesarios para promover su salud, seguridad y bienestar.

- **Habilidades para el futuro:** apoyamos la educación y formación de las personas jóvenes en riesgo de exclusión. Nos comprometemos a favorecer la educación financiera, en línea con el impacto de nuestra actividad, e impulsar iniciativas que permitan el desarrollo de habilidades sociales y profesionales necesarias para el futuro del trabajo.
- **Contribución social:** desarrollamos nuestra inversión social de forma participativa con nuestros empleados y clientes para que sean ellos quienes establezcan los proyectos de impacto social e integración sociolaboral en los que participamos.
- **Negocio responsable:** como parte de nuestra estrategia de responsabilidad social corporativa, promovemos nuestra actividad de forma responsable, con un lenguaje claro y fomentando el respeto al medioambiente y la gestión de la diversidad.



Además, nuestro **Plan de Responsabilidad Social Corporativa** está alineado con la **Agenda 2030 de las Naciones Unidas e integra los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)** en los que más impactamos para contribuir a la consecución de los retos globales.

La evolución de la gobernanza en el GRUPO SANTALUCÍA

Desde el **GRUPO SANTALUCÍA** creemos que, en el desarrollo de un negocio responsable, es fundamental contar con un modelo de gobierno corporativo centrado en la gestión ética y un sistema de control y gestión de riesgos que regule el funcionamiento transparente de las sociedades que lo componen.

El sistema de gobierno reside en el **Consejo de Administración de SANTALUCÍA**, empresa matriz del Grupo, aunque cada una de sus empresas cuenta con sus propios órganos de gobierno adaptados al sector y a su propia actividad.

Durante el último año, este sistema de gobierno corporativo **ha evolucionado para adelantarse y responder a las exigencias de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para las entidades de interés público** y sociedades cotizadas.

Una de las medidas implementadas ha sido el incremento del número de miembros del Consejo de Administración, que ha pasado de seis a siete. Esto ha sido resultado del **nombramiento del Director General como Consejero Ejecutivo, siguiendo las recomendaciones de equilibrio entre distintos tipos de consejeros y reforzando la visión ejecutiva en el Consejo.**

De esta forma, este órgano de gobierno se complementa con una amplia variedad de visiones, experiencias y perspectivas sobre el Grupo: la dominical, la ejecutiva y la de consejeros independientes, avalados por trayectorias profesionales contrastadas que aseguran sus conocimientos técnicos en los distintos negocios. Además, contamos con el asesoramiento de la figura del Letrado Asesor del Consejo de Administración.

Igualmente, existe una Comisión de Auditoría y Control de Grupo, integrada por dos consejeros independientes y una Comisión de Nombramientos y Retribuciones de Grupo, presidida por un consejero independiente.



Gestión y comportamientos éticos

Para seguir avanzando en un modelo de negocio responsable, en el último año hemos continuado desarrollando medidas y proyectos para potenciar **nuestro Código Ético y de Conducta**. De hecho, a cierre de 2019, el **95% de los empleados de las empresas del Grupo están adheridos a este código** que define los principios de comportamiento ético para una gestión responsable del negocio.

Además, en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas hemos adaptado el **Modelo de Prevención Penal**, existente desde el año 2010, a la estructura actual y en desarrollo continuo con el propósito de crear un único sistema con visión global y transversal. En esta **nueva Política se definen los procesos de diligencia**

debida para asegurar una gestión empresarial responsable, incluyendo diferentes y diversos procedimientos de selección y control tanto de los miembros del Grupo como de terceros con los que este se relaciona en el mercado.

En 2019, el 95% de la plantilla ya estaba adherida a esta política y en los próximos años seguiremos trabajando hasta sensibilizar e integrar al 100% de los trabajadores.

Como un tercer elemento del marco que define y regula el comportamiento y gestión transparente y responsable, implementamos **una política de aptitud y honorabilidad en nuestro negocio asegurador**. El objetivo de esta política es garantizar que las personas con especial responsabilidad o que desempeñan puestos fundamentales, cuentan con las cualidades y valores necesarios para



ejercer sus funciones.

Sistema de gestión de riesgos transparente

Por otra parte, hemos establecido un **sistema de gestión de riesgos y control interno que vela por la eficacia y eficiencia de las operaciones, la fiabilidad de la información financiera y el cumplimiento de las leyes y normas que sean aplicables.**

Este sistema está compuesto por tres líneas de defensa que garantizan la gestión y supervisión eficiente y de los riesgos, en línea con las funciones fundamentales -Actuarial, Gestión de Riesgos, Cumplimiento y Auditoría Interna- y asegurando que cada una de ellas cumple con los requisitos marcados por el marco regulatorio.

- **Primera línea de defensa:** compuesta por las funciones operacionales, es decir, que cada área o departamento es responsable de poner en práctica la gestión de sus riesgos y controles internos.
- **Segunda línea de defensa:** integrada por la función Actuarial, de Gestión de Riesgos y la función de Cumplimiento en coordinación con la Dirección. El objetivo es asegurar el cumplimiento de las políticas y estándares de control establecidos.
- **Tercera línea de defensa:** constituida por la función de Auditoría Interna, en un marco de independencia y objetividad. Su responsabilidad es aportar unos niveles determinados de supervisión y aseguramiento, así

como asesorar sobre temas de buen gobierno y procesos de la organización.

En definitiva, el buen gobierno corporativo y la responsabilidad corporativa vertebran la relación del **Grupo SANTALUCÍA** con todos nuestros grupos de interés y dan sentido a nuestra gestión diaria. Trabajamos para que los valores de compromiso y transparencia se transmitan en todos nuestros puntos de relación, impulsando un modelo de empresa responsable para un presente y futuro más sostenible con las personas y el planeta.

santalucía
SEGUROS



RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 165/2020, DE FECHA 19 DE MAYO

D. Julián Sánchez Melgar

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 630/2019, DE FECHA 18 DE DICIEMBRE

D. Antonio del Moral García

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 118/2020, DE FECHA 12 DE MARZO

D. Antonio del Moral García

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 165/2020, DEL 19 DE MAYO

D. Julián Sánchez Melgar

Confirma la previa sentencia de la Audiencia de Albacete, que había condenado a una persona física como autor de un delito de falsedad documental y a esa misma persona física y a su empresa, persona jurídica, como autores de un delito de estafa procesal (250. 7 CP), en grado de tentativa. Se impuso a la persona jurídica una pena de multa por importe de 10.248 €, además de condenarla a la responsabilidad civil derivada del delito en cuantía de 6.000 €.

En el FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO de la sentencia comentada se examina la pretendida por el recurrente indebida aplicación del art. 31 ter CP, concluyendo el Tribunal que no resulta dicho precepto de aplicación al caso que nos ocupa, porque el mismo permite acusar y condenar sólo a la persona jurídica en determinados casos en los que la física no pueda ser enjuiciada por diversas circunstancias, como no haberse podido individualizar el autor concreto de los hechos, o haber fallecido antes del juicio, haber devenido completamente incapaz o cualquier otra circunstancia.

En efecto, señala el artículo 31 ter del Código Penal que *la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*

En definitiva, en términos de la sentencia comentada, lo que se describe en tal precepto es el sistema bidireccional o acumulativo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de tal modo que tal responsabilidad es posible aunque no se exija la responsabilidad de la persona física, bien porque no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Esta misma doctrina ya se recogió en la STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019, en la que se analiza la responsabilidad

penal de la persona jurídica cuando estamos en presencia del título de imputación de los representantes, como es nuestro caso.

Recuerda la sentencia que en este supuesto a la persona física se le ha exigido responsabilidad en concepto de autora de una falsificación de documento privado, delito que es de imposible comisión por persona jurídica.

Finalmente, no cabría tampoco la modulación de la multa por la doctrina del bis in idem, dado que la pena impuesta al autor persona física ha sido de prisión, mientras que la de la persona jurídica ha sido de multa.

De manera que desde la perspectiva de la infracción del art. 31 ter del Código Penal, el motivo no puede prosperar.

En el FUNDAMENTO JURÍDICO CUARTO de la sentencia comentada se resuelve sobre una supuesta infracción del art. 116 CP, cuyo párrafo tercero incluye la responsabilidad civil solidaria entre persona jurídica condenada y el resto de los autores materiales del delito, a diferencia del art. 120 CP que establece la subsidiaria, cuando la persona jurídica no pueda ser condenada penalmente.

Igualmente se discute la sentencia por haber incluido en la indemnización los daños morales, motivo de impugnación que también se desestima por el Tribunal Supremo, que acoge e incluso reproduce la argumentación de la sentencia de la Audiencia a quo, que señala lo siguiente en relación con el daño moral:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo (condensada, por ejemplo, en la sentencia no 733/2014, de 24 de octubre, de la Sección 6a de la Audiencia Provincial de Madrid) indica respecto al daño moral que dicho perjuicio no necesita estar especificado en el relato de hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico; por lo que el daño moral no necesita, en principio, de prueba cuando se infiera de forma inequívoca de los hechos y, como reconocen las SSTS 4-7-1985 y 2-12-1994, existen infracciones que “in re ipsa” llevan aparejada la producción de un daño moral “stricto sensu”; más concretamente, la STS 5-3-1991 la cual añade que toda ofensa, si tiene naturaleza de infracción penal o moral, conlleva un daño moral indemnizable. Por su parte, la STS núm. 105/2005 de 29 enero, citando la de 24-3-1997, nos dice que no cabe olvidar que cuando de indemnizar los

daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos; resolución que añade, en relación al cuestionado trauma psicológico, que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1998, 29 de septiembre de 2000 y 29 de junio de 2001).

La jurisprudencia ha establecido también que no puede exigirse una prueba objetiva del daño moral porque se refiere a sentimientos de zozobra, inquietud, temor, incertidumbre, impotencia y otros similares, siendo destacable que en alguna sentencia del Tribunal Supremo se utiliza al concepto de impacto emocional a los efectos de resarcimiento del que se trata, es decir de compensar el dolor y la angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro.

En el caso presente concurren circunstancias muy relevantes como son las que se expusieron en el primer párrafo del presente fundamento jurídico. Se enfrenta el empresario ducho en la materia laboral y mercantil que no duda en utilizar diversas personas jurídicas para continuar en su actividad, pese a los obstáculos legales derivados de actuaciones pasadas, frente a un trabajador cuyas particularidades personales y sociales ya han sido expuestas al cual se le pone en la tesitura de solicitar la protección de los Tribunal para obtener el reconocimiento de sus derechos (con el coste y dilación que ello puede suponer) y, aun en ese caso, se intenta burlarlos de nuevo con una acción tendente a obtener una resolución judicial contraria basada en un documento que se ha demostrado que es falso. Por consiguiente, el Tribunal considera que existe un daño moral merecedor de resarcimiento para cuya determinación,

atendiendo a todo lo expuesto hasta ahora, se señala la cantidad de seis mil euros como la más ajustada a las circunstancias del caso".

Los FUNDAMENTOS JURÍDICOS 5º Y 6º aluden al cuerpo doctrinal constituido por las sentencias que ha venido dictando el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, citando algunas relevantes sentencias, aunque solamente a modo de recordatorio y sin ánimo sistemático:

- La STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019, manteniendo la posibilidad de condena de la persona jurídica sin condena de la persona física, conforme antes hemos declarado.
- La STS 499/2019, de 23 de octubre, sobre legitimación para pedir condena de una persona jurídica.
- Las SSTS 704/2018, de 15 de enero de 2019, y 234/2019, de 8 de mayo de 2019, sobre el alcance de la redacción del precepto situado en el art. 31.2 del Código Penal, antes de ser derogado.
- Modulación de la pena de multa, cuando esta se impone tanto a la persona física como a la persona jurídica, STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, de la que se había ocupado la Sala en supuestos de multa en delito de blanqueo de capitales, en STS 583/2017, de 19 de julio.
- La STS 123/2019, de 8 de marzo, que aprecia un déficit relevante en las condiciones en las que la persona jurídica compareció y pudo desarrollar su defensa en el plenario, y no solamente por no haber sido adecuadamente citada la persona especialmente designada para su representación en la causa penal, sino también porque fue representada procesalmente por la misma procuradora y defendida por el mismo letrado que actuaban en representación y defensa de otro acusado con el que se había apreciado la existencia de intereses contrapuestos, lo que en el caso, dadas las circunstancias, bien pudo haber causado un déficit en la defensa.

- STS 514/2015, de 2 de septiembre, que anuncia el principio de culpabilidad en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica.
- STS 154/2016, de 29 de febrero, con Sala formada en Pleno, en la que se declara que no es posible un régimen de responsabilidad objetiva, y que su fundamento se reside en la falta de control y de vigilancia.
- La STS 221/2016, de 16 de marzo, que proclama el delito corporativo, pasando por las siguientes Sentencias: STS 516/2016, de 13 de junio, con su Auto de aclaración (28-6-2016); STS 827/2016, de 3 de noviembre; STS 121/2017, de 23 de febrero; STS 583/2017, de 19 de julio; STS 260/2017, de 6 de abril; STS 455/2017, de 21 de junio de 2017; y STS 668/2017, de 11 de octubre de 2017, entre otras.

Finalmente, el FUNDAMENTO JURÍDICO SÉPTIMO comienza con una interesante reflexión conceptual, a modo de recordatorio, al señalar que *las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal. Si la pena de multa se impusiere en grado de tentativa, ha de rebajarse conforme resulta del art. 62 del Código Penal.*

Esta reflexión inicial sirve al juzgador para confirmar la corrección de la extensión de la multa, que se encuentra dentro de los límites del art. 251 CP, por ser su importe justo el doble de la cantidad objeto de la defraudación (en grado de tentativa) y la pena privativa de libertad que para la persona física lleva aparejado este delito es más de cinco años (de 1 a 6). Eso obliga a partir de multa del triple de la cantidad defraudada, que queda en el doble por ser impuesta dentro del tramo de la pena inferior en grado (art. 70.1.2a del Código Penal).

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 118/2020, DEL 12 DE MARZO

D. Antonio del Moral García

Confirma la previa sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había condenado por delito contra la hacienda pública a una persona física y a una empresa (persona jurídica).

En esencia, el recurso se centra en examinar si la Audiencia había aplicado correctamente el artículo 31 ter 1 CP, que permite la reducción de la multa cuando haya identidad en la práctica entre persona física y jurídica; lo que no ocurre en el presente caso, dado que la persona física no era la única socia.

Merecen destacarse, por su relevancia, los últimos párrafos del FJ 6º, que rechaza el recurso:

“Hizo bien la Audiencia al revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal. Incluso el resultado finalmente ofrecido puede considerarse dudosamente admisible, aunque en beneficio del reo, en cuanto que acaba concretando una cuantía de la pena de multa por debajo del mínimo que sería el 25 %, en punto que no podríamos corregir pues lo impide la prohibición de la reformatio in peius.

Algún comentarista al glosar esta previsión insinúa que el legislador tenía en mente sortear problemas de bis in idem. Si fuese así, lo ha hecho de forma no del todo atinada. El problema no es solo de penalidad dual. La penalidad doble (o triple, o cuádruple...) no suscita ningún problema cuando son varios los responsables penales del hecho: siempre que hay copartícipes se imponen varias penas por un único delito. Cosa diferente es que en esos supuestos la técnica de la multa proporcional se revele como perturbadora en cuanto que multiplica su importe natural (el valor de lo defraudado -criterio utilizado en los delitos de defraudación tributaria-, o de la droga ocupada, o del beneficio obtenido) por el número de partícipes; de manera que actores muy secundarios (v. gr., quien ayuda a descargar la droga por una modesta remuneración prometida) han de soportar la misma multa que el promotor y beneficiario de la importación de varias toneladas de hachís.

El problema de bis in idem no se presenta en rigor. El argumento de la recurrente en esa dirección no es acogible cuando se sanciona tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo éste el único socio: entre muchas otras y

dentro de la jurisprudencia europea en casos específicos de sanciones tributarias, STJUE de 5 de abril de 2017 (asunto Massimo Orsi y otros) y SSTEDH Kiiveri c. Finlandia, de 10 de febrero de 2015, Pirttimäki c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014 y Heinanen c. Finlandia, de 6 de enero de 2015 (parágrafo 37)“.

Una adecuada estrategia defensiva podría consistir, por tanto, en sostener la identidad entre persona física y jurídica, y en no haberse probado la existencia de otras personas físicas vinculadas con la empresa, para, de esta manera, aprovechar la minoración de la multa impuesta a la persona jurídica que contempla el artículo 37 ter. 1 CP.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Nº 630/2019, DEL 18 DE DICIEMBRE

D. Antonio del Moral García

La STS 630/2019, de 18 de diciembre de 2019, anula una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había condenado a una persona jurídica, por el delito de apropiación indebida, a la pena de disolución y a la de multa por importe de 309.444 €.

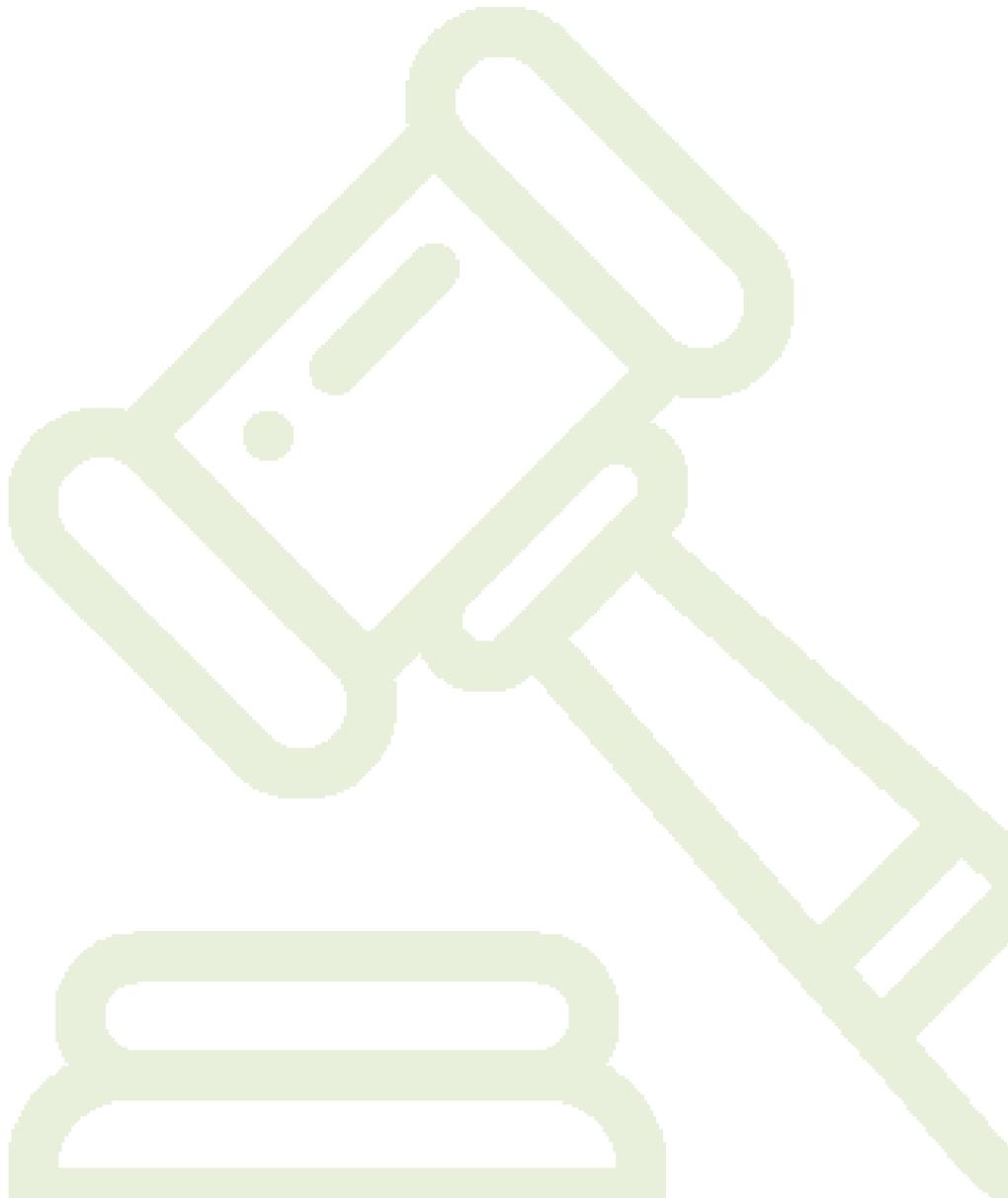
La sentencia contiene interesantes reflexiones en torno a los requisitos para la aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.6º, en los casos en que el defraudador haya cometido la estafa aprovechando una previa credibilidad empresarial, sistematizando una doctrina que resulta de muy oportuna aplicación en el ámbito de los delitos cometidos por los administradores de personas jurídicas y, por tanto, que puede tener gran incidencia en materia de compliance.

Merece destacarse, en relación específicamente con la responsabilidad penal de las personas jurídicas el FUNDAMENTO JURÍDICO QUINTO, que alude a la cuestión del *numerus clausus* de delitos para los que el legislador implantó un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo así que la Audiencia Provincial de Pontevedra había condenado a la persona jurídica por un delito de apropiación indebida, cuando éste no es un delito de los que pueda cometer una persona jurídica. Dice Así. “QUINTO.- El rechazo de los alegatos específicos que se recogen en los dos primeros motivos encauzados a través del art. 849.1º LECrim no impide en virtud de lo que ha venido a conocerse como doctrina de la voluntad impugnativa analizar otras cuestiones que, aún no siendo expresamente

denunciadas, aparecen implícitamente cuestionadas en los amplios términos de la impugnación y que suponen la conculcación de normas penales sustantivas, aunque sea a través de esa flexibilización, autorizada por la práctica, de la estricta ortodoxia casacional.

De una parte, llama poderosamente la atención la condena como responsable penal en virtud del art. 31 bis CP de la sociedad por cuya cuenta actuaba el acusado. Era correcta la condena si estuviésemos ante una estafa (art. 251 bis CP). Pero habiéndose decantado la Audiencia por el delito de apropiación indebida, la respuesta no puede ser más que la absolución. Tal delito, por paradójico y poco explicable que ello pueda resultar, no se encuentra incluido entre aquellos para los que el legislador de 2010 (y luego 2015) implantó un régimen de responsabilidad

penal de personas jurídicas. El art. 31 bis 1 CP se refiere a los supuestos previstos en el Código. Y en la regulación de la apropiación indebida no existe un precepto paralelo al art. 251 bis. **No hay responsabilidad penal corporativa en esa infracción.** Sí debe permanecer su responsabilidad civil subsidiaria (que, por cierto, posiblemente hubiera sido preferible catalogar como solidaria -art. 122 CP-, lo que además sería lo que además sería obligado si fuese responsable penal como indebidamente estimó la Audiencia: art. 116.3 CP).“.





ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

DOMICILIO SOCIAL

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

EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS

Dirección

LUIS SUÁREZ MARIÑO

Redacción

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

Diseño

NEUROMARKETING EXPERIENCES
www.nmx.es