



Julio 2022 | Vol. 13
www.aeaecompliance.com/

EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS

**UNA REVISTA DIRIGIDA
A PROFESIONALES
DESCÁRGALA AHORA**

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



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

CONTENIDOS



18 REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 130.2 DEL CÓDIGO PENAL

por Florin David Tugui

22 COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA

por Alfonso Muñoz Paredes

27 LA DESTRUCCIÓN CREATIVA DEL COMPLIANCE

por Carlos Fernando Rozen

32 LA PRUEBA DEL COMPLIANCE EN EL PROCESO PENAL

por Ana María Neira Pena

37 ÉTICA CONDUCTUAL, COMPLIANCE Y YO VERDADERO

por Fernando Aguiar

03 EDITORIAL

05 AEAEC COORGANIZADORA DE LA JORNADA "NOVEDADES EN MATERIA DE COMPLIANCE"

08 ENTREVISTA A RAFAEL AGUILERA GORDILLO

por Luis Suárez Mariño

16 SEIS HERRAMIENTAS QUE TODO COMPLIANCE OFFICER DEBE USAR

por Hernan Huwylar

41 EL COMPROMISO DE ECOEMBES: La buena Gobernanza desde el sector medioambiental

por Begoña de Benito



43 RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

por Manuel Montesdeoca de la Fuente

EDITORIAL

TIEMPO DE RIESGOS

Como recoge el Informe de Riesgos Globales 2022 - coordinado por el Departamento de Seguridad Nacional—, el 89% de los expertos cree que el panorama en los próximos años es volátil, fracturado o cada vez más catastrófico.

El incremento preocupante de la inflación, provocado por la subida exponencial de los precios del petróleo y el gas, tras la guerra de Ucrania, y el aumento generalizado de los costes de las materias primas y los bienes intermedios- que ya se venía produciendo como consecuencia de los cuellos de botella en las cadenas de producción tras la pandemia de la Covid- suponen una amenaza evidente para la recuperación económica, y un riesgo para la subsistencia de muchas empresas, grandes y pequeñas, que se verán obligadas e redefinir sus estrategias, reevaluar su exposición ante riesgos comerciales y/o financieros, y reevaluar también sus riesgos en materia de Compliance penal.

La situación financiera de muchas empresas sigue siendo muy precaria, elevando el riesgo de impago de sus deudas. Si ese riesgo para la agencia de calificación crediticia Moody's hace un año afectaba al 20% de las empresas de nuestro país, parece evidente que hoy, ante el nuevo escenario que hemos dejado expuesto, las empresas afectadas serán muchas más. La Plataforma Multisectorial contra la Morosidad considera que la conjunción de la inflación con el final de la moratoria de la Ley Concursal y las carencias de los créditos ICO incrementará las empresas zombis (sin actividad, pero que captan recursos públicos) y el riesgo de impago.

Ante esta situación de riesgo, resulta plausible que muchas empresas, acuciadas por la situación, o con la esperanza de que esta cambie, incurran en tensiones de tesorería contrayendo nuevas deudas o concediendo aplazamientos y/o créditos comerciales, que pongan a la empresa al límite de poder atender de manera regular sus obligaciones exigibles.

Recuérdese que el artículo 260 del Código Penal castiga a quien, en situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a un acreedor mediante el pago un crédito no exigible y que el artículo 259, a modo de cajón de sastre, tipifica una conducta abierta que permite calificar de delictiva cualquier acción u omisión que pueda considerarse una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y que tenga como consecuencia una disminución patrimonial o el ocultamiento de la situación patrimonial real (p.e. para conseguir financiación externa).

En definitiva la realización de operaciones o negocios jurídicos que no se correspondan con una gestión ordinaria de los negocios o que conlleven una anticipación en la satisfacción de unos acreedores respecto de otros el otorgamiento de garantías a determinados acreedores, la irregularidad contable relevante, la inexactitud grave en los documentos que se acompañen con la futura solicitud de concurso, la salida fraudulenta de bienes del activo, la simulación de una situación patrimonial saneada, la falta de depósito de las cuentas anuales e, incluso, o la presentación tardía del concurso son conductas cuyo riesgo deberá de analizarse, preverse y evitarse.

En relación al riesgo de insolvencia debe de tenerse además en cuenta que en el proyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal recientemente aprobado en el Congreso la calificación del concurso y consecuente responsabilidad del órgano social supone un mayor control e intervención por parte de los acreedores, en tanto podrán presentar (siempre que reúnan el 10% del pasivo) Informe de Calificación de concurso, y ya en la fase común, podrán comunicar al administrador concursal las circunstancias que considere de relevancia para la calificación culpable del concurso, lo que, desde la perspectiva de empresa concursada, complica la obtención de una calificación de concurso fortuito, y consecuentemente la elusión de la responsabilidad del órgano de administración.

En resumen, ante el incremento de riesgo de insolvencia, deberán de revisarse los indicadores que permiten identificar conductas o comportamientos anómalos

/ irregulares con la finalidad de poner en situación de alerta al órgano de gobierno de las empresas frente a este delito o delitos patrimoniales análogos como el de alzamiento de bienes, fraude a la Hacienda Pública, a la Seguridad Social o fraude de subvenciones, o frustración de ejecuciones.

Las empresas deben analizar si la gestión del flujo de efectivo está bajo control, monitorizar sus pagos y capacidades de recuperación, evaluar la solvencia crediticia de sus socios comerciales críticos, identificar los clientes en riesgo de impago y asegurar que los seguros están al día, verificar la capacidad de abastecerse y garantizar la cadena de suministros, procurando dotarse de proveedores diferentes, y a poder ser cercanos a los centros de producción, para abaratar costes de transporte; así como de chequear las facilidades de financiación para minimizar el riesgo de iliquidez.

Sin embargo, el sistema de gestión de Compliance exige destinar recursos humanos y financieros adecuados, y la tentación de muchas empresas será precisamente, reducir sus costes en materia de Compliance, al considerar erróneamente dicho coste, en un escenario de crisis, como prescindible.

Desde la AEAEC queremos llamar la atención sobre estos nuevos riesgos, que desde luego no son los únicos que haya de evaluar y tomar en consideración, porque en este escenario el calentamiento global y las temperaturas extremas que estamos sufriendo, suponen un escenario crítico para muchas empresas, al igual que la ciberseguridad.

TIEMPO DE OPORTUNIDADES

Cómo sabes, “European Compliance & News”, es la revista que edita la Asociación de Abogados y Economistas en Compliance de manera, hasta ahora, semestral.

La revista constituye un instrumento útil a los fines de la asociación: Fomentar, desarrollar, promocionar y difundir la cultura de cumplimiento normativo, los programas de prevención de delitos en las organizaciones, la responsabilidad social corporativa y el comportamiento ético empresarial desde los principios del rigor y la calidad, la excelencia profesional y la innovación, analizando los cambios normativos, problemas y necesidades presentes y futuras de las entidades públicas o privadas en esta materia.

Tras seis años de publicaciones ininterrumpidas (cuyo contenido íntegro podéis consultar en la web de la asociación www.aeae.compliance.com), y manteniéndose con el único esfuerzo de los asociados y de los profesionales que desinteresadamente han venido publicando en ella, a los que reiteramos nuestro agradecimiento, atendiendo a la cada vez mayor acogida y difusión de la misma tanto a nivel de empresas como de profesionales, hemos pensado en dar un paso adelante, y a través del patrocinio y la colaboración con otras entidades, seguir sirviendo a los fines antes indicados, si cabe con una mayor dedicación.

El patrocinio de la revista servirá para poner en valor el compromiso del patrocinador con los fines de la revista antes indicados y fortalecer su imagen pública de compromiso con el cumplimiento normativo y la ética empresarial, además dicho patrocinio sirve para cumplir con uno de los requisitos que los sistemas de gestión de Compliance han de cumplir: la comunicación ad intra y ad extra la organización y la formación en materia de Compliance.

La condición de patrocinador dará al mismo la oportunidad de recibir la revista en papel, así como en pdf los artículos por separado a fin de poder hacerlos llegar a sus diferentes departamentos y sus colaboradores externos, según la materia y así cumplir con el requisito de formar a los directivos y empleados en materia de compliance. Nuestro objetivo es llegar cada vez a más lectores, y ser una referencia en la difusión del Compliance, el buen gobierno

y la ética empresarial, por eso, de obtener fondos suficientes a través del patrocinio, nuestra intención es publicar un número de la revista por trimestre. Cuatro números anuales.

En este número damos la bienvenida como colaboradores al Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, al Ilustre Colegio de Economistas de Córdoba y a la Fundación FIASEP y como primer patrocinador a la Universidad Internacional de la Rioja. Universidad líder entre las que tienen una antigüedad menor a 15 años, UNIR, se sitúa en el puesto 23 a nivel europeo como parte del ranking elaborado por alumnos y segmentado por 27 países, y es toda una referencia en la enseñanza on line.

La AEAEC sigue colaborando en la organización de jornadas sobre Compliance, como la que tuvo lugar el pasado 1 de abril en la sede central de la CEOE en Madrid, una jornada en cuya organización participaron también, el grupo ALSA, CMCXXI y la Fundación Corell y en la que participaron como ponentes, Manuel Marchena, José Antonio Montero, Alejandro Abascal, Manuel Ruiz de Lara y María Massó. Del contenido de la jornada, que contó con una nutrida asistencia de público, fundamentalmente consejeros de empresa, abogados y reconocidos compliance officer, damos cumplida cuenta en este número de la revista.

No queremos terminar sin invitaros a todos los que estéis interesados a asistir al X Congreso Nacional de Auditoría del Sector Público que se celebrará, con el apoyo de la AEAEC, en Santa Cruz de Tenerife, los días 10 y 11 de noviembre próximo, y que ha alcanzado general reconocimiento. Este congreso, que se celebra ya desde hace diez años, persigue la mejora de la práctica de la gestión y auditoría del sector público en España, un sector, en el que la implantación de programas de compliance está teniendo cada vez más auge, como pone en evidencia la exigencia a las entidades públicas gestoras o ejecutoras de los fondos del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia de dotarse de Planes antifraude.

Esperando contar con más patrocinadores y que nos transmitáis cualquier idea para colaborar juntos en la tarea de difundir el Compliance los principios del buen gobierno y la ética empresarial, desde “European Compliance & News” os deseamos un feliz verano.

AEAEC coorganizadora de la jornada “NOVEDADES EN MATERIA DE COMPLIANCE”

El pasado 1 de abril tuvo lugar en la sede central de la CEOE en Madrid, una jornada en materia de Compliance, en cuya organización participaron, además de la AEAEC, el grupo ALSA, CMCXXI y La Fundación Francisco Corell. La jornada contó con una nutrida asistencia de público, fundamentalmente consejeros de empresa, abogados, Compliance officers de empresas y otras personas jurídicas.

Como en años anteriores, **don Manuel Marchena Gómez, presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo**, comenzó su intervención sobre los *“Últimos pronunciamientos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”*; dejando claro a los presentes y a todos los que siguieron su intervención por streaming, que *“el Supremo, superadas ciertas dudas iniciales, puestas de manifiesto en los votos particulares emitidos en la ya conocida sentencia de 29 de febrero de 2016, ha aceptado ‘con naturalidad’ que el sistema de responsabilidad de la persona jurídica establecido por el legislador patrio sea un sistema de responsabilidad autónomo, con su propio injusto y su propia culpabilidad, lo que permite un cierto grado de seguridad y predictibilidad de las resoluciones en la materia”*.



Acto seguido abordó Marchena algunos problemas todavía pendientes de resolución, como el posible *conflicto de intereses* entre el administrador de la sociedad y ésta cuando ambos son investigados, o la posibilidad de sobreseer en sede de instrucción la imputación respecto de la persona jurídica cuando el juez de instrucción valore positivamente la eficacia de su programa de prevención de delitos; lo que el presidente de la Sala 2ª consideró muy conveniente y le sirvió, además, para defender el modelo de instrucción español dirigido por órganos judiciales.

Posteriormente Marchena, puso sobre la mesa, algunas cuestiones relacionadas con los programas de prevención de delitos, como la necesidad de respetar, en el ámbito de las investigaciones internas, la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas de los

empleados, *“que es un ámbito innegociable entre empresario y empleado”* –remarcó–; el concepto de *“prueba ilícita”*, o la conveniencia de *“dotar al Ministerio Fiscal de una mayor facultad para negociar acuerdos, acogiendo el modelo americano, en que el Fiscal –explicó– tiene potestad para negociar hasta el título de imputación, con el objetivo de intentar cerrar los procedimientos penales en un menor tiempo con acuerdos que eviten daños reputacionales innecesarios para las empresas”*.

Finalmente, Marchena, apuntó la necesidad de ir reflexionando sobre temas novedosos desde el punto de vista jurídico y ético, que están llamando ya a la puerta del legislador, como la *regulación de la I.A. o la responsabilidad robótica*, que tendrán importante incidencia no solo en los sistema de gestión de Compliance de las personas jurídicas, sino en la práctica judicial, y que exigen, a su entender, una imprescindible reflexión en la que deben participar los operadores jurídicos, con cuyos órganos consultivos debe de contar el legislador huyendo de regulaciones urgentes que adolezcan de improvisación.

Seguidamente, **don José Antonio Montero Fernández**, Magistrado de la Sección segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Quien trató del *“Compliance tributario y secreto profesional en el ámbito de la Directiva*

2018/822 sobre intercambio de información en el ámbito de la Fiscalidad en operaciones transfronterizas (DAC6)”.

Montero comenzó su intervención realizando una referencia a la doble finalidad que persigue la Directiva 2018/822 (conocida como DAC 6); la proveer de información en tiempo real a las Administraciones sobre prácticas fiscales nocivas y planificaciones fiscales potencialmente agresivas en operaciones transfronterizas y, por otra parte, la de desincentivar dichas conductas.

Para el magistrado resulta criticable la excesiva utilización por la Directiva de conceptos jurídicos indeterminados o absolutamente novedosos para el intérprete del Derecho tributario patrio, comenzado por el concepto mismo de *“planificación fiscal agresiva”*.

“¿A qué se refiere dicho concepto? –se preguntó el magistrado– ¿a una planificación que aun cuando no sea ilícita produce efectos no deseados?”. *“Esta indefinición –sugirió Montero– y la aplicabilidad misma de las infracciones previstas en las Disposiciones Adicionales vigésima tercera y vigésima cuarta de la Ley General Tributaria, en transposición de la Directiva, dará lugar a problemas en el ámbito del derecho sancionador, dado que podría no cumplirse plenamente el principio de taxatividad o tipicidad, que es requisito esencial de la facultad sancionadora de la*



Luis Suárez y Manuel Montesdeoca ("European Compliance & News")

Administración Tributaria".

Criticó Montero que la Directiva difumine los hasta ahora claros contornos delimitadores entre la "legítima economía de opción" y el "fraude de ley (o conflicto en la aplicación de la norma tributaria) y la simulación" y criticó cierta falta de proporcionalidad en la Directiva por la ingente información que se pide.

Otra cuestión de singular enjundia y trascendencia práctica en la Directiva es la referida –señaló Montero– al ámbito subjetivo de la obligación de información y, de manera específica, en la obligación que afecta a los denominados "intermediarios fiscales" y que les impone comunicar a la Administración tributaria determinados esquemas en que participan, siempre que tengan carácter transfronterizo y presenten determinadas "señas distintivas" o "indicios de planificación fiscal agresiva".

"En relación con el secreto profesional, la DAC 6 determina que habrán de ser los estados miembros los que, a través de su propia normativa, fijen la extensión y los límites del secreto profesional, existiendo un peligro real, de que el derecho-deber del secreto profesional, al menos en lo que respecta a los abogados por su código deontológico, se diluya o se intente limitar al ámbito estricto del "asesoramiento jurídico neutro", concepto que se desprende de la Disposición Adicional vigésima tercera, quedando, por tanto, dispensados de la obligación de declarar, en virtud del secreto profesional solo y exclusivamente los que, con

independencia de la actividad desarrollada, hayan asesorado con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo de los definidos en la Directiva, con el único objeto de evaluar la adecuación de dicho mecanismo a la normativa aplicable y sin procurar ni facilitar la implantación del mismo".

En opinión del ponente, hay peligro claro de vulneración de determinados derechos fundamentales como, el derecho de defensa o el derecho a la no incriminación, o a un proceso equitativo, reconocido no solo por nuestra Constitución sino por la Carta Europea de Derechos Humanos, y alrededor de los cuales ha girado las cuestiones prejudiciales que en relación a la DAC6 presentadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por los consejos consultivos competentes de Bélgica y Francia, al considerar que la Directiva podría atentar contra esos derechos reconocidos en la Carta Europea de Derechos Humanos, pendientes del dictamen del Abogado General que se espera para primeros de mayo.

Tras una pausa café, en que el nutrido grupo de asistentes – todos ellos relacionados con el mundo del Compliance-, pudieron poner en común sus experiencias y sus dudas e intercambiar opiniones con los ponentes, tuvo lugar una muy interesante mesa redonda donde se analizaron la

incidencia de los programas de cumplimiento en el ámbito penal y mercantil desde la experiencia de dos magistrados, don Alejandro Abascal Junquera, Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional y don Manuel Ruiz de Lara, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid, y una abogada, doña María Massó Moreu, socia litigación Baker Mckenzie.

Comenzaron los ponentes tratando el tema de la valoración de los programas de Compliance en sede de instrucción, después de mostrarse unánimemente de acuerdo con Marchena en la conveniencia de que el juez instructor acuerde el sobreseimiento de la causa penal contra la persona jurídica una vez acreditada por esta la idoneidad de su programa de Compliance sin esperar a dilucidar la cuestión en el juicio oral.

En relación con esta cuestión Abascal puso de manifiesto que en su tarea como instructor con capacidad de valorar los programas de prevención de las personas jurídicas investigadas, acude con frecuencia a estándares internacionales, como la *Guía de Evaluación de Programas de Compliance Corporativo*, del Dpto de Justicia de los Estados Unidos de América, actualizado en 2019, un documento cuyo objetivo es ayudar a los fiscales de EEUU a determinar si el programa de cumplimiento de la organización enjuiciada era adecuado y eficaz en el momento de la comisión de la infracción.

Aprovechó Masso para hacer hincapié en la necesidad de "que la defensa de la persona jurídica sea proactiva, aportando la documentación acreditativa de la implantación del programa de prevención en la empresa objeto de investigación; así como una pericial de experto independiente que acredite que el programa cumple con todos los requisitos del art. 31 bis 4; entre otros el de que se ha dotado al programa de prevención de los recursos financieros adecuados, con partidas específicas en el presupuesto".

También apuntó, desde una perspectiva eminentemente práctica, que "el abogado defensor debe estar atento para recordar, si es necesario, a la fiscalía y al órgano judicial instructor, que el legislador no exige más que un programa de prevención, no de detección" –subrayó–, así como que "el ámbito del riesgo previsible es el propio de la actividad desarrollada por la entidad".

La prueba de la eficacia de un programa de prevención, "que siempre debe de ser acorde con la estructura, dimensión y

actividad de la empresa" –estuvieron de acuerdo en afirmar los participantes de la mesa– resulta necesaria en sede mercantil – señaló Ruiz de Lara–, en aquellos casos en que una sociedad no pueda cumplir sus compromisos contractuales o repartir dividendos entre sus accionistas, o en los que el valor de la acción disminuya, a consecuencia de una condena penal, y se ejerciten acciones posteriores frente al administrador por incumplimiento de su deber de control ex art. 225 Ley de sociedades de capital. "A este respecto –aclaró el magistrado– la prueba debe girar sobre la acreditación de la implantación y actualización del programa, así como de la capacitación idónea que debe de tener el Compliance officer, cuya designación es competencia del órgano de gobierno de la entidad, de tal modo que, de no ser así, pudiera triunfar la acción de responsabilidad frente a él administrador por incumplimiento del deber de diligencia o culpa in eligendo".

Junto con el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, otro de los derechos fundamentales que fue objeto de debate fue el derecho fundamental a la no incriminación y los problemas prácticos que plantea, como por ejemplo el de que antes de la imputación

de la persona jurídica en unas diligencias penales o, al margen de ellas, en un procedimiento administrativo, se aporten documentos a requerimiento del órgano instructor, que luego pueden ser utilizados para la incriminación formal de la persona jurídica.

Con respecto a este supuesto, no infrecuente, insistió Masso en la necesidad de "que las empresas estén atentas y debidamente asesoradas, para analizar el contenido de los requerimientos previos que reciban y sostener, ante el órgano requirente, si fuera el caso, la no obligación de aportar documentos que la entidad no tenga el deber legal de llevar".

Recordaron los ponentes la doctrina del TEDH, y también la del propio Tribunal Constitucional, distinguiendo entre los documentos cuya existencia o elaboración constituyen una exigencia legal para el investigado (como la contabilidad o los modelos fiscales), de aquellos otros documentos o fuentes de prueba cuya existencia dependa de la voluntad del investigado, siendo, en relación con estos últimos documentos, entre ellos los que se refieran a los programas de prevención penal –al no ser estos programas una obligación legal para las empresas– donde despliega sus

plenos efectos el derecho fundamental a la no autoincriminación, al igual que ocurre –apuntó Massó– con los documentos internos procedentes del "canal de denuncias" o con los expedientes de investigación interna de la empresa, "pues una cosa es que actualmente la implantación del canal de denuncias con los requisitos de la Directiva Whistleblowing, cuyo plazo de transposición venció el pasado 17 de diciembre, mientras no sea transpuesta, sea de directa aplicación y obligue a la empresa a demostrar la implantación del canal con los requisitos que exige la misma y otra distinta que la documentación interna relativa a las denuncias no siga amparada por ese derecho fundamental".

También Abascal recordó en relación al derecho a la no incriminación, la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional número 21/2021, de 15 de febrero, que considera que las declaraciones en un previo juicio civil en calidad de testigo, sobre el que recae la obligación de decir verdad bajo pena de incurrir en un delito de falso testimonio, no pueden servir como prueba de cargo que fundamente una sanción futura penal o administrativa.



Francisco Iglesias (ALSA), María Masso, Manuel Marchena, Víctor Tartiere (AEAC), Javier Valero (CMC XXI), Santiago Abascal, Miguel A. Ochoa (Fundación F.Corell) y Jose A. Montero

ENTREVISTA A RAFAEL AGUILERA GORDILLO

Por Luis Suárez Mariño

Director de European Compliance & News

Rafael Aguilera Gordillo, es profesor de Compliance Penal, director del Diploma de Especialización en Compliance de la Universidad Loyola y doctor en la materia. Ha sido *academic visitor* del prestigioso Centre for Socio-Legal Studies de la Facultad de Derecho de la **Universidad de Oxford** (siendo nuevamente designado para el próximo año) y es **codirector del Compliance Advisory LAB** de Grant Thornton que tiene por objeto el análisis de cuestiones relativas a la responsabilidad penal de la persona jurídica, las investigaciones internas corporativas y el refuerzo de la «eficacia» de los sistemas de compliance. Asimismo, es miembro académico de la Anti-Corruption Academic Initiative de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Muchas gracias por atendernos Rafael, estábamos muy interesados en hablar contigo después de leer el ya imprescindible *Manual de Compliance Penal en España*, cuya segunda edición -recientemente publicada- ya se encuentra casi agotada

Nos parece de particular interés, además de muy valiente, tu crítica al sistema actual de responsabilidad de las personas jurídicas que el Supremo ya no discute sea de auto-responsabilidad – cómo bien explicó Manuel Marchena en las jornadas coorganizadas por la AEAC en Marzo de este año de las que nos hacemos eco en estas páginas- y ello pese a las evidentes fallas del actual enfoque sistémico del modelo de autorresponsabilidad acogido, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista del análisis de las organizaciones.

¿Puedes ilustrar brevemente al lector sobre cuales son para ti los aspectos más críticos de la concepción que mantiene el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica?

Son abundantes los argumentos y evidencias científicas que vienen a mostrar que las hipótesis de la periclitada teoría a la que ha recurrido el Alto Tribunal para fundamentar el reproche penal a la persona jurídica, la «teoría de sistemas» carecen de solidez y no responden a cómo funcionan realmente las organizaciones ni a cómo se desarrollan los procesos de toma de decisiones sobre el cumplimiento / incumplimiento. Desde las ideas de esa teoría, se asume que la persona jurídica es un sistema que funciona de manera autónoma y es «capaz» de autodirigirse (con independencia de los miembros que la componen y sus líderes, que quedan excluidos del análisis al considerarse poco relevantes y meramente intercambiables). Al considerar que la persona jurídica es un ente con supuesta capacidad para autoorganizarse, se la puede hacer penalmente responsable por un propio hecho que ella «protagoniza»: *el defecto organizativo estructural* en que incurre

(responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica).

Sin embargo, sabemos que se trata de una ficción. Atribuir facultades pseudo -antropomórficas a una organización es algo sencillo y fácil de asimilar, pero carece de base ontológica y no responde a la complejísima realidad que presentan las organizaciones. El Tribunal Supremo asumió esos postulados para tratar de superar los problemas de culpabilidad que acarrea la responsabilidad criminal corporativa, pero ello no justifica que se deba asumir de manera acrítica un modelo basado en una teoría desactualizada que ignora que, detrás de cada procedimiento o decisión en la persona jurídica, se encuentran los procesos de toma de decisiones estratégicas de una o varias personas físicas con conciencia y voluntad para actuar libremente (y que no están sometidas a un hipotético sistema que se autoorganiza y las dirige como si fueran títeres). Y es que, como destacan



dos grandes expertos en análisis de las organizaciones, DAVID SEIDL y HANNAH MORMANN, al analizar más de 25 teorías que se ocupan del estudio de las organizaciones (*The Oxford Handbook of Sociology, Social Theory, and Organization Studies*), los trabajos fundados en las tesis sistémicas se han destacado por tener poco impacto en los estudios actuales sobre las organizaciones, por obviar las deficiencias que presenta y por una escasa investigación empírica. En este sentido, resulta sorprendente que en cierto contexto jurídico-penal se recurra a los postulados de esa teoría, cuasi abandonados por la propia ciencia que la analizó en su momento, la Sociología. No obstante, parte mayoritaria de la doctrina Penal y la propia fiscalía general del Estado, se muestran muy contrarios al enfoque sistémico y defienden otros modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas más refinados o eclécticos y, por supuesto, más solventes.

Otro argumento en contra de las ideas sistémicas es cómo se devalúa a la persona física en la organización, independientemente del cargo que detente; se la convierte en una marioneta, lo que, además, debería generar que resulte difícilmente compatible con la existencia de una culpabilidad propia de la persona o personas físicas que protagonizan el hecho delictivo. Esa visión contrasta con la complicada realidad estratégica que presentan las organizaciones, con los procesos decisorios en grupos de individuos y con los principios éticos universales del individuo, garantizadores de su libertad y dignidad (aspecto señalado por HABERMAS, que se mostró muy crítico con la teoría de sistemas). A este respecto, debe subrayarse que el precursor de la teoría de sistemas aplicada a las organizaciones, LUHMANN admitió que tuvo que reconstruir y «simplificar» los postulados de la teoría de sistemas cuando, a mediados del pasado siglo, la extrajo de la biología para trasladarla al ámbito sociológico. Es cierto que el funcionalismo y las tesis sistémicas explican de manera muy simple la organización (por eso se asimila rápidamente por quienes desconocen las últimas teorías sobre análisis de las organizaciones y metodologías científicas avanzadas para el estudio de los procesos de toma de decisiones en organizaciones), pero no sirven para esclarecer cómo surgen sus elementos básicos y los mecanismos causales involucrados en las organizaciones; se ignoran factores tan

relevantes como la influencia que tienen los propios individuos de la organización, los puestos orgánicos y las funciones de cada miembro, el contexto de influencias que generan, los procesos decisorios, sus motivaciones, estrategias e intereses personales, etc. De hecho, resulta extraordinariamente representativo que no exista ninguna agencia gubernativa, institución, entidad académica o empresa que recurra a la teoría de sistemas para extraer información o conclusiones sobre la fenomenología que se da en el seno de las organizaciones o para explicar cómo funcionan.

Sin embargo, ese enfoque sistémico que -inicialmente- ha acogido el Alto Tribunal no debería tomarse como una postura definitiva e inmutable. De hecho, considero probable que se vaya mostrando más permeable a los nuevos estudios científicos sobre procesos de toma de decisiones cumplidoras/incumplidoras en contextos organizados, así como a las recientes teorías y metodologías sobre análisis de las organizaciones. Esa asunción de lo que la ciencia nos dice acerca de cómo funciona -realmente- los procesos de *decision making* en las organizaciones vendría necesariamente en un progresivo abandono de los postulados sistémicos en favor de un modelo de responsabilidad penal corporativa más complejo y avanzado que permita dar sólidas respuestas a los retos e interrogantes que plantea la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica (p. ej.: la procedencia del traslado de responsabilidad ex artículo 130.2 C.P., el recurso a la IA y al Big Data para prevenir delitos y reforzar la eficacia de los sistemas de compliance, etc.). Considero que se trataría de una evolución propia tras la respuesta inmediata que, en su momento, tuvo que dar al reto de la instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro país. Y es que, como acertadamente señaló el magistrado MANUEL MARCHENA en la STS núm. 221/2016, de 16 de marzo, la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión sólo podrá considerarse completamente definida y asentada cuando transcurra «*el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema*».

¿No es una aporía, mantener con el Supremo, que la regulación actual permite sostener que estamos ante un sistema de auto-responsabilidad penal de la persona jurídica, por la sencilla razón de que el art. 31 bis C.P. no describe la acción típica que ha de

cometer la persona jurídica? Es decir, si queremos mantener un sistema de auto-responsabilidad ¿no se debería definir en el tipo penal el defecto de organización que constituiría la acción antijurídica?

Ese argumento es, precisamente, uno de los que apunta la fiscalía general del Estado para sostener -con rigor- que, de conformidad con lo textualmente recogido en el 31 bis C.P., no nos encontramos ante un modelo de autorresponsabilidad (y yo matizaría: al menos, ante uno de base sistémica). Lo que este precepto contempla con meridiana claridad es que procede la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica ante la comisión de delitos que -solo- pueden protagonizar las personas físicas, ya sean directivos (letra a del 31.1 bis) o sea los trabajadores subordinados a aquellos (letra b del 31.1 bis). Por ello, se dice en el 31 bis 1, «*las personas jurídicas serán penalmente responsables:*» «*de los delitos cometidos*» (tanto en la letra a como en la letra b). Además, no se ha cambiado la definición de delito prevista en el artículo 10 del C.P. y la necesidad de que se contemple la conducta típica (que, salvo en leyes especiales, suele recogerse en el libro II del Código Penal). Esto es, no hay un injusto propio de la persona jurídica, lo que hay es una atribución de responsabilidad penal cuando delinque alguno de sus miembros y concurren las concretas exigencias o circunstancias previstas en la letra a) o b) del 31 bis apartado 1, según el caso (circunstancias



estas, que impiden una proscrita atribución automática y objetiva de responsabilidad penal).

No obstante, para la doctrina construida por el Alto Tribunal, el *defecto organizativo* estructural -propio- de la persona jurídica (que, supuestamente, comete por sí misma) sí forma parte de un injusto en que ella puede incurrir (con independencia de los miembros de la empresa que la dirigen o intervienen) pues, al aceptar las hipótesis de la teoría de sistemas, fija una marcada separación analítica entre unos supuestos procesos «autodecisionarios» de la persona jurídica y los procesos de toma de decisiones de las personas físicas que la componen o, incluso, dirigen. Como afirmaba con anterioridad, no creo que esta idea pueda sostenerse partiendo de la realidad de las organizaciones. Considero particularmente representativa la crítica que hace de esta doctrina don ANTONIO DEL MORAL analizando alguno de los casos resueltos por el Alto Tribunal. Para DEL MORAL el “culpable” de la acción delictiva es el empleado y podría decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado por su conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control. Si queremos derivar de esa confluencia de conductas individuales o de la más relevante del administrador la «culpabilidad penal de la sociedad», estaremos violentado el principio de culpabilidad porque siempre, en último término nos daremos de bruces con una o varias personas físicas que serán las culpables por haber realizado acciones u omisiones penales reprobables.

Se hace, por tanto, necesario que se recurran a otros fundamentos que tengan validez ontológica y reconocimiento científico para erigir un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica más sólido (incluso con independencia de que sea de autorresponsabilidad o hetero responsabilidad).

Precisamente si el déficit organizativo estructural es el “hecho propio” reproble penalmente de la persona jurídica ¿no parecería lógico que el legislador incluyese la posibilidad de comisión por imprudencia grave de dicha conducta?

Incides en otro aspecto problemático y que genera debate entre los penalistas. Y es que, según el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica que se asuma y la concreta tendencia o variante, tendremos una consideración u otra sobre esta singular

cuestión (de gran trascendencia jurídico-penal, pues puede conllevar la diferencia entre la condena y la absolución). Como es sabido, tenemos 2 modelos principales enfrentados: por un lado, el de heteroresponsabilidad o responsabilidad por hecho ajeno, asumido por los países con mayor tradición en la aplicación de la responsabilidad penal corporativa y defendido tanto por la Fiscalía General del Estado como por un muy nutrido grupo de expertos penalistas y, por otro lado, el modelo de autorresponsabilidad de base sistémica asumido por el Tribunal Supremo y otros juristas relevantes; asimismo, entre ambos puede encontrarse una gran variedad de tesis eclécticas. Pues bien, desde el modelo de heteroresponsabilidad, tendríamos que analizar la existencia de dolo o imprudencia (y su grado o categoría) en el individuo o individuos que -realmente- protagonizaron el hecho delictivo para el que se prevé la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por el contrario, si se mantiene una posición cercana al modelo de autorresponsabilidad de base sistémica, se podría llegar a decir que, dado que la persona jurídica es un ente capaz de autoorganizarse (hecho propio), puede inferirse que actúa con dolo o con imprudencia. A este respecto, ya se ofrecen alegatos que vienen a defender que la empresa está capacitada «actuar» con «conocimiento» y «voluntad» (propios) o que, puede desarrollar el tipo de injusto negligente al desatender (ella misma, no una o varias personas físicas de la organización) un *deber de cuidado*. El principal problema que ello plantea es que no queda más remedio que volver a recurrir nuevas construcciones ficticias desligadas de los aspectos propios del proceso mental o *psique* humana para tratar de inferir si existe dolo o imprudencia en la propia persona jurídica. Nuevamente, nos alejamos de los sólidos elementos que durante décadas han sostenido a la teoría general del delito y de la realidad que acaece en las corporaciones.

Además, el modelo de autorresponsabilidad sistémica es objeto de críticas tales como que la responsabilidad penal por *defecto estructural* de organización es, per se, una noción donde la persona jurídica es castigada por infringir un *deber de cuidado*, lo debería conllevar, como bien apuntabas, que el supuesto hecho propio de la persona jurídica debería ser «siempre» imprudente y, por su trascendencia para recibir la sanción, de carácter grave. Entre otros argumentos

críticos que se vierten, también puede destacarse aquel que asevera que, si castigamos a la persona jurídica porque no actuó para controlar los riesgos penales materializados por alguno o algunos de los individuos de la organización, estamos aplicando algo similar a la sanción por *participación omisiva* en delito ajeno. Como puede deducirse, la cuestión de la *imputación subjetiva* en el marco de la responsabilidad penal corporativa constituye un asunto apasionante, que merece una muy especial atención.

Partiendo de la crítica a la actual regulación del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica desde el punto de vista de técnica legislativa ¿por qué el actual modelo resulta a tu entender, además, incompatible con los análisis más modernos de las organizaciones desde el punto de vista de la sociología y economía conductual?

Es difícil de argumentar en pocas líneas, pero, en esencia, se trata de lo siguiente: hemos asumido la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, en consecuencia, le aplicamos una pena ante determinadas circunstancias (las contempladas en los hechos de conexión o títulos de imputación de las letras a y b del 31 bis); pues bien, en este escenario debemos impulsar que el Derecho Penal corporativo asuma, para explicar y fundamentar el castigo a la persona jurídica, las modernas teorías y metodologías de análisis de la toma de decisiones y análisis de las organizaciones que ya han sido validadas por otras ciencias, pues se ocupan de una manera especialmente rigurosa del estudio del comportamiento en las organizaciones desde una óptica estratégica y un enfoque holístico.

No resulta lógico (sino, más bien, paradójico) que para su fundamento se recurra, precisamente, a una de las decenas de teorías de análisis de las organizaciones que menos solidez científica ha mostrado. La debilidad de las hipótesis sistémicas va a generar mayores problemas por su incapacidad para dar respuesta a los desafíos a los que nos enfrentamos (como el método para el esclarecimiento de la procedencia del traslado de responsabilidad penal entre empresas que, de ser consecuentes con las hipótesis sistémicas, se debería obviar totalmente el componente humano). Por lo tanto, considero necesario traer de la Economía conductual, Sociología experimental, Criminología corporativa, la Ética experimental, etc. aquellos aspectos que sí gozan de validez científica

contrastada a la hora de explicar y analizar cómo funcionan las organizaciones y recurrir a metodologías como la teoría de juegos y la modelización (aspectos en que vengo incidiendo desde hace años), para erigir un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica avanzado, que nos sirva tanto para fundamentarla adecuadamente como para articular sistemas de compliance mucho más eficaces, que permitan eximir de responsabilidad a la persona jurídica desde un valioso soporte científico-experimental.

¿Qué aportaciones de estas otras ciencias sociales: la sociología, la criminología corporativa, la psicología social, etc. resultan útiles para explicar el proceso de toma de decisiones eje fundamental de los programas de prevención de delitos y, en último término, como elementos imprescindibles para poder construir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica más lógico y consecuente que el actualmente asumido?

Algunas de las aportaciones cuya inclusión vengo propugnando son las siguientes:

El *nuevo institucionalismo* que permite realizar un análisis de la organización manteniendo a los individuos como sujetos protagonistas en el examen de lo que verdaderamente acaece en la persona jurídica. Los individuos detentan capacidad para tomar decisiones y dirigir sus actos, pero, por supuesto, también se percibe y toma en consideración a la persona jurídica, en tanto que configura un contexto social que afecta y genera influencias (positivas = favorecedoras del cumplimiento, o negativas = favorecedoras del incumplimiento) sobre los propios sujetos que forman parte de la organización. Por consiguiente, en el estudio se incluye al ente corporativo como elemento relevante en el análisis –en tanto que introduce la *influencia social* en la decisión individual– y además, se analiza su estructura y cómo interactúan los individuos en dicho contexto (conjunto de acciones posibles, posición que ocupa en el organigrama, flujos informativos, costes y beneficios, etc.), lo que, entiendo, tiene un extraordinario valor para el Derecho Penal. Eso sí, al contrario de como se hace en la teoría de sistemas, se mantienen a los individuos en el estudio y se concibe a la propia organización como un supuesto ser vivo y autónomo con capacidad real para autoorganizarse. De hecho, en el modelo antrópico que defiendo, parto de la premisa consistente

en que la persona jurídica siempre será el resultado de las propias reglas, pautas, procedimientos y «constricciones» que, en última instancia, son irremediamente constituidas por las personas físicas que conforman la organización (que son la que verdaderamente toman decisiones e interactúan en ese marco).

Además, apelo a la incorporación plena de la Criminología corporativa, la Jurimetría y a la Teoría de Juegos, pues sus últimos avances nos permiten estudiar y dilucidar la responsabilidad penal de la persona jurídica con especial precisión en todo aquello que se refiere a las dinámicas de actuación y las confluencias entre sujetos desde la «perspectiva estratégica» asociada al cumplimiento o incumplimiento. Y esto tiene una relevancia crítica para comprender por qué trasladamos el reproche penal a la persona jurídica (y además para configurar unos sistemas de compliance muy evolucionados). En este sentido, la Teoría de Juegos tiene una acreditadísima validez desde el punto de vista científico y experimental para examinar desde un enfoque estratégico e, incluso, predecir la toma de decisiones de los sujetos cuando interactúan con otros en las organizaciones (ya sea cumplir con un acuerdo o una norma, incumplirla, engañar, etc.); de hecho, como precursor del uso de la Teoría de Juegos aplicada al compliance y la responsabilidad criminal corporativa, es motivo de alegría observar cómo estas ideas se están expandiendo a lo largo del mundo y colegas de distintos países me escriben para profundizar en este tema.

En síntesis, creo que las teorías y herramientas metodológicas apuntadas nos permiten erigir una actualizada fundamentación de la responsabilidad criminal corporativa que cuenta con una sólida base para dar respuesta eficaz a los nuevos retos que se suscitan. Si tenemos a célebres académicos como ELINOR OSTROM o JOHN NASH que se han ocupado de tales teorías y que, además han sido reconocidos, entre otros premios, con el Nobel (con todo lo que ello evidencia), ¿por qué el Derecho Penal corporativo no abandona la teoría de sistemas y acoge otras nociones para refinar su fundamentación? Asimismo, defiendo que la combinación de tales ideas, en particular, la combinación de la Psicología social y la Economía conductual («*Behavioral Game Theory*») aporta un conocimiento avanzadísimo, sin parangón, que debe ser aceptado y, sobre todo, asumido por los penalistas y expertos en Compliance.

En tu tesis doctoral defiendes lo que denominas un modelo antrópico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas donde el papel nuclear del sistema no lo tiene la organización entendida como un supuesto ente autónomo sino la interacción estratégica de los individuos que la componen y las influencias (tendientes al cumplimiento o al incumplimiento) que se generan en ese contexto corporativo. ¿Podías profundizar en la idea? ¿Cuáles son los elementos que caracterizan este modelo antrópico de responsabilidad?

Así es, con base en lo que he manifestado sobre las teorías y metodologías cuya asimilación propugno, defiendo un modelo que no ignore el relevante papel de las personas físicas que integran la organización. El modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas esta focalizado en la impronta que la organización genera para favorecer o impedir la comisión de delitos en su seno, pero no olvida que dicha impronta es, precisamente, consecuencia de la propia interacción estratégica de las personas físicas que integran la persona jurídica (y no fruto de la propia organización entendida como ente como hipotética capacidad autoorganizativa).

Bajo los presupuestos del modelo antrópico, la persona jurídica no constituye una entidad con capacidad real para protagonizar un injusto o de estricta culpabilidad (pues ha de matizarse y adecuarse a la compleja realidad corporativa), sino que se le transfiere la responsabilidad penal a la persona jurídica, previo análisis de las influencias, procedimientos o constricciones que, en puridad, son decididas y aplicadas por los individuos que la forman. En consecuencia, se concibe a la persona jurídica como contexto destinatario de sanción penal sí, a raíz de una conducta delictiva de alguno de sus miembros, se aprecia



la insuficiencia de constricciones tendentes a la prevención de delitos o la existencia «constricciones» proclives al incumplimiento. En tal supuesto, podría observarse un déficit organizativo (no autogenerado por el propio sino por la interacción estratégica de los sujetos que lo conforman) y la existencia de una «realidad criminógena» propiciadora del delito materializado por la persona física, lo que origina de conformidad con lo expuesto en el 31 bis 1 C.P. la procedencia de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Ese reproche penal se consolida ante la falta de implementación de las medidas de prevención y control adecuadas (factor que sí detendría la *punibilidad* sobre el ente). Por tanto, si la persona jurídica tenía eficazmente implementado un *compliance program*, ese programa constituye una sólida evidencia de que existen «constricciones» y procedimientos que influyen claramente hacia el cumplimiento y, por consiguiente, procede su exención de responsabilidad. Esto es, la persona jurídica es merecedora de pena si no se demuestra la aplicación de un *compliance program* eficazmente ejecutado e idóneo para impedir o reducir el riesgo de la concreta «conducta humana» delictiva que, finalmente, se cometió.

Este modelo antrópico puede considerarse como una posición ecléctica, situada entre la autorresponsabilidad de base sistémica y el clásico modelo de

heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que, aunque uno de los ejes es la interacción de individuos dentro de la corporación, no ignora que han de valorarse la existencia de un adecuado control de riesgos de «conductas delictivas».

Entiendo que, más allá de los requisitos formales, los procedimientos y controles, las prohibiciones y sanciones que se recogen en el art. 31 bis 5 como elementos estructurales de un sistema de prevención penal, el sistema que propones tiene como base un más profundo y científico conocimiento de la conducta humana, de los factores que intervienen en la misma (desde el agotamiento a la influencia asociativa) para, desde ese conocimiento, establecer mecanismos para influir positivamente en la toma de decisiones «cumplidoras» y reforzar la cultura de compliance. ¿Es así?

Exactamente, se trata de subrayar la extraordinaria relevancia de las «constricciones» o influencias que necesariamente deben acompañar a los mecanismos meramente formales (como los procesos y controles procedimentales) a la hora de diseñar, implementar y ejecutar modelos de prevención o, en su caso, sistemas de compliance. La simple adopción de un sistema de compliance que esté configurado de manera que, formalmente y en abstracto, satisfaga lo requisitos recogidos en el apartado 5 del Art. 31 bis C.P o en un estándar, no supone -ni demuestra- que se haya

procedido a realizar una aplicación verdaderamente eficaz del programa de prevención en el seno de la organización y, por supuesto, tampoco evidencia la existencia de un auténtico compromiso por impedir incumplimientos.

Como nos muestran los más recientes estudios provenientes de las Ciencias del Comportamiento circunscritos al cumplimiento («Behavioral Compliance»), resulta absolutamente necesario que se ejecuten medidas -reales- tendentes a generar, en cada uno de los individuos que la componen, una implicación o compromiso auténtico con la prevención de riesgos y el cumplimiento. En esta línea, resulta oportuno incidir en aquello que afirma el referente en compliance, PETER MAY, en lo relativo a la optimización del cumplimiento. Este autor señala que no debemos circunscribirnos a la aplicación de controles formales y la correspondiente sanción ante su incumplimiento, pues se ha demostrado que el efecto disuasorio («deterrent effect») no resulta infalible. Las normas -formales- aspiran a dirigir la conducta de los ciudadanos: a) promoviendo las acciones preferidas y b) disuadiendo las acciones indeseadas. Sin embargo, la obediencia no está garantizada por el hecho de la aprobación de un sistema de compliance o con la obtención de una certificación de cumplimiento conforme a un estándar, pues los destinatarios de las normas (en este caso, los miembros de la persona jurídica) no reaccionan conforme a una racionalidad paramétrica (obviando las preferencias de los demás), sino que lo hacen estratégicamente (teniendo en cuenta las elecciones de quienes les rodean, sus conductas esperadas y las influencias que reciben). En consecuencia, para incrementar y perfeccionar el cumplimiento y efectuar un adecuado control de riesgos de conductas incumplidoras, debe recurrirse a una diversificación de estrategias. Por esta razón, cuando una empresa ejecuta acciones para el logro del cumplimiento que han sido configuradas con base en las conclusiones de experimentos o sustentadas en evidencias científicas está dando un paso más, decidido y riguroso, a la hora de materializar lo dispuesto en el compliance program.

Un claro ejemplo de ese tipo de acciones son los célebres «nudges» o empujoncitos (para potenciar el cumplimiento en el ámbito de sistema o pensamiento menos reflexivo) y los incentivos (en el campo del pensamiento más racional/reflexivo). Las empresas y gobiernos están recurriendo a ellos

para potenciar que los individuos tomen unas decisiones en lugar de otras. Y es que, en el estudio de la conducta, se ha pasado del *Homo oeconomicus* al *Homo sociologicus*. A su vez, el hecho de «influir» de manera subrepticia para que las personas se muestren más proclives a tomar determinadas decisiones ha despertado un interesante debate acerca de la propia legitimidad de los «nudges». En todo caso, parece que existe cierta unanimidad en que, si hay corporaciones que los utilizan para incentivar aspectos meramente comerciales, las propias corporaciones y las Autoridades pueden utilizarlos para fines más legítimos y loables, como son la mejora el cumplimiento y la potenciación de valores como la solidaridad, la cooperación, etc.

¿Cómo se puede concretar un sistema de Compliance basado más que en las prohibiciones, los controles y las sanciones en el conocimiento del comportamiento y el refuerzo de los valores?

El enfoque del cumplimiento y el enforcement basado en el comportamiento y los valores ha sido particularmente promovido por dos reputados especialistas en el campo del cumplimiento y regulación ética de los negocios, CHRISTOPHER HODGES y RUTH STEINHOLZ. Su propósito es lograr que arraiguen los valores ligados al compliance y que, por tanto, se asuma el deber de cumplir en cada uno de los individuos que conforman la organización. Resulta difícil condensar todos los puntos relevantes de este valioso enfoque, aunque de manera sumaria pueden señalarse, entre otros, los siguientes:

Evidencias científicas sobre factores que influyen en el cerebro y que provocan que un individuo desarrolle un comportamiento de respeto o de trasgresión por la norma.

Especial atención a los estudios recientes sobre Psicología y Economía Conductual, donde el examen de la influencia del grupo tiene un papel especial.

Atención al factor biológico, incluyendo entre los elementos de estudio al conocido como «gen ético».

Análisis de cuestiones tan significativas como: la «acción cooperativa» entre individuos.

Consciencia de la limitada eficacia de las medidas y sanciones tendentes

a provocar un efecto disuasorio a los potenciales incumplidores; la vergüenza, la pérdida de reputación y el rechazo del grupo constituyen factures mucho más potentes para el cumplimiento.

Subrayar el rol que han de impulsar los entes públicos (reguladores, juzgados, fiscalía, agencias anticorrupción) en este campo y la trascendencia de difundir en la organización una *no-blame culture* en casos donde la infracción carece de trascendencia, precisamente, para superar reticencias, conductas encubridoras y profundizar en la subsanación o mejora continua.

Trasladar a un sistema de compliance los hallazgos y medidas que se extraen de este tipo de estudios no resulta una tarea costosa ni requiere de grandes complejidades o alteraciones de los sistemas de compliance, en el Manual dedico una parte relevante a esta cuestión. Si esta actualización se hace forma adecuada, las estrategias de optimización del cumplimiento basadas en las evidencias provenientes de las Ciencias del Comportamiento pueden «injertarse» perfectamente en cualquier programa o sistema de compliance. Lo importante es que la materialización de cada concreta se realice por personas que detentan conocimientos sólidos en la materia, que sepan diseñarlos de manera apropiada, trasladar su relevancia la organización y, por supuesto, que el día de mañana, si surgiera algún incidente (pues, como sabemos, el riesgo cero no existe), el profesional pueda defender con solidez -ante un regulador o juzgado- la solvencia y enorme respaldo científico que detentan ese tipo de acciones.

Otro aspecto que se trata en el Manual es la notable impronta de los sesgos y las heurísticas en la adopción de decisiones directamente ligadas al cumplimiento (efecto priming, exceso del uso del sistema II, efecto anclaje, heurística de la disponibilidad, sesgo del autoservicio, sesgo de retrospectiva etc.), por lo que se contemplan distintas medidas para tratar de anularlos dentro de las corporaciones. Un ejemplo llamativo de este tipo de aspectos es la conocida como heurística del afecto en relación con el tratamiento del riesgo (tan importante para los profesionales del compliance). Sobre ello extraigo la importancia de las aseveraciones de otro Nobel de Economía, experto en Psicología y Economía del comportamiento: DANIEL KAHNEMAN. Este autor explica como aquellas las personas que ha padecido alguna lesión en la parte más



emocional del cerebro muestran una singular capacidad para tomar muy buenas decisiones sobre el riesgo y que el exceso de empatía es una cualidad muy negativa para el adecuado tratamiento del riesgo. Sin duda, se trata de un mensaje políticamente incorrecto, alejado de los slogans y máximas que suelen ofrecerse en un ámbito más comercial consistentes en que el *compliance officer* debe ser una persona especialmente empática, pero la ciencia nos desvela aspectos de esta naturaleza.

y cómo probar en un procedimiento penal que el sistema que propones es más eficaz que el legalmente previsto? ¿No es un tanto arriesgado? Y ¿no exige un esfuerzo probatorio extra?

Cuando una empresa recurre a teorías y metodologías que provienen de ámbitos científicos que se encuentran mucho más avanzadas en materia de análisis de la conducta y de procesos de toma de decisiones en contextos corporativos para mejorar su sistema de compliance, está evolucionando en el «refuerzo de la eficacia» del cumplimiento y la prevención de las conductas irregulares desde la solidez de la evidencia científica. Por tanto, considero que probar el compromiso de la organización por el cumplimiento y, en particular, que se articularon medidas adicionales tendentes a prevenir riesgos concretos basándonos en estudios provenientes de las Ciencias del Comportamiento, supone un elemento diferenciador que goza de un clarísimo respaldo científico.

Probar este aspecto no solo no resulta menos arriesgado, sino que es más sencillo que acreditar la supuesta eficacia que tiene la aprobación de controles formales (es notorio que el hecho de disponer de una norma o procedimiento no equivale a su cumplimiento y que el recurso estricto a la prohibición no implica, en absoluto, que sus destinatarios la acepten y cumplan). En el caso de la incorporación al sistema de compliance de acciones dimanantes de las Ciencias de la Conducta, dispondremos de los informes y estudios realizados por instituciones objetivas y rigurosas, que vienen acompañados de multitud de datos e información. Esos informes científicos pueden aportarse al juzgado y defenderse, con el respaldo que implica que se trate de la traslación al compliance de la empresa de aquello recogido en un informe que, por ejemplo, se ha publicado en una revista científica de máxima calidad.

Hay que ser conscientes de que, desde el ámbito jurídico, existe una menor tradición en la aplicación de metodologías científicas y que, actualmente, predomina una visión del compliance mucho más focalizada en procesos, requisitos y sistemas de gestión que una visión centrada en el análisis del riesgo de «conducta humana» delictiva y los procesos de *decision making* sobre el cumplimiento. Asimismo, desde el ámbito jurídico trabajamos con base en conceptos más abstractos que los profesionales de las Ciencias del Comportamiento, más habituados a realizar trabajos de campo y experimentos con personas y grupos de personas, teniendo en consideración un amplísimo elenco de factores, circunstancias y datos.

Sobre este particular, considero que, si el día de mañana surgiera algún incidente con relevancia penal dentro de una empresa, podría aportarse y exponerse al juez instructor o, en su caso, órgano juzgador el conjunto de acciones realizadas basados en estudios e informes científicos contrastados. Además, se podría contar con otro elemento: una «Pericial de Compliance» avanzada que, al margen de aspectos meramente técnicos, analice pormenorizadamente si se aplicaron medidas -reales y efectivas- adecuadas para prevenir «conductas» antijurídicas similares o de la misma naturaleza de aquella que se realizó (exigencia que resulta elemental a la hora de estudiar la procedencia de la desactivación o exención de responsabilidad penal de la persona jurídica). A este respecto una «Pericial de Compliance» que estudie la eficacia del compliance desde un enfoque «verdaderamente científico» se alinea totalmente con el propósito y literalidad de los dispuesto en el Art. 456 LeCrim y aminora el riesgo de ser considerada como pericial jurídica (absolutamente prohibida). Recordemos que la LeCrim viene a indicarnos que, salvo para aspectos artísticos, la naturaleza de la prueba pericial es la de constituirse como vía para el esclarecimiento de algún aspecto o cuestión relevante mediante el recurso a metodologías científicas. Entiendo, por tanto, que el examen de los aspectos defendidos sobre las Ciencias del Comportamiento aplicadas al compliance se adapta como un guante a aquello que se abordaría en una pericial avanzada sobre la eficacia del compliance. Es más, la incorporación de los extremos y factores de los que hemos hablado no solo resulta procedente, sino que lo considero

totalmente recomendable.

Debido a la enorme impronta que, lógicamente, ejercemos los juristas, se ha querido -y se fomenta - concebir a la pericial de compliance como un informe que, sin abordar directamente las exigencias del 31 bis C.P. (lo que supondría, claramente, una prohibida pericial en Derecho), sí se focalice en analizar aspectos de «normas» técnicas de sistemas de gestión de compliance surgidas de los procesos de estandarización o normalización. Obviamente, se trata de un espacio donde los juristas se encuentran muy cómodos ya que, en esencia, se trata de contrastar las exigencias formales de tales estándares con lo contenido en el sistema de compliance. No obstante, de conformidad con todo aquello de lo que hemos estado hablando respecto a las Ciencias del Comportamiento aplicadas al cumplimiento, parece más necesario que nunca mantener un enfoque mucho más abierto y holístico (aunque ello suponga el esfuerzo de formarse en estas áreas y la generosidad de incorporar, en los análisis, a especialistas en otros campos -científicos-).

Es decir, creo que nos encontramos en el momento apropiado para avanzar en el proceso de maduración de la pericial en materia de cumplimiento y realizar análisis con «enfoque conductual» que estudien y esclarezcan si, en la persona jurídica, se materializaron acciones concretas sustentadas en evidencias científicas para reforzar la eficacia de lo dispuesto en el sistema de compliance y, concretamente, para prevenir «conductas» delictivas de la misma naturaleza de aquella que se cometió. Confío en que esta sea la tendencia.

Muchas gracias, Rafael, ha sido un placer hablar contigo y profundizar en aspectos que van más allá de los elementos que ordinariamente se tienen en cuenta como base de lo que el Supremo denomina una «cultura ética» o «cultura de cumplimiento»

Soy yo el que está agradecido a la Asociación Europea de Abogados y Economistas en Compliance (AEAEC) y particularmente a ti, Luis, por esta entrevista. Lo cierto es que siempre es un placer compartir reflexiones e inquietudes con quienes muestran interés por profundizar en aspectos académicos, pues tienen una utilidad indiscutible para superar con mayor solvencia los interrogantes que se suscitan en torno al fenómeno del Compliance.



Programa Avanzado en Corporate Compliance

Certificación Compliance Officer | 14 Semanas | Clases Online en Directo

1
Metodología innovadora
Flexitime 24x7x365

2
International Networking
Mejoramos la calidad y la cantidad

3
Expertos de referencia
Ponencias online



20% de descuento hasta 31 de julio

Implanta con éxito un Plan Compliance

- ✓ Tener un Plan de Compliance es fundamental para evitar la responsabilidad de la empresa.
- ✓ Claustro vinculado a la realidad profesional.
- ✓ Networking con otros Corporate Compliance Officer en España y Latam.

Con la certificación en Compliance **Cumplen^Y**
(Asociación de Profesionales de Cumplimiento Normativo)

Beneficiate de descuentos especiales. Consulta con tu asesor académico.

“Es el momento de formarse y crecer como profesional”

El único programa que te enseña a desarrollar, implantar y defender con éxito tu plan de Compliance ante un juez.

SEIS HERRAMIENTAS QUE TODO COMPLIANCE OFFICER DEBE USAR



Hernan Huwyler

Profesor en MBA CPA Universidad Internacional de La Rioja

¿Qué hace diferente una propuesta de servicios o una entrevista de un candidato en compliance? La credibilidad y solvencia de las herramientas que se presenten para simplificar la ejecución de un programa. Un compliance officer con herramientas inmaduras o no aceptadas internacionalmente es presa fácil del darwinismo profesional. Este artículo lista las principales herramientas usadas por compliance officers con alta demanda internacional.



Un contenido imprescindible de los programas de capacitación sobre cumplimiento"

Simulaciones de Monte Carlo

La ciencia ha demostrado las falencias de los análisis de riesgos basados en matrices 5*5 en rojo/amarillo/verde, adjetivos y sistemas de puntos en los últimos 20 años. El uso de estas técnicas seudocientíficas induce a la mala toma de decisiones y son directamente una mala praxis profesional. La cuantificación monetaria de riesgos legales, contractuales y regulatorios por simulaciones de Monte Carlo permite entender la totalidad del espectro de potenciales pérdidas y la probabilidad de sus escenarios. El uso de herramientas científicas como esta permite utilizarlas como defensa corporativa, especialmente ante responsabilidad proactiva para justificar la inversión monetaria en "controles razonables".

Árboles de decisión

Los árboles de decisión permiten la

cuantificación de riesgos ante diferentes alternativas de decisión sobre estrategias legales y de respuestas a reguladores y clientes por disputas. Esta herramienta incluye a potenciales riesgos y costes derivados desde estrategias para juicios al planeamiento de un programa de cumplimiento. Asimismo, permite la relación entre diferentes decisiones en compliance.

Backtesting

El coste de un programa de compliance debe justificarse en datos. La compilación de datos de sanciones, juicios, compensaciones, fraudes, créditos, disputas, reclamos y otros incumplimientos permite comparar sus pérdidas efectivas con la cuantificación de riesgos previstos. Entender las causas raíz de desvíos entre lo planeado y lo ocurrido en los diferentes dominios del programa permite al compliance officer mejorar el modelado de sus riesgos. Aprender analizando los datos de pérdidas mejora la efectividad del presupuesto del compliance.

Registro de obligaciones

La compilación con grado de detalle de las obligaciones de una organización en

un registro central es una herramienta fundamental del compliance officer. Ya siendo un requerimiento concreto de la ISO 37301 sobre sistemas de gestión del cumplimiento, este registro debe agrupar requerimientos legales, regulatorios, contractuales, estatutarios, de certificaciones y compromisos auto-asumidos para evaluar cambios y riesgos. Este registro permite el desarrollo de los dueños de las obligaciones para orientar análisis de riesgos y monitoreo de la función de compliance.

Facilitación de políticas

Un compliance officer debe facilitar la formalización de controles concretos en políticas, procedimientos y hojas de comprobación con los dueños de los procesos. Esta tarea requiere que el compliance officer pueda entender el impacto de la ejecución de pasos de procedimientos en el tiempo y coste de ejecutar procesos. Procedimientos ambiguos y con decisiones de controles y rechazos faltantes genera incumplimientos, sobrecostes y burocracia por la mera negligencia del compliance officer como custodio del sistema normativo de una organización. La articulación de pasos efectivos en procedimientos requiere altas

habilidades técnicas si se quiere evitar el "compliance en papel".

Auditoría de controles

Las funciones de monitoreo y supervisión de la función de cumplimiento requieren el uso de técnicas de autoría operativa para evaluar la efectividad de controles tanto dentro de la organización como por sus proveedores. Las revisiones de controles operativos deben basarse en la selección estadística de muestras para poder extrapolar conclusiones a un conjunto de eventos. Una revisión superficial y arbitraria de los tamaños de muestra sin evaluar la integridad y los patrones inusuales en todos los controles genera contingencias legales y oportunidad de fraude. Sin monitoreo y supervisión a través de revisión de evidencia, compliance se vuelve una mera cuestión de fe. La certificación de la ISO 37301 impulsa la preparación y ejecución de auditorías de controles con alto nivel de justificación y documentación.

Un Programa Avanzado en Corporate Compliance, como el que imparto en la UNIR, debe incluir y explicar el uso de estas herramientas de uso generalizado por los Compliance officer más acreditados a nivel internacional.



REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 130.2 DEL CÓDIGO PENAL



Florin David Tugui

Doctor en Derecho
Experto en Compliance Penal Corporativo

1. INTRODUCCIÓN

En el preámbulo de la ya algo lejana Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal el legislador se enorgullecía, entre otras cosas, por el hecho de haber regulado un mecanismo que tenía como objetivo evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pudiera ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión.

El mencionado mecanismo quedó regulado en el actual **art. 130.2 del CP que prevé que en el caso de que se produzca una modificación estructural de la persona jurídica la responsabilidad**

penal de ésta no se extingue, sino que se traslade a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extienda a la entidad o entidades que resulten de la escisión. También prevé el precepto ahora analizado que el Juez o Tribunal pueda moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. Finalmente, la norma ahora analizada toma en consideración los supuestos de disolución aparente.

La introducción en el Código Penal de normas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya

suponía per se un verdadero terremoto entre los operadores jurídicos y los estudiosos del derecho por quebrantar principios que hasta entonces parecían inamovibles; pero, además, un precepto que establecía nada más y nada menos que un traslado de la pena era difícil de aceptar incluso para los penalistas más proclives a cambios tan profundos como la responsabilidad penal de los entes colectivos. A pesar de que ha pasado más de una década desde la entrada en vigor del art. 130.2 del CP y de que su aplicación tiene consecuencias muy importantes, poca ha sido la doctrina y la jurisprudencia que se han esforzado en entender su alcance. En definitiva, su potencial impacto, para los destinatarios

de la norma, ha pasado bastante desapercibido.

La introducción en el Código Penal de normas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya suponía per se un verdadero terremoto entre los operadores jurídicos y los estudiosos del derecho por quebrantar principios que hasta entonces parecían inamovibles; pero, además, un precepto que establecía nada más y nada menos que un traslado de la pena era difícil de aceptar incluso para los penalistas más proclives a cambios tan profundos como la responsabilidad penal de los entes colectivos. A pesar de que ha pasado más de una década desde la entrada en vigor del art. 130.2 del CP y de que su aplicación tiene consecuencias muy importantes, poca ha sido la doctrina y la jurisprudencia que se han esforzado en entender su alcance. En definitiva, su potencial impacto, para los destinatarios de la norma, ha pasado bastante desapercibido.

2. OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL ART 130.2. CP

Uno de los primeros aspectos a resaltar del precepto analizado es que, a primera vista, parece romper con otro de los principios fundamentales del Derecho penal, el de la personalidad de las penas. En efecto lo que establece la norma es que la pena se traslade a un sujeto distinto del inicial responsable penal. Sobre la vulneración o no de ese principio volveremos líneas más abajo.

Este gran sacrificio de los principios informadores del Derecho penal no ha quedado, a mi modo de ver, suficientemente justificado por el legislador. Siendo obvia la facultad que tienen las personas jurídicas de proceder a modificaciones estructurales, resulta igual de cierto que las fusiones, escisiones, absorciones tampoco suponen mecanismos altamente utilizados por los entes. Dicho de otra manera, no se llega a entender la preocupación del legislador por el fenómeno de la mutabilidad de los entes colectivos, cuando no hay datos que respalden que el fenómeno sea alto. Si, por ejemplo, tomamos en cuenta las modificaciones estructurales a las que se han sometido las sociedades mercantiles de capital podemos ver que el porcentaje es relativamente pequeño con respecto al total de las sociedades existentes. Por ejemplo, para el año 2019¹ con respecto al total de las sociedades existentes las extinciones han supuesto 3,65%; las fusiones por absorción 0,19%; las fusiones por unión 0,006%; las escisiones totales 0,016%; las escisiones parciales

0,036%; las segregaciones 0,007%; las cesiones globales del activo y del pasivo 0,003%. En definitiva, al menos, en relación con las sociedades mercantiles de capital no se puede predicar un intenso uso de los mecanismos que pudieran dar lugar a una huida de la responsabilidad penal.

Las previsiones del art. 130.2 CP no son una aportación original de nuestro ordenamiento sino más bien una importación de regulaciones ya adoptadas en países como Estados Unidos o Italia. Respecto a este último país hay que recordar que su legislación ha servido, en gran medida, de modelo para nuestra regulación no sólo en relación con este aspecto concreto sino en relación con todo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

A diferencia de la legislación italiana, donde sí se puede deducir claramente que la legislación referida a la transmisión de la responsabilidad comprende tanto los casos en los que se ha dictado sentencia condenatoria como aquellos en los que todavía no ha finalizado el procedimiento, en el art. 130.2 CP no se dice nada al respecto.

En el inciso primero del art. 130.2 CP se establece la facultad de moderar la «pena». Ahora bien, no sabemos si el mencionado término hace referencia a la pena ya impuesta al sujeto originariamente responsable o la pena que debería haberse impuesto de no haber procedido a la modificación estructural.

A pesar de esta falta de concreción legislativa, la doctrina tiene un criterio unánime sobre este extremo considerando que las disposiciones del art. 130.2 CP se aplican a los siguientes supuestos: cuando la persona jurídica responsable haya procedido a una modificación estructural antes de ser condenada (pudiendo haber sido o no imputada); cuando se produce esta modificación una vez condenada pero antes de cumplir total o parcialmente la pena; e incluso, en opinión de algún autor, el art. 130.2 puede ir referido a aquellos supuestos en los que, si bien se ha cumplido íntegramente la pena, resta por cumplir la responsabilidad civil no satisfecha, el pago de las costas y también el decomiso de determinados bienes.

Los distintos escenarios a los que se puede aplicar el art. 130.2 CP no son sólo fruto de las reflexiones doctrinales, sino que incluso alguna resolución judicial, dentro de las pocas que se han dictado sobre la aplicación de este precepto, ya

han actuado contra la persona jurídica sucesora, aunque la originalmente responsable no haya sido condenada previamente. A tal efecto, véase el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2019 que resuelve el recurso de reforma interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2019 en el que se había acordado la sucesión procesal del Banco Santander al Banco Popular Español, entidad que había sido absorbida por la primera. En la mencionada resolución se desestima el recurso del Banco Santander y se considera procedente que se le tenga como investigada en la causa. A los efectos que aquí nos interesa, el órgano jurisdiccional no vio problema alguno en el hecho de que el Banco Popular en ningún momento hubiera adquirido la condición de investigado².

En definitiva, el art. 130.2 CP se aplica al más amplio abanico de situaciones, es decir, es irrelevante si la persona jurídica originalmente responsable haya sido o no condenada, pudiéndose dirigir el procedimiento de investigación contra la persona jurídica sucesora.

3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS Y LOS INTENTOS DE SALVAR LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO

No vamos a hacer un análisis general sobre este principio informador del Derecho penal, al gozar ya de un vasto y asentado estudio tanto doctrinal como jurisprudencial, sino que nos limitaremos a describir concisamente en qué consiste. Para ello nos apoyaremos en las palabras de Cuerda Riezu.

Así, este principio consiste en «una estrecha relación, concretamente, en la correspondencia que debe existir entre el delito, el sujeto responsable y la pena». Es decir, se trata de «una relación de tipo jurídico que enlaza un hecho, un individuo al que se le responsabiliza de ese hecho, y, en virtud de dicha responsabilidad, una consecuencia jurídica restrictiva de derechos impuesta precisamente al mismo individuo». Por lo tanto, como consecuencia de dicha relación «sólo el sujeto responsable debe cumplir la pena o, dándole la vuelta a esa afirmación, sólo debe cumplir la pena por la comisión de un hecho delictivo el que

¹Tomamos en cuenta este dato debido a que no se ve afectado por la excepcionalidad que supuso la pandemia.

²Cuestión distinta es que finalmente el Banco Santander fue sacado de la causa por el Auto de la Audiencia Nacional 246/2109 de 30 de abril. Sobre este extremo volveremos en su momento.



es responsable de tal hecho». Debido a esta relación el principio tiene una doble denominación: «una, la de principio de personalidad por hechos propios, que haría referencia a la conexión entre la persona declarada responsable y el hecho cometido por ella; y otra, la de principio de personalidad de las penas, que explicaría la relación entre el sujeto declarado responsable y la pena que ha de cumplir».

Puesto lo anterior en relación con el art. 130.2 CP, parece que el precepto no respeta esa relación entre el sujeto responsable y la pena que ese mismo sujeto ha de cumplir. Efectivamente, de la redacción del precepto ahora analizado se observa claramente que la pena se «trasladará» o se «extenderá» a un tercer sujeto que originalmente no era responsable. Ni siquiera el hecho de que el traslado de la pena se puede moderar, mitiga la aparente vulneración del principio de personalidad de las penas. A partir de este momento se abren tres escenarios posibles:

- a) considerar el art. 130.2 CP inconstitucional precisamente por infringir el principio mencionado;
- b) buscar un fundamento que ponga en relación la pena «trasladada» con el tercero al que se le impone, lo que evitaría la vulneración del principio constitucional al restaurar la correspondencia entre una consecuencia jurídica y el sujeto que debe soportarla;
- c) comprobar si realmente la pena «trasladada» se impone a un sujeto distinto del responsable originalmente.

Retomando el primero de los escenarios posibles, es decir, aquel en el que se afirma el hecho de que el artículo 130.2 CP adolece de inconstitucionalidad, señalar que el argumento básico que se esgrime es que se hace responsable a un sujeto de unos hechos con los que nada tiene que ver. Por lo general, aquellos que consideran que el precepto ahora estudiado vulnera el principio de personalidad de las penas han intentado o bien proponer una reforma legislativa que abordase el fenómeno de las modificaciones estructurales de manera distinta o bien realizar una interpretación alternativa de esta norma, en un intento de adecuarla al respecto del principio constitucional en riesgo.

Así, por ejemplo, Dopico Gómez-Aller, aun reconociendo que no se resolvería por entero el problema de que las personas jurídicas pueden transformarse y proceder a multitud de operaciones societarias, considera que «hubiese sido notoriamente menos problemático

regular para estos casos un régimen de “responsabilidad de la entidad absorbente en el pago de la multa de la entidad absorbida”, similar al que contenía el derogado art. 31.2 en la redacción que le dio la Ley Orgánica 15/2003». Junto al anterior mecanismo, el citado autor se pregunta por qué el legislador no ha previsto la posibilidad de que «permitiese la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora». Por último, Dopico Gómez-Aller toma en consideración la propuesta de otros autores en relación con la posibilidad de que la persona jurídica absorbente responda sólo cuando no ha tenido la suficiente diligencia (*due diligence*) a lo largo de proceso de fusión. La respuesta a esta propuesta es que «no resuelve el problema de inconstitucionalidad. No cabe concluir que, si la entidad fue negligente en el momento de la absorción, esa negligencia ya permite, sin tacha de responsabilidad objetiva, condenar a la sociedad absorbente por el delito cometido por la absorbida quizá años antes». En este punto concreto, sobre el que volveremos más adelante nos mostramos de acuerdo debido a que el art. 130.2 CP, en su redacción actual, no abre la posibilidad de que la tercera persona jurídica consiga eximirse de ese traslado de la pena en base a una debida diligencia que haya podido tener durante el proceso de fusión o absorción.

Sin embargo, a pesar del tenor literal del precepto ahora analizado, autores como Luzón Campos consideran que entre tanto se produzca una modificación legislativa que contemple la *due diligence* como elemento que permita a las terceras personas eximirse del traslado de la pena, es posible que los tribunales hagan una interpretación que evite un traslado automático de la responsabilidad penal³. No obstante, el art. 130.2 CP, y en concreto el primer inciso, es decir, el referido a las modificaciones estructurales, establece que, producida la fusión, absorción, etc., se debe trasladar la pena. No se hace ni la más mínima referencia a la posible actuación de la entidad resultante o implicada en la modificación estructural. Es más, ni siquiera se hace referencia a la presencia de un ánimo fraudulento en el sujeto originalmente responsable.

Siguiendo el esquema propuesto al principio de este epígrafe, el siguiente paso es analizar las opciones interpretativas que intentan construir elementos o fundamentos que hagan al tercero merecedor de la pena trasladada,

lo que evitaría la sospecha de vulneración del principio de personalidad de las penas. Antes de seguir, debemos advertir que, por el poco tratamiento que este precepto ha tenido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, las siguientes reflexiones tampoco se pueden elevar a categoría de corriente asentada.

Del Rosal Blasco es uno de los autores que admite la constitucionalidad con las previsiones del art 130.2 CP, pero sólo en relación con aquellos supuestos en los que las modificaciones estructurales se hayan llevado a cabo debido a un ánimo fraudulento. En concreto, señala que «la transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente las mismas, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, dicho sea de paso, deberá quedar debidamente acreditada,

so pena de incurrir en una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia». En base a estas palabras se puede observar que Del Rosal Blanco intenta encontrar una especie de actuación de la persona jurídica o, mejor dicho, de la entidad sucesora que justifique la imposición de la pena. Esta necesaria participación por parte del tercero al que se le traslada la pena la considera imprescindible el citado autor, cuando afirma que el artículo 130.2 el CP «solo puede operar en aquellos supuestos de fraude, es decir, aquellos en los que la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responde en última instancia». Es más, además asimila el art 130.2 al encubrimiento punible y así sostiene tajantemente que «pese a que el texto de la Ley, no impide, en sentido

literal, la aplicación de la transferencia de responsabilidades a supuestos distintos de los estrictamente elusivos, tal aplicación entraría en confrontación directa con principio elementales del Derecho penal».

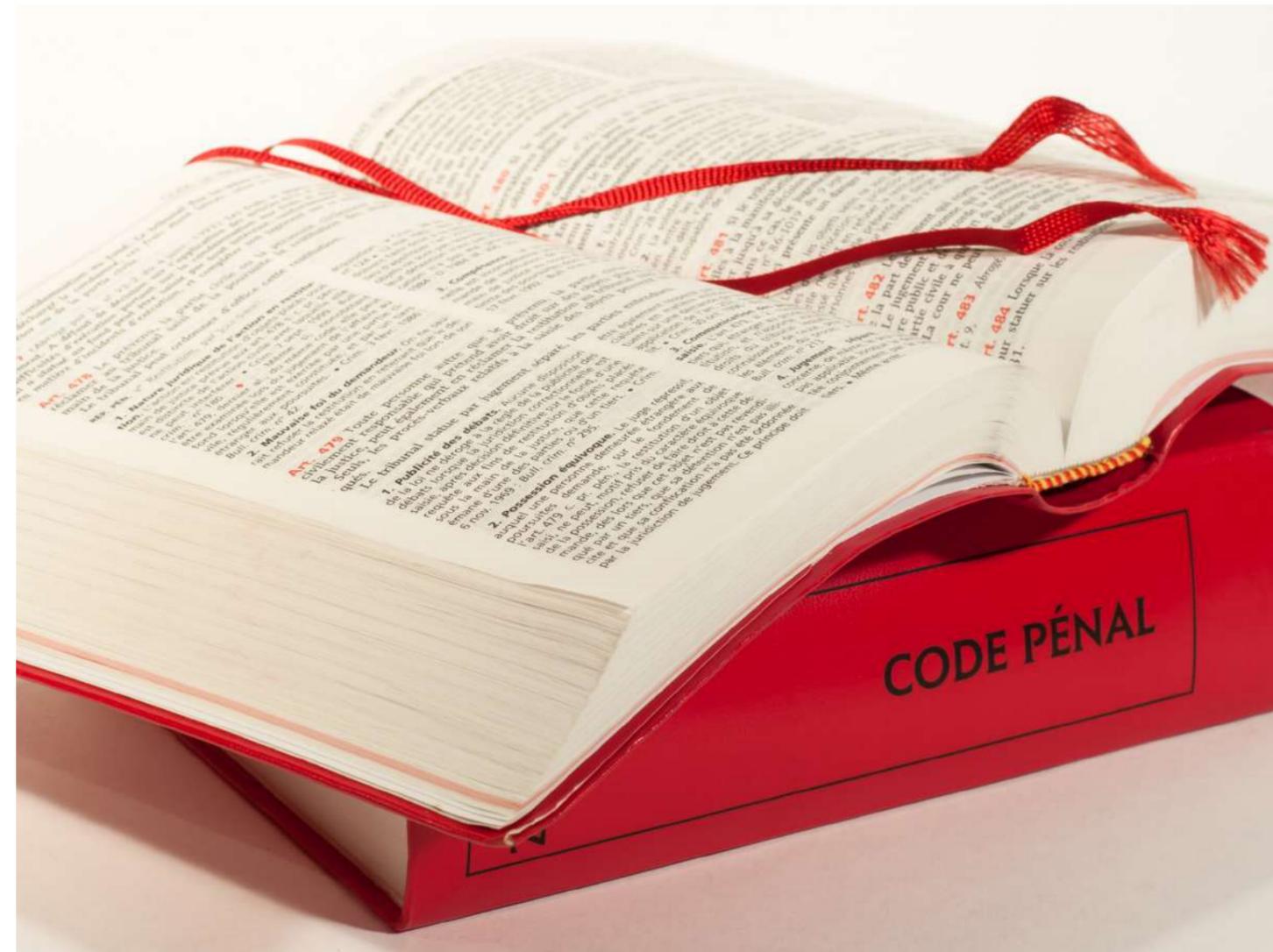
El problema con el que se enfrenta esta última interpretación es el siguiente. No es que la Ley no impida la aplicación del mecanismo del art 130.2 a supuestos no elusivos, sino que obliga a aplicarlo a cualquier supuesto de modificación estructural. En ningún momento debemos perder de vista el hecho de que el tenor literal del ya tan repetido art 130.2 de CP establece un automatismo: producida una modificación estructural se debe proceder al traslado.

Por último, hay que hacer referencia al último escenario posible. Faraldo Cabana, tras un repaso de los casos de las modificaciones estructurales que se pueden llevar a cabo, concluye que «con el traslado de la responsabilidad penal

en los casos apuntados de identidad no se infringe el principio de personalidad de las penas porque, desde una perspectiva fáctica, sigue tratándose, sustancialmente, de la misma persona jurídica». Esta misma idea -la de que no necesariamente estamos ante un sujeto distinto cuando se produce el traslado de la pena- la encontramos en las siguientes palabras de León Alapont: «obsérvese que el legislador en estos supuestos se aleja claramente de un criterio formal de personalidad jurídica [...] así, al recurrir a parámetros materiales para determinar cuándo nos encontramos antes una transformación, fusión, absorción, escisión o disolución aparente precisamente lo que se quiere poner de manifiesto es que no estamos frente a “otros” entes totalmente distintos de la persona jurídica originalmente responsable (aun cuando así sea en un sentido estrictamente formal)».

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien el precepto analizado plantea un sinfín de dudas respecto de su constitucionalidad y su concreta aplicación práctica lo cierto es que podemos destacar la siguiente virtud de la norma. **La sola posibilidad de que la responsabilidad penal se pueda trasladar a terceros no merecedores del reproche penal impulsará en las sociedades y demás personas jurídicas a intensificar la diligencia debida.** Esto supondrá para las empresas culpables una dificultad mayor para utilizar las modificaciones estructurales como medio de eludir la responsabilidad penal. Lo que queremos decir es que, si bien desde el punto de vista estrictamente penal la “debida diligencia” no tiene efecto alguno, desde el punto de vista económico y de la realidad del tráfico mercantil esta forma de actuar de las sociedades si evitará en muchas ocasiones asistir a procesos de fusión o absorción en los que una de las partes sea susceptible de que se le exija responsabilidad penal. Este es un primer elemento que reducirá el número de modificaciones estructurales llevados a cabo con un fin fraudulento.



³LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 CP», Diario La Ley, núm. 9369, 2019, p. 7: «En conclusión, reconociendo que se trata de una cuestión jurídica que no resulta sencilla (como viene sucediendo) con la mayoría de las cuestiones interpretativas en torno a la aplicación de la teoría general del delito a la responsabilidad penal de personas jurídicas, existen suficientes razones y argumentos jurídicos, que además de hacer recomendable una reforma legislativa como la apuntada, permitirían en este momento, una interpretación por parte de los Tribunales del artículo 130.2 del Código Penal que evite una traslación «ciega» o automática de la responsabilidad penal en casos de fusiones o adquisiciones de sociedades mercantiles, generando situaciones que, además de poco compatibles con los principios generales de nuestro ordenamiento, resultan manifiestamente injustas.»

COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN PROBABILIDAD DE INSOLVENCIA



Alfonso Muñoz Paredes

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo.
Magistrado Especialista CGPJ en materia mercantil.

LA INSOLVENCIA Y SUS GRADOS

La insolvencia, entendida como impotencia solutoria, es susceptible de gradación.

Por el tiempo de aparición podemos distinguir la insolvencia actual, la inminente y la insolvencia en mero régimen de probabilidad, categoría, esta última, fruto directo de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019.

La insolvencia actual se define como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, entendido el adverbio regularmente como indicativo tanto del elemento temporal -cumplir a su debido vencimiento- como del modal -cumplir con la venta de productos o servicios que ordinariamente están destinados a ser vendidos-. La insolvencia inminente se ha definido tradicionalmente como previsión de la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente las obligaciones exigibles, pero sin fijación de límite temporal a esa

previsibilidad.

Con la Directiva y su ejercicio de transposición, próximo a culminar al tiempo de redacción de estas notas, se introduce un estadio previo a la insolvencia actual e inminente: la probabilidad de insolvencia.

Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual - nos dice el preámbulo del Proyecto de Ley de Reforma del TRLC son tres estadios que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estadio previo a la insolvencia inminente y ésta un estadio previo a la insolvencia actual.

Con una nueva especie en el hábitat concursal, era preciso fijar linderos, que solo podían ser temporales. Así, la probabilidad de insolvencia se define en el proyectado art. 583.2 en los siguientes términos:

“Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.”

En esa tarea de deslinde, el Proyecto de Reforma también se propone modificar el apartado 3 del artículo 2, que quedaría redactado como sigue:

«3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

Con ser estadios secuenciales, no son necesariamente secuenciales. Una misma empresa puede atravesar de forma ordenada cada estadio, puede saltarse uno o más y no hay que excluir que se sitúe de forma primaria en insolvencia actual si la crisis solutoria es de súbita aparición.

Por el grado de avance también es posible distinguir entre una insolvencia simple y otra cualificada, que sería presupuesto habilitante del concurso necesario.

LAS REFORMAS, PASO A PASO

Para comprender bien el escenario al que vamos a asistir en apenas unos

días (los que faltan para la definitiva aprobación del Proyecto), es preciso echar la vista atrás.

Con la Ley 22/2003 el órgano de administración tenía el concurso como única opción frente a la insolvencia, ya fuera actual (se imponía como un deber), ya inminente (como una mera facultad).

Con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, se introduce el llamado “preconcurso” en el casi olvidado art. 5.3, limitado a la insolvencia actual y como simple mecanismo preparatorio de un ulterior concurso con propuesta anticipada de convenio (PAC), cuyas adhesiones podían ir captándose a la avanzada. Al lado de ese mecanismo se introdujo la DA 4ª, como hábitaculo normativo de los acuerdos de refinanciación de pasivo financiero.

Con el paso del tiempo y las reformas, el art. 5.3 ascendió en la escala normativa a 5 bis y, tras el TRLC, al art. 583. Así, progresivamente fue ampliando su contenido, tanto en lo relativo a su presupuesto como a su finalidad. En cuanto al presupuesto, porque pasó a serlo también la insolvencia inminente; y en cuanto a su finalidad porque la misma pasó de única a trina: al lado de la PAC, se añadieron el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) y los acuerdos de refinanciación.

Con el texto en ciernes la insolvencia pasa a tener tres clases, con distinto tratamiento:

Probable, en que se puede reestructurar (ya no sólo refinanciar pasivo financiero), acceder al procedimiento de microempresas (si el deudor lo es) o “preconcurso”;

estándole el concurso vedado.

Inminente o actual, en las que el deudor puede “preconcurso” (pero ya solo para preparar una reestructuración, al desaparecer tanto la PAC como el AEP), concursar, acceder al procedimiento de microempresas o reestructurar.

LAS OPCIONES (OBLIGADAS) DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio supuso una importante alteración en el régimen de responsabilidad del administrador, tanto en el orden propiamente concursal como en el societario.

Societariamente, la Ley 22/2003:

Modificó la redacción de la causa de disolución por pérdidas cualificadas de la sociedad [art. 260.4º TRLSA y 104 e) LSRL], de modo que la sociedad anónima se disolvería “por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso



conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal”. Para las sociedades limitadas la redacción era prácticamente coincidente.

Dio una nueva redacción al deber de los administradores de convocar Junta general, que no era coincidente para el caso de sociedades anónimas y limitadas. En el caso de las primeras el art. 262.2 pasó a decir que «Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Asimismo, podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso». Y para las limitadas el art. 105.1 dispuso: «1. En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal».

Por último, modificó el tenor de los arts. 262.5 LSA («5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso») y 105.5 LSRL («5. El incumplimiento de la

obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales»).

A partir de la Ley Concursal quedaba meridianamente claro que disolución societaria y concurso eran soluciones distintas para fenómenos dispares y que la defectuosa elección podía acarrear la responsabilidad del administrador.

Con la redacción primitiva de la Ley Concursal podíamos distinguir tres escenarios principales o puros en la relación entre pérdidas cualificadas (como causa de disolución) y la insolvencia (actual):

Primero.- Que existieran pérdidas cualificadas, pero no un estado de insolvencia: procedía acudir a la liquidación societaria.

Segundo.- Que existiera insolvencia actual pero no pérdidas cualificadas, en cuyo caso se imponía la solución concursal.

Tercero.- Que existieran pérdidas cualificadas y, de forma concomitante, insolvencia actual: el deber de convocar se imponía al deber de disolver.

En estos tres escenarios liquidación societaria y concurso se presentan como soluciones alternativas y, aparentemente, estancas. El único problema, en principio, podría venir dado por no saber distinguir adecuadamente entre pérdidas cualificadas e insolvencia, error que, excusable en principio, dejó de serlo tras la STS de 1 de abril de 2014.

El art. 365 LSC, en su actual redacción, impone a los administradores el deber de convocar la junta en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso, disponiendo el art. 367 su responsabilidad solidaria por las deudas sociales si no lo hacen o si, aun convocándola, la junta no se constituye o se constituye, pero el acuerdo es contrario y no instan la disolución judicial o el concurso de la sociedad.

Tras la Ley 22/2003 se ha disipado la duda acerca de si la promoción de un procedimiento concursal es equivalente a la disolución y liquidación societaria a efectos de liberar al administrador de responsabilidad.

Sin embargo, desde el Real Decreto Ley 3/2009 disponemos de un derecho preconcursal, que ha ido creciendo en extensión y protagonismo, pero del que nada se dice en el art. 365. Hasta la fecha nos hemos venido preguntando si la presentación de un 5 bis (hoy art. 583 TRLC) en el plazo de 2 meses libera de responsabilidad al administrador.

El art. 583, en su actual fisonomía, puede tener finalidad preparatoria del concurso (obtener adhesiones para una PAC), elusiva (refinanciación o AEP) o meramente dilatoria (ganar 3+1 meses para arreglar contabilidades, preparar documentación o alejar sujetos u operaciones del yugo de los dos años).

Si el “precurso” responde a una finalidad legal (es decir, no es un mero recurso para dilatar el plazo de dos meses, que es lo habitual, por otra parte) y va seguido de la solicitud temporánea de concurso, siempre he defendido que hemos de otorgarle el mismo valor, a efectos de los arts. 365 y 367, que a la convocatoria de junta. Si la finalidad es eludir el concurso y obtener un AEP o una refinanciación y la misma prospera, la nuda comunicación de negociaciones, a nuestro juicio, no sustituye al deber de convocar junta, salvo que el resultado de la reestructuración permita remover la causa de disolución.

Con el Proyecto de Reforma, el “precurso” solo sirve a una finalidad (legal), que es la reestructuración, al desaparecer la figura de la PAC. Y se trata de dar respuesta a aquel interrogante dando una nueva redacción al art. 365, a cuyo tenor:

«Artículo 365. Deber de convocatoria.

1. Cuando concurra causa legal o estatutaria, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera causa de disolución.

2. La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa.

3. Los administradores no estarán obligados a convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hubieran solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado

al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos. La convocatoria de la junta procederá de inmediato en tanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación.».

Precepto que se completa con el “nuevo” art. 613 del TRLC: “En las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social”. En rigor, lo que queda en suspenso es el deber de convocar junta para que los socios acuerden (o no) la disolución.

De la lectura del art. 365.3 podemos deducir que la equiparación entre convocatoria de junta y de la comunicación del art. 583 es condicional y cesa al mismo tiempo en que cesen los efectos de la comunicación. Dado que los efectos de la comunicación pueden cesar por causas diversas, hemos de distinguir:

a.- Si cesan por transcurso del plazo de 3 meses (o de la prórroga que se acuerde, cfr. art. 607), los administradores, según el art. 365.3, deben convocar junta de inmediato. Esta previsión resulta contradictoria con el inciso final del proyectado art. 367.3, según el cual “si el plan de reestructuración no se alcanzase (o no se alcanzase en plazo, añadimos), el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos.”

b.- Si el cese viene motivado por la presentación del concurso dentro del mes siguiente (art. 611), el órgano de administración no precisa convocar junta de disolución, pues la solicitud de concurso, aunque haya ido precedida de comunicación, se ha de equiparar a la convocatoria de junta.

c.- Finalmente, si los efectos cesan por haber alcanzado un acuerdo de reestructuración, ello no libera al órgano de administración del deber de convocar junta si la reestructuración no permite enervar la causa de disolución.

Como todo es susceptible de empeorar, al sínfin de escenarios entre disolución y concurso que hemos estudiado se unen otros, fruto de la incorporación de una categoría previa de insolvencia, en

régimen de mera probabilidad. Si el deudor está en insolvencia probable no puede concursar (sí “micro concursar”), solo acceder a la reestructuración, bien a través de la comunicación de apertura de negociaciones, bien a través de la solicitud directa de homologación.

Si, amén de estar en probabilidad de insolvencia, lo está en causa de disolución por pérdidas, podrá optar por convocar junta directamente o por hacer la comunicación del art. 583; si elige esta segunda vía el deber de convocar junta quedará en suspenso, y serán de aplicación, según el caso, las soluciones expuestas con las letras a) y c).

¿ERA NECESARIO O, AL MENOS, ACONSEJABLE, TRANSPONER EL ART. 19 DE LA DIRECTIVA?

La Directiva, en su Capítulo 5, rubricado “Obligaciones de los administradores sociales”, contiene un art. 19 (18 en su versión primera), del siguiente tenor:

«Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente

Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente:

a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados;

b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y



c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.»

En los Considerandos (70) y (71) la Directiva ofrece explicaciones adicionales:

70 Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva.

71 En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante



también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados. Los Estados miembros deben poder aplicar las disposiciones correspondientes de la presente Directiva garantizando que las autoridades judiciales o administrativas, al evaluar si debe considerarse a un administrador social responsable de incumplimientos del deber de diligencia, tengan en cuenta las normas en materia de obligaciones de los administradores sociales establecidas en la presente Directiva. La presente Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben decidir establecer tal orden. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas.

Cuando comenzaron los trabajos para “nacionalizar” la Directiva, la comisión de Codificación se enfrentó al dilema de transponer o no el art. 19 y, más concretamente, el apartado relativo a la anticipación de los intereses de los acreedores, los grandes y eternos preteridos de toda insolvencia.

Y en ese proceso de reflexión, primero privado, luego público, se suscitó el debate, que solía zanjarse con la siguiente frase, que terminó admitiéndose de forma acrítica como una verdad universal que nos hubiera sido revelada: “El ordenamiento español ya contempla un catálogo de acciones, societarias y concursales, los suficientemente completo para proteger los intereses de los acreedores”.

Y lo cierto es que, a poco que se hubiera conocido el régimen de responsabilidad actual y su forma de aplicación judicial, se habría caído en la cuenta de que pocas

verdades universales resultaron ser tan falsas.

Como es sabido (pero a la vista está, parece conveniente recordarlo), nuestro derecho contempla dos tipos de responsabilidad, la societaria, con su doble acción individual (art. 241) y de responsabilidad solidaria por deudas (art. 367) -prescindimos de la acción social, por ser nulo su uso por acreedores- y la concursal, con una responsabilidad causal por daños y perjuicios identificados (art. 455) y/o por déficit concursal (art. 456).

Pues bien, tres eran tres y ninguna era buena. Los acreedores de una sociedad en probabilidad de insolvencia no están amparados por ninguna acción. No lo están, desde luego, por la concursal, pues el deudor en probabilidad de insolvencia está impedido de concursar, luego no puede ser imputado su órgano de administración por haber incumplido un deber de concursar que le es ajeno. En realidad, como solo hay deber de concursar cuando la insolvencia es actual, solo entonces habrá causa de imputación de un resultado dañoso, que solo podrá ser la agravación de la insolvencia actual, que también admite grados, no ya temporales, pero sí cuantitativos.

La acción individual tampoco sirve al acreedor, pues para que le cobije el TS exige que la empresa haya contratado en situación de “crisis irreversible, con acreditada falta de solvencia”, situación harta alejada de la simple probabilidad.

Y, finalmente, la acción del art. 367 no guarda relación con la insolvencia, en ninguno de sus grados, sino con el desbalance patrimonial, que puede confluir con la insolvencia -probable, inminente o actual-, precederla u operar de forma completamente autónoma. Lo único relevante es la existencia de una causa de disolución -de ordinario por pérdidas cualificadas; la insolvencia, de coexistir, es irrelevante de cara al acreedor ex art. 367. Es la “foto” contable y no la liquidez la que determina la responsabilidad. Y aunque conceptualmente es posible concebir que en un mismo espacio-tiempo concurren causas de disolución e insolvencia probable, es bastante improbable que efectivamente coincidan, por el tan largo horizonte temporal asociado a ésta. Una causa de disolución por pérdidas no removida por medios societarios (aumento, reducción, aportaciones a cuenta 118 PGC, préstamos participativos) es más propia de fases más avanzadas de insolvencia.

LA DESTRUCCIÓN CREATIVA DEL COMPLIANCE



Carlos Fernando Rozen

Socio BDO Argentina
GRC | Governance, Risk & Compliance
FID | Frauds, Investigations & Disputes

El Compliance es una función en constante evolución. Lejos está de ser una disciplina con niveles de madurez elevados. Esta afirmación no implica que no se hayan dado avances significativos, todo lo contrario. Sin embargo, es claro que no es una actividad que haya abrazado la tecnología como sí ha ocurrido en otras.

Por otra parte, el Compliance requiere de una permanente calibración que en muchos casos no existe, porque no existen las necesarias mediciones de performance. Me permito aquí decir que en la mayoría de las implementaciones no existen CPI (Compliance Performance Indicators), concepto que, si bien no surge de ninguna bibliografía, puede ayudar a comprender mejor a qué nos estamos refiriendo. Un conjunto de CPI bien definidos y corridos en forma asidua, permitiría contar con un análisis empírico que es tan útil como necesario.

Suelo decir que la mejora continua y, mejor aún, la innovación en una profesión requiere no solo de conocimiento, apertura, metodología, e incluso tecnología. Sin duda todo esto es necesario. Ahora bien, hay un atributo fundamental que ayuda como catalizador.

Fundamentalmente necesita de mucha humildad. Requiere de una constante mirada interna constructiva, de una autocrítica frecuente. ¿Humildad? ¿Por qué suelo ser tan enfático en esto? Veamos que el propio Departamento del Tesoro de los EE.UU. (en inglés, United States Department of the Treasury) y el Departamento de Justicia de dicho país (en inglés, Department of Justice (DOJ)), se manifestaron en más de una oportunidad preocupados por las fallas que encontraban en los programas de compliance, incluso en los más robustos.

Fallas que ellos mismos reconocieron a modo de autocrítica (siendo parte interesada) y que motivaron modificaciones en sus propios métodos y recomendaciones. Si bien esta metodología suele apuntar a la mejora en la performance de servidores públicos en desempeño de sus funciones al evaluar programas de compliance (Ej. Fiscales), son documentos que se utilizan como referencia también a nivel de entes privados (las empresas suelen tener preocupación respecto de lo que vería un fiscal o un juez).

A inicios del 2018 la publicación Harvard Business Review (HBR) en su artículo “Por qué fallan los programas de compliance y cómo arreglarlos” señaló que, desde hace más de 40 años, las empresas en los Estados Unidos gastan mucho dinero en sus programas de Compliance pero todavía los agujeros éticos en los negocios continúan a un ritmo preocupante. Esto lo he relacionado con un más reciente estudio de la citada HBR la cual señaló que la mayor preocupación de los CEOs son los riesgos de la Transformación Digital (y para ser más precisos aún, los riesgos de la no transformación).

Stephen Hawking, el reconocido astrofísico desaparecido hace pocos años, se refería a la inteligencia asimilándola a la “inteligencia adaptativa”, que definió como “la capacidad de las personas para adaptarse a los cambios”. La inteligencia adaptativa se vincula directamente con la aptitud de adaptación a un contexto crecientemente cambiante, lleno de desafíos, incierto, impredecible, donde buena parte de los patrones de comportamiento y paradigmas vigentes son cuestionados.

Entonces, nuevas competencias, que fueron necesarias en momentos

determinantes de la historia de nuestra especie que posibilitaron la supervivencia se deben poner en juego en momentos como los que vivimos. Flexibilidad, creatividad, capacidad de innovar son factores críticos de éxito en el terreno de las organizaciones en estos tiempos de transformación vertiginosa. Son las mismas competencias que los cazadores de talentos están observando para posiciones de liderazgo transformacional.

Es que nunca las organizaciones han vivido un proceso de cambio tecnológico tan profundo y a un ritmo tan veloz como el que nos toca vivir. Y sabemos que será más rápido aún. Irrupciones tecnológicas que incrementan la productividad, que abren las puertas a nuevas formas de innovación, despiertan nuevos desafíos. La innovación deja de ser una rareza de unas pocas personas iluminadas. Viene ya con formato de cultura que incuba nuevos talentos. Talentos que a su vez son parte de una guerra de talentos.



Nace entonces un nuevo concepto que se torna casi tan importante como la “inteligencia emocional” y es uno que me permito nominar como la “**inteligencia digital**”. ¿Qué es la inteligencia digital? Me refiero a la capacidad de abordar una “**destrucción creativa**” como esencia de la dinámica de la innovación y la mejora. Veamos entonces que es la destrucción creativa.

La destrucción creativa es el proceso por el cual la innovación cambia el modelo de negocio predominante de una actividad. Esto podría manifestarse transformando las técnicas de producción o de comercialización. Incluso, puede modificarse el producto o servicio entregado. Y esto es precisamente lo que comienza a suceder con aquellas actividades de apoyo a la gestión de riesgos, como lo es **compliance**.

Como parte de la destrucción creativa, compliance debe adaptarse a la nueva dinámica de los negocios. Así, como pueden llegar a cerrar líneas de negocio para abrir otras nuevas, los responsables de cumplimiento, integridad y guardianes de la reputación organizacional están viendo las “balas picar cerca”.

Aquellos profesionales que no se

adecúen verán más temprano que tarde restringidas sus oportunidades o, simplemente dejar esta actividad. Se que es antipático escribir esto. Pero peor será sufrir como efecto de la inacción, la fuerte ola que pasa por encima y que golpea duramente.

En otras palabras, la destrucción creativa es un proceso que no podemos detener, y que “destruye” el compliance más tradicional para “crear” uno nuevo y, sin duda alguna, superador.

Joseph Schumpeter, impulsor de esta teoría de “destrucción creativa” en la década de los 40 expuso en sus tratados cómo el capital se trasladaba a través del tiempo desde los sectores menos rentables hacia aquellos con mejores perspectivas.

Entonces, si las organizaciones están cambiando su “mindset digital”, introduciendo tecnologías emergentes, adaptando su estrategia, sus modelos de negocio, sus procesos y su diseño organizacional, Compliance, no debería optar por otro camino. De lo contrario ¿cómo podrá acompañar al negocio con un enfoque tan comprometido en cuidarlo desde la “segunda línea de defensa”¹?

Dicho esto, no será difícil de imaginar que Compliance debe apuntar a ser una función creativa, innovadora, incorporando nuevas habilidades y competencias, explorando e introduciendo nuevas tecnologías.

Como hemos dicho, Compliance administra un sistema de gestión de riesgos específico, relacionado con la ética y el cumplimiento en diferentes dimensiones; y que tiene que ayudar a su organización a ver más allá de lo que sus ojos le permiten y que otros (los reales responsables dentro de cada actividad) vean, a estar un paso delante, anticiparse a los riesgos (que es mucho más que solo inteligencia artificial, aprendizaje automático, decisiones basadas en datos y automatización de procesos, tecnologías que van en camino de convertirse en “commodities”). Reitero, sé bien que es duro plantear esto en forma tan directa, pero necesario.

¹El modelo de las 3 líneas de defensa del IIA (The Institute Of Internal Auditors) actualizado en 2020 explica claramente las responsabilidades de las distintas funciones de una organización a la hora de centrarse en la contribución a la gestión de riesgos que contribuye a la obtención de objetivos y, en consecuencia, a la creación de valor. Para ello se adentra en cuestiones de “defensa” y protección del valor. Este enfoque ubica a Compliance en la segunda línea de defensa brindando asesoría en gestión de riesgos en forma comprometida con la marcha de las actividades de dicha organización. De esta forma la primera línea de defensa serán todas aquellas funciones que contribuyen directa e indirectamente en la producción de bienes y/o prestación de servicios hacia sus clientes. Y la tercera línea de defensa queda como función independiente reservada para la Auditoría Interna.

La tecnología modelando el Compliance del futuro

El mundo ya venía hablando de Fintech, Healtech, Insurtech. Proptech. También utilizando tecnologías que han cambiado por completo nuestro día a día mediante el uso de Inteligencia Artificial. Las hay para escuchar música, geolocalizarnos y ofrecernos servicios cercanos, compra y delivery de lo que se nos ocurra (cuestión increíblemente potenciada por la crisis sanitaria que acompañó al mundo durante los últimos años).

Y de esta manera aparecieron en el mundo más de estas “techs”. Durante los dos últimos años las menciones referidas a “Legaltech”, “Regtech e incluso “Compliancetech” están creciendo en los foros, en las redes sociales y, lo más importante: no se trata de una tendencia teórica para los próximos años, sino que en la práctica ya existen numerosos casos de uso exitosos.

Sin ir más lejos, tengo un vecino que le escapa a la tecnología y me dijo hace pocos días smartphone en mano: “espera que debo terminar el KYC para comprar cripto”.

¿Se dan cuenta hasta dónde ha penetrado Compliance? Existe múltiples tecnologías que están revolucionando esta actividad y en diferentes especialidades y perspectivas del Compliance.

Hoy la tecnología hace posible mitigar riesgos de manera significativa y crecientemente efectiva.

Hace pocos meses me convocaron en un foro líderes de compliance para referirme a “esas tecnologías que las personas que conducen áreas de compliance no deben desconocer. Y no dejé entonces de mencionar esas que, a mi criterio, están marcando el ritmo de “lo que se viene”. También algunas breves ideas respecto de su aplicación para agilizar y potenciar el cometido de compliance y la efectividad en sus intervenciones:

INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Sin lugar a duda se trata de una de las principales tendencias en compliance. IA representa un amplio concepto que se refiere a máquinas entrenadas para pensar como humanos, aplicando -en general- lógicas descriptibles de diverso nivel de complejidad. La “ciencia de datos” puede ayudar mucho a explotar toda su potencia.

Un ejemplo de IA es el reconocimiento

de caracteres (OCR) y de imágenes (“computer visión”) con diversas aplicaciones tales como comparar la imagen de una identificación personal con una prueba de vida captada en tiempo real para el alta de un cliente, y a su vez en combinación con otras tecnologías analíticas (Ej. big data) para chequear sus antecedentes, o RPA para automatizar la recopilación de menciones en prensa de esa persona.

En investigaciones de fraudes se pueden barrer conjuntos de discos para identificar hechos no deseados y/o verificar hipótesis de comportamientos irregulares.

APRENDIZAJE AUTOMÁTICO (Machine Learning)

Es en realidad una subcategoría de la IA que busca replicar la inteligencia humana, pero con la particularidad de que utiliza “algoritmos” con la capacidad de “aprender” por sí solos, sin intervención humana, a partir de la experiencia y/o mediante la introducción de nueva información.

Una de las aplicaciones que crece llamativamente se basa en la interpretación del lenguaje natural. De esta forma una computadora puede entender y generar lenguaje humano (ya sea escrito o hablado). A partir del ingreso de información, podríamos generar indicadores relevantes para compliance. Los chatbots son claros casos del uso de esta tecnología y al poder ser capturada la información en formato digital se abre un mundo de posibles análisis que compliance podría estar interesado en realizar mediante el análisis de información.

Asimismo, es posible aprovechar la potencia del procesamiento digital videos, imágenes, audios, textos o cualquier otro tipo de datos, para reconocer y entender patrones de comportamiento.

Con esta tecnología es posible desarrollar un Código de Ética Inteligente que atienda de manera automática las consultas e inquietudes de los colaboradores y terceros.

COMPUTACIÓN EN LA NUVE (Cloud computing)

Hoy se ha tornado como una de las tecnologías más relevantes en forma indirecta. No solo por la posibilidad de alojamiento de aplicaciones, bases de datos, archivos y el procesamiento en forma virtual, sino porque las diferentes nubes hoy ofrecen la posibilidad de

conectarse con cientos de posibles servicios, tales como las citadas Inteligencia Artificial y Machine Learning (entre muchas otras). Algunas de estas plataformas son: AWS (Amazon), Google Cloud, Azure (Microsoft), IBM Cloud entre otras. Durante los últimos años los grandes operadores de telefonía se han metido de lleno en el negocio de implementar este tipo de tecnologías, sumándose a innumerables firmas de consultoría que prestan el servicio de estrategia digital e implementación. Los proveedores de esta tecnología se constituyen en verdaderos “socios tecnológicos” de compliance porque nos proveerán de todo lo que necesitemos para dotar de tecnología a determinadas actividades susceptibles de ser automatizadas y optimizadas.

Otro caso de uso donde la nube nos provee distintas facilidades el de “KYS” (conozca su proveedor); personas expuestas políticamente (PEPs); conflictos de intereses (cruces entre empleados de la organización y sus familiares, con proveedores y otros socios de negocios y sus familiares también). Podríamos, por ejemplo, habilitar una herramienta que mezcla prácticamente todas las tecnologías mencionadas para estos fines, y que estos cruces no solo sean periódicos, sino continuos.

ANALYTICS – BIG DATA

A diferencia de lo que sucedía hasta hace pocos años, la analítica avanzada va más allá del análisis de datos históricos. Permite además brindar inteligencia de negocios predictiva y en tiempo real. La ciencia de datos aplicada al compliance, y combinada con las antes mencionadas herramientas están revolucionando la forma en que decidimos sobre los datos e información que tienen las organizaciones (enfoque “data driven”). Podemos diseñar tableros basados en información histórica, o incluso información analítica predictiva.

Por ejemplo, un tablero con indicadores de cumplimiento general y para cada uno de los elementos y/o herramientas de un programa de compliance. Si hacemos “doble clic” en este tema, podemos imaginar un tablero de control conteniendo las denuncias recibidas del canal respectivo, las áreas reportadas, los motivos, las áreas o unidades de negocio, sucursales u otras ubicaciones físicas, por distrito, país, etc.

Hoy todo eso en la mayoría de las organizaciones son planillas de cálculo de alimentación manual.



AUTOMATIZACIÓN ROBÓTICA DE PROCESOS (RPA)

Se trata del uso de lo que llamamos “software robot”. Como concepto no es tan nuevo porque nació como los más conocidos “scripts” que ayudaban a ejecutar secuencias de pasos de manera mecánica. Lo que resulta novedoso durante los últimos años es que se consigue una automatización en cualquier entorno y en forma combinada con otras tecnologías como por ejemplo la IA.

RPA tiene la virtud de automatizar tareas comúnmente manuales y repetitivas, emulando lo que hacen las personas, y produciendo fantásticas oportunidades de ahorros, reducción de errores y omisiones. Se obtienen resultados con mayor nivel de calidad y predictibilidad. Sin duda la capacidad de optimización de procesos que ofrece RPA la distingue y la coloca en el escenario de estos tipos de tecnologías disruptivas que son tendencia a nivel internacional.

Existe un sinnúmero de ejemplos de aplicaciones que pueden ayudar a un área de Compliance o actividades relacionadas con la materia desarrolladas por otras áreas. Es verdad que es algo más complejo (aunque no imposible) lograr soluciones estandarizadas. Se suelen hallar con mayor frecuencia software robot modelado a las necesidades de cada caso de uso.

Por ejemplo, pensemos en controles antisoborno del circuito de pagos, cada vez que ingresa una factura al mail de la organización, un proceso automatizado abre el correo, reconoce al proveedor, realiza comprobaciones de “matching” contra la orden de compra emitida previamente, realiza controles contra la base de facturas apócrifas que fisco del país que corresponda podría poner a disposición de los contribuyentes, coteja tolerancias admitidas en el sistema por cantidades y precios, “mira” en listas de proveedores no deseados y otras listas predefinidas (ejemplo: observados por hechos de corrupción), compara contra informes de recepción físicos y realiza la correspondiente registración en los sistemas administrativos / financieros de la organización, ordena el pago a tesorería y da aviso al proveedor del progreso. Tal vez, en el ejemplo dado, Compliance no es quien lidera esta implementación, pero necesariamente debe intervenir para comprender y en su caso validar el poder de mitigación de los controles anticorrupción.

AUTOMATIZACIÓN CON TECNOLOGÍAS LIVIANAS (“LOW CODE” & “NO CODE”)

Este tipo de tecnologías permiten representar gráficamente procesos y a partir de ello, construir muy rápidamente flujos automatizados de operaciones, desarrollar formularios, tablas e información analítica (Ej. Digitalizar la política y procedimiento de donaciones, regalos y entretenimiento, conflicto de intereses, congresos, patrocinios, etc.). Se caracterizan las “low code” por requerir “muy poco código” es decir, con poca programación y las “no code” que con solo modelar los procesos dentro de la solución e indicar reglas de negocios, esquemas de autorizaciones, alertas y demás, se auto programan. Esto permite que usuarios no expertos en programación puedan desarrollar sus propias aplicaciones de compliance en forma sencilla, e inclusive embeberlas en apps mobile para el personal de una organización.

Con las herramientas “no code” (que realmente aún hay pocas que no requieren nada de programación) no se debe pretender desarrollar software de elevada sofisticación. Pero aplicaciones tales como el circuito de donaciones con su árbol de aprobaciones, registraciones,

controles de montos y presupuestos, y otros cotejos que indique la política se pueden desarrollar sin problema alguno. La misma plataforma puede brindar información analítica e integrarse con cientos de otras.

Otros ejemplos son los formularios mobile para auditorías e inspecciones.

No quiero dejar pasar la relevancia de estas tecnologías desde la perspectiva de la consultora Gartner² la cual no hace mucho tiempo ha afirmado que en los próximos 5 años se desarrollarán cinco veces más aplicaciones que en los últimos 40, y que las plataformas “low code” y “no code” representarán el 60% de estos desarrollos para el 2024.

La falta de programadores y su creciente costo salarial, sumado a la lentitud en los desarrollos, potencian el atractivo de las low y no code.

Como emprendedor permanentemente ligado a la tecnología, y creador de algunas soluciones informáticas que se utilizan en el mercado, me declaro abiertamente fan de estas aplicaciones para el mundo del compliance habiendo sido co-fundador del “startup” speedflows.com.



²Gartner Inc. es una empresa de consultoría y de investigación de las tecnologías de la información con sede en Stamford, Connecticut, Estados Unidos y presencia en Europa, Asia e Hispanoamérica. La empresa se concentra en la investigación, programas ejecutivos, y eventos. Es referente internacional en evaluación de software y análisis de tendencias en el ámbito de la tecnología. Es conocida por sus “Cuadrantes Mágicos” mediante los cuales despliega un método de análisis comparativos de las diferentes plataformas tecnológicas en cada segmento de software.

BLOCKCHAIN

Se trata de un tipo de software que se apoya en una base de datos que es compartida en forma simultánea, actualizada en tiempo real y en varias ubicaciones de una red, que se rige por un protocolo de consenso, utilizado para compartir y almacenar información validada, y que no puede ser modificada. Es cierto que esta tecnología aún no se encuentra en su máximo esplendor si nos abstraemos del boom de las criptomonedas. Pero no tengo duda alguna que será una de las 3 tecnologías que marcará a fuego los pasos del compliance en la próxima década.

Imaginemos, por ejemplo, una solución de gobierno corporativo que sirva para documentar en forma inalterable las reuniones que, mediante prueba biométrica y firma digital verifique primero la identidad de los presentes (incluso a en forma virtual), y luego capture su participación de manera inalterable. Esta es una típica problemática de algunos países donde los notarios preguntan varios días de cerrada una asamblea quién estuvo o no en el país para tomar las firmas con posterioridad a la reunión a la cual pudieron no haber asistido (engaño consuetudinariamente aceptado por la comunidad de negocios).

Algunos interrogantes que los expertos en derecho y en compliance se plantean: ¿Logrará blockchain adoptarse en forma amplia, por ejemplo, para contratos inteligentes? ¿Estarán los registros contables sobre la blockchain, tan accesibles públicamente como para automatizar la labor de auditoría y de compliance sobre el control interno? ¿Qué significará este concepto de integridad de las registraciones en un entorno donde aún siga existiendo el dinero en efectivo y la informalidad en operaciones comerciales?

A pesar de todas las ventajas de un sistema basado en blockchain, y tal y como las organizaciones más especializadas en ciberseguridad lo dicen, existen un cúmulo de riesgos que requieren de un experto que dé fiabilidad al entorno. Veamos solo algunos de los motivos: a) El software transaccional que brinda la información para ser cristalizada en blockchain podría no ser confiable, lo que podría derivar en que blockchain quede con información afectada; b) Posibles ataques informáticos. A medida que se crean nuevos “escudos” que mitigan riesgos de vulnerabilidades, aparecen nuevas formas de vulnerarlos.

No por casualidad las inversiones en ciberseguridad se han multiplicado durante los últimos años y seguirán creciendo. La infraestructura que soporta blockchain también está sujeta a las amenazas y vulnerabilidades conocidas, y a las desconocidas hoy que se conocerán hacia futuro. El mundo financiero de las fintech está preocupado y ocupado por este complejo tema. De hecho, hay decenas de casos conocidos de ataques en blockchain, que han merecido remediaciones por parte de los grandes “vendors” de esa industria.

Estas situaciones merecen controles muy relevantes en toda estrategia de seguridad, dado que podrían afectar en forma directa y significativa la integridad de blockchain. e) Controles de compliance “por actividades reguladas” y otros no regulados. Sabemos que en el mundo la actividad financiera es crecientemente regulada y la normativa va convergiendo a un entorno más globalizado y estandarizado. Las auditorías de cumplimiento serán esenciales para evitar sanciones y daños reputacionales que resten confianza en el público usuario (nos referimos a uno de los daños más complejos de revertir). Por otro lado, un sinnúmero de actividades menos reguladas (o no reguladas), utilizarán blockchain como medio de dotar de mayor seguridad y confiabilidad a su operación. Estas operaciones comenzarán a exigir certificaciones por parte de expertos independientes, dado que el público consumidor cada vez conocerá más y exigirá algún mecanismo de “transparencia e integridad comprobada” o como se llame en este futuro cercano que podremos palpar más temprano que tarde.

Resulta esencial educar digitalmente a los gestores de compliance. No solo se ha vuelto obligatorio hacerlo, sino que se vuelve una oportunidad magnífica para transformar esta actividad y posicionarla en el lugar que merece.

Como hemos dicho, estas tecnologías se combinan para lograr los resultados buscados. Si logramos que las personas utilicen sus conocimientos técnicos y habilidades humanas, potenciándolos con inteligencia artificial, analítica y automatizando las tareas mundanas y repetitivas, estamos frente a una **nueva dimensión del compliance**. A esto me gusta llamarlo “**compliance inteligente**”.

La única forma que tiene compliance de realizar un trabajo profundo es **armando equipo con los reales responsables de procesos y controles** (sus clientes internos) mediante un nuevo tipo de sistema de gestión a través de

equipos colaborativos, autogestionados y multidisciplinarios (lo que llamamos “**squad ágil**”) conducidos por líderes con competencias de inteligencia adaptativa que hacen las veces de coach ágil para inspirar y entusiasmar al equipo en camino hacia la innovación. Y lo que será su labor más compleja es hacer que este equipo no se quede en la teoría, sino que pase a la acción. **BIENVENIDOS AL COMPLIANCE DEL FUTURO**





LA PRUEBA DEL COMPLIANCE EN EL PROCESO PENAL



Ana María Neira Pena

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal Facultad de Derecho.
Universidade da Coruña. ana.neira@udc.es

Desde que en el año 2010 se reformó el Código Penal para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mucho se ha escrito sobre este tema, especialmente desde la perspectiva penal, aunque también desde la perspectiva procesal, inicialmente preterida por el legislador. De hecho, no fue hasta un año más tarde, con la aprobación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, de reforma de nuestra decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal, cuando el legislador prestó finalmente atención a los aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta norma introdujo ciertas modificaciones inexcusables, con la pretensión, declarada en su Exposición de Motivos, de adaptar la legislación procesal a la nueva situación derivada de la consideración de las personas jurídicas como sujetos penalmente imputables. En particular, se regularon cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral, conformidad o rebeldía, dejándose, claro está, muchas otras materias en el tintero, entre ellas, la cuestión probatoria.

Por otra parte, en el año 2015, el legislador reformó de nuevo el Código Penal para modificar el sistema de imputación de las personas jurídicas y detallar el contenido mínimo de los programas de cumplimiento penal – tal y como aparece actualmente en el art. 31 bis 5º CP-. Esta modificación legislativa, sin duda, supuso un renovado interés en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de *compliance*, tanto desde la perspectiva jurídica como desde la perspectiva empresarial. Al mismo tiempo, esta reforma, al reforzar la seguridad jurídica respecto del sistema de imputación de las personas jurídicas, supuso un impulso en la efectiva aplicación de la regulación penal, comenzando a aumentar las

investigaciones e imputaciones dirigidas a las personas jurídicas y, consecuentemente, empezando a surgir también nuevas problemáticas relativas al enjuiciamiento de las empresas en la práctica forense.

Desde el punto de vista doctrinal, a día de hoy, la literatura científica en lengua castellana respecto de la materia de *compliance* penal es muy extensa. En este sentido, no faltan exhaustivos estudios que analizan el encaje de los programas de cumplimiento penal en la teoría del delito, ni obras de Derecho comparado que aglutinan las diversas regulaciones extranjeras en materia de *compliance*, ni tampoco guías prácticas dirigidas a los empresarios para adaptar sus organizaciones a las exigencias de la gestión en *compliance*. Sin embargo, se siguen encontrando algunas lagunas en relación con un tema de indudable relevancia práctica como es la prueba del *compliance* en el proceso penal.

La relevancia del tema de **la prueba del *compliance*** se justifica, por una parte, por la trascendencia de los programas de cumplimiento **como estrategia de defensa para la persona jurídica en vista del lugar central que estos ocupan en el sistema de imputación previsto en el Código Penal español**; y, por otra, por la novedad que suponen estos programas como objeto de prueba del proceso penal, lo que provoca que la experiencia sobre **el modo en que las políticas de *compliance* han de ser llevadas a la sala de justicia** sea todavía escasa. A esto hay que añadir la controversia planteada en torno a la cuestión de la carga de la prueba sobre los modelos de organización y gestión, asunto, respecto de la, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado discreparon abiertamente en su momento, como luego se comentará.

Para abordar el tema de la prueba del *compliance*, y la problemática que este plantea, se hace necesario, al menos, reflexionar sobre **tres cuestiones**. 1ª) ¿Son los *compliance programs* relevantes como objeto de prueba?; 2ª) ¿Cómo se puede/debe acreditar procesalmente la eficacia de un programa de prevención de delitos?; 3ª) ¿Sobre quién recae la carga de probar la (in)existencia y/o la (in)eficacia del programa de *compliance*?

1ª ¿Son los *compliance programs* relevantes como objeto de prueba?;

La respuesta a la primera cuestión planteada ha de ser indudablemente afirmativa. En este sentido, a día de hoy, la relevancia de los *compliance* como objeto de prueba en el proceso penal

seguido frente a una persona jurídica y, consecuentemente, la pertinencia de las pruebas propuestas para acreditar su existencia y su eficacia, queda fuera de toda duda. Lejos queda ya la irrelevancia de los programas de cumplimiento penal, proclamada en el año 2011 por la Fiscalía General del Estado, al afirmar que la formalización de una guía de cumplimiento no aportaba nada en relación con la capacidad de la persona jurídica de incurrir en responsabilidad penal, siendo lo único determinante para enjuiciar a la empresa la actuación de sus gestores, al actuar en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación (Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010). A día de hoy, con la regulación vigente, queda descartada la irrelevancia de los programas como objeto de prueba.

Así pues, atendiendo al sistema de imputación previsto en el Código Penal para las personas jurídicas, se observa, en primer lugar, que estas pueden quedar exentas de responsabilidad, a pesar de haberse cometido un delito por su cuenta y en su beneficio, cuando concurran una serie de circunstancias, entre las que destaca el contar con un modelo de organización y gestión que cumpla con los requerimientos de mínimos previstos en la normativa (art. 31 bis 5º del CP). Pero es que, además, cabe destacar que la existencia de un programa de *compliance* eficaz se configura como un elemento muy relevante para la determinación de la pena que corresponda a la persona jurídica eventualmente condenada en un proceso penal. En este sentido, el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio oral, tiene eficacia atenuante (art. 31 quater 1 d) CP), mientras que para la determinación de la imposición y de la extensión de las penas restrictivas de derechos, distintas de la multa, se tomará en consideración la necesidad de tales penas para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos (art. 66 bis 1º a) CP), necesidad preventiva que, evidentemente, dependerá en gran parte de la existencia y eficacia del programa de *compliance* implementado por la organización.

A mayor abundamiento, **la centralidad de los programas de *compliance* como objeto de prueba de los procesos**

penales seguidos frente a las personas jurídicas se deriva de la interpretación que, de este sistema de imputación, viene haciendo el Tribunal Supremo.

Particularmente relevante resulta, en este sentido, la STS 154/2016, de 29 de febrero, en la que se afirma que *“la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (...) ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran”*. De esta forma, el Alto Tribunal identifica la falta cultura de *compliance*, o de herramientas de control idóneas y eficaces, como el núcleo típico de la responsabilidad de las personas jurídicas.

2ª ¿Cómo se puede/debe acreditar procesalmente la eficacia de un programa de prevención de delitos?

Respecto de la segunda pregunta planteada, referida al *cómo* se puede/debe acreditar procesalmente la eficacia de un programa de prevención de delitos, la respuesta ha de centrarse en determinar cuáles son los medios probatorios más adecuados para acreditar en el proceso la existencia de un programa de *compliance* eficaz. Para responder a esta cuestión, es necesario partir de una idea clave: **la entrega del programa documentado, aun cuando es necesaria, resulta insuficiente para acreditar su existencia, vigencia y eficacia**. El motivo radica en que la efectiva implementación de un programa de *compliance* en una organización es una cuestión esencialmente dinámica, cuya acreditación trasciende de la foto fija que la entrega documentada del programa puede aportar al juzgador. Es por eso que, **la aportación del programa documentado deberá de ser complementada con otras pruebas documentales, además de con pruebas testificales y, en su caso, periciales**.

En cuanto a la prueba de naturaleza documental, la entrega documentada del programa de *compliance* deberá de completarse con el acopio y entrega de la denominada *“información documentada”* (3.14 Norma UNE 19601 – Sistemas de gestión de *compliance* penal. Requisitos con orientación para su uso).

Dentro de la información documentada se incluye la generada por la gestión de *compliance* y por los procesos

relacionados (ej. relativa a las actividades de formación de los trabajadores en materia de *compliance* o registro del canal de denuncias); la generada por la operativa normal de la organización (ej. facturación); así como la generada por la actividad de archivo y registro desarrollada por la organización (ej. resultados de auditorías periódicas).

En este sentido, cabe destacar que **los programas de cumplimiento han de servir para asegurar la trazabilidad de la actividad de cumplimiento penal desarrollada por la empresa**, siendo una de sus grandes potencialidades la utilidad para preconstituir pruebas relativas a la efectiva implementación y vigencia del programa en la organización.

Como complemento a la prueba documental, las **declaraciones testificales de los operarios y gestores de la entidad que desempeñen sus funciones en el ámbito -proceso, subproceso, departamento o área - en el que se haya materializado el riesgo normativo que el programa trataba de prevenir vienen llamados a erigirse en un elemento clave para la valoración judicial respecto de la efectiva implementación del programa y sobre su vigencia**. Sólo a través de este medio probatorio se podrá determinar si las medidas de prevención diseñadas y previstas en el programa estaban siendo efectivamente aplicadas en el ámbito de la empresa y en el momento temporal de comisión del ilícito penal objeto de enjuiciamiento. Así, por ejemplo, de nada vale que el programa prevea medidas anti-blanqueo de capitales robustas, si resulta que las personas integrantes del departamento financiero, el responsable de la selección de proveedores y/o los trabajadores que gestionan la tesorería de la entidad, entre otros agentes clave en la prevención de este delito, no las conocen y/o no las aplican en la práctica. Por eso, esto último también debe de quedar acreditado en el proceso.

Al mismo tiempo, **en algunos casos, la prueba pericial puede resultar necesaria para determinar si las concretas medidas preventivas previstas en el programa responden al estado de la técnica de prevención de riesgos en el sector de que se trate**. Así pues, desde el momento en que existen normas técnicas -como la ya referida UNE 19601:2017-, que regulan cómo debe de gestionarse la función de cumplimiento normativo para que resulte auditable, la labor del perito de *compliance* resulta relevante para la determinación de si se han cumplido o no tales especificaciones normativas infra-legales. A mayor abundamiento, cabe indicar que, el hecho de que el

programa se encuentre certificado por entidad habilitada al efecto, no obsta en absoluto a la utilidad del dictamen pericial para acreditar su eficacia. Y, ello porque las certificaciones, aun cuando se renueven periódicamente y sean validadas por auditorías de seguimiento, necesariamente, por su propia naturaleza, adoptan, en su análisis, una perspectiva *ex ante*; mientras que la pericial de *compliance* tiene una orientación *post-delictiva*, centrada en resolver la duda planteada en el proceso penal, al tratar de determinar, tras la comisión del hecho presuntamente delictivo, en qué medida, en el caso concreto, los instrumentos de control de la entidad funcionaron adecuadamente, ya a la hora de prevenir, ya a la hora de detectar, el ilícito en cuestión; en qué medida la evaluación de riesgos valoró adecuadamente la posibilidad de comisión de delitos de la naturaleza del presuntamente perpetrado y en qué medida la organización tenía implementados controles adecuados para prevenir dicho riesgo en particular. Esto hace que los dictámenes periciales en torno a la idoneidad y eficacia del programa de *compliance* y las certificaciones - que serán aportadas como prueba documental y defendidas por el certificador si este es llamado al proceso como testigo-perito- se presenten como medios de prueba complementarios, y no alternativos, en el juicio en que se dirime la responsabilidad de la persona jurídica.

3ª ¿Sobre quién recae la carga de probar la (in)existencia y/o la (in)eficacia del programa de *compliance*?

Por último, respecto de la tercera pregunta planteada, esto es, la relativa a la carga de la prueba en relación con la (in)existencia y/o (in)eficacia del programa de *compliance*, cabe indicar que se trata de una cuestión compleja y controvertida.

En su día, la controversia llegó al punto de enfrentar, no solo a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con la Fiscalía General del Estado, sino a los quince magistrados - todos ellos hombres- integrantes de la Sala Segunda del Alto Tribunal entre sí.

Así pues, de acuerdo con la Fiscalía General del Estado, la construcción de los programas de cumplimiento en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas remitiría inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión, de tal forma que, concurrentes en el momento en el que

la persona física comete el delito, los modelos de organización operarían a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad (Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015).

Consecuentemente, de acuerdo con este posicionamiento dogmático, una vez acreditada en el proceso la comisión de un delito por cuenta y beneficio de la persona jurídica, recaería sobre esta la carga de acreditar la existencia, eficacia y vigencia del programa de *compliance* para poder evitar la sanción penal. Para apuntalar esta conclusión, la Fiscalía, acudiendo al argumento de la facilidad probatoria, indicaba, no sin razón, que es la empresa la que cuenta con los recursos y con mayores posibilidades de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización.

A idéntica conclusión, aunque con distintos argumentos, llega el voto particular a la STS 154/2016, de 29 de febrero -suscrito por, nada menos que, siete de los quince magistrados-, al negar que la ausencia de una cultura de control constituya un elemento objetivo del tipo que deba ser, en todo caso, probado por la acusación. Así pues, la opinión minoritaria recogida en la referida sentencia afirma que, tratándose de una circunstancia eximente que excluye la culpabilidad, *“corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia, y aportar una base racional para que pueda ser constatada la disposición de estos instrumentos”*, sin que sea exigible imponer a la acusación la acreditación del hecho negativo de su no concurrencia, ya que esto supondría, según se argumenta en el voto particular de la mencionada resolución, configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas, que carecería de justificación.

Sin embargo, en sentido diametralmente opuesto a lo sostenido en el referido voto particular, así como en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, la mayoría de los magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo reunida en Pleno, determinó que corresponde a la acusación la prueba de la inexistencia de medidas de control adecuadas para evitar la comisión de delitos. Y ello porque, siendo la ausencia de tales medidas,



el núcleo duro de la responsabilidad de la persona jurídica, el derecho a la presunción de inocencia exige que sea la acusación quien haya de sentar las bases fácticas que permitan afirmar la inexistencia de tales controles y, en último término, la responsabilidad de la corporación. A esta argumentación, añade el Tribunal Supremo la siguiente reflexión: si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, no puede sostenerse que tal actuación pese como una obligación sobre la empresa acusada, ya que ello equivaldría a decir que, para las personas jurídicas, no rigen los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

En definitiva, a pesar de la controversia planteada en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo -en la que la decisión mayoritaria se adoptó por una mayoría muy ajustada de 8 magistrados frente a 7 que suscribieron el voto minoritario- a día de hoy, precisamente porque contamos con una sentencia de Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal superior en todos los órdenes jurisdiccionales, parece que la corriente jurisprudencial mayoritaria, es la que atribuye la carga de probar la inexistencia y/o ineficacia de los programas de *compliance* a la acusación.

La cuestión de la carga probatoria, desde luego, no es baladí, en tanto que el esfuerzo probatorio que se hace recaer sobre la acusación a la

hora de acreditar la culpabilidad de la corporación puede conllevar, en ciertos casos, la necesidad de que la Fiscalía se adentre en la corporación para poder conocer su organización interna; y, en último término, cuando este esfuerzo investigador y probatorio resulte desproporcionado, podría conducir a la inaplicación práctica del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En todo caso, concordamos con la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo en entender que el enjuiciamiento de las personas jurídicas, al igual que el de cualquier otro acusado, ha de partir del respeto a los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal y el proceso penal. Y, en este sentido, la búsqueda de la eficacia en la persecución penal de las empresas no debe de llevar a desconocer sus derechos procesales más fundamentales, tales como el derecho de defensa o el derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, es también necesario considerar la radical diferencia que existe entre una persona física, con dignidad humana, y una persona jurídica, carente de aquel atributo. Será necesario, entonces, buscar un equilibrio entre la efectiva persecución penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en un proceso con todas las garantías que, respetando los derechos básicos de todo acusado, sepa también adaptar la dinámica procesal a la especial idiosincrasia y naturaleza de las empresas, en tanto que entes *“sin cuerpo que golpear ni alma que condenar”* (BARON THURLOW)..

W3Compliance

W3 CANAL DE DENUNCIAS

Minimiza los riesgos de tu empresa



W3 COMPLIANCE

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



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

En el caso de denuncias confidenciales, el 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

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



Se ofrecen versiones que se pueden consultar en la web:

<https://www.w3compliance.com>

Todas las versiones incluyen:

Soporte Técnico permanente

Propuesta de calificación jurídica de los hechos

Informe de recomendaciones y resultados



ÉTICA CONDUCTUAL, COMPLIANCE Y YO VERDADERO



Fernando Aguiar

Doctor en Filosofía
IFS-CSIC



en la teoría estándar como en la práctica cotidiana del *compliance*. Efectivamente, en lo que respecta a la práctica, las empresas “están sometidas a una presión cada vez mayor para llevar a cabo una supervisión agresiva al estilo del ‘orden y mando’” (Lagenvoort 2001, p. 1). Por otra parte, esa práctica agresiva ha estado inspirada por la teoría estándar del *compliance*, heredera de la concepción económica del derecho que concibe a la empresa en su conjunto y a cada uno de sus miembros en particular como maximizadores de utilidad racionales y egoístas que sólo cumplen con la ley si el beneficio de hacerlo es mayor que el coste. De esta forma, para mejorar la eficacia de las medidas de *compliance* el único remedio natural consistirá en imponer severos castigos y sanciones.

La teoría estándar de la elección racional ha tenido un destacado papel, sin duda, en el desarrollo de las teorías del cumplimiento (Aguilera, 2020). Pero en demasiadas ocasiones su aplicación mecánica –tanto en la teoría como en la práctica– ha llevado a soluciones tan rígidas como las que he caricaturizado al principio. Los críticos de ese enfoque vienen exigiendo desde hace tiempo que se preste mayor atención a las normas, a la cultura ética empresarial y a la confianza para obtener mayores “índices de cumplimiento que los de la supervisión de alta presión” (Lagenvoort 2001, p. 2), que sigue estando respaldada por las empresas.

2. Los sesgos de la conducta moral: racionalidad limitada, eticidad limitada y yo verdadero

Frente al individuo egoísta de la teoría estándar del *compliance* racional, que

1. La teoría estándar del cumplimiento: análisis coste-beneficios

En una de las definiciones más conocidas de *compliance* se presentan de manera sencilla los tres actores principales de la autorregulación empresarial. Según M. H. Baer, “el cumplimiento (*compliance*) es un sistema de medidas que adoptan las organizaciones para determinar si se producen violaciones de la ley y para asegurar a las autoridades que se están tomando medidas” (Baer, 2009, p. 591). Así, como en una obra de teatro no muy compleja, estas “*dramatis personae*” parecen tener un papel bien definido. Por un lado, nos encontramos con dos abnegados vigilantes del orden y la buena conducta, los responsables de las organizaciones y las autoridades; por otro lado, nos las vemos con unos villanos que

tratan de violar la ley. Sabemos desde el comienzo mismo de la obra que se trata de un drama, no de una comedia, pues la conducta ilegal e incívica de los malvados provoca pérdidas en las empresas que se elevan a miles de millones de dólares sólo en EE UU (Ariely, 2008). De esta forma nos enteramos que los malvados, carentes de principios morales, violan la ley en su propio beneficio, obligando a las empresas a actuar con dureza frente a ellos. No queda otro remedio. Las autoridades, satisfechas con esa actuación, se abstienen de castigar a las empresas que cumplen con la ley autorregulándose.

Esa obra rígida y sin matices, más parecida a una tragicomedia que a un drama, se ha representado con frecuencia y se sigue representando tanto



demuestran. Si la revolución conductual ha transformado nuestra idea de la acción racional, también está cambiando la concepción puramente racional de la ética. Lejos de ser egoístas y calculadores recalitrantes o, por el contrario, moralmente perfectas, las personas están sometidas a múltiples sesgos y limitaciones. El desarrollo de la idea de una racionalidad limitada, producto de la revolución conductual en psicología y ciencias sociales, se ve acompañado hoy por la concepción de una "eticidad" limitada, como ponen de manifiesto la psicología moral y la ética experimental (Aguar et al 2020). ¿Qué quiere decir esto y cómo afecta al *compliance*?

Por seguir con el símil teatral con el que hemos empezado, esto quiere decir que los personajes de nuestra obra -organizaciones, autoridades y quienes violan la ley (según el "libreto" de Baer)- son personas reales capaces de actuar en su propio beneficio más allá de lo permitido o en beneficio de todos más allá de lo exigido, pero que también se autoengañan, se dejan llevar por emociones de todo tipo (ira, culpa, orgullo...), se contradicen, se arrepienten (Pérez Triviño, 2020). La representación realista de las personas en el seno de una organización las muestra sometidas a múltiples sesgos y tensiones emocionales que afectan a su conducta moral.

Sabemos, por ejemplo, que las personas suelen creer que su comportamiento es más ético de lo que es -nos creemos mejores de lo que somos- y cuando se les hace ver que no es así justifican ese comportamiento o se dejan llevar por la ira. En un interesante experimento se demuestra que nos creemos más guapos de lo que somos: si se nos enseñan tres fotos de nosotros mismos y nos preguntan cuál nos representa mejor es muy probable que elijamos la que está retocada para parecer más guapos, no la que está retocada para parecer más feos o la que de verdad nos representa mejor (Epley y Whitchurch, 2008). Del mismo modo, si realizamos una acción inmoral (insultar y tratar de pegar a alguien por una disputa menor) y otra moral (ayudar a una persona necesitada) consideraremos que nuestro verdadero yo es el moral. Como se ha mostrado en diversos trabajos de ética experimental estamos convencidos en general de que nuestras acciones son morales (aunque a veces no lo sean, pues no somos seres angelicales): nos tenemos, pues, por seres más guapos y más buenos de lo que somos. Esta idea del verdadero yo moral (sesgado) tiene una clara traducción en el

ámbito del *compliance*:

Justificarse por no cumplir (Self-Justified Non-Compliance): A diferencia de los casos de cálculo racional y egoísta del incumplimiento, nos encontramos aquí con un razonamiento racional ético sesgado. La persona sabe que se enfrenta a un dilema moral (cumplir o no cumplir para beneficiarse), acepta que ese dilema existe, no se trata de mero análisis coste-beneficio, pero su interés egoísta le lleva a una evaluación incorrecta de la situación y a comportarse inmoralmemente. En otras palabras, la persona no es consciente de que sus intereses están afectando a sus juicios morales. No existe aquí una persona que calcula racionalmente. La justificación del comportamiento poco ético se basa en la imagen moral previa de esa persona: dado que considera que su yo verdadero es moral justifica su falta de cumplimiento sin reconocer que actúa por interés egoísta. Un interesante trabajo experimental demuestra que este tipo de autoengaño es más frecuente cuando la gente encuentra "formas creativas de justificarse a sí misma" (Feldman y Kaplan, 2019).

Ceguera frente al propio incumplimiento (Self-Blinded Non-Compliance): En este caso, la persona es completamente ciega a la existencia de un dilema moral, sobrevalorando los hechos que pueda parecer que le dan la razón en su comportamiento. No existe aquí justificación de lo que se hace sino negación total de que lo que se hace esté mal. Y no se niega por hipocresía, sino por verdadera convicción de que se ha actuado correctamente, de que se es una persona sin tacha. También en este caso se ha demostrado experimentalmente que la gente tiene a despreciar y olvidar los hechos que demuestran su comportamiento inmoral (Feldman y Kaplan, 2019).

Emociones y sesgos éticos: tal y como apuntan Treviño et al. "queda mucho que aprender sobre los complejos efectos de las emociones y todavía más sobre lo que implican esos efectos para la conducta (in)moral en las organizaciones" (Treviño, L. et al, 2014, p. 635). Un ejemplo claro sería la ira y la venganza, que se relacionan con conducta inmorales en el trabajo cuando son producto del comportamiento justiciero de algunas personas que se sienten maltratadas y buscan la forma de perjudicar a la empresa. Aun sabiendo que lo que hacen no está bien les parece irreprochable porque es justo.

3. ¿Qué medidas tomar?

Las personas no actúan siempre mal a sabiendas, calculando costes y beneficios. A menudo no son conscientes de que actúan mal, se justifican, se engañan y se ciegan para defender lo que creen que es su verdadero "yo moral". No calculan nada. Esto genera un problema a las teorías del *compliance* basadas en el cálculo racional, pues el castigo por incumplir resultará incomprensible a quienes justifican su comportamiento incorrecto o no son conscientes siquiera de él: ¿por qué me castigan si todos hacen lo mismo? ¿Cómo no voy a robar si la empresa me

roba a mí? Esto provocará reacciones muy negativas de ira o, como hemos visto, justicieras. La teoría debe ofrecer a los/as *compliance officers*, por lo tanto, herramientas que mejoren los índices de cumplimiento sin limitarse a la "mano dura". Los responsables de los programas de *compliance* deberán ayudar a los infractores a entender su propia conducta y a superar sesgos y autoengaños. La literatura experimental demuestra que "hacer algo tan simple como recordar las normas morales en el momento de la tentación puede hacer maravillas para disminuir el comportamiento deshonesto" (Ariely, 2013, p. 52). Esto no deja de ser una

forma de recordar a los infractores cuál es su verdadero yo moral (o cuál creen que es), a saber, un yo que no comete delitos.

Más allá de las sanciones, los programas de cumplimiento deben incidir en la identidad moral de las personas para fomentar una conducta apropiada con respecto a la organización. Apoyarse en esa identidad reforzará la autoestima entre quienes cumplen y la restaurará (mediante el sentimiento de culpa) entre quienes incumplen, mejorando la conducta moralmente correcta en relación con la organización.



STA. C. DE TENERIFE 2022

X CONGRESO NACIONAL DE AUDIOTRIA

"El sector público ante la nueva economía en la UE"

10 y 11 de noviembre de 2022

Auditorio Adán Martín de Sta. C. Tenerife

<https://fundacionfiasep.org/x-congreso-nacional-ap/>

Organiza:



Apoyo institucional:



Entidades patrocinadoras:



NUESTROS VALORES Y CULTURA

Detrás de una actividad que impulsa el reciclaje y el cuidado del medioambiente, hay un gran equipo de personas que hacen posible que la recogida selectiva de envases sea una realidad para el 99% de la población española y que llevan más allá de su responsabilidad el cuidado de nuestro planeta.

En Ecoembes fortalecemos el talento y liderazgo de nuestro equipo en el desarrollo de sus responsabilidades. Un compromiso irrenunciable para que, a su vez, nuestros interlocutores se sientan escuchados y partícipes en la misión común de trabajar para que la economía circular sea una realidad en nuestra sociedad.



EL COMPROMISO DE ECOEMBES: La buena Gobernanza desde el sector medioambiental



Begoña de Benito

Directora de Relaciones Externas de Ecoembes



En estos momentos de transformación, en los que estamos dibujando cómo será el futuro y cambiando lo que hace muy poco creíamos que serían pasos seguros, tenemos más claro que nunca la necesidad de evolucionar de manera constante reconfigurando nuestras percepciones y valores y adaptando nuestras organizaciones a estas nuevas realidades y a nuevos espacios de relación con nuestros grupos de interés.

Al igual que hacen los ecosistemas naturales, tenemos que ir perfeccionando nuestra complejidad para dar respuestas adecuada a los nuevos desafíos, mejorando los sistemas, pero controlando la entropía que todo cambio genera.

En el caso de Ecoembes, esto es una tarea compleja dada nuestra naturaleza, pues somos una entidad sin ánimo de lucro que representa a más de 12.000 empresas y que nace para responder a sus requerimientos ambientales en cuanto a la gestión de los

residuos de envases de plástico, metal, papel cartón, cartón para bebidas y madera que los ciudadanos generamos en nuestros hogares, incluso fuera de ellos, cuando consumimos productos envasados.



A ello hay que añadirle también el hecho singular de que Ecoembes desempeña un papel financiador de un servicio público, el de la recogida y el tratamiento de esos mismos residuos de envases domésticos. Por tanto, tenemos un **alto compromiso ambiental con la sociedad española y con gran parte de sus agentes activos: empresas, administraciones públicas y ciudadanía.**

Porello, en nuestro caso, ser **transparentes en las acciones y ambiciosos en nuestra responsabilidad con el medio ambiente** no es una opción, sino parte de nuestra mirada hacia el mundo y nuestra aportación a **promover la circularidad en la gestión de los residuos de envases.**

Así mismo, Ecoembes trabaja en la **mejora continua de su gobernanza**, y estamos en constante evolución para avanzar en nuestra responsabilidad como organización.

En este marco es en el que nace en enero de 2022, como parte de nuestra visión estratégica de futuro, nuestro **nuevo modelo de Gobierno Corporativo**, una palanca que nos permite afrontar la transformación circular en la que estamos ya inmersos y que nos plantea una nueva visión de la gestión de los residuos de envases domésticos como parte esencial en la transición de una economía lineal a circular.

Esta nueva gobernanza se basa en la apertura, el valor compartido, la integridad, la transparencia y la escucha activa, piezas necesarias para que el buen funcionamiento y la toma de decisiones en una organización como la nuestra pueda responder con fortaleza a los desafíos ambientales y sociales que enfrenta nuestra actividad. Una nueva gobernanza que toma como referencia las mejores prácticas y tendencias en la materia.

El **modelo de gobierno corporativo** de Ecoembes está ahora más **alineado con los objetivos de la organización**, que ve mejorados también los valores, principios y procedimientos que han de seguir tanto sus órganos de gobierno y estructura interna como las relaciones con los grupos e interés.

Entre sus principios también están los de **velar por la reputación corporativa, garantizar la calidad informativa, preservar el equilibrio y proporcionalidad de poderes, promover la formación continua de nuestros consejeros y consejeras o garantizar una sucesión ordenada de los altos cargos de la entidad.**

Uno de los aspectos que se ha mejorado ostensiblemente, y que también está

entre los principios del nuevo modelo de gobernanza, es la **capacidad de ampliar el diálogo y la participación de las empresas que componen Ecoembes así como de las principales asociaciones empresariales.** Aunque sus relaciones ya eran intensas en otras áreas, por ejemplo, en el terreno de la innovación y el ecodiseño de envases más sostenibles y reciclables, ahora las empresas que forman parte de nuestra organización contarán con nuevos espacios de colaboración como son diferentes comisiones especializadas donde podrán aportar sus conocimientos para la mejora del sistema de gestión de Ecoembes basado en los criterios de la economía circular.

Este último punto, viene a reforzar enormemente la estructura de Gobernanza de la organización, que ahora cuenta con cinco **Comisiones Asesoras del Consejo de Administración, además de comisiones delegadas del Consejo -de Auditoría, de Nombramientos y Retribuciones y de Integridad-, y de seis Grupos de Trabajo en áreas específicas.** A destacar también la **activación de un**

Consejo Asesor, propositivo del consejo y con foco en Plan Estratégico, formado por voces expertas y representantes de diversas organizaciones de la sociedad civil.

Si los tiempos cambian, hay que cambiar con ellos, incluso cambiar antes que ellos para poder liderar lo que está por venir. Las transformaciones que hoy tenemos en marcha a nivel global apenas tienen parangón con procesos similares del pasado. Y entre estos nuevos cambios de paradigma, la economía circular es uno de los más poderosos vectores disruptivos.

En Ecoembes nos inspiramos siempre en quienes no solo lo hacen bien, sino que se esfuerzan constantemente por hacerlo mejor. Cambiar, avanzar y adaptarse componen una visión que ha permitido al ser humano desarrollar la civilización desde hace miles de años. Hoy, ese cambio es más necesario que nunca, especialmente desde los compromisos para la nueva gobernanza en organizaciones y empresas.



NMX.es

Apostamos por estrategias centradas en las personas ♥

APUESTA POR UNA NUEVA EXPERIENCIA #SOMOS ÁGILES

Sabemos que el tiempo es un factor decisivo para tu firma legal.

Contar con la experiencia de un equipo que lo entienda, te dará tranquilidad.

SERVICIOS PROFESIONALES

- Imagen corporativa
- Catálogos, flyers y roll-ups
- Diseño visual de documentos
- Web & Social media
- Producto digital
- Consultoría



hello@nmx.es
T. 654409124



NEUROMARKETING EXPERIENCES



REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 36/2022, DE 20 DE ENERO

Dña. Carmen Lamela Díaz

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

STS 320/2022, DE 30 DE MARZO

D. Javier Hernández García

SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

AUTO 179/2022 DEL 14 DE MARZO

D. Fermín Javier Echarri Casi

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Nº 264/2022, DE 18 DE MARZO

D. Andrés Palomo del Arco

SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

AUTO 165/2022, DE 09 DE MARZO

D. Juan Francisco Martel Rivero

AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN

ABREVIADO 0000061 /2017

D. Manuel García-Castellón García-Lomas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 36/2022, DE 20 DE ENERO

Dña. Carmen Lamela Díaz

La Sentencia del Tribunal Supremo, 36/2022, de 20 de enero, se pronuncia sobre un caso de estafa, en el que había habido condena por parte de la Audiencia Provincial de Granada, siendo la misma revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Los hechos declarados probados y que son analizados por el Tribunal Supremo consisten en la actuación llevada a cabo por el administrador persona física de una sociedad mercantil quien representando a la misma en el ejercicio de su actividad de asesoramiento fiscal a otra entidad mercantil y basándose en la supuesta existencia de una deuda por los servicios prestados en esa labor de asesoramiento, decide unilateralmente solicitar la devolución de los importes del IVA, en dos ocasiones, consignando en los correspondientes modelos tributarios, a efectos de la devolución, una cuenta bancaria titularidad de la sociedad de asesoramiento.

El Tribunal Supremo casa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, dictando una nueva condena coincidente en esencia con la de la Audiencia Provincial, sobre la base de considerar que concurren los dos elementos típicos de lo injusto; esto es, el engaño bastante y el ánimo de lucro.

Concurre el “engaño bastante”, ardid consistente en indicar una cuenta que no era la del obligado tributario, omitiendo, con deslealtad profesional hacia su cliente, los datos necesarios para que la transferencia pudiera llegar correctamente al destinatario a quien le correspondía dicho derecho.

También cabe apreciar el ánimo de lucro, por cuanto el acusado persona física adeudaba a la víctima importes correspondientes a unos trabajos de carpintería, que habían generado una deuda de importe superior.

Destaca el Tribunal Supremo en su sentencia que con la maniobra consistente en recibir el importe de las devoluciones del IVA no se perseguía, en realidad, un mecanismo compensatorio para saldar las referidas deudas, sino la finalidad de cobrar directamente sin compensación alguna; cobro que era indebido por, precisamente, no haberse realizado con carácter previo la oportuna liquidación de los créditos y deudas.

A los efectos de estos comentarios

jurisprudenciales, en relación a la cuestión de posible infracción del artículo 31 bis del Código Penal, planteada por la defensa, al considerar improcedente la condena de la sociedad mercantil de asesoramiento, al ser el único responsable real de la sociedad el administrador persona física y por tanto, titular de la mercantil constituida como sociedad limitada, resultando, por tanto, “que si se condenara a la empresa se estaría penando dos veces el mismo hecho”, el Supremo aclara que el recurso parte de una base errónea, porque el administrador no es socio, estando la totalidad del capital suscrito por su esposa, con quien está casada en régimen de separación de bienes. Por ello, la condena a la mercantil no supone una doble penalidad, ya que, siendo administrador, pero no socio, en nada le afecta la condena que se le imponga a la mercantil. A este respecto el Supremo hace mención a la jurisprudencia tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 5 de abril de 2017 (asunto Massimo Orsi y otros)) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Kiiveri c. Finlandia, de 10 de febrero de 2015, Pirttimäki c. Finlandia, de 20 de mayo de 2014 y Heinanen c. Finlandia, de 6 de enero de 2015 (párrafo 37)).

Otro aspecto de interés del que se ocupa la sentencia es de la posible modulación de las penas de multa, al haber sido sancionadas con las mismas, tanto el administrador persona física como la persona jurídica. La sentencia repasa los criterios sostenidos en pronunciamientos anteriores:

En la sentencia de Pleno núm. 154/2016, de 29 de febrero se aludía a las previsiones del art. 31 ter. 1, último inciso, CP como vía para evitar una respuesta desproporcionada entre la suma total de las multas y la gravedad de los hechos, aunque precisando que esta modulación no podría suponer una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo legal.

En la sentencia núm. 583/2017, de 19 de julio se aclara que la modulación debe aplicarse cuando se imponen multas a personas jurídicas *que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son, a su vez, responsables penales y por tanto merecedores de una multa.*

En la sentencia núm. 746/2018, de 13 de febrero, se excluía la aplicación del precepto (31 ter. 1 último inciso) a las sociedades unipersonales, cuando la persona física único titular del capital fuera el condenado, por cuanto en estos

casos, el problema sería de afectación del principio *non bis in idem*.

Se aclara en esta sentencia que la modulación está prevista para los casos en el socio condenado es también administrador, especialmente si es socio mayoritario o tiene una posición relevante o significativa, para evitar un castigo pecuniario desproporcionado. Finalmente, se dan reglas para proceder a la modulación, señalando el Tribunal Supremo que *habrá que individualizar las penas correspondientes a la persona física y a la jurídica y, a continuación, tener en cuenta el “techo infranqueable” y el “suelo”. De esta forma, en relación al techo señalábamos que “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 cuanto al suelo, indicábamos que “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.”*

Finalmente, en la sentencia núm. 118/2020, de 12 de marzo, se insiste en que uno de los supuestos en los que debe entrar en juego la cláusula moderadora del art. 31 ter, inciso primero, CP es aquel en el que la persona física condenada, que es, a su vez, administradora, es cotitular “de forma relevante” del ente también condenado penalmente, pero que el mandato de “modulación” no autoriza, en relación con cualquiera de los condenados, ni para cancelar la multa, ni para rebasar por debajo los mínimos establecidos. Por último, añade, con cita expresa de la jurisprudencia europea antes señalada, que el precepto no plantea un problema de bis in idem cuando se condena tanto a la persona jurídica como a su administrador no siendo este el único socio.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 264/2022, DE 18 DE MARZO

D. Andrés Palomo del Arco

En la Sentencia del Tribunal Supremo, 264/2022, de 18 de marzo, se resuelven los recursos de casación presentados por las partes, contra Sentencia núm. 22/2020 de fecha 20 de enero de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Quinta, que había condenado a una persona física, que actuaba como agente de seguros de una compañía aseguradora como autora penalmente responsable de los delitos continuados de estafa y de apropiación indebida. La sentencia condena igualmente a la compañía aseguradora como responsable civil subsidiaria por algunos de delitos (no así, en otros) y absuelve a una persona jurídica instrumental de la que se había valido la persona física, para llevar a cabo su actividad delictiva.

Resulta interesante, a los efectos de estas notas, referirnos a los recursos de casación que se alzan frente a la absolución de la persona jurídica "instrumental", por parte de las acusaciones y frente a la condena a la compañía aseguradora como responsable civil subsidiaria por alguno de los delitos.

Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, porque, tal y como sostiene la aseguradora en su recurso, si la relación de la compañía no lo era formalmente con la persona física condenada (que hacía años que había dejado de ser agente de la compañía de seguros), sino con la persona jurídica - sociedad instrumental creada para la consecución de los fines delictivos por el autor de los hechos-, podría pensarse que no procede la declaración de responsabilidad civil subsidiaria al resultar absuelta la mentada sociedad instrumental por la Audiencia Provincial.

Paralelamente, a las acusaciones particulares les interesa recurrir la absolución penal de la persona jurídica o sociedad utilizada por la persona física para la comisión delictiva, como una suerte de recurso adhesivo, para el caso, precisamente, de que por la absolución de esta persona jurídica, pudiera quedar abierta la posibilidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo en que, acogiendo la tesis de la aseguradora, se apreciase la falta de responsabilidad civil subsidiaria de la misma, al no existir relación directa formal entre el autor penalmente responsable y la pretendida responsable civil subsidiaria.

El mismo argumento, por tanto, puede esgrimirse, tanto para justificar la absolución penal de la persona jurídica, como para sostener la condena a la aseguradora como responsable civil subsidiaria, ya que, recogiendo los propios términos de la resolución recurrida, el Tribunal Supremo, que desestima en este punto los recursos de aseguradora y acusaciones particulares, se encarga de recordar que esa persona jurídica es "una sociedad unipersonal, sin una organización diferenciada de la voluntad del único socio, que ha sido un mero instrumento de los delitos, cuyas acciones se han llevado a cabo, directa y personalmente por la persona jurídica, cuyo patrimonio se haya confundido con el de la sociedad, diluyéndose la actuación de esta, ante el comportamiento de su socio y administrador único.

Es decir, no es que se haya levantado el velo societario, sino que este era traslúcido y transparente; de forma que no cabía ponderar la existencia de la SLU con personalidad independiente de su socio y administrador único. Por más restrictiva que resulte la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica como ente diferenciado de su socio y administrador único, en autos resulta inexcusable, se acomoda plenamente a la muy desarrollada doctrina jurisprudencial de su aplicación "cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia".

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO STS 320/2022, DE 30 DE MARZO

D. Javier Hernández García

La Sentencia del Tribunal Supremo, STS 320/2022, de 30 de marzo, resuelve recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, por una sociedad mercantil y por su administrador persona física, tras una condena contra estos últimos por delitos medioambientales.

Lo más provechoso, a los fines de estas notas, es la respuesta del Tribunal Supremo al recurso de la persona jurídica, que, bajo la fórmula de un aparente único motivo de impugnación, infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por la indebida aplicación de los artículos 328 y 325.2, ambos del CP, en relación con el artículo 25 C.E., se alza, frente a dos supuestos gravámenes.

El primero sería la falta de tipicidad en relación con el delito imputable a la persona jurídica, puesto que faltaría identificar en los hechos declarados probados un presupuesto de la imputación penal de la persona jurídica, como es el beneficio directo o indirecto por ella obtenido.

El segundo consistiría en la infracción del principio *non bis in idem*, pues la mercantil ha sido sancionada administrativamente en diversas ocasiones por hechos que integran la conducta típica. Esta circunstancia provocaría un efecto oclusivo con la sanción penal, en los términos precisados en la STC 177/1999, o, al menos, la obligación de descontar el importe de las sanciones administrativas de la pena de multa impuesta en la sentencia.

Siendo el beneficio directo o indirecto para la persona jurídica un presupuesto de imputación objetiva del resultado en que consista el delito cometido por la persona física y siendo necesario que la concurrencia de ese beneficio esté suficientemente motivada en la sentencia, el Supremo entiende que no cabe duda de que sí concurre dicho beneficio en este caso, así como la suficiente motivación del mismo en la sentencia.

Recuerda el Supremo que no puede obviarse en este caso, la estructura fuertemente personalista de la sociedad condenada, sin más socios que el propio administrador, por lo que todos los actos por él realizados a través de esa persona jurídica, van a reportarle tanto a él como a la sociedad beneficios económicos.

Según el Supremo, cuando el representante o gestor es además socio mayoritario de la persona jurídica todos los actos realizados por él como administrador de la sociedad y que estén incluidos en el objeto social, deben considerarse realizados en su beneficio. Dice la sentencia:

"En estos casos, la característica del resultado ventajoso como resultado absolutamente esperable de la propia actividad societaria comporta que pueda trazarse un juicio de imputación objetiva ex ante. Todo lo obtenido por el gestor, partícipe, además, principal de la mercantil, beneficia a esta pues, entre otras razones, justifica su propia continuidad en el tráfico jurídico. Por otro lado, la conducta individual del gestor se convierte en una manifestación de la propia tolerancia de la persona jurídica

ca hacia la actuación ilícita por lo que cabe inferir razonablemente que se está realizando en su provecho".

En relación a la supuesta vulneración del principio *non bis in idem*, en relación a las previas sanciones administrativas impuestas a la sociedad por hechos que integran la conducta típica, el Supremo hace un repaso sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Según recoge la sentencia que ahora comentamos, el TJUE admite, al igual que el TEDH, que el artículo 50 CDFUE no se opone a que la normativa nacional permita incoar un proceso penal contra una persona determinada luego de haber impuesto a esa misma persona una sanción administrativa, aunque se requiere que exista una conexión temporal y material entre ambas sanciones; se persiga un objetivo de interés general que justifique la acumulación de procedimientos y sanciones; los procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias; exista una normativa que garantice la coordinación entre esos procedimientos y sanciones, para limitar la carga adicional a lo estrictamente necesario, respetando, en conjunto, el principio de proporcionalidad.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo hace una interesante reflexión al señalar, después de comprobar todos los expedientes administrativos incoados por los mismos hechos, concluyendo que "al igual que el tipo del artículo 325 CP no exige que cada acción sea por sí misma idónea para producir el resultado de peligro prohibido, debiéndose valorar la idoneidad del conjunto de las subacciones, tampoco cabe exigir que cada acción administrativamente relevante lesione por sí la norma penal. Sin que dicha falta de correspondencia normativa neutralice la posibilidad de bis si los hechos materiales administrativamente sancionados adquieren valor normativo para integrar la acción penalmente relevante y la sanción penal responde a ese juicio de idoneidad conjunta."

Por lo expuesto, como respuesta a la existencia de vínculos materiales - fácticos y temporales entre los mecanismos sancionatorios, administrativos y penales, y a la obligatoria necesidad de coordinación interna para impedir que la respuesta

sancionatoria resulte desproporcionada en relación con el desvalor de la conducta en su totalidad y con los principios retributivos y de prevención general de la pena, la Sentencia que comentamos concluye que lo que procede no es dejar sin efecto la sanción penal, sino descontar de la sanción penal, la impuesta y ejecutada en el previo procedimiento administrativo.

AUTO 165/2022, DE 09 DE MARZO, DE LA SECCIÓN 4ª DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL. ROLLO DE APELACIÓN Nº 107/22

D. Juan Francisco Martel Rivero

El Auto de la Audiencia Nacional 2098/2022, de 09 de marzo, resuelve el recurso de apelación presentado por una persona jurídica contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6, de 30-9-2021, por el que, entre otros extremos, se ordena la transformación de unas Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, ante la posible comisión de unos hechos presuntamente constitutivos de cohecho, prevaricación administrativa, revelación y aprovechamiento de información reservada, tráfico de influencias, fraude a las administraciones públicas y pertenencia a organización criminal, de los que resulta una posible responsabilidad penal de una persona jurídica, cuya representación procesal recurrió solicitando la revocación y consiguiente dejación de efectos del auto de transformación, solicitando que se dictase una nueva resolución en la que se acordase el sobreseimiento provisional y archivo de la causa respecto de la recurrente.

La pretensión de la recurrente se basaba fundamentalmente en lo siguiente:

a) El auto recurrido no aplica los fundamentos en que se sustenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual no debe responder criminalmente por supuestos hechos punibles de terceros, salvo que se hubiera hecho posible o se hubiera facilitado la comisión del delito por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa, lo que no acontece en el caso de autos.

En este sentido, el recurso considera que la persona jurídica investigada contaba con un sistema de Compliance, o cumplimiento normativo y prevención de delitos, que era adecuado y eficaz, como se había acreditado pericialmente, sin que ni el

instructor ni las acusaciones hubieran podido acreditar deficiencias concretas respecto el mismo.

b) El recurso sostiene igualmente que la compañía investigada ejerce un correcto y adecuado control sobre directivos, empleados, consultores y agentes externos.

c) Los hechos descritos no suponen un beneficio, sino un perjuicio para la persona jurídica investigada.

d) Además, se hace referencia a la colaboración de la persona jurídica en la instrucción de los hechos y a que la misma había adoptado medidas reactivas internas adecuadas, como la suspensión y posterior extinción de los contratos laborales suscritos con las personas físicas investigadas, así como modificado y adaptado sus propios planes de cumplimiento normativo.

La Audiencia Nacional, sin embargo, en el auto que comentamos, desestima el recurso de apelación al considerar que el auto recurrido se encuentra plenamente justificado de acuerdo con su finalidad y alcance.

En primer lugar, la Audiencia recuerda que el auto de incoación del Procedimiento Abreviado, que es el tipo de resolución recurrida, cumple la triple función de concluir las Diligencias Previas (sin perjuicio de la petición de alguna diligencia complementaria); acordar, en su caso, la continuación del trámite a través del Procedimiento Abreviado cuando se estime que los hechos pueden constituir alguno de los delitos del artículo 757 LECrim, y trasladar - con meros efectos de ordenación del procedimiento- las actuaciones a las partes acusadoras y, en función de sus escritos de acusación, acordar la apertura de juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento de la causa.

El contenido, por tanto, del Auto de transformación de las Diligencias Provisionales en Procedimiento Abreviado es doble y eminentemente fáctico: la determinación de los hechos y la identificación de las personas imputadas.

En este sentido, señala la Audiencia, el recurso de apelación no puede prosperar, porque, existen indicios de participación delictiva de la persona jurídica apelante, sin que, por la entidad de estos indicios, ni por la fase en la que se estos se ponen en evidencia - habiendo concluido ya las diligencias de investigación-, pueda

compararse el caso enjuiciado con otros que se citan como antecedentes de la propia Audiencia Nacional.

Al describir los sólidos o nítidos indicios de criminalidad, el Auto que comentamos establece que *contrariamente a lo que sostiene la defensa de la apelante, la conducta de su patrocinada tiene visos de delictiva, por hechos presuntamente enmarcados en los tipos del cohecho y del tráfico de influencias, respectivamente previstos en los artículos 427 bis y 430.2 del Código Penal, al hallarse implicada en la presunta trama criminal que operaba en el seno de los ayuntamiento con los que convenía los contratos de eficiencia energética cuestionados por sus visos de ilegalidad, corrupción y limitadores de la libre concurrencia en el mercado.*

Frente a las afirmaciones de la apelante de que la actuación empresarial de su patrocinada no se enmarca en las previsiones típicas del artículo 31 bis del Código Penal, el Auto recuerda la STS 583/17, de 19-7-2017, que alude a los elementos que deben concurrir para enervar la presunción de inocencia de las personas jurídicas; esto es, a) la actuación en representación de la persona jurídica; b) la actuación en beneficio o provecho para la entidad, y c) inexistencia de un efectivo sistema de control para anular o disminuir el riesgo penal en el seno de la persona jurídica.

El Auto continúa señalando que la concurrencia de todas estas notas no puede descartarse en este caso, porque aunque es cierto que la persona jurídica contaba con un plan de cumplimiento y se adoptaron medidas reactivas a lo largo de la instrucción, es evidente que *su director general y los responsables de los departamentos comercial y de producción, así como otros empleados, obviaron, en beneficio directo o indirecto de la entidad, los protocolos de cumplimiento normativo y el código ético de la compañía, en la que al parecer fallaron los mecanismos de prevención de conductas irregulares, con producción de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión por parte de la persona jurídica.*

Todas esas apreciaciones se insertan en el auto recurrido, cuando se mencionan las actividades presuntamente delictivas en una serie de Ayuntamientos que se identifican con precisión y, según establece el auto expresamente *con las diligencias acordadas y practicadas se han recabado indicios de la posible comisión por la recurrente de hechos presuntamente constitutivos de los*

delitos que se le achacan en el auto de transformación procedimental, con el fin de acaparar mayores cuotas de mercado mediante la entrega de dádivas a las autoridades y funcionarios municipales, que determinaba que desde los ayuntamientos se ofreciera documentación, datos y servicios públicos para la elaboración de pliegos y presupuestos propiciadores de una concertación y adjudicación privilegiada, contraria a la libre concurrencia de otras posibles ofertas.

Todas estas razones son las que determinan, en el auto que comentamos, que se desestime el recurso de apelación, sin que pueda acordarse ante esa acumulación de evidencias el pretendido sobreseimiento y todo ello, claro está, sin perjuicio de la plenitud alegatoria y probatoria que, en el ejercicio del derecho de defensa, asiste a las partes en el juicio oral.

AUTO 179/2022 DE 14 DE MARZO, DE LA SECCIÓN 4ª, DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL. ROLLO DE APELACIÓN 160/2016

D. Fermín Javier Echarri Casi

El Auto de la Sección 4ª, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 2118/2022, de 14 de marzo, resuelve recurso de apelación contra Auto de 14 de febrero de 2022, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, por el que se acordó que no procede el sobreseimiento y archivo de las actuaciones respecto de “Deloitte, SL”, en el marco de la investigación penal contra “Abengoa, SA”, por presunta falsedad contable y fraude de inversiones.

Los argumentos de la apelante son en esencia, los siguientes:

- 1) Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- 2) La investigada cuenta con un “modelo de cumplimiento eficaz y robusto”.
- 3) Ese modelo fue valorado positivamente por la propia Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en otras resoluciones judiciales (“caso Bankia”).
- 4) La investigada ha venido colaborando a lo largo del procedimiento, aportando todo tipo

de documentación e información, lo que también es prueba de la eficacia de su modelo de organización y cultura de “fidelidad al Derecho”.

5) Las alegaciones planteadas por las acusaciones sobre la ineficacia del modelo de cumplimiento no se corresponden a la realidad de lo practicado y evidenciado durante las diligencias de investigación y se producen después de “más de cinco años de silencio”.

Frente a la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la Audiencia Nacional discrepa de dicho planteamiento, porque entiende que la decisión judicial de no acceder al sobreseimiento está motivada, cumpliéndose los estándares del contenido esencial de este derecho que no es otro que el de obtener una resolución judicial fundada en Derecho, motivada para no causar indefensión y que, además, no se eluda por un excesivo rigorismo formal en la valoración de las eventuales causas de inadmisión.

Evidentemente, razona la Audiencia, lo que no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva es obtener una resolución que estime las pretensiones del justiciable, ni tampoco forma parte del contenido esencial de este derecho obtener una motivación que tenga precisamente la extensión deseada por quien impetra el pronunciamiento jurisdiccional.

En el caso presente, la Audiencia Nacional reconoce que la motivación puede ser escueta, pero también afirma que es contundente, porque explica claramente y de forma razonada que, de conformidad con el estado de la causa, la decisión de sobreseimiento es una pretensión prematura, puesto que la instrucción no ha finalizado todavía.

El Auto continúa exponiendo, con gran valor didáctico, las diferentes “ocasiones procesales” en que puede proceder el auto de sobreseimiento, pero insiste en que ello solamente podría ocurrir una vez finalizada la instrucción, tras una valoración conjunta y razonado de los indicios existentes y, además, solamente en los casos en los que resulte meridianamente clara la inexistencia de indicios de criminalidad. El Auto comentado coincide en este punto con el del instructor, al señalar que no parece que sea el caso que nos ocupa, máxime cuando se trata de causas complejas y cuando el propio instructor señala que

existen todavía diligencias de investigación pendientes.

En relación con la afirmación sostenida por la recurrente sobre la solidez de su modelo de cumplimiento, la Audiencia, tras realizar un repaso sobre los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recuerda que los modelos de cumplimiento no pueden concebirse “como una patente de corso”, sin que su mera existencia formal determine la exención o atenuación de la responsabilidad. Los programas de cumplimiento deben ser eficaces y útiles –argumenta la Sala-, habiendo de ser acreditada su aptitud para prevenir o minimizar razonablemente los riesgos de incumplimiento por la persona jurídica. Los factores que, con carácter ejemplificativo enumera la Audiencia Nacional y que pueden servir para valorar la eficacia de los modelos de cumplimiento son, entre otros, *la implantación respecto a todos los integrantes de la entidad, la existencia de mecanismos para la detección, neutralización y reacción ante la conducta infractora, así como para la sanción interna de los mismos o en su caso la denuncia ante las autoridades, lo que puede ser un indicio favorable a la apreciación de la eximente o atenuante.*

También hay que valorar la gravedad de la conducta, su extensión, las personas afectadas y las sanciones anteriores, pues son también factores que pueden influir negativamente en la valoración del programa de cumplimiento.

La Audiencia Nacional, en el Auto que comentamos, considera que aunque los medios de prueba sobre la eficacia de los programas de cumplimiento han de desplegar plenamente su eficacia durante el plenario, ello no obsta para que antes de llegar a la eventual apertura de juicio oral, pudiera acordarse el sobreseimiento respecto de la investigada “Deloitte, SL”; no obstante, concluye, que no es el momento procesal adecuado para decretar tal sobreseimiento, pues faltan diligencias de investigación por practicar y, además, los escritos de las acusaciones, señalando por ejemplo, determinadas sanciones del Instituto Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) contra “Deloitte, SL” y su auditor, “recogen datos reveladores de incumplimiento por parte de los auditores” “y contradicen cuando menos la versión de la recurrente”.

Por lo que se refiere a la vinculación de la Sala a la valoración del modelo de cumplimiento en otras resoluciones judiciales, la Audiencia Nacional señala

la que la prueba de la eficacia de los modelos de cumplimiento debe valorarse en cada caso concreto, en función de los concretos hechos con relevancia penal que se investiguen y de acuerdo con los tipos penales en que esas conductas puedan subsumirse. En definitiva, la valoración que se haya hecho del programa de cumplimiento en un caso concreto no puede extenderse a toda posible actuación futura, pues dicha pretensión sería contraria a los principios de prevención general y especial que se predicen de la sanción penal.

Por lo que se refiere a la colaboración que la recurrente había venido prestando durante la investigación, señala el auto comentado que es cierto que constituye una circunstancia atenuante (según el artículo 31 *quáter* b), pero que solamente podrá apreciarse cuando finalice la instrucción, o en todo caso, si se decide la apertura de juicio oral respecto de la apelante, objeto de prueba en el plenario.

Finalmente, en conexión lógica con todo lo anteriormente expuesto, la Audiencia Nacional también desestima el motivo de impugnación que se basa en el carácter artificioso o injustificado de las alegaciones incriminatorias de la acusación, pues, en todo caso, en una fase tan temprana de la investigación, no es posible descartar la eficacia del modelo de cumplimiento implantado por “Deloitte, SL”, y recuerda la Sala que aunque lo que deben rechazarse son los programas de cumplimiento mero “maquillaje”, tampoco puede descalificarse sin más un programa de cumplimiento por el hecho de que, en efecto, se haya cometido un delito en el seno de la organización. El riesgo cero no existe y es importante analizar en cada caso concreto la eficacia objetiva que podía objetivamente desplegar el plan de cumplimiento efectivamente implantado, para valorar adecuadamente la responsabilidad penal de la persona jurídica.

AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 6 DE 23 DE MARZO DE 2022 DICTADO EN DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000061 /2017

D. Manuel García-Castellón García

El Auto que comentamos comienza por recordar el objeto de la fase de instrucción penal, indicando:

El art. 299 de la LECRim establece que corresponde a la fase de sumario (o Diligencias Previas en el Procedimiento

Abreviado) realizar todas aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las de las responsabilidades pecuniarias de los mismos”, y precisando: “Esto no significa que en el afán de investigar puede practicarse cualquier diligencia de las que se soliciten por las partes, o cualquier actuación, sino que, en todo caso, las actuaciones o diligencias que se realicen en el proceso deberán atender a la finalidad esencial del mismo, la delimitación del hecho punible y de los presuntos culpables a fin de subsumir el hecho ilícito en el tipo penal que corresponda. En efecto, como tiene señalada la Jurisprudencia el derecho a la práctica de la prueba pertinente para las partes no se trasmuta en fase instructora en un derecho incondicionado a la práctica de todas aquellas diligencias que identifiquen relación con lo que es objeto del proceso. El estándar de admisión aplicable a las pretensiones de diligencias investigativas debe enriquecerse y junto al ítem genérico de la pertinencia, debe identificarse una sincrónica necesidad de acreditación indiciaria de los hechos justiciables, de tal modo que de no practicarse la diligencia se correría un alto riesgo de pérdida de la fuente de prueba o que de no practicarse la misma pudiera determinar una decisión de crisis anticipada por falta de indicios suficientes (STC 186/90). Acuerda no atribuir la condición de investigada a la entidad mercantil CaixaBank, SA, en unas diligencias previas por una supuesta estafa piramidal, por entender que no concurren indicios suficientes en relación a su posible responsabilidad penal.

Posteriormente el Auto que comentamos se alinea con las tesis del Ministerio Fiscal, frente a la solicitud de las acusaciones particulares que pretendían que la Caixa fuese traída al proceso como investigada, y después de recordar que el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido definido por la jurisprudencia como un modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio de la entidad, considera que:

A la hora valorar en la fase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el “fundamento” de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas

orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y “el presupuesto” para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el CP por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento de que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad). Es decir, una vez verificado que se ha cometido el delito (presupuesto), deberá examinarse el sistema de “respeto al Derecho” existente en el ámbito de la organización; habrá de valorarse si existe un sistema eficaz de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, capaz de evitar la comisión por parte de éstos del delito cometido (de entre los enumerados en el Libro II CP). De este modo, lo delictivo no es carecer de un sistema de “respeto al Derecho” implantado en la organización. Una persona jurídica puede funcionar en el tráfico sin un sistema de prevención de delito o “compliance” (esto, por sí solo no es una conducta típica). Tampoco puede exigirse responsabilidad a la persona jurídica por la mera comisión por alguno de sus directivos o empleados de alguno de los delitos previstos en el Libro II del Código Penal y que pueden dar lugar a la responsabilidad del ente social. Para que la persona jurídica sea condenada, se precisa, primero, la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; segundo, que el delito haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. Y tercero, además, será necesario establecer que las medidas de prevención podrían haber evitado su comisión. Por lo tanto, a la persona jurídica se le imputa 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 su

organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta. Por tanto, no se trata tan solo de acreditar que no existía un sistema de prevención que impidió la comisión del delito, sino que deberán establecerse qué medidas concretas podrían haber evitado precisamente la comisión del delito investigado.

En definitiva, no se trata solamente de acreditar que no existía un sistema de prevención (sistema de compliance), que hubiera impedido la comisión del delito, sino que deberán quedar claramente determinadas las medidas concretas que podrían haber evitado, precisamente, la comisión del delito investigado.

Y aplicando estas consideraciones al caso concreto el magistrado llega a la convicción de que:

No se dan los presupuestos necesarios para atribuir, indiciariamente, la comisión de los delitos que se investigan a la entidad CAIXABANK. En primer término, las partes solicitantes no concretan de qué modo cabe hacer alusión a un delito propio de la mercantil. Como bien señala el Ministerio Público, en tales peticiones únicamente se alude a que se ha cometido un conjunto de delitos por personas que ocupaban cargos directivos en la entidad bancaria. Sintetiza dicho Ministerio que la petición de atribución de la condición de investigada de CAIXABANK se sustenta en que “el director y subdirector de la oficina 8901 habrían participado en la estafa piramidal ejecutando operaciones circulares, en la emisión de certificados de toma de razón, por la responsabilidad contraída en operaciones de inversión en actividades de juego y tragaperras, siendo dichas actividades sospechosas de blanqueo de capitales y en definitiva por la no adopción de medidas de control del blanqueo”. De ahí infiere el Ministerio Fiscal que no se acredita que la entidad bancaria se hubiera concertado con los investigados para la comisión del fraude a terceros, ni se ha constatado el interés de la mercantil en tal ilícita actividad, sin perjuicio de la condición de responsable civil que ostentase dicha mercantil, como sucesora de BANKIA. En síntesis, debemos poner de manifiesto

que ninguna de las partes ha concretado el delito corporativo que habría cometido la entidad financiera, más allá de las alusiones genéricas a la infracción de la normativa anti-blanqueo de dinero. No se perfila en modo alguno qué acto o actos delictivos habría llevado a cabo CAIXABANK, en qué medida los hechos cometidos se habrían ejecutado en su nombre o por su cuenta y en su beneficio, directo o indirecto ni, por lo tanto, es dable afirmar que estemos ante un hecho propio de la persona jurídica. Ha de significarse que las conductas investigadas se encapsulan o circunscriben a los hechos cometidos por un director y un subdirector de una concreta oficina bancaria, la núm. 8901. De ahí que no sea posible efectuar un traslado de la responsabilidad a CAIXABANK como ente diferenciado. En este supuesto nos hallamos ante delitos que, indiciariamente, habrían sido cometidos por determinados directivos, pero en su propio beneficio, no en el de la persona jurídica. Por lo tanto, si se atribuye a CAIXABANK en este caso la condición de investigada, nos hallaríamos ante una atribución de responsabilidad objetiva, con base en un sistema vicarial, por lo que se estaría imputando responsabilidad penal por un hecho de terceros, lo que este instructor rechaza.

Asumimos así la doctrina jurisprudencial que requiere la presencia de un hecho propio de la persona jurídica. En el caso analizado no se ha acotado, siquiera indiciariamente, que haya un hecho propio de CAIXABANK del que derivar su responsabilidad penal. La existencia de vagas alusiones a la ausencia de cumplimiento de los deberes de control y a la no adopción de medidas internas es insuficiente para colmar un juicio de tipicidad que, siquiera indiciario, nos lleve a la convicción de la existencia de un hecho propio de la persona jurídica. No se cumplen, pues, los requisitos del art. 31 bis CP para atribuir los delitos investigados a la citada mercantil. Por todo lo expuesto, hemos de concluir que no existen méritos suficientes, en este momento procesal, para atribuir a CAIXABANK la condición de investigada ni, por ende, razones para citarle a declarar en dicha consideración procesal.



ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

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

COLABORA



PATROCINA



EUROPEAN COMPLIANCE & NEWS

Dirección
LUIS SUÁREZ MARIÑO

Redacción
LUIS SUÁREZ MARIÑO
MANUEL MONTESDEOCA DE LA FUENTE

Diseño y publicidad
NEUROMARKETING EXPERIENCES
www.nmx.es