

European Compliance & NEWS

La revista para los profesionales del Compliance editada por la Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance

Entrevista

Víctor Tartiere. Abogado
Presidente del Comité de cumplimiento de ALSA
Presidente de ACOFES

La diversidad cultural en el ámbito empresarial
Buenas prácticas. Recursos. Actividades
por *Cornelia Verdes-Bogza*

Experiencia, reflexiones y sugerencias a propósito de
comportamiento ético en la actividad comercial
por *Guillermo Soto Ugalde*

El extraño sistema de determinación de la pena para
personas jurídicas en nuestro Derecho por *Bernardo del*
Rosal Blasco

La tecnología blockchain y el cumplimiento
normativo: ¿realidad o todavía ficción? por *Francisco*
Estepa Domínguez

La ISO/CD 37301, la próxima innovación en
normas de Compliance por *Gilberth Araujo*

Control y un buen gobierno de ti en las organizaciones
por *Antoni Bosch Pujol*

Los Canales de denuncia internos y la protección de los
denunciantes, en la propuesta de Directiva del Parlamento
Europeo y del Consejo relativa a la protección de las
personas que informen sobre infracciones del Derecho de
la Unión por *Luis Suárez Mariño*

Las mejores iniciativas de Transparencia Internacional
España para impulsar una cultura de integridad y
cumplimiento por *David Martínez García*





04	Editorial	La ISO/CD 37301, la próxima innovación en normas de Compliance	29
06	Entrevista: Víctor Tartiere	Control y un buen gobierno de ti en las organizaciones	32
10	La diversidad cultural en el ámbito empresarial Buenas practicas. Recursos. Actividades	Los Canales de denuncia internos y la protección de los denunciantes	37
15	Experiencia, reflexiones y sugerencias a propósito de comportamiento ético en la actividad comercial	Las mejores iniciativas de Transparencia Internacional España para impulsar una cultura de integridad y cumplimiento	44
20	El extraño sistema de determinación de la pena para personas jurídicas en nuestro Derecho	Jurisprudencia	50
26	La tecnología blockchain y el cumplimiento normativo: ¿realidad o todavía ficción?		



PROMOVER - INFORMAR - FOMENTAR - APOYAR

“Ética y Compliance: construyendo seguridad legal”

ÍNDICE DE CONTENIDOS



Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance
 Passeig Mossen Jacint Verdaguer, 120- 08700 Igualada - Barcelona
 Telf.: +34 938 049 038
info@aeaecompliance.com
 Inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con número 609885

Redacción European Compliance & News
 Cristina Vázquez Calo valencia@aeaecompliance.com / Luis Suarez Mariño asturias@aeaecompliance.com

EDITORIAL

Sale a la luz este nuevo número “**European Compliance News**”. Tras más de tres años de andadura con esta revista semestral la **AEAEC** intenta cumplir uno de los objetivos principales de la asociación: fomentar el conocimiento y la puesta en valor del Compliance en entidades públicas o privadas, y su relación con el Gobierno Corporativo, la Ética y la Responsabilidad Social Corporativa, como valores esenciales que deben presidir la actividad de las personas jurídicas.

Desde la redacción de la revista queremos dar nuestro más sincero agradecimiento a todos aquellos que han hecho posible la revista, de manera absolutamente generosa. No dejamos de estar sorprendidos del alto compromiso que en esta labor de divulgación del Compliance han demostrado todos los profesionales a los que hemos acudido, solicitando su colaboración. Nuestro más sincero reconocimiento a todos y cada uno de ellos.

En este séptimo número de “European Compliance News” tratamos, como en otros números, cuestiones dogmáticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este número el **sistema de determinación de penas que el Código penal prevé para las personas jurídicas** y sus diferencias con el establecido para las personas físicas.

Se abordan cuestiones novedosas cómo la oportunidad que conlleva la **tecnología Blockchain para el Compliance**, o la futura norma el **ISO 37301 Sistemas de gestión de cumplimiento - requisitos con guía de uso** -, que permitirá crear, implementar, auditar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento eficaz dentro de organizaciones pequeñas, medianas o grandes; y cuyos principios

refuerzan valores como la proporcionalidad, la transparencia y la sostenibilidad.

Precisamente la necesidad de que las organizaciones privadas y públicas, estén guiadas por una cultura de integridad y cumplimiento, cómo ha reclamado el Supremo en alguna de sus sentencias sobre la materia, a la que ya nos referimos en números anteriores de la revista, exige impulsar iniciativas como las que nos presenta Transparencia Internacional España en éste número de la revista. Particularmente queremos hacer especial mención a dos de ellas: **La Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Buen Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción, y el Foro de Integridad Corporativa**.

La *Guía Práctica* permite a las empresas u organizaciones llevar a cabo un *autodiagnóstico* para medir y evaluar la calidad de sus programas de cumplimiento normativo, sus programas anticorrupción y su estructura de gobierno corporativo y, por otro, las orienta en la mejora de esos programas y en su nivel de reporting y transparencia en dichas áreas, facilitando a las empresas el establecimiento de criterios para la mejora continua y verificación de sus programas de *Compliance*, de acuerdo con la exigencia establecida en el art. 31 bis 5.6 del Código Penal.

La Guía Práctica se puede consultar y descargar gratuitamente a través del siguiente enlace:

<http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/07/TI-Guia-Pract-Autodiagnostico-DIGI-TAL-1.pdf>

La otra iniciativa que destacamos es la creación del **Foro de Integridad Corporativa** que reúne a grandes empresas comprometidas en fomentar y desarrollar una cultura empresarial de cumplimiento, integridad y transparencia. El Foro es un espacio de reflexión, análisis y debate, en el cual se intercambian perspectivas, conocimientos y experiencias en todas aquellas áreas ligadas a la integridad corporativa. Su finalidad es poder ofrecer desde la sociedad civil, en colaboración directa con el sector empresarial y privado, las mejores iniciativas que permitan avanzar en el posicionamiento de las empresas españolas como referentes en materia de integridad empresarial y transparencia a nivel internacional.

La cultura ética que debe presidir todo organización, tiene particular repercusión en dos ámbitos de la empresa. Los recursos humanos y el departamento comercial. Ambos son objeto de tratamiento en la revista.

La cultura ética se pone de manifiesto en cuestiones aparentemente carentes de relación con el compliance, como la necesidad de crear un adecuado clima laboral en empresas multinacionales que tienen que gestionar equipos de muy diversas culturas y costumbres empresariales; esto es precisamente lo que ocurre, por ejemplo, con ALSA, la primera empresa de transporte de viajeros por carretera de nuestro país, que opera en países de cultura tan dispar como Marruecos o China y a cuyo Presidente del Comité de Cumplimiento, **Victor Tartiere, también presidente de ACOFES, Asociación de Compliance Officers de España, entrevistamos.**

Precisamente con ACOFES mantenemos contactos para ofrecer conjuntamente actividades, en beneficio de todos los que nos dedicamos al Compliance, de las que pronto tendremos oportunidad de dar noticia.

Igualmente la actividad comercial es particularmente sensible frente a prácticas ilegales o corruptas. Aunque conductas inapropiadas y poco éticas se pueden dar en todas las áreas de una organización, quizás sobre la función de ventas exista un mayor riesgo, al recaer sobre ella la mayor parte de las transacciones que realiza una compañía. Este mayor riesgo, y ciertas prácticas inapropiadas, han supuesto, una mayor erosión reputacional de este sector frente a la sociedad. Pero es natural que esto ocurra, puesto pese a que en rigor no hay más culpabilidad ni menor cumplimiento

ético en la fuerza de ventas respecto a otros sectores de la actividad económica, simplemente todas sus acciones poseen mayor visibilidad.

Recuperar la buena imagen de la función comercial exigirá sensibilización, tiempo y, sobre todo, conductas consistentemente impecables por parte de todos los agentes comerciales en la totalidad de los sectores de actividad en que operan.

El **pasado 16 de Abril el Parlamento Europeo aprobó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**. La norma pone en valor la denuncia como medio eficaz de detección de infracciones de las normas de la Unión en muchos ámbitos y hace hincapié en la necesidad de unificar la regulación de protección de los denunciantes a nivel de la UE con el fin de proteger a cualquier denunciante, cualquiera sea el país de la UE en el que se encuentre, a fin de que el mismo se sienta seguro.

A falta de aprobación formal del Consejo, la norma europea ha dejado obsoleta la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes que no terminó de ver la luz en la anterior legislatura, por lo que entendemos necesario y procedente elaborar una Proposición o nuevo Proyecto de Ley acorde con las disposiciones de la Directiva, tanto por lo que respecta al ámbito objetivo como subjetivo de aplicación, incluyendo -en concordancia con la Directiva- al sector privado, como a la admisión de canales externalizados de denuncia, garantías de confidencialidad y admisión de denuncias anónimas, inclusión de apoyo legal, protección judicial y laboral al denunciante y a las personas de su entorno, además de, en su caso, ayudas psicológicas y sociales al denunciante.

No queremos terminar estas líneas sin comentar que en este número ya comenzamos a introducir en la revista noticias publicitarias de empresas comprometidas con el Compliance, a través de la cual pretendemos que estas puedan colaborar con la revista en una labor de patrocinio, que permita que “European Compliance News” pueda seguir siendo un medio útil y eficaz en la difusión de la cultura de Compliance, la responsabilidad social corporativa y el buen gobierno.

Entrevista a Víctor Tartiere



Víctor Tartiere

Abogado

Presidente del Comité de cumplimiento de ALSA

Presidente de ACOFES

Entrevistamos a Víctor Tartiere, abogado ovetense de larga y prestigiosa trayectoria, presidente del comité de cumplimiento de ALSA, la primera empresa de transporte de viajeros por carretera de nuestro país y presidente de ACOFES, Asociación de Compliance Officers de España.

Buenos días Víctor, muchas gracias por recibirnos y tener la oportunidad de charlar contigo sobre Compliance y su práctica.

¿Eres de la opinión de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo ha llegado para quedarse, sino que, va en aumento?

En mi condición de presidente del Comité de Compliance del grupo ALSA, puedo asegurar que la gran empresa y corporaciones internacionales asentadas en España, lo tienen totalmente asumido. Considero que éstas, marcan indudablemente el camino a medianas y pequeñas empresas. Por otro lado, la deriva de exigencia de planes de Compliance para contratar con las empresas internacionales, obliga a las subcontratistas a recorrer el camino ya iniciado por las grandes, con independencia de otras consideraciones sobre el propio interés en su desarrollo.

¿Cuáles son los problemas prácticos más relevantes para que las empresas entiendan que el Compliance no es solo un deber legal sino una ventaja competitiva?

Me remito a lo ya indicado, creo que el desarrollo va a ser en cadena, el problema más relevante en la actualidad, es el desconocimiento y la falta de difusión, que se está haciendo de la necesidad de implantar planes de Compliance.



Desde nuestra asociación, ACOFES (Asociación Compliance Officer de España), tratamos de difundir su necesidad en las empresas, pero observamos, que efectivamente, hay un gran desconocimiento no solo de su necesidad, sino de la ventaja competitiva que suponen.

¿Consideras que los administradores de sociedades mercantiles son generalmente conscientes de que la ley les impone un específico deber de control del que se deriva la obligación de implantar un sistema de gestión de Compliance en la sociedad que administran y en dotarle de recursos financieros adecuados?

Creo que nuevamente hay que hacer una diferenciación. Por lo que yo conozco, en la gran empresa creo que ya no es necesario trasladar a los administradores la responsabilidad que supone el ejercicio diligente de su función de control; son plenamente conscientes, y de hecho, será raro, en éste ámbito encontrar alguna empresa que no tenga ya desarrollados sus planes de Compliance y con dotación de recursos financieros suficientes.

Sin embargo, en muchas pequeñas y medianas empresas, hasta ahora, muchos administradores no han percibido el alcance de su responsabilidad. En las últimas jornadas que hemos celebrado en ACOFES, se debatió mucho esta cuestión, y los Magistrados de la Audiencia Nacional (Sr. Abascal) y del Tribunal Supremo (Sr. del Moral) eran de la opinión de que la propia evolución jurisprudencial en esta materia, llevará sin ningún género de dudas, y en un plazo muy breve, a los administradores de todas las empresas al convencimiento de la necesidad imperiosa de dotar a las mismas de un, cuanto menos aceptable, plan de Compliance. Y, disculpa que me extienda, en la idea, en la que insistieron los magistrados, de que el establecimiento, implantación y gestión eficaz de un programa de gestión de Compliance, requiere destinar al mismo recursos financieros adecuados para demostrar la voluntad real de adoptar una verdadera cultura de cumplimiento. Hoy se ven ofertas de programas por precios irrisorios que, ya solo por el precio, incumplen el requisito exigido por el legislador en el propio

código penal para que el programa de prevención de delitos pueda actuar como eximente de la responsabilidad penal, de que el mismo ha de estar dotado de recursos financieros adecuados.

¿Crees que hace falta más formación específica para los administradores de sociedades?, ¿Quizás se echa de menos una mayor profesionalidad en muchos administradores de sociedades?

Ciertamente, los administradores de muchas sociedades pequeñas, la inmensa mayoría de nuestro tejido empresarial, no perciben ni el riesgo que entraña su función, ni una necesidad específica de formación. En este sentido creo que somos los asesores financieros y legales quienes debemos trasladarles esa necesidad y las exigencias que entraña su específica función de administradores.

¿Cuáles son los impedimentos reales y prácticos para que la práctica totalidad de las micro-empresas que constituyen más del 90% de nuestra economía productiva vean el Compliance cómo algo ajeno a ellas?

Insisto en la necesidad de información y formación, y no solo desde las asociaciones como ACOFES o la AEAEC o desde los propios asesores legales de las empresas, sino desde las propias administraciones. No veo ninguna campaña institucional al respecto, ni creo que se estén explicando las consecuencias de la falta de atención, por los empresarios a éstas cuestiones. Hoy en día la mayor parte de los administradores de pequeñas sociedades, no han oído lo que es el "Compliance" o, si lo han oído, y han recibido alguna información, lo perciben como otra obligación legal mas, a añadir al chorreo normativo que sufren.

En algunos casos hemos visto como grandes compañías con programas de cumplimiento implantados y muy sesudos, sin embargo han hecho agua por la cabeza, precisamente por sus mayores accionistas y consejeros. ¿Cómo hacer del Comité de cumplimiento un órgano realmente autónomo dentro de la empresa?

Difícil ser un órgano autónomo. Pero tengo la sensación de que poco a poco se van ocupando espacios de control que al final redundan en que se cumpla la auténtica finalidad de los planes de Compliance. Esta no es otra, que mentalizar a directivos, empleados y accionistas de las ventajas de operar con criterios transparentes y adecuados a la normativa en un mercado complejo en el que no es fácil competir con empresas situadas en otros países en que los controles y exigencias normativas y éticas son mucho más laxos.

¿Cómo se puede proteger al Compliance officer cuando el autor de la acción delictiva es administrador a quién tiene que rendir cuentas?

Esta pregunta es complicada, pero cuando estamos ante una actuación delictiva del administrador, en la mayor parte de los casos estamos trascendiendo del ámbito normal del Compliance, basado en el liderazgo del órgano de Administración y de la dirección. Difícilmente, va a cumplir con los requisitos del art. 31 del C.P. una empresa en que el administrador delinque dolosamente, la mayor parte de las veces en su propio beneficio y no siempre en beneficio de la empresa.



Eres el Presidente del Comité de cumplimiento de ALSA desde tu experiencia ¿Qué especificidades señalarías como más relevantes de un programa de cumplimiento en una empresa de transporte de viajeros de carácter internacional como ALSA?

Básicamente la complejidad del mismo. Las áreas de riesgo abarcan prácticamente todos los supuestos penales que se incardinan en el art. 31 del C.P. Existe riesgo de blanqueo, en contratación internacional, en todo el ámbito del transporte, etc.

¿Cómo abordáis la tarea de revisar y perfeccionar el programa de prevención?

Hay un equipo de gran nivel. ALSA, por su accionariado británico, tiene una mayor sensibilidad en éste campo, se quiere evitar a toda costa, los efectos reputacionales en la bolsa inglesa, a los que daría lugar cualquier responsabilidad penal de la empresa. Por ello, el equipo está muy pendiente de todas las zonas de riesgo, que en su día señalaron quienes realizaron el programa de Compliance.

ALSA es una empresa que ha hecho de la calidad su enseña. De hecho cuenta el sello de excelencia europea EFQM 500 y varias certificaciones de calidad expedidas por AENOR, como la UNE-EN-ISO9001 sobre gestión de calidad, la UNE-EN-ISO 22320:2013 sobre gestión de emergencias, la UNE-EN ISO 39001 de Gestión de la Seguridad Vial o la ISO 45001:2018 relativa a la Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. ¿Consideras que una empresa que apuesta por la calidad no puede prescindir de integrar en su sistema de gestión, un sistema de prevención de delitos con los requisitos que establece nuestro C.P.?

Te olvidas incluir, que recientemente, hemos obtenido en el ámbito de Compliance, la certificación UNE 1901, que como sabes, es el máximo nivel certificable en nuestro país, y que pocas empresas lo tienen a la fecha.

Y a la inversa ¿Una empresa que empieza por preocuparse por instaurar un sistema de gestión de prevención de delitos, no muestra una vocación de mejora continua que apuesta por la calidad?

Te insisto en que yo creo que esto viene en cascada, quien apuesta por la calidad, lo hace en todos los ámbitos de la empresa, también en el de la responsabilidad

social y el compliance.

¿Hasta qué punto el mercado es sensible y valora el esfuerzo, dedicación e inversión que supone para una empresa apostar por la implantación en su gestión de un sistema de calidad y por una cultura de cumplimiento?

Yo creo que cada vez el mercado es más sensible, de hecho, yo ya veo generalizarse en la contratación, la exigencia de acreditar planes de Compliance y asunción de códigos éticos de la contratante, lo que será otro impulso para que la pequeña y mediana empresa, se ponga al día en este campo.

¿Y la fiscalía, los juzgados y tribunales valoran ese esfuerzo en caso de que se produzca un delito en el seno de la empresa pese al esfuerzo emprendido?

La impresión que tengo es que la validez o no de los planes de Compliance, en cuanto a su efecto atenuante, está en una zona interpretativa muy subjetiva, debe de acreditarse sobre todo inversión financiera, personal, dedicación, etc. todavía deberá regularse por la vía jurisprudencial, e incluso legal o reglamentariamente como más de una importante voz preconiza, el alcance y los límites de los planes de Compliance.

¿Con qué problemas os enfrentáis en otros países en los que opera ALSA con regímenes políticos más imperfectos y reglas y prácticas muy diferentes como China y Marruecos, por ejemplo?

Creo que esto es un problema que trasciende del ámbito del Compliance, la competencia internacional que se desarrolla en los países que has indicado es muy fuerte, y no todos estamos sometidos a las mismas reglas de juego.

Competir con empresas chinas, que desconocen (salvo circunstancias muy exageradas) la corrupción internacional, el cohecho, etc., supone un hándicap para las empresas europeas, pero la OCDE entiende que la moralización en los mercados internacionales, debe de venir de la mano de las empresas europeas, y que no nos queda otro remedio más que jugar con nuestras reglas, y tratar de imponerlas en esos mercados.

Para terminar. Un programa de Compliance necesita el liderazgo de la dirección, y de una adecuada

formación y comunicación a todos los niveles. ¿Cómo trabajáis esta cuestión?

Personalmente involucrando y comprometiendo a la dirección y con dedicación y medios. No hay otro secreto.

No te robo más tiempo Victor. Ha sido un placer charlar contigo. Espero que esta charla no sea la última y podamos seguir debatiendo sobre estas cuestiones y planteando acciones conjuntas de ambas asociaciones, ACOFES Y AEAEC, en beneficio de los profesionales del Compliance, los órganos de gobierno de las entidades jurídicas y la sociedad en general.



La diversidad cultural en el ámbito empresarial Buenas practicas. Recursos. Actividades



Cornelia Verdes-Bogza

International HR Lead | In-House Legal & Compliance

En un mundo como el actual en el que las empresas tienen que contar con personas provenientes de culturas diversas se hace necesario que las mismas se doten de recursos suficientes para gestionar esta diversidad cultural como una ventaja competitiva.

Al mismo tiempo, en el mundo de negocios en el cual todos estamos conectados, deseando explorar nuevos mercados, atraer nuevos clientes y estar a la altura de los retos profesionales, es esencial desarrollar competencias multiculturales para poder comunicar bien, adaptando nuestro mensaje al contexto multicultural para finalmente conseguir nuestros objetivos.

En este artículo pretendo hacer una breve descripción de ciertos recursos, actividades y buenas prácticas que puedan resultar de utilidad para gestionar con éxito la diversidad cultural.



PROGRAMAS DE INTEGRACIÓN DE NUEVOS EMPLEADOS (Onboarding)

El programa de integración de un nuevo empleado tiene como objetivo principal la incorporación del empleado a su nuevo puesto, aclarando las dudas y las responsabilidades. Se trata de facilitar al nuevo empleado las herramientas necesarias para que cumpla su función en un proceso de acompañamiento que exige un seguimiento para ver si realmente la integración se lleva a cabo con éxito. Entregarle un largo documento escrito sobre su integración, sin un proceso de acompañamiento de una duración óptima y adaptada a su función, no es recomendable.

El programa de integración ofrece una excelente oportunidad para reafirmar la cultura organizacional y el compromiso de la empresa con sus valores y principios como la diversidad y la inclusión.

Durante la integración se comunican al nuevo empleado, entre otros:

- El código ético y de conducta de la empresa, las normas internas;
- El proceso de evaluación del rendimiento de los empleados;
- Los comportamientos esperados que definen, impulsan y fomentan el liderazgo y la diversidad cultural al nivel de empresa, introduciendo los proyectos en marcha al empleado, poniendo a su disposición los recursos disponibles (actividades y eventos, formación e iniciativas educativas, grupos de trabajo).

De esta manera, el nuevo empleado tiene la posibilidad de elegir entre las actividades disponibles relacionadas con la diversidad cultural, las que mejor se adaptan a sus necesidades. La elección no es una obligación, es solo una opción que se le ofrece para aportar su visión y, siempre que lo considera oportuno a lo largo de la relación laboral, participe de una manera activa.

Los programas de integración pueden ser un éxito y facilitar la integración rápidamente y de verdad, siempre que se organicen de una perspectiva práctica y auténtica. Suele ser el departamento de recursos humanos el que tiene el liderazgo del programa de integración, pero la implementación del mismo

requiere la colaboración de varias funciones.

Un buen programa de integración ofrece al nuevo empleado informaciones completas y presenta el conjunto de acciones para todas las formas de diversidad, mostrando de esa manera la visión de un plan de gestión estructurado y coherente de la diversidad de la empresa. Fomentar una cultura organizacional donde se valora la diversidad cultural es un asunto que compete a todos, no solo al equipo de recursos humanos. Un programa de integración eficaz para tratar con acierto la diversidad cultural y otros tipos de diversidad ha de poder llevarse a cabo en el día a día de la empresa.

Al incorporarse en un nuevo colectivo, el empleado observará como está organizada la empresa, si todo lo que se le prometió durante el proceso de selección es una realidad. Si las declaraciones altisonantes sobre la importancia de la diversidad cultural no se corresponden con un ambiente propicio para que el nuevo empleado desarrolle sus competencias multiculturales, esas mismas declaraciones tendrán, a la postre, un impacto negativo, afectando al nivel de confianza y expectativas profesionales de desarrollo personal como también al compromiso del nuevo empleado con el proyecto empresarial. Sin ofrecer las herramientas adecuadas y verdaderas para fomentar la diversidad, a la empresa le resultará difícil de retener el talento a largo plazo.

Finalmente, es recomendable tener una versión de programa de integración adaptada a los empleados que se reincorporan al trabajo después de un periodo más largo de ausencia aunque conozcan la empresa (programa de reintegración o reincorporación).

ACCESO A RECURSOS EDUCATIVOS SOBRE OTRAS CULTURAS

El respeto a la diversidad cultural como un valor de la empresa exige a la misma permitir el acceso a las culturas de todos los empleados que forman parte de la misma.

Se pueden organizar sesiones o talleres sobre otras culturas o programas combinados cuyo objetivo sea mejorar las relaciones entre personas de distintas culturas, que compartan sus diferencias como una riqueza, promoviendo una mentalidad abierta e integradora, y la aspiración de descubrir cosas nuevas con perspectiva enriquecedora. Las jornadas de celebración cultural ofrecen una oportunidad para los empleados que quieran participar activamente, compartiendo sus experiencias y conocimientos sobre las tradiciones y las costumbres de otros países.

Casa Turca de Barcelona es un ejemplo de organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo es facilitar el intercambio cultural entre ambos países mediterráneos, Turquía y España, poniendo a la disposición del público interesado diferentes actividades culturales:

- Charlas de temática en el ámbito de la cultura, historia, arte, política y socio-economía;
- Ciclos de ponencias (ej.: “Homenaje a Cervantes”);
- Conferencias con el motivo del Día Internacional de la Mujer con un temario presentado por una perspectiva académica y personal;
- Encuentros interreligiosos que incluyen gastronomía de otros países y visitas guiadas;
- Jornadas organizadas con motivo de la Semana Mundial de la Armonía Interconfesional;
- Desayunos de trabajo;
- Cursos de turco y reuniones informales para mejorar el idioma turco;
- Tardes de cine, de meditación danzada y conciertos;
- Eventos de gastronomía turca;
- Talleres artísticos de pintura, cerámica y arte

tradicional de Turquía.

El conjunto de actividades del “Espacio para la diversidad” es muy amplio y ofrece a todos los participantes la oportunidad de compartir sus ideas, aclarar las dudas, adquirir conocimientos de ambas culturas e idiomas, hablar sobre el estilo de vida de ambos países, entender la comunicación intercultural en el empleo de cada país, las tradiciones y las costumbres.

Para las empresas que tienen una necesidad específica de desarrollar las competencias multiculturales de sus empleados ayudándoles a relacionarse mejor con compañeros o clientes de Turquía, participar en las actividades que organiza Casa Turca de Barcelona les puedan ser de gran ayuda para que sus empleados adquieran las competencias multiculturales rápidamente.

EQUIPOS MULTICULTURALES. FORMACIÓN Y GESTIÓN DEL EQUIPO

Conocer el idioma es importante, pero no es suficiente para comunicar con las personas de otras culturas si el conjunto de comportamientos y gestos muestra poca sensibilidad a las características de la cultura del interlocutor.

Las diferencias culturales pueden ser difícil de gestionar para una empresa si deja de lado la gestión de las mismas, impactando directamente en el rendimiento y los resultados de los empleados creando frustraciones, que finalmente impactan también en sus resultados.

Lo ideal es poder ofrecer la formación adecuada sobre la diversidad cultural antes de iniciar un proyecto en otro país o un proyecto que precise de equipos formados por personas de diversas culturas.

A veces nos encontramos con dificultades a la hora de implementar una formación adecuada sobre la diversidad cultural a todos los miembros de un equipo simultáneamente, antes de empezar un proyecto:

- Unas veces se trata de proyectos internacionales que se desarrollan conjuntamente en varios países y resulta difícil coordinar los recursos disponibles al mismo tiempo;

- Otras veces los equipos humanos son muy numerosos y las diversidades culturales también lo son, lo que aumenta las dificultades;

- Otras porque esas diversidades son profundas o específicas que se hace preciso disponer de un especialista en el tratamiento de diversidad cultural que a su vez conozca la empresa, lo que puede resultar difícil.

Cuando la formación empieza al mismo tiempo que el desarrollo de un proyecto y no antes, se recomienda la implementación de reglas de colaboración y trabajo que puedan disminuir el riesgo de tensión y conflictos resultantes de las diferencias culturales. Esas reglas se implementan bajo la estricta supervisión y liderazgo del líder del proyecto y frecuentemente incluyen:

- Siempre que sea posible, organizar una primera reunión antes de iniciar el proyecto en un entorno informal, invitando a todos a participar.
- Dar unas reglas básicas como las de suponer las mejores intenciones de cada persona, abstenerse de juzgar, dejar los estereotipos y los prejuicios fuera del ámbito del proyecto.
- Mostrar empatía, escuchar activamente, establecer y cumplir con las fechas de entrega.
- Clarificar por escrito la estructura organizativa del equipo, las funciones y responsabilidades de cada uno de sus miembros, los objetivos, las fases del proyecto, las fechas, los horarios laborales y periodos vacacionales, los procesos de trabajo.
- Si se utiliza el inglés como idioma de comunicación, pedir a los nativos ingleses que hablen más despacio y usen un vocabulario adecuado para entenderse con una persona que no es nativo, siendo conscientes de que los no nativos pueden tener dificultades para entender ciertos acentos, jergas o expresiones coloquiales propias de un nativo. Asegurarse de que los mensajes son entendidos.

- Aclarar las reglas de envío de correos para todos los miembros del equipo (por ej. quien debe estar en la copia de un correo y cuando, la prohibición o el uso libre de la opción de “copia oculta” del correo, uso de correo electrónico vs. llamar por teléfono

vs. usar la mensajería electrónica disponible tipo “chat”).

- Planificar las actividades a nivel del grupo con antelación para darles tiempo que se preparan las reuniones: enviar las invitaciones y la agenda de la reunión a todos, indicar los responsable de cada tema y animarles a participar de manera activa.

- Mantener conversaciones con los miembros del equipo durante la ejecución del proyecto, observando la motivación de cada uno, sus retos y su rendimiento durante el mismo.

- Ser consciente de que la comunicación no verbal es una forma de comunicación y que determinados gestos puedan tener diferentes significados, según la cultura de cada país de origen de los miembros del equipo.

- Conocer el contexto cultural de cada miembro. Puede ocurrir, por ejemplo, que mientras en unas culturas no esté bien visto criticar en público, en otras culturas si sea costumbre hacerlo.

- Tomar oportunamente la decisión de cambiar la estructura del equipo inicial cuando ninguna otra opción funcione y sea necesario resolver un conflicto generado y mantenido por la diversidad cultural.

Antes de proponer cualquier actividad de formación se debe realizar un análisis de las competencias que les hacen falta a los miembros del equipo y priorizar las competencias claves que sean necesarias para ese proyecto. La formación sobre la gestión de la diversidad cultural y equipos multiculturales puede incluir los siguientes:

- Programas y talleres de formación sobre temas como: la escucha activa, resolver conflictos, colaboración y gestión de equipos virtuales;
- Talleres con casos prácticos y retos por resolver en relación a la diversidad cultural;
- Uso de las plataformas especializadas online que pueden facilitar y generar programas muy interesantes y prácticos sobre la diversidad multicultural.

En el caso de un proyecto global con diferentes fechas de implementación en diversos países se recomienda actualizar el contenido del material utilizado para tratar la diversidad cultural con las experiencias adquiridas, teniendo en cuenta las situaciones concretas que hemos abordado.

CAUSAS DE LAS DIFERENCIAS CULTURALES

Entre las causas de las diferencias culturales que se deben abordar en un programa de formación se encuentran los siguientes:

- La actitud y la reacción hacia jerarquía y la autoridad;
- La formalidad vs. la informalidad;
- El proceso de toma de decisiones;
- El colectivismo vs. el individualismo;
- La manera de relacionarse, construir y mantener relaciones;
- La manera de comunicar, el estilo, la comunicación verbal y no verbal;
- La gestión del tiempo;
- El control interno vs. externo sobre éxitos y fallos;
- La manera práctica de realizar una actividad;
- Los factores de motivación;
- La actitud hacia el entorno personal: familia, amigos, espacio personal, concepto privado vs. público, estilo de vida.

Hay otros factores que también podrían haber influido las diferencias culturales y que forman parte del conjunto de las experiencias o situaciones vividas en un país, una zona geográfica o la influencia de la religión predominante de una cultura, entre otros.

Un recurso interesante es el uso de la plataforma de Culture Wizard (<https://www.rw-3.com>) que ofrece soluciones completas e integradas de formación para trabajar en equipos globales, liderazgo global, diversidad e inclusión. La formación y los recursos están disponibles a través de su plataforma online, pero también existen opciones presenciales. A nivel

individual la persona puede descubrir y explorar sus preferencias culturales y compararlas con las culturas de otros países para identificar los posibles retos interculturales. Los materiales incluyen entre otros:

- Perfiles de varios países y apartados para expatriados;
- Análisis de los aspectos relacionados con las diferencias culturales y comportamientos culturales;
- Valores culturales en diversos países y valores clave en el negocio, sugiriendo comportamientos deseados y recomendaciones para una comunicación óptima.

SEGUIMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE DIVERSIDAD CULTURAL (Feedback)

Se recomienda que la empresa haga continuamente el seguimiento de como se están desarrollando sus programas de diversidad cultural y que ofrezca a los empleados la oportunidad de hacer recomendaciones, sugerencias o propuestas de mejora.

Es esencial fomentar una cultura empresarial abierta a todos los niveles, crear y mantener un entorno abierto y seguro para que los empleados puedan expresar sus ideas, aclarar sus dudas o poder hablar libremente sobre lo que les preocupa y les interesa, en definitiva hacer de la diversidad cultural un valor para la empresa y de su adecuada gestión una ventaja competitiva en el mundo global.



Experiencia, reflexiones y sugerencias a propósito de comportamiento ético en la actividad comercial



Guillermo Soto Ugalde

Especialista en transformación del comportamiento de equipos comerciales.

“No puedo ser vendedor, no se mentir”, reconoció un candidato durante una entrevista de trabajo para un puesto técnico al ser preguntado sobre su apetito para asumir responsabilidades comerciales en el futuro.

“¡Esa postura tiene más que ver con la estética que con la ética!”, aseveró enojado un accionista cuando un vendedor se negó (alegando motivos éticos) a hacerse pasar por quien no era para obtener datos sobre la competencia de forma ilícita.

“Ha ido genial, no necesitaban el producto, y le hemos clavado...”, respondió orgulloso un vendedor al ser preguntado por el resultado de la reunión que acababa de realizar con un cliente de su cartera.

“Un amigo mío consultor me ha pasado off the record los precios confidenciales que todos nuestros competidores están aplicando en nuestras grandes cuentas”, comunicaba entusiasmado un vendedor a su responsable y compañeros.

“No te preocupes, el que roba a un ladrón tiene 100 años de perdón”, alegó un director comercial a un gestor de cuenta junior cuando éste le comunicó que la empresa estaba cobrando indebidamente unos servicios a un cliente del sector bancario.

“Tenemos como cliente a la entidad X” esgrimía como argumento de venta un alto directivo (sabiendo que no era cierto) durante una reunión comercial con un cliente potencial, y ello delante de uno de sus subordinados recién incorporado a la empresa.

Durante los últimos 25 años de actividad comercial he vivido en primera persona los anteriores episodios y otros muchos similares. Se trata de situaciones que, por un lado, me han marcado y decepcionado pero que, por otro, me han llevado a desarrollar una creciente sensibilidad a la importancia y al impacto extraordinariamente positivo que para una organización genera el comportamiento ético de todo su personal en general y de su fuerza de ventas en particular.

En todo caso, reflexionar y escribir sobre ética no me sitúa en una posición de modelo de comportamiento. Tampoco lo pretendo. Con este artículo intento únicamente compartir sugerencias e ideas basadas en mi propia experiencia, deseando que resulten de interés y utilidad para los lectores y sus respectivas organizaciones.

Comienzo por las conclusiones:

- El comportamiento ético de los agentes comerciales genera confianza y lealtad en los clientes y, como consecuencia directa, ayuda a vender. Además, el impacto positivo sobre los resultados del vendedor, y del conjunto de la empresa, se acentúa con la sostenibilidad y la perdurabilidad en el tiempo de una conducta ética apropiada.

- La forma de actuar de la cúpula de la organización, mucho más que aquello que puedan decir o escribir, es el factor clave en la generación de una cultura de comportamiento ético. El cinismo en este terreno tiene un efecto multiplicador negativo sobre el conjunto de la organización que es directamente proporcional al rango jerárquico de quien lo ejerce. La calidad del ambiente de trabajo, el nivel de compromiso, la motivación general, las relaciones interpersonales, la capacidad de atraer y retener talento y los resultados económicos se ven perjudicados por actuaciones ajenas al marco ético establecido.

- A pesar de que la conducta éticamente perfecta de una organización es una utopía, se deben de poner todos los medios necesarios para conseguirla. Del intento serio de construir patrones repetidos de comportamiento ético se derivarán siempre consecuencias muy positivas para el conjunto de la entidad.

LA ÉTICA INDIVIDUAL EN EL CONTEXTO DE LAS VENTAS

La ética individual podría definirse como el conjunto de reglas resultante de las múltiples influencias que cada persona recibe y asimila a lo largo de su vida y que utiliza para conformar su criterio a la hora de distinguir lo que está bien de lo que está mal, así como para guiar su comportamiento.

Algunos ingredientes clave en la elaboración del código ético que cada individuo maneja son la educación en el seno de la familia, la formación académica, la experiencia vital, el contexto social y económico, la exposición cultural, la influencia religiosa o el conocimiento del marco normativo aplicable al territorio en que se encuentra y a las organizaciones a las que pertenece.

Sin ánimo de ser exhaustivo, algunas actividades propias de la función comercial, que exigen particular atención por las graves consecuencias que se pueden derivar de una conducta apartada de los estándares éticos esperados, son los siguientes:

- Prospección, es decir, la búsqueda y primera aproximación a nuevos clientes.
- Comunicación en todas sus vertientes y formatos (oral, escrita, multimedia, gestual...).
- Definición de precios, aplicación de descuentos y gestión de promociones.
- Proceso de elaboración y presentación de propuestas comerciales formales (atención al carácter vinculante de estos documentos).
- Contratación.
- Facturación y cobros.
- Garantías.
- Reporting interno y externo.

LA PARTICULARIDAD DE LA FUNCIÓN COMERCIAL

Las ventas se desarrollan habitualmente en un contexto de alta exigencia, competencia feroz y presión por alcanzar objetivos ambiciosos. Poseen, además, una relación directa con los ingresos de la compañía y con la remuneración del agente comercial, así como de los directivos a diferentes niveles jerárquicos por encima de éste. Por otro lado, la actividad comercial soporta una extraordinaria visibilidad interna y externa. Es uno de los elementos más determinantes en la creación de la imagen corporativa y de la percepción del mercado hacia nuestra marca, especialmente en entornos B2B. Comportamientos fuera de la norma ética estricta en esta área de la empresa adquieren a menudo una repercusión superior a la que tendrían acciones similares realizadas por miembros de otros departamentos. Por todo este compendio de particularidades, la función comercial está permanentemente expuesta a situaciones delicadas que exigen una atención reforzada a la conducta ética de todos sus implicados.

Aunque actuaciones cuestionables se verifican en todas las áreas de una organización, quizás sobre la función de ventas ha recaído una mayor erosión reputacional.

Se ha producido un cierto desprestigio de la profesión frente a la sociedad y a diferentes estamentos de los entornos corporativos e, incluso, académicos. Pero es natural que esto ocurra, puesto que en rigor no hay más culpabilidad ni menor cumplimiento ético en la fuerza de ventas respecto a otros equipos, simplemente todas sus acciones poseen mayor visibilidad.

Recuperar la buena imagen de la función comercial exigirá sensibilización, tiempo y, sobre todo, conductas consistentemente impecables por parte de todos los agentes comerciales en la totalidad de los sectores de actividad en que operan.

MECANISMOS PARA GENERAR UNA CULTURA DE COMPORTAMIENTO ÉTICO

Una vez establecida la necesidad y la conveniencia de que la fuerza de ventas actúe consistentemente de acuerdo con los criterios éticos deseados, propongo algunas medidas que podrán contribuir a generar patrones repetidos de comportamiento alineados con éstos.

En primer lugar, sugiero prestar especial atención al proceso de contratación de personal. Como parte del escrutinio de candidatos conviene realizar un análisis cuidadoso del perfil ético de los mismos y evaluar su afinidad con el tipo de conducta pretendido por la organización. Al mismo tiempo se deberá determinar si existen factores (educacionales, personales o de condiciones laborales) que potencialmente podrían derivar en apetito, o incluso necesidad, de seguir conductas indeseadas. Por ejemplo, un comercial con vida desordenada, criado en un entorno familiar complicado, con un sueldo fijo escaso, que mayormente cobra por contratos cerrados u objetivos de ventas y que, además, tiene que pagar cada mes varias pensiones de alimentos así como una pensión compensatoria a su exesposa, tendría, sobre el papel, un perfil de mayor riesgo comportamental. Por eso habrá que analizar cuidadosamente a cada candidato y sus circunstancias. Por otro lado, el empresario deberá de analizar si trata adecuadamente a sus empleados. Si unos y otros fallan será más fácil la comisión de conductas delictivas constitutivas de alguno de los

tipos que actualmente se regulan bajo el epígrafe “corrupción en los negocios” en el Código Penal.

Cada vez son más las empresas que incluyen su código ético entre la documentación que se entrega y han de aceptar los nuevos empleados. Resulta muy efectivo garantizar que durante el proceso de integración y formación, éstos asumen las reglas de conducta del código ético, entienden su importancia y son conscientes igualmente de las consecuencias de su incumplimiento, que deben de preverse en el reglamento disciplinario de la empresa, que también ha de darse a conocer al candidato. Toda organización que se toma en serio la conducta de sus miembros dispone de estos instrumentos fundamentales sobre el que añadiré algunas sugerencias más tarde.

También se les debería explicar en detalle el funcionamiento del canal de denuncias, otra herramienta indispensable para construir una cultura sólida, creíble, efectiva y duradera de comportamiento ético en cualquier organización.

La forma de actuar de los líderes de la organización, así como la de los compañeros serán los elementos con mayor impacto en la conducta que seguirán las nuevas incorporaciones. Sin embargo, no debemos subestimar la importancia del lenguaje utilizado y permitido por la organización. El lenguaje condiciona y en muchos casos modela actitudes y conductas. En demasiadas ocasiones hay poca atención a este aspecto e, incluso, se toleran o fomentan comentarios y actitudes tóxicas, con la insustancial excusa del respeto al sentido del humor o a la libertad de expresión. Esta actitud es nociva, debería corregirse y, créanme, con determinación es posible conseguirlo.

La organización deberá promover de forma justa y estructurada acciones de reconocimiento público (y, en su caso, hasta de recompensa) de actuaciones relevantes alineadas con el comportamiento ético deseado.

La aplicación del régimen sancionador frente a conductas incompatibles con el código ético debe ser rigurosa, independientemente del nivel jerárquico de

la persona penada. Utilizar diferentes raseros en función del rango de la persona que ha cometido la infracción conllevará la pérdida de credibilidad del conjunto del modelo con consecuencias perniciosas para la entidad.

Por último, una iniciativa efectiva para conseguir que el conjunto de la organización se comporte consistentemente en el modo deseado es la puesta en marcha de mecanismos estructurados y formales de feedback que incidan sobre actuaciones indeseadas en tiempo real. Este instrumento deberá activarse de manera natural desde los directivos hacia sus subordinados y viceversa, así como entre colaboradores que se encuentren al mismo nivel dentro de la organización. Todos ellos deberían aceptar el *feedback* como un valioso regalo que se les hace para ayudarles a mejorar y a situarse dentro del perímetro de comportamiento esperado por la entidad. El alto grado de efectividad de esta herramienta choca con la extrema dificultad de su implantación. Es indispensable, para crear una cultura de *feedback* efectivo, incorporar la formación sobre cómo gestionar y llevar a la práctica este delicado tipo de comunicación, así como aplicar mucha inteligencia emocional en el proceso.

“
**Hay que aceptar el feedback
como un regalo que puede
ayudar en la mejora”**



A PROPÓSITO DEL CÓDIGO ÉTICO

El código ético es el primer paso - en demasiados casos es el único - que adoptan las organizaciones para modelar y mejorar el comportamiento del conjunto de sus miembros. Es, sin duda, una herramienta fundamental y necesaria, pero insuficiente. Su eficacia se multiplica cuando va acompañada de medidas como las que he referido previamente.

En cualquier caso, recomiendo su elaboración y gestión activa para todas las organizaciones que consideren que la conducta ética de sus miembros es un activo generador de valor.

Además de la referida acción de formación sobre el contenido del mismo y su importancia, sugiero tomar en consideración los siguientes puntos a la hora de redactar, actualizar y o implantar un código ético en cualquier tipo de organización:

- Comenzar con el propósito buscado con su elaboración y aplicación.
- Estar sólidamente alineado con los valores de la entidad.
- No ser ni excesivamente rígido (imposible de seguir) ni excesivamente laxo (nadie le hará caso).
- Explicar qué se espera de los miembros y qué tipo de conductas son inaceptables.
- Contribuir a resolver ambigüedades propias de la ética.
- Incorporar el régimen sancionador asociado al incumplimiento.

- Explicar el funcionamiento y las consecuencias de la utilización del canal de denuncias.
- Ser dinámico (adaptarse a la evolución interna y externa de la organización).
- Incorporar el feedback de todos los miembros de la organización que aspiran a mejorarlo.
- Ser comunicado o “refrescado”, al menos una vez al año, al conjunto de los empleados que deberán demostrar su conocimiento y comprensión.
- Extender el compromiso con su cumplimiento a los proveedores directos e indirectos.

CONCLUSIÓN

El compromiso con la construcción de patrones éticos de comportamiento colectivo, cuando se traduce en iniciativas tangibles, genera valor, reduce riesgos, mejora los resultados económicos y contribuye a la sostenibilidad de las organizaciones.

La actividad comercial reúne una serie de particularidades que recomiendan una atención reforzada a la conducta de todos los implicados en la misma.

La conducta cuidada de la cúpula, la formación, la gestión activa de herramientas como el código ético y el canal de denuncias, el feedback estructurado, el reconocimiento público de acciones alineadas con las expectativas, así como la aplicación rigurosa de un régimen sancionador son instrumentos extraordinariamente efectivos a la hora de construir una cultura de comportamiento ético ejemplar.

El extraño sistema de determinación de la pena para **personas jurídicas** en nuestro Derecho



Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal

Abogado en Del Rosal & Adame Abogados

I. INTRODUCCIÓN

Como es lógico, desde el momento mismo en el que, en nuestro Código Penal (en adelante, "CP"), se reguló el sistema de atribución de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, se incluyeron, en el mismo, unas determinadas y específicas penas para las corporaciones y un sistema singular de determinación e individualización de esas mismas penas.

El que las penas para las personas jurídicas no coincidan, al cien por cien, con las penas previstas para las personas físicas es perfectamente lógico, porque hay bienes o derechos de los que nunca se podrá privar a una persona jurídica, pero sí a la persona física - por ejemplo, el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a la tenencia y porte de armas, el derecho a conducir vehículos de motor, etc. - y bienes o derechos de los que sí se puede privar a una persona jurídica pero no a una persona física - por ejemplo, el derecho a su propia existencia y realidad jurídica, que se suprime con la pena de disolución - . Por eso, la distinción entre ambas clases de penas viene impuesta por la propia naturaleza de las cosas, de la misma forma que también viene impuesta por la misma naturaleza de las cosas que haya penas que coincidan, en su naturaleza, para ambos casos - personas físicas y personas jurídicas - , porque hay bienes - por ejemplo, los derechos patrimoniales - de los que sí pueden ser privadas, en la misma medida, ambas clases de personas.

Lo que, sin embargo, resulta llamativo es lo extrañamente singular y, en algunos extremos, confusa, que es la regulación del sistema de determinación e individualización de la pena para la persona jurídica. Fundamentalmente, porque, a la hora de regular esas singulares y confusas reglas de la determinación e individualización de la pena, el legislador no se ha atendido ni a la misma lógica ni tampoco a las mismas reglas que rigen para el caso de las penas para las personas físicas.

Efectivamente, la primera discordancia que el CP ha introducido en las reglas de determinación de la pena para las personas jurídicas, en relación con lo que son las reglas para las personas físicas, es que aquéllas son diferentes en función de si la imposición de la pena es obligatoria o potestativa. De modo que la imposición de la pena de multa, que opera como pena obligatoria en el caso de las personas jurídicas, se rige por las reglas del art. 66, y ello por expresa indicación del art. 66 bis, párrafo primero, ambos del CP, mientras que las penas potestativas, que son las del art. 33, núm. 7, apartados b) a g), ambos inclusive, se rigen, fundamentalmente, por las reglas 1ª y 2ª del art. 66 bis del CP.

Por otra parte, la relación de circunstancias atenuantes para personas jurídicas, no se ha incluido, como podría haber sido lógico, en el art. 21 del CP, sino que se han repartido a lo largo del texto legal, entre el art. 31 bis, últimos párrafos de los núms. 2 y 4, y el art. 31 quáter. Y ello a pesar de que, en el art. 31 quáter, se señala, expresamente, que *"solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales"*.

Por tanto, a la vista de tan tajante preámbulo, se suscita la duda de si, en el caso del art. 31 bis, últimos párrafos de los núms. 2 y 4 (plan de prevención del que no se puede probar la concurrencia de todos los requisitos), estamos ante una circunstancia de atenuación ordinaria - lo que parece excluirse en el primer párrafo del art. 31 quáter porque *solo, las de ese precepto, son las circunstancias atenuantes de las personas jurídicas* - o si estamos ante una circunstancia de atenuación especial, de efectos parecidos, por ejemplo, a una eximente incompleta. Hay quienes piensan que la regla aplicar sería la del art. 68 del CP, pero ésta está solo pensada para *"los casos previstos en la circunstancia primera del art. 21"*, y hay quienes creen que el tratamiento debe de ser el de las circunstancias atenuantes muy calificadas (art. 66, nº 2 del CP), pero es difícil poder argumentarlo convincentemente. Por eso, lo más acertado, desde luego, hubiera sido una solución legal específica.

Por otra parte, del repertorio de circunstancias atenuantes del art. 31 quáter, que circunscribe el

presupuesto de su aplicación a la concurrencia de determinados comportamientos postdelictivos, se han excluido otras que podrían tener perfecta aplicación, también, para el caso de las personas jurídicas, como, por ejemplo, la atenuante 6ª del art. 21 (dilaciones indebidas) o la atenuante 7ª del art. 21 (atenuante analógica). Ello, no obstante, la reciente STS núm. 746/2018, de 13 de febrero de 2019, ha establecido que *"es discutible, ...que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 31 quarter actual y anterior art. 31 bis 4). Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia - retrasos - puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP)"*.

Además, en el art. 66 bis, regla 2ª, párrafo cuarto, se señala que *"cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años"*. El párrafo en cuestión es muy sorprendente. Primero, porque lo que parece configurar es más un tipo atenuado, con una pena potestativa atenuada, que una circunstancia de atenuación de la pena, a pesar de estar empotrado, precisamente, en una regla del precepto destinada a regular las circunstancias de agravación y sus efectos. Segundo, porque no extiende esos mismos efectos atenuatorios para el caso de la pena obligatoria, la pena de multa, sino solo para el caso de las penas potestativas, las del art. 33, núm. 7, apartados b) a g), del CP.

Más confusa es la regulación de determinadas circunstancias agravantes, que no operan para la pena obligatoria - la pena de multa -, sino solo para las penas potestativas - las de los apartados b) a g), ambos inclusive, del art. 33, núm. 7, del CP -; quizás por eso no se han listado en el art. 22 del CP, sino que se han desplazado al art. 66 bis, regla 2ª.

Finalmente, la aplicación de todas las penas que no son las de multa, es facultativa y tienen unos presupuestos, en la regla 1ª del art. 66 bis del CP, que tampoco operan para la pena de multa obligatoria, no se sabe muy bien por qué.

II. LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Reglas de determinación de la pena obligatoria: la multa

En el caso de la multa, que es la pena obligatoria para las personas jurídicas, es el primer párrafo del art. 66 bis del CP el que establece las reglas de determinación de la pena. Así, en dicho precepto, se señala que en aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará, por una parte, a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del art. 66 y, por otra, a las propias reglas que incluye este art. 66 bis.

En realidad, las reglas del art. 66 solo son nítidamente aplicables, aunque no lo diga el precepto, al caso de la multa, porque es más dudoso que también se deban de aplicar a las otras penas de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7. Por su parte, sí que parece obvio que, aunque tampoco lo diga explícitamente el precepto, las otras reglas contenidas en el art. 66 bis, no son aplicables a la multa.

Por tanto, para la aplicación de la pena de multa para las personas jurídicas, rigen las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del núm. 1 del art. 66, aunque, teniendo en cuenta que como no están reguladas, en el CP, circunstancias agravantes genéricas para las personas jurídicas, las reglas que operan son solo la 1ª, 2ª, 6ª y 8ª. Dichas reglas establecen que, en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán las siguientes reglas:



1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Obviamente, para luego determinar la cuota a imponer por cada día-multa, se habrá de estar a lo que establece el art. 50 o la cuantía de la multa proporcional, se habrá de estar a lo que disponen los arts. 50 y siguientes del propio CP.

Se debe hacer notar que, para el caso de la imposición de la multa, no están previstas en el CP agravantes específicas, aunque sí atenuantes (las del art. 31 quáter del CP), porque las únicas circunstancias que se asemejan a las agravantes, o a algo parecido a las agravantes, son las que están incluidas en las reglas del art. 66 bis del CP.

2. Reglas de determinación de las penas potestativas

El CP, como ya hemos visto, permite al juez o tribunal imponer potestativamente, además de la pena de multa, las penas establecidas en los apartados b) a g) del núm. 7 del art. 33 del CP.

El CP, en este caso, impone dos tipos de reglas: las primeras, para decidir sobre la propia imposición de dichas penas y, las segundas, para decidir sobre su extensión.

■ A) Reglas para decidir la imposición de las penas potestativas

Así, dice el CP, para imponer, como penas potestativas, añadidas a la multa principal, las de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7, el Juez o Tribunal habrá de tener en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

La vaguedad de las referencias es notoria, aparte de su valoración puede dar lugar a conclusiones incompatibles unas con otras. Por ejemplo, una de las penas potestativas puede ser necesaria para prevenir la continuidad delictiva o la de sus efectos, pero puede resultar inconveniente desde el punto de vista de sus consecuencias económicas y sociales y por los efectos de esta sobre sus trabajadores. Por otra parte, no es nada sencillo hacer un pronóstico sobre los efectos preventivos de una pena, en

un caso concreto, o sobre sus previsibles consecuencias económicas o sociales, con lo cual, una vez más, nos enfrentamos a referencias legislativas que van a ser más un brindis al sol que una fórmula útil para decidir sobre la aplicación de determinadas penas.

Aparte de ello, para una empresa que tiene trabajadores, ajenos completamente a la actividad delictiva, como suele ocurrir en muchos casos, cuándo no es perjudicial, desde el punto de vista de las consecuencias económicas y sociales para ellos, una disolución de la persona jurídica, una suspensión de sus actividades, una clausura de sus locales y establecimientos, una prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito o una inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. ¿Y si ello es así, esta consideración debe de primar sobre cualquier otro factor para imponer una pena potestativa?

Finalmente, tampoco está muy claro por qué el puesto que, en la estructura de la persona jurídica, ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control debe de condicionar la imposición de las penas potestativas, al menos, con carácter general, fuera de que ello puede ser un síntoma claro del riesgo de que se perpetúe la actividad delictiva.

■ B) Reglas para decidir la extensión de las penas potestativas

En el caso de las reglas para decidir sobre la extensión, aquí el CP resulta sumamente confuso.

Primero, porque no se sabe en qué medida operan, si es que operan, las reglas del art. 66 para estas penas potestativas y, si es que operan, si lo hacen antes o después de las propias normas del art. 66 bis.

Segundo, porque si la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, si las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, o si el puesto que en la estructura de la persona

jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control se deben de tener en cuenta para la extensión de la pena, conforme señala el primer párrafo de la regla 1ª del art. 66 bis, lo que no aclara el CP es en qué medida operan y cómo se coordinan con las normas del art. 66 o con las otras reglas del art. 66 bis. Lo único que sí parece evidente es que la concurrencia de una sola de esas circunstancias no se puede valorar dos veces; una, para decidir sobre la imposición de algunas de las penas de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7, y, a la vez, para determinar su extensión.

En relación con el primer problema, pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el que el Juez o Tribunal va a imponer la pena de suspensión de actividades, cuyo máximo legal es cinco años. Si, por aplicación de las reglas del art. 66 bis, la pena a imponer puede ser superior a dos años, aunque inferior a cinco, ¿deberá ser considerada esa pena de dos a cinco años como pena abstracta, a la que luego se le aplican las reglas del art. 66 si concurren, por ejemplo, una circunstancia atenuante? Aparentemente, la voluntad de la Ley puede interpretarse que es esa, porque parece querer hacer compatibles las reglas del art. 66 bis con las del art. 66.

En relación con el segundo de los problemas, su solución es más compleja porque el CP no da absolutamente ninguna pista de cómo deben operar esas circunstancias en la extensión de la pena y, por lo tanto, difícil va a ser considerar su concurrencia para determinar la extensión, aunque sí se puedan valorar para decidir sobre la propia imposición de las penas potestativas.

La regla 2.ª del art. 66 bis, contiene diversas previsiones para distintas circunstancias concurrentes.

Así, por ejemplo, se señala que cuando las penas previstas en las letras c) a g) del núm. 7 del art. 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Esta

es, probablemente, la regla más extraña de todas, cuya justificación es difícil de imaginar. Porque no se sabe muy bien qué tiene que ver la duración de una pena privativa de la libertad, por ejemplo, para un trabajador de la persona jurídica, con la duración de una pena de suspensión, o de clausura de locales, para la propia persona jurídica, ya que el fundamento de la imposición de cada una de ellas, en cada caso concreto, ni tiene por qué tiene que ser común ni lo suele ser. Pero, bien, esta regla habrá que tenerla en cuenta, de modo que, si la pena privativa de la libertad para la persona física tiene una duración de un año, la suspensión de actividades, la clausura del establecimiento o la intervención judicial no podrá durar más de un año. Obviamente, la pena potestativa para la persona jurídica puede durar menos por la propia aplicación de las otras reglas.

Por otra parte, para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del núm. 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en los apartados e) y f) del núm. 7 del art. 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del núm. 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos

penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Finalmente, el art. 31 ter, núm. 1, último párrafo, determina que *“cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] 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”*.

Como se ha dicho por algún autor, el legislador parece ser consciente que la responsabilidad vicarial establecida en el sistema del CP puede conducir a situaciones en las que esté presente la vulneración del *bis in ídem*, aplicando, en estos casos, la llamada *solución del descuento*, que consiste en la compensación parcial de la pena de multa con la sanción pecuniaria impuesta en vía administrativa y que ha sido aceptada por las SSTC núms. 177/1999 y 2/2003.



La tecnología blockchain y el cumplimiento normativo: ¿realidad o todavía ficción?



Francisco Estepa Domínguez

Abogado

Especialista en Derecho empresarial y regulación digital

En el ámbito empresarial y profesional pocos términos han sido tan mencionados en los dos últimos años como «*blockchain*». Su mera alusión en el programa de las conferencias y eventos varios celebrados a lo largo y ancho del país hacía (y hace aún) concitar, sin más, la atención del público. Sin duda, a ello ha contribuido el tono hiberbólico usado por los adeptos e incondicionales de dicha tecnología cuando tratan sobre el impacto que tendrá en nuestras vidas; hasta el punto de considerar que estamos a las puertas de una cuarta revolución industrial.

No seré yo quien contradiga tales augurios acerca del devenir tecnológico que nos viene. No obstante, si descendemos al plano de la realidad mundana de las empresas - y parafraseando a Carlos Conesa (del departamento de Innovación Financiera e Infraestructuras de Mercado del Banco de España) - a día de hoy la tecnología Blockchain sigue siendo una solución en busca de problemas que poder resolver, sin que su desarrollo e implementación práctica se haya producido aún en el grado esperado o que algunos anticiparon. ¿Significa esto que no nos queda otra que esperar a que la referida técnica informática alcance un grado de maduración capaz de generar casos de éxito reales?

Por lo que respecta al concreto campo del control de riesgos y del cumplimiento normativo ¿puede hablarse en la actualidad de

algún impacto de la innovación tecnológica en el indicado sector? Anticipando que las respuestas a tales cuestiones no pueden ser - al menor para el parecer de quien suscribe - ni unívocas ni simples, sirvan las siguientes líneas como intento de acercamiento a las mismas.

En síntesis apresurada puede describirse la tecnología Blockchain como un sistema informático en el que los registros o datos están compartidos de manera descentralizada (múltiples ordenadores, llamados «nodos», conectados entre sí de igual a igual (P2P), conteniendo cada uno una copia de la base de datos), caracterizada porque los datos se almacenan en paquetes (llamados «bloques») relacionados entre sí de manera secuencial («cadena digital» o «cadena de bloques»), los cuales quedan registrados y sincronizados en la nombrada cadena de forma inmutable gracias al empleo de métodos criptográficos y algorítmicos. Así pues, tan pronto como los datos electrónicos se guardan en la cadena, no se pueden cambiar ni eliminar y puede acreditarse que los mismos están incluidos en ella desde un concreto momento, gracias al mecanismo de sellado de tiempo («*timestamping*») que opera sobre el dato registrado en la cadena de bloques.

Cualquiera que se dedique al cumplimiento normativo vislumbrará el enorme avance que la indicada tecnología supondrá en dicho campo. Disponiéndose de un registro digital de información integral, preciso e irreversible y disponible en tiempo real a todos los usuarios permitidos, aumentándose, sin duda, las capacidades de recopilación de datos, seguimientos y alertas.

Pensemos, por ejemplo, en las auditorías de cumplimiento, cuya finalidad es examinar la realidad de la implantación efectiva de un sistema de cumplimiento en una organización. En la práctica, muchas de las empresas con modelos de cumplimiento generan evidencias documentales de tal implantación en soporte papel. Ello no solo genera molestas incidencias en el plano de la mera intendencia (tales documentos suelen estar en los archivos de la empresa, a donde hay que desplazarse físicamente para poder acceder a los mismos, manejo de importantes volúmenes de papel, etc...), sino que la certeza de tales fuentes documentales no es indubitada en modo alguno (por ejemplo, pensemos en la lista de asistentes suscrita por los empleados de una organización como forma de acreditar la formación impartida a los mismos en una fecha concreta. Salvo el testimonio de los asistentes, no habrá forma de acreditar que el documento esté postdatado).

Pues bien, frente al modelo anterior, mediante la tecnología Blockchain podríamos registrar tal lista de asistentes en la cadena digital, quedando certeza de la fecha en que tal dato accedió a la misma. Es más, pensemos que podríamos grabar en video la sesión formativa (quedando constancia tanto de quién la impartió, el contenido de la misma y los asistentes) y el archivo digital de video registrarse en la Blockchain, generándose una prueba pública y verificable, sin repudio de su fecha y con integridad de su contenido sin exponerlo (por los mecanismos criptográficos usados). Existiendo a día de hoy aplicaciones que permiten tal posibilidad ^[1].

1 Citare por su interés y simplicidad de uso, el servicio de sellado de tiempo de la Plataforma Federal Argentina (plataforma multiservicios de uso público basada en la tecnología Blockchain, integrada por diversas entidades públicas de Argentina) <https://tsagui.bfa.ar>

Como puede verse, el maridaje entre el cumplimiento normativo y la tecnología de la cadena de bloques no es una utopía más o menos cercana, sino que ya hay posibilidades reales de aplicación, así como casos de éxito. En este último sentido, mencionar como hace escasos meses un periódico económico de ámbito nacional otorgó un galardón (en la modalidad de innovación) a una de las primeras empresas españolas de gestión de infraestructuras y energías renovables por el desarrollo e implantación de una plataforma basada en la tecnología Blockchain para reforzar el procedimiento interno de verificación y validación de consultores comerciales [2].

A modo de epílogo, y en otro orden de cosas, hemos de tener presente que una de las consecuencias más relevantes de la tecnología Blockchain desde la perspectiva del cumplimiento normativo, ha sido la aparición de un nuevo campo regulatorio, en especial en relación a la actividad económica

vinculada a las criptomonedas o monedas virtuales (Criptoconomía) [3] cuya demanda de profesionales jurídicos con conocimientos especializados en un materia tan novedosa como esta irá incrementándose al mismo ritmo acelerado con el que se está expandiendo. Máxime en un ámbito tan poco regulado como éste, en donde las compañías («BlockCom») querrán asegurarse que su actividad no está infringiendo ninguna norma. En España, de hecho, ya tenemos varios casos de empresas emergentes que han buscado financiación mediante la emisión de criptomonedas conocidas como fichas o «tokens» (fenómeno denominado como «Initial Coin Offering») y se han encontrado con la firme oposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, quién entendía que se estaba infringiendo la normativa del mercado de valores, en atención a la forma en que se había llevado a cabo la oferta. Llegando a establecer unas directrices al respecto [4].

Así pues, ya sea como herramienta a utilizar dentro de la organización para conseguir una mejor implementación y eficacia del modelo de cumplimiento, ya sea como un nuevo nicho de empleo para los profesionales jurídicos, lo cierto es que la tecnología Blockchain y el cumplimiento normativo a día de hoy y de futuro están condenados (y encantados, sin duda) a entenderse.



La ISO/CD 37301, la próxima **innovación** en normas de Compliance



Gilberth Araujo

Product Manager de ISOTools Excellence

¿Nacimos siendo corruptos o la vida, llena de tentaciones, marca ese camino? Señalar una respuesta que satisfaga a todos puede resultar una hazaña difícil de concretar para los antiguos filósofos, los académicos actuales o los superhéroes de Marvel. La corrupción salpica los más variados estadios de la vida diaria: se desliza por palacios de gobierno, se pasea por las federaciones futboleras, campea por las alcaldías y se le puede ver señoreando en las empresas grandes o pequeñas. Es un monstruo de siete cabezas cuyos tentáculos son el cohecho, soborno, pago de coimas, malversación, chantajes y tráfico de influencias.

Las empresas tienen la posibilidad de blandir la espada del cumplimiento normativo o compliance ante el temible fantasma de la corrupción y la pérdida sistemática de valores en el contexto actual. Podría decirse que nunca hubo tantos vicios y escándalos que comprometieran la credibilidad de entes y personas como hoy en día. La velocidad con la que viaja la información y la relativización de los conceptos que rigen la buena conducta individual y organizacional constituyen caldo de cultivo para la corrupción. Por eso una norma que especifique cómo lograr la transparencia e integridad de las operaciones puede constituir el mejor aporte para el desarrollo organizacional desde el reciente inicio del siglo XXI.

2 <https://www.acciona.com/es/noticias/acciona-incorpora-blockchain-mejorar-practicas-materia-cumplimiento/#>

3 El desarrollador de Ethereum (una de las principales plataformas abiertas de software basada en la tecnología de cadena de bloques que permite crear e implementar aplicaciones descentralizadas; habiendo adquirido especial relieve los programas autoejecutables conocidos como Smart contract), Vlad Zamfir define a la criptoconomía como "una disciplina formal que estudia los protocolos que gobiernan la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una economía digital distribuida, enfocándose en el diseño y caracterización de estos protocolos".

4 <http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf>

LA BARAHUNDA MODERNA

Los tiempos actuales son acelerados y cambiantes. Llegaron la globalización y la apertura hacia nuevos mercados. Evolucionan las formas de hacer las cosas, de consumir, los métodos para lograr los objetivos que se persiguen, la manera de trabajar, de enamorarse, concebir el mundo, de comunicarnos e interactuar... La Organización Internacional de Normalización (ISO), por sus siglas en inglés, es parte de la avalancha cambiante. Se mantiene en constante revisión y actualización, es por eso que la norma ISO 19600 ha sido sometida a variados escrutinios por parte del Comité Técnico (TC 309, en este caso) desde el pasado 2018. Se prevé que las reformas sean publicadas el año 2020 bajo el nuevo nombre de **ISO 37301 Sistemas de gestión de cumplimiento - requisitos con guía de uso** -, y que permita crear, implementar, auditar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento eficaz dentro de organizaciones pequeñas, medianas o grandes. Los principios de esta norma de aplicación internacional recaen en valores como la proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad. ¡De ninguna manera la ISO se quedará atrás! Las consignas de este siglo son los cambios y la capacidad de adaptación.

EL PORQUÉ DEL CAMBIO

Las normas se revisan cada cinco años y la ISO 19600 data del 2015, es un hecho que las organizaciones actuales operan en un contexto en que las leyes nacionales se vuelven insuficientes a la hora de garantizar confianza a todas las partes interesadas. La Organización Internacional de Normalización asume la necesidad de marchar al ritmo de los requerimientos de las empresas y ofrece la publicación para brindar orientación determinante. Tal vez el monstruo de siete cabezas está más sediento y desfachatado que nunca, su marcha insolente por todo el mundo vacía los bolsillos de los más pobres, derroca gobiernos, aparece en las noticias televisivas, encabeza titulares de periódicos, derriba la solidez de compañías bien posicionadas... Su apetito es voraz y los redactores de la ISO quieren colocar un tapón en las fauces del monstruo.

Las modificaciones introducidas harán de la ISO 37301 una referencia obligada para todas las empresas comprometidas con la transparencia, puesto que coadyuvará en la gestión de los riesgos asociados al incumplimiento de las obligaciones. Además, podrá ceñirse a las legislaciones de cualquier país y es certificable.

LOS BENEFICIOS

Vencer a un monstruo capaz de minar la credibilidad de una organización, exponerla a multas que amenacen su capacidad operativa y a sanciones legales más contundentes, siempre resultará beneficioso. Además, la norma no se ciñe al combate de la corrupción, también persigue instaurar una cultura de respeto a los requisitos legales y reglamentarios. También establece requisitos para atender las obligaciones de cumplimiento de las normas voluntarias, otros requisitos que toda empresa que se quiera diferenciar, generalmente suscribe.

La lucha vale la pena, no aplica solo a las empresas grandes y tiene gran impacto en las pymes. Tampoco se trata de una inversión onerosa o de un gasto suntuario. Es una realidad que se puede ajustar al tamaño, posibilidades, intereses, propósitos y requerimientos de cada compañía. Lo que sí demanda es compromiso. Cumplir con los requisitos de la futura norma implicará:

- **Toma de consciencia:** si una empresa busca implementar la norma 37301, quiere decir que sus miembros – en todos los niveles - han desarrollado interés y consciencia por el cumplimiento de la ley. Por eso deciden tener una conducta ética y valoran los esfuerzos que ello implica. La norma es una forma de hacer tangible ese respeto, pues se trabajará con más que meras intenciones. Se convertirá en un emblema de las organizaciones, las cuales gozarán de reconocimiento.
- **Enfoque basado en riesgos:** los riesgos pueden tener distintos orígenes y tienen la capacidad de implicar a la organización en sanciones penales, civiles o administrativas. Prevenir esas situaciones indeseables contribuirá a que la compañía no pierda

su propósito, y potenciará la innovación y el uso cada vez más especializado de la tecnología, para el fortalecimiento del compliance. Por su parte, las oportunidades son situaciones de ventaja que las organizaciones deben saber capitalizar, beneficiando a su contexto inmediato y global.

- **Justicia social:** que una empresa cumpla con las reivindicaciones de los trabajadores, pago de sus cotizaciones sociales y normativa atinente a la salud laboral, además de ser razonable, contribuye a crear un ambiente armonioso y un sentido de pertenencia que todo emprendimiento requiere. Si los trabajadores están contentos y sienten que se respetan sus derechos, podrán enfocarse en su labor, por lo que podrá aumentar la productividad y contribuirá con la reputación de la organización para la que se trabaja, pues el equipo se sentirá orgulloso de la misma.

Una ventaja que conlleva el cumplimiento de la ley es la reputación. No tenemos más que examinar las consecuencias perniciosas que han supuesto para la reputación ciertos casos de incumplimientos, fraudes y engaños a los consumidores, que se han vivido en ciertas organizaciones: Si no, preguntémosle a Odebrecht, Siemens, Volkswagen, FB... Actitudes poco éticas o fraudulentas, afectan a la reputación, al buen nombre, la trayectoria, las innovaciones, avances, o aportes que esas empresas han llegado a generar.

Los beneficios que conlleva trabajar bajo un marco ético ¡sí, son muchos! Lo mejor de las normas ISO es que no es necesario devanarse los sesos pensando en las mejores prácticas, porque ya las establece la ISO. Solo queda la tarea de ajustarlas de acuerdo a las necesidades de cada empresa.

Hay diversas formas de abordar la norma, muchas de ellas desde una plataforma tecnológica como la que propone ISOTools: se trata de una plataforma que sirve para automatizar la implementación de los sistemas de gestión basados en normas ISO y otros estándares, puesto que todos los datos necesarios estarían en la nube bajo un esquema entidad – relación que facilita el análisis de la información, almacenamiento,

protección, disponibilidad para la consulta y control de documentos. Además, orienta al usuario indicándole cuáles son los datos que se tienen que recolectar y de qué manera deben estar dispuestos, para establecer un esquema de procesos que a través del ciclo de la mejora continua permite a sus usuarios aprovechar los recursos de tiempo y conocimientos. Todo esto con el propósito de robustecer la capacidad de cumplimiento.

La ISO 37301 ahora se encuentra en su versión CD (comitee draft), una revisión que la llevará a una segunda versión CD o DIS (draft international standard), es un proceso de seis fases y esta norma ya va por la tercera.

Con la futura norma ISO 37001 vamos a luchar contra un monstruo de siete cabezas, cientos de tentáculos y grandes fauces dispuestas a devorarlo todo, para ello debemos ir con el escudo más potente y la espada de mayor fuerza.



Control y un buen gobierno de ti en las organizaciones



Antoni Bosch Pujol
Institute of Audit & IT-Governance
Director General

El Control y el Buen Gobierno de los Sistemas de Información, así como la seguridad de los mismos y la prevención de los delitos informáticos ocupan los primeros puestos de las preocupaciones de los equipos directivos, además de ser uno de los principales segmentos del sector donde se están haciendo las principales inversiones y uno de los que más está creciendo.

La formación de los equipos y, sobre todo, de la dirección en relación a las TIC, se debe abordar desde una triple visión, profundizando en el estudio de las posibilidades que brinda el desarrollo tecnológico, las obligaciones y condicionantes que implica la legislación vigente y el servicio eficiente y eficaz a la estrategia de la organización.

“**Saber que se sabe lo que se sabe y saber que no se sabe lo que no se sabe; he aquí la verdadera ciencia**”
dice un viejo proverbio chino.

INTRODUCCIÓN

Son muchos cambios en la forma de trabajar y un reto muy grande para los colaboradores que van a formar a los futuros profesionales en las TIC. Sin embargo, este cambio de paradigma en la forma de enseñar no está exento de riesgos

Las nuevas tecnologías han obligado a cambiar la forma de trabajar, a vigilar las actividades que implican tratamiento de la información dentro del ámbito de responsabilidad de las organizaciones, pero sobre todo, ha cambiado el modo de controlar el acceso y el uso de las redes para realizar actividades.

La organización ha adquirido una responsabilidad que antes no tenía: **la de vigilar los actos del personal cuando tratan información con las TIC.**

A nadie se le escapa que el riesgo aumentará al aumentar el número de colaboradores conectados en red y el tiempo de conexión de los mismos.

Y por si fuera poco, Los adolescentes están más al corriente que sus padres y sus profesores sobre cómo funcionan las nuevas tecnologías, su índice de conocimiento de las mismas es muy superior al de los adultos en general.

Para hacer frente a esta nueva responsabilidad “in vigilando” se han de implantar medidas de seguridad tecnológicas y jurídicas simultáneamente.

Durante muchos años se ha identificado el uso de las TIC y el empleo de gran profusión de medios y herramientas con la calidad de los procesos.

Muchos desarrolladores han centrado sus esfuerzos en dotar a las aplicaciones empresariales de un gran número de posibilidades tecnológicas, dejando a veces en un segundo plano el correcto diseño de la seguridad y control de los mismos.

No ha habido una planificación previa y lejos de resolver los problemas, éstos se han agravado creándose sinergias negativas que se han realimentado.

En definitiva, hemos intentado gestionar sin habernos ni tan siquiera planteado un modelo de **“Buen**

Gobierno de las TIC” o “Gobernanza de las TIC” o “IT-Governance”.

EL PROBLEMA

Consciente de los crecientes riesgos de las nuevas tecnologías, la Administración ha promulgado legislación sobre privacidad y protección de datos (LORTAD en el 1992, LOPD en el 1999 y la más reciente LOPDGDD en 2019), servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE en el 2002), Telecomunicaciones (2003), Firma electrónica (2003), Ley 11/2007 de administración electrónica, etc.

Esas normas tratan de regular la conducta de las nuevas tecnologías en el uso normal de nuestros centros. Sin embargo, lejos de simplificar los procesos ha añadido complejidad y por consiguiente dificultad de gobernarlas y gestionarlas adecuadamente.

Sin embargo tenemos un déficit estructural de profesionales capaces de llevar a cabo dichas tareas agudizado con la modificación del código penal por la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el delito informático.

Así en su preámbulo cita: *“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente*



(corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).

En cuanto a los menores cita: “...Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Y referido al delito informático: “...se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero, relativo a los daños, donde quedarían incluidas las consistentes en dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno.

El segundo apartado se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, donde estaría comprendido el acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo.”

Los avances tecnológicos nos plantean nuevos retos y peligros pero, a la vez, abren nuevas perspectivas y posibilidades, siempre que sepamos gobernarlos adecuadamente.

CLARIFICANDO CONCEPTOS

Gobernar es mucho más que gestionar, gobernar implica tomar decisiones.

Gobernar las TIC es designar a quién le damos el poder de decidir y establecer un marco de referencia de

responsabilidades para que las TIC hagan aquello que realmente esperamos que hagan.

No necesitamos conocer la mecánica para poder conducir un coche, pero sí que necesitamos conocer las normas de circulación.

No necesitamos tampoco, para comprar un coche, conocer todos los modelos existentes en el mercado, pero sí las necesidades que tenemos y las posibles opciones y extras que nos ofrecen.

Del mismo modo no necesitamos conocer todos los sistemas informáticos, plataformas y sistemas de seguridad informática existentes para implementarlos, pero sí nuestras necesidades reales.

Para Gobernar las TIC tenemos que ser capaces de responder a estas seis preguntas:

- ¿Qué decisiones he de tomar?
- ¿Quién las ha de tomar?
- ¿Quién me da la información para tomarlas?
- ¿Cómo las he de tomar?
- ¿Cuándo las he de tomar?
- ¿Cómo puedo supervisarlas y controlarlas?

LA SOLUCIÓN

Un gran número de herramientas sirven para mejorar la gestión de las TI pero solo unas pocas tienen por objetivo promover sistemas de buen gobierno de las TI, aunque, el implantar herramientas de gestión de las TI va a generar una cultura organizativa muy propicia para asumir posteriormente un sistema de buen gobierno de las TI.

La norma **ISO-38500 de buen gobierno de las TIC**, está pensada principalmente para el Consejo de Dirección, y pretende ayudar a sus miembros a obtener el máximo valor de las TI y de los recursos de información de su organización.

El estándar ofrece un marco de referencia para el gobierno eficiente de las TI, con el objetivo de que los más altos directivos de una organización comprendan y satisfagan sus compromisos legales y obligaciones

éticas en relación con el uso de las TI dentro de su organización.

En realidad este estándar es útil para dos colectivos diferentes:

1. Va dirigido a la alta dirección pues les indica la manera en la que deben evaluar, dirigir y monitorizar el uso de las TI en toda la organización.
2. Pero también va dirigido a los gestores de las TI pues les informa y les guía sobre como diseñar e implementar políticas de gestión, procesos y estructuras que den soporte al gobierno de las TI.

El marco de referencia para el gobierno de las TI incluido en la ISO 38500 se compone, a su vez, de: seis principios y un modelo de gobierno. Los principios expresan cuales son los comportamientos que deben adoptarse a la hora de la toma de decisiones. Cada principio establece qué es lo que debería ocurrir. El cómo, donde o quien debe implantar dichos principios dependerá de la naturaleza de la organización.

Los seis principios propuestos son:

- **Responsabilidad**, deben establecerse las responsabilidades de cada directivo y personal de administración y servicios dentro de la empresa en relación a las TI. Cada uno debe aceptar y ejercer su responsabilidad.
- **Estrategia**, a la hora de diseñar la estrategia actual y futura de la empresa hay que tener en cuenta el potencial de las TI. Los planes estratégicos de las TI deben recoger y satisfacer las necesidades tanto a corto como a largo plazo.
- **Adquisición**, las adquisiciones de TI deben realizarse bajo criterios razonables, después de un adecuado análisis y tomando la decisión en base a criterios claros y transparentes. Debe existir un equilibrio apropiado entre beneficios, oportunidades, coste y riesgos, tanto a corto como a largo plazo.

■ **Desempeño**, las TI deben dar soporte a la empresa, ofreciendo servicios y alcanzando los niveles y la calidad de los servicios requeridos.

■ **Cumplimiento**, las TI deben cumplir con todas las leyes y normativas. Las políticas y los procedimientos internos deben estar claramente definidos, implementados y apoyados.

■ **Componente Humano**, las políticas y procedimientos establecidos deben tener en cuenta a las personas e incluir todas las cuestiones que relacionadas con ellas que puedan influir en los procesos de la empresa: competencia individual, formación, trabajo en grupo, comunicación, etc.

La norma establece que el equipo directivo debería gobernar las TI a través de 3 acciones:

Evaluar la utilización actual y futura de las TI. Los directivos deberían examinar y tomar conciencia del estado actual y futuro de las TI, incluidas estrategias, propuestas y procedimientos establecidos (tanto interna como externamente).

Dirigir la preparación e implementación de los planes y políticas que aseguren que la utilización de las TI alcanzan los objetivos de la empresa. Los planes deberían fijar el destino de las inversiones en proyectos y operaciones de TI. Las políticas deberían establecer el nivel de servicio en la utilización de las TI.

Monitorizar, mediante un adecuado sistema de medida, la adecuación a las políticas, procedimientos y planes establecidos (tanto interna como externamente).

La norma ISO 38500 se ha convertido desde su nacimiento en el mejor referente para aquellas empresas que desean implantar sistemas de gobierno de las TI. El modelo y los principios propuestos por la norma deben contribuir a generar entre los equipos directivos la cultura necesaria para abordar la implantación de un sistema integral de gobierno de las TI.

CONCLUSIONES

Gobernar las TIC supone tomar decisiones y desarrollar mecanismos para que las TIC formen parte consustancial de nuestra estrategia de centro.

Necesitamos saber qué decisiones tomar y quién las ha de tomar, gestionar nuestro portfolio TIC, conocer el marco regulatorio y legal, saber cuánto hemos de invertir y donde, gestionar el cambio y los riesgos asociados a la tecnología.

De poco nos sirve digitalizar nuestra empresa si luego no somos capaces de preservarla gestionando adecuadamente los riesgos.

Los **Canales de denuncia internos** y la **protección de los denunciantes**, en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la **protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**



Luis Suárez Mariño

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

Desde hace unos años existe una evidente preocupación social por poner coto a conductas ilegales, particularmente a las conductas corruptas. Más allá del castigo en las urnas que han sufrido, en uno u otro lugar, los partidos políticos que tejieron a su alrededor verdaderas redes de corrupción, desde instituciones internacionales públicas como la OCDE, o privadas, como Transparencia Internacional, se ha instado a España a adoptar medidas legislativas, para proteger a quienes denuncien conductas corruptas o ilegales.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, y ratificada por España ya recomendaba a los estados firmantes *“incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*.

Posteriormente, el G20, publicó en 2011, un Compendio de Buenas Prácticas y Principios rectores que debían incorporar las legislaciones para dotar de protección a los denunciantes.



El Informe de 3 de febrero de 2014 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, sugirió igualmente la implantación de “mecanismos de denuncia oficiales adecuados dentro de las administraciones públicas para comunicar irregularidades o actos ilegales”, y el Parlamento Europeo, en sus Resoluciones de 20 de enero de 2017 sobre la función de los denunciantes en la protección de los intereses financieros de la Unión, y de 24 de octubre de 2017 sobre Medidas legítimas para la protección de los denunciantes de infracciones que actúan en aras del interés público, pidió a la Comisión que presentara una propuesta legislativa horizontal para garantizar un elevado nivel de protección de los denunciantes en la UE, tanto en el sector público como en el privado, así como en las instituciones nacionales y de la UE.

Según la encuesta especial del Eurobarómetro sobre corrupción de 2017, en torno a uno de cada tres europeos (29 %) consideraba que no hay protección para quienes denuncian la corrupción. En la consulta pública de 2017 de la Comisión el miedo a las consecuencias legales y financieras fue la razón más citada para justificar por qué los trabajadores no denuncian las irregularidades. El temor a las represalias está a menudo bien fundado. La encuesta Global Business Ethics Survey de 2016 realizada a más de 10.000 trabajadores en los sectores privado, público y sin ánimo de lucro en trece países arrojó que el 33 % de los trabajadores habían tenido conocimiento de faltas; el 59 % de ellos las denunciaron, y el 36 % de estos sufrieron represalias. La falta de confianza en la utilidad del acto de denunciar se refleja en las conclusiones del Eurobarómetro especial n.º 470: las dos razones más comunes para no denunciar la corrupción fueron:

- i) la dificultad para presentar pruebas (45 %), y
- ii) que incluso si hubiera pruebas disponibles, los responsables no serían castigados (32 %).

Además, los denunciantes potenciales que presencian actividades ilegales y que se sienten seguros para denunciar pueden no hacerlo sencillamente porque no saben dónde ni cómo denunciar. El 49 % de los encuestados en el Eurobarómetro especial de 2017 sobre la corrupción no sabrían dónde denunciarla si la sufrieran o tuvieran conocimiento de ella. Tan solo el 15 % de todos los que respondieron a la consulta

de la Comisión conocía las normas existentes sobre protección de los denunciantes en su país. Algunos factores socioculturales, en concreto percepciones sociales negativas profundamente arraigadas sobre los denunciantes, contribuyen también a la ausencia de denuncias. El temor a la mala reputación fue la tercera razón más citada en la consulta de la Comisión sobre por qué los trabajadores no denuncian las irregularidades.

Finalmente el **pasado 16 de Abril el Parlamento Europeo aprobó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**; la cual pone en valor la denuncia de infracciones como medio eficaz de detección de infracciones de las normas de la Unión y hace hincapié en la necesidad de unificar la regulación de protección de los denunciantes a nivel de la UE con el fin de proteger a cualquier denunciante, cualquiera sea el país de la UE en el que se encuentre, a fin de que el mismo se sienta seguro.

Cuando el Consejo apruebe formalmente las normas los estados tendrán dos años para aplicar la normativa.

La Directiva extiende su ámbito de aplicación subjetiva a los denunciantes empleados en el sector privado o público y que hayan tenido conocimiento de información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a:

- Las personas que tengan la condición de trabajadores asalariados, incluidos los funcionarios.
- Las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE.
- Los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, gobierno o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas remunerados o no remunerados.
- Cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

La Directiva también se aplicará a los denunciantes cuando comuniquen o revelen información obtenida en el marco de una relación laboral ya finalizada, así como a los denunciantes cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información relativa a una infracción haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

Y por último las **medidas de protección** del denunciante también **se extienden**, en su caso, a:

- Los facilitadores.
- Las terceras personas que estén relacionadas con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante.
- Las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral.

Por lo que se refiere a las **denuncias anónimas** la norma establece que sin perjuicio de la obligación vigente de disponer de mecanismos de denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si las entidades públicas o privadas y las autoridades competentes deben o no aceptar y tramitar las denuncias anónimas de infracciones.

También precisa la norma que las personas que hayan presentado una denuncia o hayan revelado información públicamente de forma anónima pero que posteriormente hayan sido identificadas seguirán teniendo derecho a protección si sufren represalias.

En cuanto al **ámbito objetivo de la información protegida**, la norma extiende más allá de las conductas corruptas, su ámbito de aplicación, a cualquier infracción del Tratado Fundacional de la UE o que afecten a los intereses financieros de la UE, a: la denuncia de cualesquiera actividades ilícitas o abusos de Derecho, que correspondan al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión por lo que se refiere a las políticas siguientes: contratación pública; servicios financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; seguridad de los productos; seguridad en el transporte; protección

del medio ambiente; seguridad nuclear; seguridad de los alimentos y los piensos, salud y bienestar de los animales; salud pública; protección de los consumidores; protección de los datos personales y de la intimidad, y seguridad de las redes y los sistemas de información, e infracciones relativas al mercado interior, por lo que respecta a actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o a acuerdos cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la legislación aplicable del impuesto sobre sociedades.

Por otra parte la Directiva amplía el **significado de “infracción denunciante”** a cualquier actividad ilícita real o potencial o abuso de Derecho relacionados con los ámbitos denunciados, y del mismo modo, establece conceptos amplios de **“denunciante”, “facilitador” y “represalia”** con el fin de garantizar la protección efectiva de los denunciantes de infracciones como medio de potenciar el cumplimiento del Derecho de la Unión.

Lógicamente para **que el denunciante goce de la protección** que le otorga la norma, la misma exige al denunciante que tenga motivos fundados para pensar que la información notificada es veraz en el momento de la denuncia; que entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva; y a que el denunciante haya denunciado por los cauces previstos en la propia norma.

Por lo que respecta a las denuncias internas, se establece que antes de que se recurra a la denuncia externa deberán de promoverse el uso de cauces internos siempre que pueda ponerse remedio a la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias.

A este respecto, la propuesta de Directiva impone a los Estados miembros la **obligación** de que las **entidades jurídicas de los sectores privado y público, que tengan 50 o más empleados, o Ayuntamientos de municipios que cuenten con más de 10.000 habitantes, establezcan cauces y procedimientos internos de denuncia y de tramitación de denuncias**. Las entidades jurídicas del sector privado que tengan entre 50 y 249 empleados podrán compartir recursos para la recepción y posiblemente también para la investigación de denuncias. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de



su obligación de mantener la confidencialidad y de dar respuesta al denunciante, así como de poner remedio a la infracción denunciada. Tras una adecuada evaluación del riesgo y teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades de las entidades y el correspondiente nivel de riesgo, en particular, para el medio ambiente y la salud pública, los Estados miembros podrán exigir que las entidades jurídicas privadas con menos de 50 empleados establezcan cauces y procedimientos de denuncia internos.

Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que varios municipios compartan los cauces de denuncia internos o de que estos sean gestionados por autoridades municipales conjuntas de conformidad con el Derecho nacional, siempre que los cauces internos compartidos estén diferenciados y sean autónomos de los cauces externos.

Estos cauces y procedimientos deberán permitir la denuncia por parte de los empleados de la entidad y se podrán utilizar para la presentación de denuncias por otras personas que estén en contacto con la entidad en el marco de las actividades profesionales.

Los cauces de denuncia los podrán gestionar internamente una persona o departamento designados al efecto o los podrá proporcionar externamente un tercero. Los terceros a los que se encomiende la gestión de los cauces de denuncia de una entidad privada deben respetar igualmente las salvaguardas y requisitos que establece la propia Directiva.

Por lo que respecta a las **garantías que han de reunir los cauces de denuncia** internos, la Directiva establece que dichos cauces:

- Deben de estar diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice la confidencialidad tanto de la identidad del denunciante como la de cualquier otra información de la que se pueda deducir directa o indirectamente

esta, así como la identidad de cualquier tercero mencionado en la denuncia; debiendo impedir el acceso al personal no autorizado. Estos cauces internos permitirán la presentación de denuncias por escrito o verbalmente, por vía telefónica u otros sistemas de mensajería de voz y, previa solicitud del denunciante, por medio de una reunión presencial dentro de un plazo razonable.

Como excepción, la identidad del denunciante y cualquier otra información de la que se pueda deducir directa o indirectamente esta, podrá revelarse cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho nacional o de la Unión en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa del interesado.

- Deben dar acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo máximo de siete días a partir de la recepción.
- Deben designar a una persona o servicio imparcial que sea competente para tramitar las denuncias, que podrá ser la misma persona o servicio que recibe las denuncias y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, se encargará de solicitarle información adicional y de darle respuesta.
- Deben garantizar que la persona o el servicio competentes tramiten diligentemente las denuncias; incluso cuando las denuncias sean anónimas si el Derecho nacional permite esta clase de denuncias.
- Deben dar respuesta al denunciante sobre la tramitación de la denuncia, en un plazo razonable que no será superior a tres meses a contar desde el acuse de recibo o, si no hubo acuse de recibo, desde el vencimiento del plazo de siete días desde la presentación de la denuncia;
- Deben informar de modo claro y fácilmente accesible sobre las condiciones y procedimientos de denuncia externa ante las autoridades competentes de conformidad y, en su caso, ante las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

Tratamiento de datos personales

Además de que todo tratamiento de datos personales incluido el intercambio o transmisión de datos personales, debe de realizarse, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva (UE) 2016/680; se impone expresamente la obligación de no recopilar, con motivo de una denuncia, datos personales cuya pertinencia no resulte evidente para la tramitación de un caso específico o, si se recopilan por accidente, la obligación de eliminarlos sin demora indebida.

Registro de las denuncias

Se prevé que tanto las autoridades competentes como las entidades jurídicas privadas y públicas lleven un registro de todas las denuncias recibidas, dentro del respeto de los requisitos de confidencialidad contemplados en la Directiva. Las denuncias se conservarán únicamente durante el período que sea necesario y proporcionado.

Medidas de Protección del denunciante:

Prohibición de represalias

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias, incluidas las amenazas y las tentativas de represalia, ya sean directas o indirectas, en particular, la Directiva detalla las posibles formas de represalias:

- Suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes.
- Degradación o denegación de ascensos.
- Cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo.
- Denegación de formación.
- Evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales.
- Imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias.
- Coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.

- Discriminación, marginación o trato injusto.
- No conversión de un contrato de empleo temporal en permanente, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un empleo permanente.
- No renovación o rescisión anticipada de un contrato de trabajo temporal.
- Daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos.
- Inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, formal o informal, que implique que en el futuro la persona no encontrará empleo en dicho sector.
- Resolución anticipada o cancelación de contratos de bienes o servicios.
- Anulación de un permiso o autorización.
- Remisiones médicas o psiquiátricas.

Medidas de apoyo

La Directiva prevé que los denunciantes, puedan tener acceso a medidas de apoyo, en particular:

- Acceso a información y asesoramiento independientes de carácter general, que deberán ser fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles para la protección contra represalias y sobre los derechos del interesado.
- Acceso a asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente asociada a su protección contra represalias, incluida, cuando así se contemple en el Derecho nacional, la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la Directiva.
- Acceso a asistencia jurídica de conformidad con el Derecho nacional.

También se prevé que los estados miembros puedan facilitar asistencia y apoyo financiero a los denunciantes, incluido apoyo psicológico, en el marco de un proceso judicial y que las medidas de apoyo mencionadas sean facilitadas, según proceda, por

un centro de información o por una autoridad administrativa única e independiente claramente identificada.

Medidas de protección contra las represalias

La norma prevé que dichas deben de incluir:

- Que no se considere que las personas que denuncien o que hagan una revelación pública de conformidad con la presente Directiva hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y estas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha denuncia o revelación, siempre que tuvieran motivos razonables para creer que la denuncia o revelación de dicha información era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva.
- Que los denunciantes no incurrirán en ninguna responsabilidad relacionada con la adquisición de la información pertinente, o con el acceso a esta, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito en sí.
- Qué en los procesos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los denunciantes, se presumirá que el perjuicio se originó como represalia por haber presentado la denuncia o por la revelación. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esta medida se basó en motivos debidamente justificados.
- Que los denunciantes y los facilitadores tendrán acceso, en su caso, a medidas correctoras contra represalias, incluidas medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial, con arreglo al Derecho nacional.
- Que en los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de la confidencialidad, violación de las normas de protección de datos, revelación de secretos comerciales, o a solicitudes

de indemnización basadas en legislación laboral privada, pública o colectiva, los denunciantes no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo por haber presentado una denuncia o haber hecho una revelación pública de conformidad con la presente Directiva, y tendrán derecho a alegar en su descargo el haber presentado dicha denuncia o revelación, siempre que tuvieran motivos para pensar que la denuncia o revelación era necesaria para revelar una infracción en virtud de la presente Directiva. Cuando una persona presente una denuncia o revele públicamente información sobre infracciones que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, que contenga secretos comerciales y reúna las condiciones establecidas en la presente Directiva, dicha denuncia o revelación pública se considerará lícita.

Además, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar vías de recurso y la compensación integral de los daños sufridos por los denunciantes que cumplan las condiciones establecidas.

Por último, y por lo que se refiere al “denunciado”, la Directiva prevé que los estados deban establecer medidas para garantizar la protección de los “interesados”, (la persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación como la persona a la que se imputa la infracción o que esté asociada a dicha infracción) para que disfruten plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y al

derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos, así como a acceder a su expediente y a que su identidad sea protegida mientras la investigación esté en curso; e igualmente les impone el deber de establecer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias aplicables tanto a la personas físicas o jurídicas que impidan o intenten impedir la presentación de denuncias; adopten medidas de represalia contra los denunciantes y demás personas bajo el ámbito objetivo de protección de la Directiva, o promuevan procedimientos temerarios contra los denunciantes y demás personas bajo el ámbito objetivo de protección de la Directiva, o incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes; como a quienes formulen una denuncia siendo conscientes de su falsedad.

A falta de aprobación formal del Consejo, la norma europea ha dejado obsoleta la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes que no terminó de ver la luz en la anterior legislatura, por lo que entendemos necesario y procedente elaborar una Proposición o nuevo Proyecto de Ley acorde con las disposiciones de la Directiva, tanto por lo que respecta al ámbito objetivo como subjetivo de aplicación, inclusión del sector privado, admisión de canales externalizados de denuncia, garantías de confidencialidad y admisión de denuncias anónimas, inclusión de apoyo legal, protección judicial y laboral al denunciante y personas de su entorno, además de, en su caso, ayudas psicológicas y sociales al denunciante.

Las mejores iniciativas de Transparencia Internacional España para impulsar una cultura de integridad y cumplimiento

David Martínez García

Coordinador de Transparencia e Integridad Corporativa
Transparencia Internacional España

INTRODUCCIÓN

Transparency International (TI) es una organización de la sociedad civil que opera a escala mundial y cuyo fin es prevenir y combatir la corrupción así como promover la transparencia y el buen gobierno. Fundada en 1993 y con su sede principal o secretariado en Berlín, nuestra organización, ahora presente en más de 100 países, desarrolla proyectos, programas e iniciativas que investigan y abordan las diferentes facetas de la corrupción, tanto en el plano local, regional y nacional, como en las relaciones políticas y económicas a escala global, con la finalidad de concienciar sobre los efectos nocivos que origina la corrupción, impulsar cambios reales y trabajar en conjunto con gobiernos, empresas y sociedad civil para desarrollar e implementar medidas efectivas para su reducción y prevención.

De este modo, nuestra **misión** es prevenir la corrupción y promover la transparencia, la responsabilidad y la integridad en todos los niveles y en todos los sectores de la sociedad y nuestra **visión** se enfoca hacia un mundo en el que el gobierno, la política, los negocios, la sociedad civil y la vida cotidiana de las personas puedan estar libres de corrupción ^[1].

Por su parte, *Transparencia Internacional-España* (TI-España) se constituye legalmente como capítulo español de la organización en el año 2006, estableciendo su sede en Madrid. TI-España ha venido desarrollando diversas actividades dedicadas a la prevención de la corrupción y la promoción de la transparencia y el buen gobierno, focalizando sus esfuerzos inicialmente en programas e iniciativas dirigidas al sector público. Sin embargo, al igual que TI, el ámbito de la prevención de la corrupción en el *sector privado* ha ido adquiriendo una importancia creciente y actualmente constituye una de las áreas prioritarias del movimiento.

Iniciativas de TI-España en materia de integridad corporativa.

En el presente artículo destacamos tres iniciativas que consideramos que pueden ser de interés general y que estamos desarrollando actualmente con el objetivo precisamente de impulsar y consolidar en España una cultura corporativa de la integridad y del cumplimiento.

1) Título Experto en Integridad Corporativa, Transparencia y Buen Gobierno.

TI-España ofrece la única titulación en nuestro país que incorpora en un mismo programa tres materias que, bajo los estándares de nuestra organización, deben permanecer necesariamente ligadas, deben estudiarse de manera holística y que, además, resultan imprescindibles para el logro de un desempeño profesional basado en la responsabilidad, la integridad y la sostenibilidad, así como para el necesario desarrollo de una cultura pública y empresarial del respeto al Derecho.

De esta manera, se ha procurado dar respuesta a una creciente necesidad formativa en nuestro país en el campo del cumplimiento normativo, la ética, el buen gobierno y la transparencia, con un programa que ofrece una formación avanzada, especializada e integral, en un formato ejecutivo y dirigido exclusivamente a profesionales. Así, con un enfoque teórico y práctico, y el método de análisis de caso, el programa ofrece un doble retorno para las empresas e instituciones: por un lado, fortalece las competencias

y profundización de conocimientos por parte de los destinatarios y, adicionalmente, se desarrollan propuestas de mejora o innovación concretas que los profesionales aportan posteriormente a su organización a través de los trabajos finales para la obtención del Título.

En cuanto al contenido del Programa, el *Título Experto* consta de tres grandes Módulos, que pueden cursarse de manera conjunta o independiente. Cada uno de estos Módulos se divide a su vez en diversos Bloques, compuestos por Unidades que abordan en profundidad aspectos concretos y que también incluyen una serie de Workshops prácticos impartidos por profesionales de empresa o autoridades del Sector Público. Todos aquellos profesionales que lo deseen podrán matricularse únicamente en uno o dos de los tres Módulos, obteniendo así un *Título de Especialista* en dicha materia y también se ofrece la posibilidad de cursar cada Bloque de forma independiente, así como los Workshops. El profesional que curse y supere todos los Módulos podrá obtener el *Título Experto en Integridad Corporativa, Transparencia y Buen Gobierno*, expedido por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (adherido a la Universidad Complutense de Madrid) conjuntamente con Transparencia Internacional España.

¹ https://www.transparency.org/whoweare/organisation/mission_vision_and_values/0



La estructura general del Programa es la siguiente:

Módulo I. Integridad Corporativa y Cultura Empresarial.

- Bloque I. Cultura Empresarial y Cumplimiento Normativo. Sistemas de Prevención (Compliance I).
- Bloque II. Sistemas de Control y Supervisión del Cumplimiento Normativo. (Compliance II)
- Bloque III. Buen Gobierno Corporativo.
- Bloque IV. Sostenibilidad, Integridad y Responsabilidad Social Corporativa.

Módulo II. Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Buen Gobierno.

- Bloque I. Ética y Deontología en las Organizaciones.
- Bloque II. Integridad y Buen Gobierno.
- Bloque III. Comprender la Corrupción: Variables Explicativas y Efectos, Métodos de Medición, Instrumentos de Prevención.
- Bloque IV. El Lobby: la Gestión de la Influencia en las Decisiones Públicas.

Módulo III. Transparencia y Gobierno Abierto.

- Bloque I. Transparencia en el Sector Público y en el Sector Privado.
- Bloque II. El Derecho de Acceso a la Información Pública y la Protección de Datos Personales.
- Bloque III. Gobierno Abierto en España y el Mundo: Experiencias de Apertura, Innovación Pública, Uso de Redes Sociales y de Apertura de Datos.

Durante las cuatro primeras ediciones se han formado a más e 160 profesionales, incluyendo a directivos y actuales responsables de Cumplimiento, Asesoría Jurídica, RSC, Sostenibilidad, Transparencia y Gobierno Corporativo (entre otras áreas) de grandes empresas cotizadas y no cotizadas, así como autoridades del

sector público y miembros de importantes organizaciones del tercer sector. Actualmente está finalizando la IV Edición y ya se encuentran abiertas las matrículas para la V Edición [2].

2) Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Buen Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción.

Esta *Guía Práctica* se elaboró con el objetivo de servir como punto de partida y orientación para el conocimiento de las principales obligaciones y lineamientos existentes en materia de *corporate compliance*, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción. De este modo, la Guía congrega la normativa nacional e internacional en la materia, estándares nacionales e internacionales de *softlaw*, así como una serie de recomendaciones específicas de Transparencia Internacional sobre dichas materias.

La *Guía Práctica* permite a las empresas u organizaciones llevar a cabo un **autodiagnóstico** en base a una serie de indicadores mensurables. De este modo, se ofrece un instrumento que, por un lado, ayuda a las empresas a medir y evaluar la calidad de sus programas de cumplimiento normativo, sus programas anticorrupción y su estructura de gobierno corporativo y, por otro, las orienta en la mejora de su nivel de **reporting** o transparencia de dichas áreas.

Cabe señalar que la mayoría de los instrumentos de medición de transparencia corporativa que existen en la actualidad suelen centrarse sobre todo en aspectos económicos, laborales, sociales, medioambientales, financieros, de seguridad, de derechos humanos, etc., pero suelen prestar poca atención o desarrollan de manera escasa áreas tan relevantes como pueden ser cumplimiento normativo, *public country-by-country reporting* (CbCR) o transparencia fiscal y contable de filiales y sucursales, prevención de la corrupción o, en menor medida, buen gobierno corporativo.

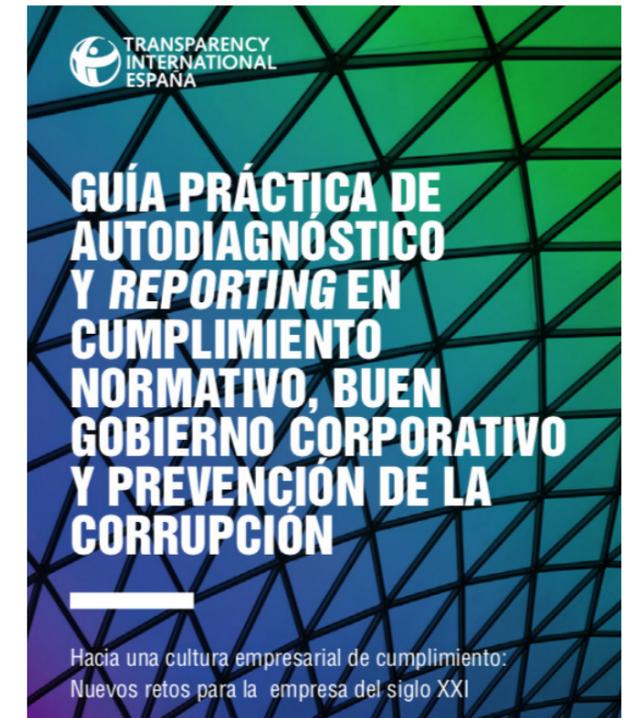
Adicionalmente, la Guía facilita a las empresas el establecimiento de criterios para la mejora continua y verificación de sus programas de *compliance* (art. 31

bis 5.6 del *Código Penal*), ya que su cuantificación y clasificación en distintos niveles permiten a la empresa medir su desempeño, cuantificar su evolución y, sobre todo, mostrar y demostrar sus esfuerzos hacia una gestión socialmente responsable y transparente.

En cuanto a la metodología, la *Guía Práctica* comprende cuatro dimensiones mensurables: *compliance*, buen gobierno corporativo, programas anticorrupción y CbCR. A su vez, cada una de estas dimensiones contiene una serie de indicadores que se agrupan en torno a tres categorías distintas, reflejo directo de la fuente de la cual proviene cada uno de los mismos y que conduce a la clasificación siguiente: *indicadores obligatorios*, *indicadores voluntarios* e *indicadores recomendados*. De tal suerte que los primeros provienen directamente de fuentes normativas, los segundos emanan de fuentes *soft law*, y, finalmente, los *recomendados* nacen de recomendaciones específicas elaboradas por nuestra propia organización. Una vez que la empresa ejecuta correctamente su autodiagnóstico podrá conocer entonces a través de sus resultados su estado de cumplimiento y observar si alcanza alguno de los tres niveles establecidos por la presente Guía: Mínimo (1) Medio (2) o Máximo (3). El número total de indicadores que contiene la Guía Práctica es de 273, de los cuales hay 144 de *autodiagnóstico* y 129 de *reporting*, clasificados de forma distinta en función de si se trata de indicadores de obligado cumplimiento normativo, voluntarios o recomendados.

En suma, la Guía Práctica cobra sentido en un creciente contexto de *autorregulación*, pues invita a las empresas u organizaciones a que adopten una postura proactiva y madura en relación con la prevención de la corrupción, el cumplimiento normativo y el buen gobierno corporativo, materias que constituyen el núcleo básico de la integridad corporativa, y asimismo las invita a establecer mecanismos adecuados de *transparencia corporativa* hacia todos sus grupos de interés, de acuerdo con las mejores prácticas y fuentes nacionales e internacionales.

Cabe mencionar que la *Comisión Nacional de los Mercados* y la *Competencia* digitalizó a finales del



2018 la Guía Práctica a través de una plataforma interactiva[3] que facilita la cuantificación de los indicadores y, gracias a la cual, una vez que se cumplimenta el autodiagnóstico o el *reporting* (de manera totalmente anónima) se genera un pequeño informe con gráficos y resultados finales. Asimismo, y como estímulo a la implementación de la Guía, se puso en marcha también en 2018 un *Programa de Seguimiento* para la implementación de los criterios establecidos por la Guía como parte de las políticas internas y estándares rectores del programa de cumplimiento de una empresa (en concreto, *Abertis Autopistas España S.A.*) que voluntariamente aceptó seguir este *Programa* y que culminó de manera considerablemente satisfactoria.

La Guía Práctica se puede consultar y descargar gratuitamente a través del siguiente enlace:
<http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/07/TI-Guia-Pract-Autodiagnostico-DIGI-TAL-1.pdf>

3) Foro de Integridad Corporativa

El **Foro de Integridad Corporativa** constituye una iniciativa de TI-España que reúne a grandes empresas comprometidas en fomentar y desarrollar una cultura empresarial de cumplimiento, integridad y

² Para más información: <https://transparencia.org.es/abierta-la-inscripcion-para-la-5ta-edicion-del-titulo-experto-en-integridad-corporativa-transparencia-y-buen-gobierno/> y <http://tituloexperto.integridad.org.es/programa/>
³ <https://arguide.cnmce.es>

transparencia. El Foro es un espacio exclusivo de reflexión, análisis y debate, en el cual se intercambian perspectivas, conocimientos y experiencias en todas aquellas áreas ligadas a la integridad corporativa. Su finalidad es poder ofrecer desde la sociedad civil, en colaboración directa con el sector empresarial y privado, las mejores iniciativas que permitan avanzar en el posicionamiento de las empresas españolas como referentes en materia de integridad empresarial y transparencia a nivel internacional.

El **Foro de Integridad Corporativa** es el resultado de la formalización y profesionalización de su precedente "Foro de Integridad" que se creó a finales de 2015 en el marco del *Proyecto Integridad* ^[4], destinado inicialmente a las empresas que formaron parte de dicho proyecto. En este nuevo formato, el Foro de TI-España pasa a formar parte de la **Red Internacional de Foros de Integridad Corporativa** (*Business Integrity Forum*) impulsada desde la Secretaría de *Transparency International* a través de los capítulos nacionales. TI-España abre, de este modo, sus puertas a las empresas españolas que busquen ser referentes ejemplares en cumplimiento normativo, transparencia y responsabilidad social empresarial, operando bajo los más altos estándares de integridad, rendición de cuentas y sostenibilidad.

De este modo, el Foro permite:

- Mostrar un incondicional compromiso y liderazgo en materia de cumplimiento, integridad y transparencia.
- Reforzar el mensaje de tolerancia cero con la corrupción en el seno de su empresa a todos sus empleados y directivos y mejorar y armonizar las políticas y protocolos internos en esta materia.
- Adoptar políticas de transparencia corporativa que incluyan la experiencia y recomendaciones de *Transparency International* y ayuden a generar mayor confianza con sus grupos de interés.
- Compartir alianzas profesionales con otros profesionales del sector empresarial compartiendo

sus mejores prácticas de gobernanza y de lucha contra la corrupción

- Comprender la importancia de adoptar un compromiso serio y maduro con la Agenda 2030 y los ODS y generar instrumentos y programas concretos para su introducción e interiorización en el seno de la empresa.
- Posicionamiento y visibilidad nacional e internacional de las empresas como líderes y referentes en integridad corporativa y cumplimiento a través de la red de *Business Integrity Forum* de *Transparency International*.

Actualmente, incluso antes de su sesión de lanzamiento que será durante las próximas semanas, el Foro cuenta ya con 5 empresas que se han adherido: dos en la Modalidad Premium (Red Eléctrica de España y Siemens-Gamesa Renewable Energy) y tres en la Modalidad Básica (Iberdrola, Telefónica España y Abertis Autopistas), y varias en proceso de adhesión ^[5].

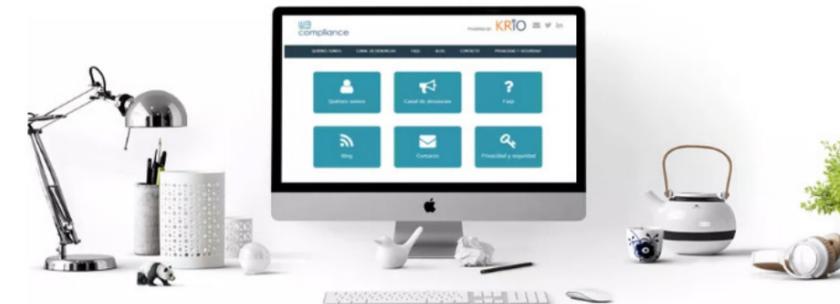
BREVE REFLEXIÓN FINAL

En el presente artículo se han mencionado tres iniciativas que TI-España está desarrollando en la actualidad con la finalidad de generar e impulsar una *cultura corporativa del cumplimiento cimentada en la integridad, la transparencia y la buena gobernanza empresarial*.

De tal modo que, *entendemos que sólo es posible avanzar hacia la senda de la integridad y las buenas prácticas a través de la formación, la información y el ejemplo*. Y en nuestro caso, lo efectuamos con nuestros programas de sector privado gracias a las iniciativas anteriormente reseñadas, esto es, el Título Experto, la Guía Práctica y el Foro de Integridad Corporativa, que constituyen precisamente el reflejo de esta unidad trimembre: formación, información y ejemplo, asentada, a su vez, en el diálogo, la transparencia y el trabajo conjunto; pues todos somos pocos si no trabajamos conjuntamente y si no empujamos en la misma dirección.

W3
compliance

W3 CANAL DE DENUNCIAS
Minimiza los riesgos de tu empresa



W3 COMPLIANCE

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

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

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

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

La aplicación cuenta con los más altos estándares de seguridad:

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

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

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

⁴ Proyecto "Implementación y evaluación de políticas de integridad corporativa en el sector privado en España: un enfoque holístico" (2015-2018), proyecto de investigación del programa competitivo de Siemens Integrity Initiative, web: <http://integridad.org.es>.

⁵ Para más información consultar el siguiente enlace: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/07/aspectos_fundam_foro_integridad_corporat.pdf





JURISPRUDENCIA COMPLIANCE

por Sonia Argemí i Valls y Manuel Montesdeoca de la Fuente

1 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

742/2018, de 07/02/2019

Ponente: Luciano Varela Castro

2 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

746/2018, de 13/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

3 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

737/2018, de 05/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

4 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

123/2019, de 08/03/2019

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

5 SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

192/2019, de 09/04/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

742/2018, de 07/02/2019

Ponente: Luciano Varela Castro

El recurso de casación resuelve la cuestión planteada por dos sociedades condenadas como autoras de un delito de estafa por simulación de solvencia y de operaciones mercantiles para el cobro de cantidades con cargo a línea de descuento concertada con una entidad financiera, las cuales mantenían en el recurso la improcedencia de que se condenase a las mismas, toda vez, que la persona física autora de los delitos, como directivo (realmente administrador de hecho de las mentadas sociedades), había fallecido durante la tramitación de la instrucción.

El motivo es rechazado con base en la siguiente argumentación que desarroola la sentencia en el fundamento de derecho segundo: “La cuestión de la exigencia de previa condena de una persona física, como presupuesto de la de una persona jurídica, no se acomoda al precepto que la recurrente invoca. En efecto el artículo 31.ter señala:

1. 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.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Y es que el presupuesto de la condena de una persona jurídica lo fija el artículo 31 bis al determinar que:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Pero una cosa es que se exija la “constatación” de la actuación de esos sujetos personas físicas y otra que sea un presupuesto la previa “condena” de las mismas.

No se niega en este motivo que los actos en los que se funda la condena de la recurrente no se llevaran a cabo por personas con alguna de las calidades a que se refiere el precepto transcrito”.

En el Fundamento de derecho 3º la Sentencia analiza la posición del directivo fallecido en relación las personas jurídicas condenadas, indicando que *“De lo anterior deriva que ... mantuvo de hecho el control de la gestión de las dos empresas tras dejar de figurar como administrador. Nos encontramos por ello ante uno de los delitos del artículo 31bis 1. a) del Código Penal, que algún sector de la doctrina denomina de directivos, frente al tipo de los de empleados a que se refiere la letra b del artículo 31 bis.1 del citado Código Penal. Lo que excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no un incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control referible solamente a estos últimos tipos penales.*

El citado ..., según el hecho probado, actúa de tal manera –controla la gestión– que puede predicarse de él la condición típica de actuar no solamente como autorizado para tomar decisiones, sino más exactamente como persona que ostenta facultades de organización y control dentro de la misma, ya que esa ostentación no se condiciona en el texto legal a la previa existencia de un acto formal de atribución de tal poder. Ni siquiera el recurrente hace de ello cuestión.

De lo que deriva que el engaño y en general el comportamiento de ese sujeto legitima la atribución del hecho típico a la persona jurídica recurrente. Ya que por su cuenta se actuó y en su beneficio se llevaron a cabo los actos engañosos y la obtención de lucro.

En ningún caso se alega por la recurrente la concurrencia de un supuesto de los de exención de responsabilidad de la persona jurídica a que se refiere el artículo 31 bis en sus apartados 2 y 3.”.

Finalmente, resulta reseñable igualmente lo afirmado por la Sala en el Fundamento de Derecho 5º, en el que se resuelve y desestima el recurso de una de las dos personas jurídicas condenadas sobre la base de a) infracción del artículo 251 bis del Código Penal por no ser típico el comportamiento, en la medida que por esta sociedad no se adeudó nada a la financiera que se dice perjudicada y b) error en la valoración probatoria al apartarse del resultado de la pericia que excluye la condición de deudora de la recurrente respecto de la entidad bancaria que se proclama perjudicada.

En su razonamiento, la Sala señala: *“lo que se afirma (la recurrente) no contradice el relato de lo probado ya que la sentencia no proclama que la recurrente sea deudora ex contractu sino ex delicto. De ahí que la contabilización de los resultados en clave jurídico privada de los actos relativos a descuento no es la razón de la imputación de la responsabilidad penal, ni de la civil que deriva de ésta.*

Ya la propia sentencia de instancia advirtió de que: “Nos resulta sumamente difícil, a efectos de autoría del delito, distinguir entre una y otra empresa, cuyos objetos sociales vienen a ser muy similares, máxime cuando las dos tenían pólizas de descuento con ..., los recibos se remitían en nombre de cualquiera de las dos y, lo que parece más importante, tanto una como otra eran las auténticas titulares de las cuentas corrientes en donde ... cargaba los recibos en la creencia errónea de que se trataba de cuentas correspondientes a los clientes de las dos empresas Estamos, por tanto, ante un caso de coautoría, en el que nada tiene que ver que una empresa haya funcionado en el mercado mejor que la otra, pues recordemos que ... está concursada y actualmente en liquidación.

Es decir, las dos personas jurídicas son condenadas como coautoras. Y esa coautoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal les hace solidariamente responsables frente a terceros que son los perjudicados, con independencia del beneficio o no obtenido por el coautor. Ciertamente en la relación entre ellos debiera establecerse, como ordena dicho precepto la cuota que debe asumir cada coautor. No lo hizo así la sentencia de instancia y nada se formula al respecto en los recursos que solamente protestan la responsabilidad frente al perjudicado. Por lo que nuestra decisión solamente ha de referirse a la responsabilidad frente a la financiera perjudicada como fruto de la actuación de la que la recurrente es coautora.

No habiendo error probatorio y siendo la responsabilidad derivada del perjuicio causado por el actuar delictivo y no de la deuda mercantil, el motivo se rechaza.”

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

746/2018, de 13/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

La sentencia resuelve el recurso planteado por una persona física y otra jurídica que habían sido condenadas como autores responsables de un delito contra la Hacienda Pública, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño y la atenuante simple de dilaciones indebidas, y que impuso:

A la persona física, representante legal de la persona jurídica, la pena de cuatro meses de prisión y multa de 90.000 €, así como la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

A la persona jurídica a la pena de 200.000 € de multa e Inhabilitación para obtener subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

Se condena, asimismo, al pago proporcional de las costas causadas.

Se decreta la entrega definitiva a la Hacienda del Estado de las cantidades ya ingresadas en relación con el Impuesto de Sociedades de la entidad jurídica del ejercicio 2010.

El recurso plantea dos cuestiones de interés, en relación a la petición de modulación de la multa. En primer lugar, se alega por el recurrente qué a raíz de la reforma del Código Penal del 2.012, en su artículo 310 bis, la cuantía de la multa será un tanto y no el doble como le fue impuesta. Asimismo, el recurso incide en que la sentencia no tiene en cuenta la posibilidad de moderar dicha cuantía, en consideración a que la multa se impone, en realidad, doblemente; esto es, a la persona física y a la jurídica.

Este motivo fue admitido por la Sala, en el fundamento de derecho quinto de su sentencia, al señalar que *“la concurrencia de sendas multas impuestas respectivamente al administrador social como autor (art. 31) y a la sociedad a la que representa, en virtud del art. 31 bis, obliga a una modulación de las cuantías según disponía el inciso final del art. 31 bis. 2 CP - (actual art. 31 ter 1) para evitar un total desproporcionado en relación a la gravedad del único hecho castigado.*

Ese imperativo legal se intensifica cuando el administrador es, a su vez, socio de la entidad. Más aún si es el socio mayoritario o, no llegando a serlo, tiene una posición relevante o significativa.

Si fuese socio único se produce un cambio cualitativo en tanto que esa situación comportará que las dos penas de multa en definitiva sean soportadas por la misma persona individual (una, directamente; la otra, indirectamente al disminuir el patrimonio de la sociedad mercantil de la que es exclusivo titular). En ese concreto supuesto surgirá una problemática de mayor enjundia: afectaría a principios como el non bis in idem.”

En este punto, la Sala se plantea si el mandato conferido de modular las cuantías puede superar el mínimo legal; o, por contra, queda vedada esa eficacia extraordinaria, llegando a la conclusión que la pena que se impondrá, al administrador, de forma directa o indirecta (por ser cotitular de la sociedad responsable), no puede pasar el límite establecido como pena del delito.

A esta conclusión se llega a partir del criterio teleológico de interpretación de la norma, indicando sobre esta cuestión:

“En el plano de una interpretación teleológica, muchos comentaristas sugieren que la previsión está pensando en personas jurídicas de escasas dimensiones o, más aún, en supuestos, como el presente, en que la persona física penalmente responsable es también socio mayoritario o muy relevante de la mercantil. De esa forma, se arguye, se armoniza la duplicidad, a veces más formal que material de sujetos responsables con la prohibición del bis in idem. De ahí que el código fije como parámetro o referente de la buscada proporcionalidad la suma de las cuantías respectivas de las multas.

Si partimos de esa óptica, podremos colegir como criterio esclarecedor de enorme valor práctico una premisa: la multa total que realmente llegue a sufrir el administrador condenado, de forma directa (por venirle impuesta a él como responsable del delito) o indirecta (por ser cotitular de la sociedad también responsable penalmente), no debe sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito objeto de condena (en el caso del delito de defraudación tributaria, el séxtuple de lo defraudado: art. 305 CP ; para la persona jurídica sería en este caso el doble: art. 310 bis reformado en 2015). Ese -el séxtuple- sería el techo infranqueable, que no deberían superar ambas multas si el responsable penal fuese titular del 99%, v.gr. de la Sociedad.

En cuanto al suelo, si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación. Si se admite la excepcional disminución por debajo del mínimo legal cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad, procederá muy significadamente cuando lo imponga la necesidad de respetar el non bis in idem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad (orillamos ahora el supuesto de que fuese el único titular, que lleva a un campo de discusión diferente)”.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de aplicar atenuantes para la consiguiente reducción de la pena, la Sala concluye que la atenuante de reparación del daño puede también aplicarse a la sociedad investigada; sin embargo, considera que es dudoso que pueda aplicarse al de dilaciones indebidas también a la sociedad investigada. En todo caso, considera el Tribunal que *“lo que no admite controversia es que esa circunstancia -retrasos- puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP).”.*

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

737/2018, de 05/02/2019

Ponente: Antonio del Moral García

En el caso visto por la sentencia que nos ocupa, los hechos por los que se condena al recurrente fueron calificados como delito continuado de apropiación indebida. El acusado, trabajador de banca, aprovechó su cargo dentro de la entidad financiera para distraer cantidades de una empresa que era cliente de dicha entidad y que también era cliente particular suyo, porque dicho empleado le llevaba la contabilidad. El acusado aprovechaba la mecánica interna de la entidad para duplicar pagos, y reintegros en efectivo, y así apropiarse de 153.453€, entre los años 2.003 a 2.011.

Dicha posición de trabajador de la entidad y a la vez de la empresa perjudicada le daba un doble carácter al acusado, el cual abusó de la confianza de ambas empresas. En este sentido, la Sentencia, en su fundamento jurídico quinto, frente a uno de los motivos de impugnación contenidos en el recurso presentado por la entidad financiera, condenada como responsable civil subsidiario, considera:

“Que la confianza más significadamente quebrantada fuese la otorgada por la querellante no incide en la condición de responsable civil subsidiario de la entidad ex art. 120.4º CP. El criterio de la relación jurídica prevalente no repercute en el surgimiento y mantenimiento de la condición de tercero responsable civil de aquella industria y negocio por cuenta de la cual actuaba el autor. En la actividad desplegada en su comportamiento delictivo atraía ambas condiciones: era ciertamente comitente de la perjudicada, però también empleado de la entidad bancaria. No podía haber llevado a cabo la conducta tal y como la desarrolló si no fuese desde esa posición de empleado del banco y abusando de las funciones que tenía asignadas en ese concepto. El acusado se relacionaba frente a la perjudicada no solo como dependiente suyo, sino también como empleado del banco. La bifronte condición superpuesta no desvanece ni eclipsa el lazo del que nace la responsabilidad civil subsidiaria.”

Dado que la entidad recurrente cuestiona que en el caso de autos concurra realmente un supuesto de actuación de su empleado en su condición de tal, la Sentencia comentada tiene ocasión de precisar, para reafirmar la responsabilidad civil de la entidad por los actos de su empleado, que *“la potestad de control y dominio del Banco se extiende a establecer mecanismos internos que permitan detectar actuaciones irregulares de sus propios empleados y, en todo caso, responder de los perjuicios ocasionados por estos últimos cuando realizan servicios que se encuentran en el ámbito de lo que es propio al Banco”.*

El fundamento jurídico séptimo se ocupa de justificar la desestimación de otro de los motivos de impugnación de la entidad recurrente, que discute la efectiva concurrencia de responsabilidad civil por parte la entidad financiera al entender que hay concurrencia de culpa con la propia entidad perjudicada, que también habría sido negligente respecto de la actuación del trabajador, que lo era de ambas entidades. En relación con esta posible compensación de culpas y con la necesidad de imputar a la entidad bancaria una responsabilidad civil derivada de delito, se desprende que el hecho de haber incurrido en una posible negligencia por parte de la perjudicada, por su confianza en su trabajador (al fin que también trabajador de la entidad bancaria), la Sala se pronuncia con contundencia, al señalar lo siguiente:

“La concurrencia de algún grado de negligencia por parte de la perjudicada ni excluye la responsabilidad civil del tercero ni la disminuye.” Continúa la Sentencia señalando las diferencias entre la concurrencia de culpas desde el

punto de vista civil y el penal.

“A este respecto puede traerse a colación el análisis que de este punto efectuaba la STS 300/2014, de 1 de abril, reiterado en la STS 721/2018, de 23 de enero de 2019:

Pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre ese tratamiento legal, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil nacida de delito tiene un régimen especial y diferente, en puntos a veces no despreciables, del régimen general de la culpa extracontractual: arts. 1092 y 1093 del Código Civil. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Penal. Y en el Código Penal el art. 114 es un precepto inescindible. La responsabilidad civil subsidiaria es estrictamente vicaria de la responsabilidad civil del responsable penal. Es un espejo de ella. El responsable civil subsidiario responde de lo mismo que el responsable penal, aunque solo en defecto de éste. No caben diferenciaciones en el alcance de sus respectivas responsabilidades civiles en virtud de factores como éste (la culpa de la víctima no tendría relevancia en relación a la conducta dolosa, pero sí repartiría el daño en relación al tercero cuando hay culpas concurrentes). Y no se exige constatar en concreto la presencia de culpa de ese tercero civil responsable”. (énfasis añadido).”

Habiendo comenzado por la exposición de la desestimación de los motivos de oposición presentados por la entidad financiera, merece una especial consideración final, uno de los motivos alegados por la persona física condenada por el delito de apropiación indebida y referidos a los programas de compliance. En contestación, desestimando el motivo alegado, la Sala señala en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

“En otro orden de cosas, incluye el recurrente unas consideraciones sobre el valor de los compliance Su relación con el asunto que analizamos no se adivina. A partir de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, esos Corporate Compliance, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa.”

En consecuencia, aclarado el papel y los efectos del corporate compliance en el procedimiento penal, el trabajador acusado, no puede servirse del Programa de Cumplimiento normativo, para exonerarse de la responsabilidad penal, ni tampoco de la responsabilidad civil derivada del delito.

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO
123/2019, de 08/03/2019
Ponente: Miguel Comenero Menéndez de Luarca**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, ahora recurrida, condenó a la persona física y a la jurídica, como autores penalmente responsables de seis delitos contra la Hacienda Pública: dos por defraudación en el Impuesto de Sociedades; dos por defraudación del I.V.A. y dos por defraudación en el I.R.P.F., todos ellos en los ejercicios de los años 2.011 y 2.012.

Se recurre en casación ante el Tribunal Supremo alegando indefensión a la hora de citar a las partes como persona jurídica o como representante de la misma. La persona jurídica compareció en el juicio oral a través de la persona física designada, pero lo hizo en calidad de testigo y, por lo tanto, sin poder acogerse al estatuto jurídico y consiguientes garantías del procesado.

Según el punto 3 del fundamento jurídico primero de la sentencia comentada: *“de lo anteriormente expuesto resulta que los derechos de la persona jurídica, como acusado en el proceso penal, no fueron respetados en la forma correcta. La falta de citación del representante designado para el proceso, para su comparecencia en el acto del juicio oral, le supuso a la persona jurídica la imposibilidad de prestar declaración, con los derechos inherentes a la posición de acusado, así como de hacer uso de la última palabra en ejercicio del derecho de autodefensa”.*

Aunque el Tribunal también valora en su resolución que ninguna de las partes dio cuenta ni alegó esta circunstancia antes de la apertura del plenario, considerando que, tal y como recoge la STC 128/2017, *“para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan”*, termina por estimar el motivo de impugnación.

Señala la Sala, en la motivación de su resolución, que la persona jurídica, en el acto de juicio oral fue representada y defendida por los mismos profesionales que lo hacían para la persona física acusada, y ello habría puesto de manifiesto la existencia de intereses contrapuestos, que, por otra parte, ya habían sido apreciados en fase de instrucción, sin que nada hiciera pensar que éstos hubieran desaparecido.

En definitiva, según la Sala, *“ha de apreciarse 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. Apreciación, que como hemos dicho más arriba, no es irrazonable, teniendo en cuenta que el acusado persona física era titular solamente del 51% de la sociedad, correspondiendo el otro 49% a otros cuatro socios; que todos ellos formaban parte del consejo de administración; que dos de ellos eran, junto con aquel acusado, administradores mancomunados, siendo necesarias dos firmas; y que no habían sido acusados en la causa”.*

La Sala aprecia, igualmente que la nulidad de la sentencia y del juicio oral debe extenderse también al otro

acusado; es decir, a la persona física, con la finalidad de evitar cualquier asomo de indefensión para esta persona física, máxime cuando las consecuencias negativas que han de afectarle no se limitan al ámbito de la responsabilidad civil, sino que se extienden a su posible responsabilidad penal.

“Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia. En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador, designándose de oficio, si fuera pertinente.”

Lo realmente relevante de esta sentencia en el ámbito de los programas de cumplimiento normativo es que la Sala, con ocasión de la argumentación de la extensión de los efectos de la anulación a la persona física, analiza la responsabilidad penal de la persona jurídica, descartando la existencia de un delito de modalidad omisiva por la mera inexistencia de programas de cumplimiento normativo. De tal manera que, para que una sociedad sea condenada será necesario la comisión de cada uno de los delitos por los que viene imputada la sociedad hayan sido cometidos por una persona física, siendo la condena por alguno de esos delitos incluidos en el artículo 31 del Código Penal.

“Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.”

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

192/2019, de 09/04/2019

Ponente: Vicente Magro Servet

En el caso objeto de la sentencia ahora analizada, se pone de manifiesto que la ausencia de un programa de “compliance” empresarial facilitó la comisión de los delitos de estafa y falsedad. La persona física acusada, abusando de la confianza que habían depositado en ella los socios de la mercantil, para la que labores de gestión económica y de relación con las entidades bancarias con las que la sociedad trabajaba, realizó reiterados actos de falsificación documental, obteniendo así un enriquecimiento propio.

La trabajadora o gestora financiera de la entidad fue condenada por la Audiencia Provincial de A Coruña: *“como autora penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por razón de abuso de firma, por razón de la cuantía y por abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”* y a indemnizar a la mercantil defraudada de las cantidades apropiadas.

Según los hechos declarados probados, la acusada pasaba a la firma de uno de los socios documentos de reintegro de efectivo del Banco en el que figuraba una cantidad que después cambiaba por otra superior, quedándose con la diferencia. La suma defraudada pasó desapercibida a los socios pues se alteró la realidad documental unido a la ausencia de programas de cumplimiento normativo de compliance.

La acusada alega en su recurso casacional la vulneración de varios derechos, como el de presunción de inocencia; el de error en la valoración de la prueba; aplicación indebida de los preceptos reguladores de los tipos penales por los que era acusada (por aplicación indebida de los arts. 392 en relación con el artículo 390.1 número 1º y número 2º y el artículo 74 del Código Penal; en relación de concurso medial, artículo 248.1 en relación con el artículo 250.1 circunstancias 2ª, 5ª y 6ª CP); inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas; y, finalmente, como infracción por quebrantamiento de forma, por no haberse tenido en cuenta la contradicción entre los hechos que se consideran probados, y se consignan como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico predeterminan el fallo. Todos ellos son rechazados y se mantiene la Sentencia de instancia.

Sin duda, lo más destacable en relación con el compliance es el serio aviso que hace la Sala a las empresas sobre las consecuencias derivadas de la inexistencia de Programas de Prevención de delitos en las empresas y la importancia de éstos para evitar pérdidas y, por tanto, por sus efectos beneficiosos para los resultados económicos de aquélla. Estas consideraciones ya habían sido realizadas por la Sala en otras sentencias suyas, lo que se recoge y recuerda en la que ahora comentamos y se citan las SSTS 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 y S.T.S. 365/2018 de 18 Jul. 2018, Rec. 2184/2017).

Así pues, **la ausencia de un compliance ad intra** en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss CP desde el punto de vista ad extra tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa

degradan “el debido control” entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el compliance ad intra ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el compliance ad intra en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.”

En definitiva, y como resumen, si no existe un control interno hacia las personas que tienen conferido el poder de dirección o la realización de actividades relevantes en una empresa existe el riesgo de que, bajo el abrigo del abuso de las relaciones personales, se lleven a cabo actos tan graves y perjudiciales como los descritos; es decir, firmas en blanco, alteración de órdenes de pago de nóminas que, posteriormente no se contabilizaban y alteración de los extractos remitidos por la entidad bancaria, lo que mostraba a los socios un estado de la cuenta que no se correspondía con la realidad.

Se contempla así el compliance como un elemento no sólo dirigido a evitar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, sino como instrumento esencial de control de su propia actividad, en evitación que actos delictivos que tengan como perjudicada a la propia organización empresarial.

DOMICILIO SOCIAL

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

VALENCIA

C/Barcas, 2, planta 4 - Valencia
Telf: +34 630 148 870
valencia@aeaecompliance.com

MADRID

O'Donnell, 12 - Madrid
Telf: +34 607 225 405
madrid@aeaecompliance.com

BARCELONA

P. Verdaguer, 120, ent 4º - Igualada
Telf.: +34 938 049 038
barcelona@aeaecompliance.com

GIRONA

Pza. Cataluña, 1, Entl. 3 – Blanes
Telf.: +34 972 33 44 05
girona@aeaecompliance.com

TENERIFE

C/ Molinos de Agua,10,1º
San Cristobal de La Laguna
Telf: +34 922 315 179
tenerife@aeaecompliance.com

MURCIA

C/ Platería,7 3ºD 30004 Murcia
Telf: +34 968 213 784
murcia@aeaecompliance.com

CÁDIZ

C/ Sociedad, 10, 1º-B Cádiz
Telf.: +34 956 264 806
cadiz@aeaecompliance.com

A CORUÑA

San Andres, 33 - 1a, A Coruña
Telf: +34 651 194 727
acoruna@aeaecompliance.com



CÓRDOBA

C/José Cruz Conde, 30, 3º 1ª - Córdoba
Telf: +34 957 496 501
cordoba@aeaecompliance.com

GUADALAJARA

C/Enrique Benito Chávarri, 6, 2º - Guadalajara
+34 949 22 00 73
guadalajara@aeaecompliance.com

MALLORCA

C/de Velázquez, 10 - Mallorca
Telf.: +34 689 19 19 55
mallorca@aeaecompliance.com

ASTURIAS

C/ San Bernardo, 3 - Avilés
Telf.: +34 984 835 245
asturias@aeaecompliance.com

CASTELLÓN

C/ Poeta Verdaguer, 1, Ento.
Telf.: +34 644 01 56 01
castellon@aeaecompliance.com

ANTEQUERA

C/ Carreteros, 1, Antequera
Telf.: +34 952 194 017
antequera@aeaecompliance.com

SEVILLA

C/ Caños de Carmona, 9-1º-A, Sevilla
Telf: 34 954 707 700
sevilla@aeaecompliance.com

MÁLAGA

C/ Tomás Heredia, 23 - 2º Izq., Málaga
Telf: +34 957 498 050
malaga@aeaecompliance.com