



Enero 2023 | Vol. 14
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



12 LA FUNCIÓN DEL COMPLIANCE EN BLOCKCHAIN, CRIPTOACTIVOS Y LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

UNA APROXIMACIÓN AL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN EN LA PROFESIÓN DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

por *Almudena de la Mata Muñoz*

18 DE LA CRISIS EXISTENCIAL AL METAVERSO

por *Sandro García*

22 REGULACIÓN DE LOS CANALES DE DENUNCIAS

NOVEDADES Y POSIBLES IMPLICACIONES DERIVADAS DEL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

por *Eulogio Jiménez Rodríguez y Jorge García Mallo*

28 OCCASIONAL PAPER SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE, LA MOVILIDAD Y LA LOGÍSTICA EN ESPAÑA

por *J. María Fortuny Olivé y J. Miguel Sánchez García*

03 EDITORIAL

05 ENTREVISTA A DAVID MARTÍNEZ GARCÍA

por *Luis Suárez Mariño*

08 LOS PLANES DE INTEGRIDAD COMO ALTERNATIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

LOS MODELOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DEL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA (MALE)

por *Ignacio Rodríguez de la Riva*

35 LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. RIESGOS Y OPORTUNIDADES EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DEL DELITO

por *Luis Suárez Mariño*

40 LA DILIGENCIA CON TERCERAS PARTES COMO ACTIVO DE COMPLIANCE CORPORATIVO EN UN ENTORNO DE SOSTENIBILIDAD

por *Néstor Aparicio*

48 LA PROPUESTA DE VALOR DE LA FUNDACIÓN CORELL

por *José Víctor Esteban*



Fundación Corell
Movilidad, Medioambiente y Seguridad

52 RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

por *Manuel Montesdeoca de la Fuente*

EDITORIAL

Ha comenzado un nuevo año, y con él numerosas cuestiones requieren una atención reflexiva desde la ética. La guerra de Ucrania, y el peligro de que la misma se extienda con la amenaza nuclear de por medio, el auge del extremismo y el populismo en las democracias más consolidadas, el precio de los alimentos y la inflación subyacente, las diferencias sociales entre ricos y pobres cada vez más acentuadas, el envejecimiento de la población, la falta de oportunidades para los jóvenes o para los mayores de cuarenta años que pierden el empleo, la violencia de género, la inmigración clandestina y las migraciones de masas por causa de guerras o persecuciones, el cambio climático, los desastres naturales a él inherentes y la escasez de agua y sus efectos en las cosechas y en las poblaciones, los retos y oportunidades a que nos enfrenta la inteligencia artificial, el metaverso o la tecnología Blockchain, al igual que la lucha contra la corrupción, que no debemos dejar de lado.

Todas estas cuestiones pueden tener derivadas para el Compliance. Para empezar en lo relativo al análisis y valoración de los riesgos penales que pueden verse incrementados, en mayor o menor medida atendiendo a la actividad de la organización o a sus fortalezas o debilidades financieras, en un contexto como el que vivimos de inestabilidad económica y geopolítica y de irrupción de nuevas tecnologías.

Coincidiendo con la publicación de la revista *Transparencia Internacional* publica el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022, en el cual España ha obtenido una calificación de 61/100, ocupando la posición 34/180 del ranking global del IPC, junto con Lituania. Esto supone un descenso de dos puestos con respecto al IPC 2020. Por otro lado, España se ubica en el puesto número 14/27 de la Unión Europea, bajando, asimismo, dos posiciones con respecto al año pasado.

Días antes de hacerse público el Índice, hemos tenido la oportunidad de entrevistar a su director ejecutivo para España, David Martínez, para quien, aunque el descenso en el Índice por parte de España no es estadísticamente significativo, sí debería alertarnos para redoblar seriamente nuestros esfuerzos.

En cuanto a las causas del descenso de España en el IPC, David Martínez apunta por un lado, a la categoría de pagos irregulares en servicios públicos, exportaciones e importaciones y a las decisiones judiciales en relación a casos de corrupción, y por otro, a los sucesivos retrasos en relación con la adopción de leyes que regulen adecuadamente los grupos de presión, incompatibilidades y prevención de conflictos de interés del personal al servicio del sector público, así como un retraso notable en relación con la adopción de un nuevo marco regulatorio de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como con la creación del Registro central de Titulares Reales. A estos retrasos se une el de que, finalizado el año, seguimos sin tener todavía una ley de protección de las personas que informan sobre infracciones.

Además, el director ejecutivo de *Transparencia Internacional* para España, apunta a otras causas que nos impiden avanzar en el Índice de Percepción de la corrupción, como que seguimos manteniendo el programa de visados dorados, varios de los compromisos asumidos por las Administraciones Públicas en el marco del IV Plan de Gobierno Abierto aún no se han cumplido, amén de que seguimos sin cumplir los estándares que marca el Consejo de Europa en relación al órgano de gobierno de los jueces, por no hablar del escaso cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, o de las manifiestas deficiencias en materia de transparencia parlamentaria (por ejemplo, más de la mitad de los parlamentarios no han publicado sus agendas institucionales y el contenido de las que sí se publican es enormemente desigual, y por otro, no se publican las reuniones con grupos de presión o terceros que tratan de influir en el proceso legislativo) como así lo ha puesto de manifiesto el GRECO en su último informe.

Como se puede comprobar a la luz de las causas apuntadas, son muchas las tareas pendientes a fin de mejorar como país en la lucha contra la corrupción;



pero, además de este objetivo que nos debe compeler a todos, existen otros temas de interés para el Compliance que abordamos en este número de la revista, así ocurre por ejemplo con los riesgos y oportunidades que para el Compliance suponen nuevas tecnologías como el Blockchain, el Metaverso o la Inteligencia Artificial. La Dra. De la Mata analiza como el compliance se está viendo fuertemente afectado por la **tecnología Blockchain**. Su impacto se manifiesta en dos vertientes. Por un lado, Blockchain ha creado una nueva operativa económica y social, así como la generación de nuevos activos digitales (criptoactivos, criptomonedas, NFTS...) y nuevos espacios de contratación como los metaversos, que deben cumplir con la normativa aplicable y ser objeto de control por las unidades de Compliance, y por otro lado Blockchain ofrece herramientas muy valiosas para el ejercicio de la propia función de compliance. Se trata de una tecnología óptima para la gestión fiable de registros y bases de datos, así como para mejorar la trazabilidad y auditabilidad de acciones y procesos que ayudan a la identificación de incumplimientos y definición de responsabilidades.

Las **implicaciones éticas del Metaverso** las analiza en otro artículo el profesor de la UNIR, Sandro García, que propone la construcción de modelos jurídico-tecnológicos éticamente sostenibles, que pongan al ser humano en el centro del debate ante la nueva interacción entre tecnología y persona, y el foco no solo en dar respuesta a qué puede hacer la tecnología o el Metaverso por nosotros, sino especialmente en cómo nos relacionamos con ella y cómo afecta esto a nuestro ser.

Lo explicado para el metaverso sirve también para **las aplicaciones y sistemas de inteligencia artificial**, que deben ser regulados como ponen de manifiesto, diversos documentos elaborados en el seno de la U.E., con un “enfoque antropocéntrico”, promoviendo sistemas de inteligencia artificial centrados en el

ser humano, fiables y éticos a lo largo de todo su desarrollo, despliegue y uso; con un nivel adecuado de transparencia; velando porque los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación y permitir la supervisión humana de todos los resultados que afecten a la seguridad y los derechos fundamentales de las personas; garantizando que la inteligencia artificial no se utilice para anticiparse a las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud, la educación, el empleo y la vida privada; promoviendo normas fiables, para que la inteligencia artificial y los sistemas digitales sean seguros y adoptando, medidas para garantizar que la investigación en inteligencia artificial respete las normas éticas más estrictas tal y como a todo ello se compromete la UE y los estados miembros en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales aprobada el pasado mes de diciembre.

Además de estos temas, Nestor Aparicio, Vicepresidente de la Asociación Mexicana de Integridad y Compliance, analiza con mucho detalle un aspecto esencial del Compliance como es **la diligencia debida en la relación con terceras partes**, dando pautas muy concretas y prácticas sobre el modo de ejercer la debida diligencia, deber que no se puede entender cumplido con carácter general con la mera cumplimentación de checklist binarios, o con la simple recopilación de información del tercero.

Otro de los elementos de los sistemas de prevención penal como es el de **los canales para informar de posibles riesgos e incumplimientos** al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, es abordado por Jorge G. Mallo y Eulogio Jiménez, que nos dan las claves de las implicaciones que para estos canales se derivan del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

La aplicación de sistemas de prevención de delitos a las administraciones públicas, o el Compliance público, una de cuyas manifestaciones más recientes son los Planes Antifraude que han implantado por exigencia normativa las entidades gestoras y ejecutoras de fondos europeos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es abordado con una particular e interesante visión por Ignacio Rodríguez de la Riva, partiendo de los modelos de integridad del Ministerio de Defensa y del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (MALE).

El **Think Tank movilidad** impulsado por la Fundación Corell, a quien damos la bienvenida como patrocinador de nuestra revista, ha compartido con todos nosotros el **“Occasional Paper sobre la regulación del Transporte, la movilidad y la logística en España”** elaborado por Josep Maria Fortuny, subdirector general de Ordenación del Transporte y Desarrollo Sectorial de la Dirección General de Transportes y Movilidad de la Generalitat de Catalunya y Juan Miguel Sánchez García, miembro de Think Tank Movilidad y exdirector general de Transportes del Ministerio de Fomento. El objetivo de este *occasional paper* es el de aportar ideas que ayuden a abrir debates y a dar pasos en la toma de decisiones de las administraciones para favorecer el tránsito de los que forman parte del ecosistema del transporte-movilidad-logística, tanto empresas fabricantes de componentes o de vehículos, como empresas que organizan y ejecutan el traslado de bienes y personas, así como las propias personas que toman decisiones de uso y consumo.

El estudio realizado parte del análisis de la situación actual -que afecta a toda la economía y la sociedad-, y de modo principal, del hecho de encontrarnos en un momento de transitoriedad hacia la descarbonización y hacia una economía circular, en que la economía mundial afronta retos y dudas, y que los avances tecnológicos, sobre todo lo que concierne a la inteligencia artificial y el proceso de digitalización de la economía muestran, a la vez que desafíos, unas oportunidades de desarrollo muy amplias.

Desde “European Compliance & News” queremos reafirmar nuestro compromiso con la difusión de la cultura ética y de cumplimiento y deseamos a todos nuestros colaboradores y lectores que el 2023 sea un año venturoso para toda la familia del Compliance.

ENTREVISTA A DAVID MARTÍNEZ GARCÍA

ANALIZANDO EL ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2022

Por Luis Suárez Mariño

Director de European Compliance & News.

David Martínez García es Director Ejecutivo de Transparencia Internacional España y Coordinador del *Foro de Integridad Corporativa* de dicha organización, además de Coordinador Académico y docente del *Máster en Buena Gobernanza e Integridad en Administraciones Públicas y Empresas* del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y docente de diversos programas de posgrado en diversas universidades y centros de enseñanza tanto en España como en Latinoamérica.

David fue uno de los primeros en colaborar de manera desinteresada con nuestra revista cuando estábamos iniciando nuestra andadura y a pesar de sus múltiples obligaciones no ha dudado en atender nuestra invitación para entrevistarle.

Buenas tardes, David, reiterándote las gracias por darnos la oportunidad de conversar contigo justo antes de publicarse el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022 y conocer tu opinión sobre algunos de los resultados del Índice y sobre algunos otros temas que nos preocupan a todos los que intentamos de alguna manera contribuir por crear en la sociedad un mayor espíritu crítico y una mayor cultura en temas de ética, transparencia y buen gobierno.

Precisamente y a pesar de que llevamos ya unos cuantos años tratando de difundir estas ideas, no es un tanto desesperanzador comprobar que el IPC 2022, cuya publicación va a coincidir con la de esta revista, muestra que el 95 % de los países ha avanzado poco o nada desde 2017 y que 124 países tienen niveles de corrupción estancados, mientras que aumenta el número de países en declive. **¿A qué se debe esa falta de avance? ¿es tan difícil dar pasos adelante en la lucha contra la corrupción?**



Primero que nada, me gustaría trasladar mi más sincero agradecimiento a todo el equipo de la AEAEC y muy especialmente a ti Luis por esta invitación pues es un verdadero lujo poder participar en uno de los medios de referencia que hay en nuestro país en materia de ética y *compliance*.

Por otra parte, y arrancando por la última pregunta que me formulas, una de las grandes lecciones que, a mi juicio, podemos extraer en relación con los esfuerzos de prevención y lucha contra la corrupción es que todos los controles aislados y poco sistemáticos no han funcionado, por lo menos a largo plazo, sino que la experiencia nos demuestra que es preciso adoptar medidas integrales, sistemáticas, duraderas y holísticas, de tal forma que la corrupción no pueda abrirse camino por ningún lado. Otro elemento que es absolutamente clave y en el que muchas administraciones han fallado es en garantizar que los órganos de control y supervisión cuenten con los medios necesarios y la autonomía suficiente para poder cumplir su misión de manera eficaz. A esto hay que añadir, bajo mi percepción, que la ciudadanía en general está reclamando cada vez más no sólo de

las instituciones sino también de otros actores la adopción de una actitud de tolerancia cero hacia la corrupción, lo que también hace que elevemos nuestros estándares de exigencia. Finalmente, creo que no debemos dejar de tener en cuenta que, si bien el IPC muestra una foto global de los diferentes niveles de corrupción que hay en 180 países, y no sólo eso, sino que es la foto global anual más completa que existe en este ámbito dada su cobertura geográfica mundial, su confiabilidad, estabilidad y precisión estadística, así como su neutralidad, es preciso recordar que este instrumento sólo mide una serie de variables muy concretas y en un sector muy concreto, como es el público, por lo que no se puede utilizar como un parámetro único de medición de la corrupción de un país, sino que para poder tener una panorámica lo más completa posible deviene necesario también complementar su lectura con otras fuentes e instrumentos.

“la ciudadanía en general está reclamando cada vez más no sólo de las instituciones sino también de otros actores la adopción de una actitud de tolerancia cero hacia la corrupción”

La calificación de España en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022, ha supuesto la bajada de un punto en relación con el año pasado, obteniendo en esta ocasión un 60/100. Esto supone a su vez un descenso de tres puntos con respecto al IPC2020 (62/100). **¿A qué se debe, según tu opinión, esta bajada consecutiva en los dos últimos años? ¿Qué debería de hacerse a tu juicio para conseguir un avance significativo en el índice?**

Si bien no constituye un descenso estadísticamente significativo, sí coloca a España en una situación de vulnerabilidad ante un descenso importante de cara al próximo año para no volver a caer en el bloque decimal anterior. Esto debería alertarnos para redoblar seriamente nuestros esfuerzos.

“La calificación de España en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2022, ha supuesto la bajada de un punto en relación con el año pasado, obteniendo en esta ocasión un 60/100”

En cuanto a las causas del descenso, por un lado, si tomamos en cuenta la fuente que tuvo una mayor afectación en la puntuación podemos comprobar que fue principalmente debido al *Global Risks Report 2022* del Foro Económico Mundial donde. Según los resultados de la *Executive Opinion Survey* de esta edición, España sufrió una disminución a causa de la categoría de pagos irregulares en servicios públicos, exportaciones e importaciones y decisiones judiciales en casos de corrupción.

Por otro lado, España sigue padeciendo sucesivos retrasos en relación con la adopción de leyes que regulen adecuadamente los grupos de presión, incompatibilidades y prevención de conflictos de interés del personal al servicio del sector público, así como un retraso notable en relación con la adopción de un nuevo marco regulatorio de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y con la creación del Registro central de Titulares Reales. A

estos retrasos se une el de que, finalizado el año, seguimos sin tener todavía una ley de protección de las personas que informan sobre infracciones.

Además, existen otras causas, como que seguimos manteniendo el programa de visados dorados, varios de los compromisos asumidos por las Administraciones Públicas en el marco del IV Plan de Gobierno Abierto aún no se han cumplido, al igual que seguimos sin cumplir los estándares que marca el Consejo de Europa sobre los consejos generales de la judicatura, y existen manifiestas deficiencias en materia de transparencia parlamentaria (por ejemplo, más de la mitad de los parlamentarios no han publicado sus agendas institucionales y el contenido de las que sí se publican es enormemente desigual, y por otro, no se publican las reuniones con grupos de presión o terceros que tratan de influir en el proceso legislativo) como así lo ha puesto de manifiesto el GRECO en su último informe.

Todo ello por no hablar de que existe un cumplimiento enormemente escaso de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Tomando en cuenta todas las causas que he expuesto, no es de extrañar que España siga descendiendo en el IPC.

“España sufrió una disminución a causa de la categoría de pagos irregulares en servicios públicos, exportaciones e importaciones y decisiones judiciales en casos de corrupción.”

En ese índice figuran con una buena o incluso muy buena puntuación países con economías desarrolladas; sin embargo, algunos de ellos o son paraísos fiscales, como Luxemburgo, o tienen en su territorio de ultramar paraísos fiscales, como las islas Vírgenes británicas, o son países de los que más protegen el secreto financiero facilitando así el ocultamiento de fortunas de origen corrupto, como Suiza, **¿No es un**

contrasentido que economías avanzadas, con buenos resultados en el índice faciliten las tramas de corrupción existentes en países con bajos resultados en el mismo?, ¿Qué se debería hacer, entonces para evitar, esas disfunciones?

Vuelvo a la reflexión final de mi primera respuesta, pues justamente una de las áreas que por ejemplo el IPC no mide son los “paraísos fiscales” y de hecho una de las cuestiones en las que el informe insiste es precisamente en el hecho de poner de manifiesto cómo hay algunos países con puntuaciones elevadas en el CPI que han facilitado la creación de escenarios que elevan el riesgo de corrupción en el mundo, por ejemplo admitiendo sumas de dinero de dudoso origen o dando entrada a cleptócratas en sus territorios, de hecho las llamadas “Golden visas”, que serían un perfecto ejemplo de ello. Existe una complicidad de las economías avanzadas con diferentes tipos de corrupción transnacional que contribuye de forma clara a ese estancamiento global del que venimos hablando. La media mundial del IPC se mantiene por undécimo año sin cambios con un 43/100, y más de dos tercios de los países ostentan un problema grave de corrupción, con una puntuación inferior a 50/100. Como bien comentas, es un contrasentido, y sin una voluntad política real, unas instituciones sanas y una sociedad preocupada, sensibilizada e informada, será imposible contrarrestar esto.

“Existe una complicidad de las economías avanzadas con diferentes tipos de corrupción transnacional que contribuye de forma clara a ese estancamiento global del que venimos hablando”

Este año el Informe se ha centrado en “Corrupción, Conflicto y Seguridad” por razones obvias, pero **¿cuál es la relación o correlación que hay entre la corrupción y los conflictos/la violencia?**

Un dato evidente que podemos destacar es que, según las correlaciones que se hicieron en el análisis al cruzar diversos índices, aquellos países con puntuaciones bajas en el IPC tienden a experimentar más conflictos y amenazas a la seguridad, y tienen más limitaciones a la hora de enfrentarlas, mientras que los países con puntuaciones altas en el IPC son más resistentes a las amenazas que plantean los grupos delictivos organizados. Asimismo, el informe pone de manifiesto que el 80% de las protestas relacionadas con la corrupción y el 82% de las respuestas violentas

documentadas contra los manifestantes se produjeron en países con puntuaciones del IPC inferiores a 50/100. No es de extrañar, por tanto, que la mayoría de los países que ocupan los últimos puestos del IPC sufran actualmente conflictos armados o los han sufrido recientemente.

“Aquellos países con puntuaciones bajas en el IPC tienden a experimentar más conflictos y amenazas a la seguridad, y tienen más limitaciones a la hora de enfrentarlas”

Estas cifras a partir de las correlaciones efectuadas no son desde luego por sí solas ninguna sorpresa, pero es importante ir un poco más al fondo de la cuestión, pues aparte de que la corrupción es una amenaza fundamental para la paz y la seguridad y debilita la capacidad del Estado para proteger a sus ciudadanos, es importante tener en cuenta que la corrupción se retroalimenta a sí misma, generando un efecto bola de nieve que puede terminar derribando a cualquier Estado y a cualquier sociedad. La corrupción genera nuevos conflictos en la sociedad o impulsa los ya existentes, socavando las instituciones de defensa y seguridad, erosionando la legitimidad del Estado y debilitando su capacidad para proteger a sus ciudadanos. Y es que la corrupción debilita a todos, incluso al corrupto, aunque éste no lo crea o no lo sepa, pues vive realidades que a fin de cuentas no son sostenibles. Al no adoptar, por tanto, medidas eficaces contra la corrupción el Estado está fomentando su propia ruina.

“La corrupción debilita a todos, incluso al corrupto, aunque éste no lo crea o no lo sepa, pues vive realidades que a fin de cuentas no son sostenibles”

Este 2022 hemos sido testigos de un escándalo de corrupción sin precedentes en el Parlamento Europeo ocasionado por el llamado *Qatargate* y según el informe CPI 2021 existe una correlación positiva clara entre la restricción de libertades civiles y los países con un alto nivel de corrupción. Sin embargo, y a pesar de ser más la excepción que la regla, no deja de sorprender que la puntuación de algunos países poco respetuosos con los derechos humanos, como Catar, donde se acaba de celebrar el mundial de fútbol, tengan una puntuación relativamente alta, incluso mejor que España o Portugal. **¿Qué resultado ha obtenido Catar en esta edición del índice? ¿Qué explicación tiene que países donde se violan los más elementales derechos humanos**

tengan un índice de percepción de la corrupción asimilable a otros con un claro compromiso de defensa de esos derechos fundamentales?

En esta edición, Catar obtuvo una puntuación de 58/100. Junto a Guatemala (24/100) y Reino Unido (73/100), ha llegado a su puntuación mínima histórica. Por otra parte, de nuevo conviene recordar que el IPC, al enfocarse en el fenómeno de la corrupción, no mide el nivel de protección de los derechos humanos y por tanto hay que recurrir a otras fuentes si se quiere hacer una lectura más afinada en cuanto al vínculo entre la corrupción y los derechos humanos.

A este respecto, conviene recordar lo que sí mide el IPC: el cohecho; la malversación y el desvío de fondos; la utilización de la función pública para provecho personal; el (mal) funcionamiento de las instituciones para prevenir la corrupción y hacer cumplir las leyes; el exceso de burocratización como obstáculo para hacer cumplir las leyes y que permiten incrementar los riesgos de corrupción; el nepotismo y el acceso irregular a la función pública; el enjuiciamiento efectivo; la protección de denunciantes, periodistas e investigadores; la captura del Estado por lobbies o intereses privados; y el nivel de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

En cuanto al vínculo entre corrupción y derechos fundamentales la correlación es manifiesta. En el pasado no se le dedicó un estudio serio ni existían muchos trabajos que analizaran esta conexión, pero cada vez ha crecido más la literatura sobre la temática y se ha ido estudiando de manera individual la relación de cada derecho fundamental con la corrupción. Es preciso poner de manifiesto, no obstante, que, si bien son temas muy interrelacionados, puede haber casos singulares donde se ha podido avanzar mucho en uno de ellos, pero descuidando sin embargo al otro. Es el caso por ejemplo de Hong Kong o Taiwán, donde se adoptaron medidas muy contundentes de prevención y lucha contra la corrupción y sin embargo la protección integral de los derechos fundamentales de sus ciudadanos sigue siendo una asignatura pendiente. El caso de Catar también es muy singular, pues por ejemplo incluso en alguna de sus ediciones del CAF World Giving Index ha llegado a estar en el Top 10 de los países más solidarios del mundo. De ahí mi insistencia en que siempre es preciso realizar una lectura lo más completa y holística posible, tomando



en cuenta diversas fuentes e instrumentos antes de llegar a conclusiones prematuras. Pero si algo estamos empezando a entender, es precisamente que los avances los tenemos que dar a nivel-constelación y no con cada una de las estrellas de manera individual, este es el marco que está detrás por ejemplo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, donde sólo se puede hablar de avances cuando se ha podido progresar en todos y cada uno de los Objetivos, sin dejar a nadie atrás.

“Es preciso realizar una lectura lo más completa y holística posible, tomando en cuenta diversas fuentes e instrumentos antes de llegar a conclusiones prematuras”

Muchas gracias por atendernos David, sobre todo en unos días en que coincidiendo con la publicación del IPC 2022 tienes que atender tantos compromisos. Nos sentimos especialmente agradecidos por tu atención. Gracias también a TIE por la labor que hace en la construcción y difusión de los valores, principios y normas sobre transparencia, integridad y ética, valores, principios y normas que compartimos y a los que intentamos contribuir humildemente desde “European Compliance & News”.



LOS PLANES DE INTEGRIDAD COMO ALTERNATIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

LOS MODELOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DEL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA (MALE)



Ignacio Rodríguez de la Riva

Socio en De la Riva y Pastor Abogados.

La reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, supuso un revulsivo en la vida jurídica y económica española al incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la conveniencia, aún no asumida por desgracia por la mayoría de las empresas, de tener un programa de cumplimiento normativo o *compliance* que pudiera exonerarles de la responsabilidad penal.

No obstante, tal reforma del Código Penal ha excluido de la responsabilidad penal (art. 31 *quinquies*) a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público, si bien puede alcanzar a las sociedades mercantiles de capital público, que también forman parte del sector público pues así lo dispone el art. 2 de la Ley 40/2015, 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (norma de carácter básico según su DF 14ª), y desde

luego, en lo que a este artículo nos ocupa, desde el punto de vista de la contratación pública, pues no en vano el art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles del sector público dentro de la reconquista del Derecho administrativo después de unas décadas de huida desbocada.

Por ello no debería hablarse de programas de *compliance* en las Administraciones Públicas, porque estas no delinquen, por muy delinquentes que puedan llegar a ser algunos de sus gestores, de sus representantes o de sus funcionarios. Autores con mucho más conocimiento del tema que quien suscribe, como Jiménez Asensio¹, huyen de este concepto del *public compliance*. Desde luego las sociedades mercantiles públicas

pueden y deben tener tales programas, pero no la Administración, que tiene sus propios controles internos y externos, y para la cual un programa de *compliance* nunca serviría al fin legal previsto de exoneración de la responsabilidad penal, y podría suponer incluso su contratación, como ha alertado Junceda Moreno², una causa de responsabilidad para la autoridad que lo contratase. Pero quedarse en esta reflexión un tanto formal no debe implicar ignorar la realidad de las cosas, pues determinados elementos de un programa de *Compliance* actúan como herramienta tendente a garantizar un mayor control del gasto público y a evitar la corrupción en la contratación pública y el perjuicio económico que esta acarrea. Por ello, cuestión distinta es que las Administraciones mejoren sus controles internos o externos, y que tal ámbito de mejora se realice desde una

política de integridad.

ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA DE INTEGRIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2014/23/EU y 2014/23/EU, que fueron posterior y tardíamente traspuestas por la Ley 9/2017, suponen un cambio de paradigma de la contratación pública en el que se debe apoyar esa política de integridad, porque suponen el cambio de una contratación pública finalista a una contratación pública instrumental, cuyo razón de ser es convertirse en herramienta para conseguir las mejores obras, suministros y servicios para prestar los mejores servicios públicos a los ciudadanos. Y precisamente para garantizar los mejores servicios es necesario eliminar el coste que la corrupción tiene para la ciudadanía, la cual nos lastra en el crecimiento casi un 20% del PIB, esto es, del orden de 1,2 puntos porcentuales anuales según la estimación más autorizada hasta la fecha de Alcalá Agullo y Jiménez Sánchez³, algo alejado de una más reciente pero menos rigurosa aproximación del Fondo Monetario Internacional⁴, no sólo incrementando las sanciones para este tipo de conductas, sino mucho más importante, fomentando una cultura de integridad que cale en la sociedad y en los empleados públicos.

No basta por tanto con que el Código Penal sancione duramente las conductas corruptas punibles, ni tampoco basta con que se implementen reformas legales que favorezcan unos jueces especializados, o que solucionen el problema de la permanencia de los contratos sospechosamente corruptos, sino que cualquier medida que se adopte tendente al objetivo de evitar la corrupción en la contratación pública debe partir de que tanto las empresas como los empleados públicos interioricen una forma de actuar, de contratar, que no es sino dar cumplimiento a lo previsto en el art. 103 de la Constitución, sirviendo con objetividad a los intereses generales, con eficacia y con plena sujeción a la Ley y al Derecho. Para las empresas, incluidas las contratistas públicas, ya existen los planes de *compliance* sobre los que otros autores han escrito innumerables artículos en esta y otras revistas, pero ¿qué sucede con los funcionarios y las autoridades públicas? Para ellos se deben crear políticas de integridad en la Administración, que no persiguen evitar la responsabilidad penal de esta, sino concienciar sobre los valores de la Constitución y la necesidad de la

excelencia en el servicio público⁵.

La responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos en la gestión dolosa o gravemente imprudente de la contratación pública viene desde hace años sancionándose en distintas esferas normativas, como la disciplinaria (que puede ser significativamente dura en el ámbito del personal militar, por ejemplo), la contable y la penal. Pocos se acuerdan del Tribunal de Cuentas y su función de enjuiciamiento hasta que llegan los primeros requerimientos y no digamos las actas de liquidación provisional. Su instrucción la realizan funcionarios con profundos conocimientos de Derecho administrativo y presupuestario, y su enjuiciamiento es eficaz, muy superior a las tediosas instrucciones penales en las que años después puede pasar de todo, incluso el indulto. La jurisdicción contable es una herramienta formidable al servicio de la integridad pública que debe de ser potenciada en sus recursos, actualizando la vetusta legislación de referencia y revisando los procedimientos de reclamación de responsabilidades contables de algunas Comunidades Autónomas que son inoperantes. De hecho la doctrina más autorizada lleva años⁶ pidiendo reforzar los órganos de control externo incluso con funciones reforzadas de investigación previas a la exigencia de responsabilidades contables.

En el ámbito penal, son faros guía los documentos aprobados por los organismos internacionales, fundamentalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la OCDE, y los del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Desde primeros de siglo a día de hoy hemos asistido a una redefinición de tipos penales, a un refuerzo de las medidas de investigación pensadas en el pasado para organizaciones criminales del ámbito del terrorismo o narcotráfico, la recuperación de activos y el desarrollo de la institución del decomiso, o a una mayor profesionalización de la Policía Judicial para el análisis de procedimientos administrativos extraordinariamente complejos. Queda mucho por hacer. Desde una mayor formación y especialización en estos tipos penales para la Judicatura y Fiscalía, más dotación de medios humanos y materiales en investigaciones que duran años con los consiguientes cambios de destino de personal funcionario que investiga o instruye, a una redefinición de los tipos penales que mantenga el sentido de la malversación de caudales públicos de 2015 para que la administración desleal de un patrimonio privado no tenga

menor penalidad que la de un patrimonio público⁷. Falta también la trasposición de la Directiva comunitaria 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, comúnmente denominada directiva *whistleblowing*, que varias sentencias han aplicado ya de forma directa incluso antes de su efecto directo⁸, por la extraordinaria relevancia que tiene para la persecución de la corrupción, que los funcionarios que detecten y denuncien estas prácticas se encuentren debidamente protegidos. Trasponemos el derecho de la Unión como siempre tarde y ya veremos si no lo hacemos mal. A día de hoy sólo nueve Comunidades Autónomas, como la Valenciana, o la Aragonesa, tienen herramientas legales de protección para estas personas que contribuyen con un elevado riesgo personal a garantizar la limpieza del sistema.

Y para esa función de prevención general que inspira el Derecho Penal, es esencial que una denuncia por corrupción se tramite de forma ágil, se impongan penas que tengan carácter disuasorio y que impidan que a largo plazo la corrupción sea rentable para los corruptos. Sólo con estas herramientas de represión de la corrupción, pero dentro un sistema holístico de integridad, podrá reducirse la percepción de la corrupción en España, recuperarse cientos de millones de euros perdidos por prácticas corruptas y destinarlos a políticas públicas. Se trata en definitiva de cumplir con los principios y mandatos constitucionales que todo cargo o funcionario público debe guardar y hacer guardar.

¹JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL (2022). En casa del herrero, cuchillo de palo: Administración General del Estado y políticas de integridad. Recuperado de: <https://rafaeljimenezasensio.com/2022/01/02/en-casa-del-herrero-cuchillo-de-palo-administracion-general-del-estado-y-politicas-de-integridad/>

²JUNCEDA MORENO, JAVIER (2018). Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a los empresarios y entes públicos. Revista Presupuesto y Gasto Público nº 91/2018. Instituto de Estudios Fiscales. (pag. 179). Madrid.

³ALCALÁ AGULLO, FRANCISCO Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, FERNANDO (2018). Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España. Fundación BBVA. (pág. 54). Bilbao.

⁴Según el FMI, el 4% del PIB anual. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2019). Poner freno a la corrupción. Informes del Monitor Fiscal. Washington DC.

⁵Sobre los Códigos Éticos como parte de un sistema global de integridad, puede verse el reciente trabajo de JIMÉNEZ VACAS, JOSÉ JOAQUÍN Y LARREA HERNÁNDEZ – TEJERO, CARMEN (2022). Códigos Éticos y de Conducta Pública (pág. 33 y ss). Revista del Gabinete Jurídico de Castilla – La Mancha, nº 31. Toledo.

⁶Por toda ella, y con referencias muy interesantes a los agentes encubiertos, FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO (2022). Los nuevos retos de la auditoría pública en materia de ética, integridad y lucha contra el fraude. Revista Auditoría Pública. Madrid.

⁷Tal y como pide la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que las penas en estos delitos no deben de ser inferiores a las previstas para delitos económicos comparables. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (2010). Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (pág. 89 y ss). Viena.

⁸Y sobre la que el Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación a efectos de analizar la aplicación de la misma. Auto de 29 de junio de 2022, Sección Primera, recurso de casación nº 359/2022.

A la hora de escribir estas líneas apenas media docena de Administraciones Públicas tienen aprobada una norma de integridad. En el ámbito de la Administración del Estado, que tiene el mayor peso y número de organismos, las normas de integridad y códigos éticos son escasos. Según el Informe sobre Integridad Pública del IV Plan de Gobierno Abierto de la Administración General del Estado⁹, sólo el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación tiene un plan de integridad. El resto de Ministerios tienen Códigos Éticos si bien, salvo cinco de ellos, reducidos a determinadas unidades administrativas, organismos autónomos o sociedades mercantiles de capital público. Y por desgracia sólo uno ha sido objeto de revisión, precisamente uno de los elementos esenciales de cualquier plan de integridad, que es el análisis periódico del sistema. El informe contiene información precisa del estado de la cuestión y muchos datos que deberían hacernos reflexionar, como por ejemplo que, a la hora de analizar los mapas de riesgo, todos los Ministerios, menos el de Asuntos Exteriores y Cooperación y el de Industria, Comercio y Turismo, consideran que el área de riesgo al que mayor atención hay que prestar es el de contratación. Sin embargo, pocos Códigos Éticos de los existentes están orientados a la prevención de la corrupción en la contratación.

Las normas que han aprobado, además de la Administración General del Estado, los organismos autónomos y sociedades mercantiles públicas (en estas como verdaderos programas de *compliance*), las Universidades, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, puede consultarse en la selección llevada a cabo por Martínez Suárez¹⁰ para el Boletín Oficial del Estado. En el mismo manual están publicadas las normas aprobadas por otros organismos como el Consejo General del Poder Judicial, las Cortes Generales o la Fiscalía General del Estado.

En este contexto, la Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, supone un tímido avance en esta línea, al exigir en las entidades que decidan o ejecuten medidas de los PERTE, dotarse de un Plan de medidas antifraude, que abarca la prevención, detección, corrección y persecución. Y decimos tímido porque era una gran oportunidad de ir más allá de la norma comunitaria, como se hizo por otra parte en la trasposición de la normativa de contratación pública, y apostar por

programas de integridad, en los que los planes antifraude son un elemento más del sistema.

MODELOS PARA UNA ESTRATEGIA DE INTEGRIDAD: EL MINISTERIO DE DEFENSA Y EL MANDO DE APOYO LOGÍSTICO DEL EJÉRCITO DE TIERRA (MALE)

La tribuna de esta revista me da la oportunidad de comentar un ejemplo de integridad que puede servir de estímulo para otros organismos. En el ámbito del Ministerio de Defensa, se aprobó en 2020, la Instrucción 23/2020, de 4 de junio, del Secretario de Estado de Defensa, por el que se establece el **Código Ético y de conducta del personal que participa en la función de compras del Ministerio de Defensa**. Sin duda un avance significativo y de los primeros Códigos Éticos en la Administración General del Estado y una concepción global más allá del código de conducta individual de los funcionarios públicos que establece el Estatuto Básico del Empleado Público¹¹ (arts. 52 a 54 del RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), y de las normas de comportamiento del personal militar que regulan las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (RD 96/2009, de 6 de febrero). Es cierto que la base para poner en marcha un sistema de integridad es aún mejor cuando se apoya en personal militar, y ello porque sus deberes de conducta no se limitan a lo dispuesto en el Estatuto Básico, sino que además se elevan al máximo rango unas obligaciones éticas cuyo cumplimiento meramente inexacto ya es causa de infracción disciplinaria grave que puede llevar aparejado el arresto y otras sanciones. De hecho, las Reales Ordenanzas disponen que el primer deber del militar es la disposición permanente para defender a España, y que esta *tiene su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, y que además, según su art. 5 el militar Deberá actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental*. De esta forma la integridad ya está empotrada en un sistema de valores férreo, junto con la transparencia, la eficacia o la honradez, y todo bajo la clave de bóveda de la Constitución. Y además su cumplimiento, colmando así la prevención general, puede ser sancionada gravemente.

En este sentido, el Ministerio de Defensa no se ha limitado a aprobar un Código Ético, sino que más allá, trabajando en estas normas desde el año 2010, ha impulsado para cualquier organismo del sector público, un **Modelo de Excelencia en la Función de Compras, según la Instrucción 42/2019, del Secretario de Estado de Defensa, basado en la norma UNE 15896-2015**, a la que pueden acogerse los órganos de contratación interesados, que previa la autoevaluación a través de la herramienta *Euristeo*, son luego evaluados por un equipo que finalmente premia la excelencia otorgando, además de un diploma o certificado para los que se someten a las primeras evaluaciones, un sol¹² de bronce, plata u oro según el grado de cumplimiento de objetivos. A día de la fecha, han obtenido ya sendos soles de bronce la Unidad Militar de Emergencias, la Base Aérea de Getafe del Ejército del Aire y la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa. El modelo de excelencia tiene incluso creada su propia web www.comprapublicaexcelente.es donde pueden consultarse las distintas iniciativas en marcha, como las

⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE GOBERNANZA PÚBLICA DE LA SECRETARÍA GENERAL DE FUNCIÓN PÚBLICA. Informe sobre integridad pública del IV Plan de Gobierno Abierto (2021). Ministerio de Política Territorial y Función Pública (pag. 78 y ss). Madrid.

¹⁰ MARTÍNEZ SUÁREZ, GUILLERMO (2021). Códigos Éticos, de Conducta, Buen Gobierno y Transparencia. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

¹¹ Sobre esta cuestión profundizan MORENO GARCÍA, PILAR y VEGA FELGUEROSO, JUAN (2022). Los olvidados del TREBEP. Blog de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana. Valencia. Recuperado de <https://www.antifraucv.es/los-olvidados-del-trebep/>.

¹² Se ha elegido simbólicamente el sol porque es el elemento más significativo de los Cuerpos militares de Intendencia e Intervención, herederos del extinto Cuerpo de Administración Militar, según reconoció la Real Orden Circular de 4 de noviembre de 1911, dado que el sol significaba unidad, verdad, claridad, gracia, abundancia y riqueza, y era símbolo de liberalidad y benevolencia.



mencionadas u otras como los boletines de noticias con artículos sobre contratación, todo ello de libre suscripción. El reconocimiento al Modelo de Excelencia ha venido de la mano, el pasado mes de septiembre de 2002, del XV Premio a la Innovación en la Gestión Pública que otorga el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Dentro del Ministerio de Defensa, el Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra (MALE) ha demostrado ser nuevamente el buque insignia de la contratación pública en España. Ya fue vanguardia como gestor de la compra de todo el material sanitario y de protección durante la *Operación Balmis* (tras las desafortunadas experiencias de otros organismos públicos civiles), y después de la pandemia ha seguido trabajando e innovando más allá, siempre al servicio de la misión y de la sociedad española, convirtiéndose en uno de los primeros órganos de contratación que aprobó un Código Ético interno para su personal (su Norma General 7/2021), con un canal de denuncias y un órgano asesor de seguimiento ético. Y ello pese a todos los controles que el ámbito de la Administración militar existen a mayores de la Administración civil, desde unos principios éticos y de comportamiento más rigurosos, y unas responsabilidades disciplinarias y penales más severas.

Considerando además que la formación y el conocimiento del personal destinado era de máxima prioridad para conocer la importancia de un área de trabajo tan complejo como la contratación, se aprobó una Instrucción Técnica en 2021

para que cualquier personal nuevo destinado que tuviera relación con el órgano de contratación y tuviera formación únicamente técnica o administrativa, estudiara con detalle todo el ciclo del proceso de compras, los agentes intervinientes, los procedimientos, las obligaciones y responsabilidades de su actuación individual o en órganos colegiados como las mesas de contratación o las comisiones de seguimiento de los contratos. Instrucción que ha demostrado en la práctica una enorme utilidad para aquel personal que carece de conocimientos jurídicos y en materia de contratación, dada la complejidad de la materia y las responsabilidades que asumen con su ejercicio, todo ello como parte de un sistema que garantiza la mejor gestión de la contratación.

La Instrucción Técnica, el Código Ético, y otras normas se complementan con la Norma que regula la Estrategia de compras del MALE que, bajo el paraguas del Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACEF)¹³, analiza las necesidades de las distintas unidades proponentes de gasto, que permite la planificación de la contratación y la concepción de esta como una herramienta para la prestación del servicio público de Defensa como así exige la nueva LCSP.

Además, como manifestación de la apuesta por crear una cultura de cumplimiento normativo, no se ha limitado a tener aprobado un Código Ético pese a su demostrada utilidad, sino que, siguiendo las recomendaciones de

organizaciones internacionales como la OCDE, se está tramitando una **Estrategia de Integridad, basada en los tres ejes: sistema coherente y global en materia de integridad, cultura de integridad pública y rendición de cuentas**. Cada uno de estos tres ejes se sustenta en unos pilares que respectivamente son: primer eje, compromiso, responsabilidades, estrategias y normas; segundo eje, sociedad, liderazgo, meritocracia, formación y apertura; y tercer eje, gestión de riesgos, sanción, supervisión y participación. Desarrollando cada uno de esos pilares, se ha creado un sistema global de integridad y una cultura de integridad, de la que están imbuidos todo el personal militar y civil al servicio del MALE. Sin duda esta cultura de integridad, impulsada y liderada por el Teniente General Jefe del MALE, y en la que he tenido el honor de participar desde la Jefatura de Asuntos Económicos, es pionera en la Administración General, porque supone concebir la integridad pública más allá de unas normas éticas o de un programa de cumplimiento normativo.

Este tipo de iniciativas sirven como estímulo para que, pese a lo limitado de los recursos humanos dedicados a la contratación pública, otros órganos de contratación e instituciones públicas destinen esfuerzos a crear sistemas de integridad como garantía irrenunciable para que la Administración sirva a los intereses generales, adopte el cumplimiento normativo como un valor en sí mismo, y sus máximos responsables lideren con el ejemplo íntegro para prestar los mejores servicios públicos con la mayor eficacia.

No olvidemos además que esta concepción de la integridad como un todo tiene reflejo también en un mayor compromiso de las empresas y entidades privadas para asumir los mismos principios de actuación, ejecutando las obras, proporcionando servicios y suministros de la mayor calidad, como instrumentos para los mejores servicios públicos al ciudadano y basado en un tejido industrial estable, próspero e innovador, en los que el *compliance* no sea una herramienta para generar exoneraciones de responsabilidades penales, sino parte del convencimiento de que la cultura del cumplimiento normativa es un valor en sí misma.

¹³ Sobre la importancia de la planificación de la contratación para combatir la corrupción, puede consultarse la Recomendación General de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (2020). La planificación: herramienta clave para prevenir los riesgos de corrupción en las organizaciones. Valencia. Recuperado de https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2020/11/201103_Recomendacion_planificacion.pdf

LA FUNCIÓN DEL COMPLIANCE EN BLOCKCHAIN, CRIPTOACTIVOS Y LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL

UNA APROXIMACIÓN AL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN EN LA PROFESIÓN DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO



Dra. Almudena de la Mata Muñoz

CEO de Blockchain Intelligence y Blockchain Intelligence Law Institute.
Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
Directora de las Certificaciones Experto/a Legal y Compliance en Blockchain, Criptoactivos y Metaversos.



1. BLOCKCHAIN EN COMPLIANCE HOY

1.1. El doble impacto de Blockchain sobre la función de compliance

La función de compliance se está viendo fuertemente afectada por la tecnología Blockchain. Este impacto se manifiesta en dos vertientes muy diferentes. Por un lado, Blockchain ha creado una nueva operativa económica y social, así como la generación de nuevos activos digitales (criptoactivos, criptomonedas, NFTS...) y nuevos espacios de contratación como los metaversos, que deben cumplir con la normativa aplicable y ser objeto de control por las unidades de compliance. Por otra parte, Blockchain ofrece herramientas muy valiosas para el ejercicio de la propia función de compliance. Se trata de una tecnología óptima para la gestión fiable de registros y bases de datos, así como para mejorar la trazabilidad y auditabilidad de acciones y procesos que ayudan a la identificación de incumplimientos y definición de responsabilidades. Blockchain también habilita el desarrollo de procesos multiparte, sobre la base de confianza descentralizada y la automatización de procesos vía Smart contracts y tokenización. De esta forma se favorece la implicación de diversas unidades de

negocio en los procesos de cumplimiento. Además, esta tecnología permite la creación de incentivos para favorecer internamente el cumplimiento tanto de normativa como de políticas internas o canales de denuncia (whistle blowing) a través de sistemas de tokenización.

1.2. La nueva operativa digital sobre Blockchain, objeto de control por las unidades de cumplimiento normativo.

Desde la fundación del [Blockchain Intelligence Law & Compliance Institute](#) hace más de 5 años, hemos sido testigos de una creciente demanda de personal especializado y de conocimiento de Blockchain en el ámbito del cumplimiento normativo.

Sin duda un sector importante de actividad tiene lugar en el entorno financiero, tanto de entidades tradicionales como tecnológicas y fintechs además de empresas relacionadas con la actividad cripto como exchanges, fondos de inversión o plataformas de NFTs o productos de inversión DEFI (finanzas descentralizadas). A medida que ha aumentado la operativa en este campo, también ha crecido la preocupación por la posible utilización de estos productos y operativas financieras para el desarrollo de actividades delictivas o crimen financiero. Esta preocupación ha sido objeto de atención de reguladores y supervisores en las distintas jurisdicciones dotando ya de un cierto marco legal a la actividad de prevención por las unidades de compliance. Así, parte importante de esta operativa se enmarca en el establecimiento de procesos de KYC y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (AML/CFT) así como el cumplimiento de sanciones financieras. En definitiva, se establecen estructuras de control basadas en riesgo (*risk-based approach*) y en colaboración constante con los supervisores.

Llama la atención la alta proporción de proyectos basados en Blockchain que han sido admitidos en las distintas ediciones

del sandbox financiero español, siendo esto indicativo del uso real y creciente de esta tecnología en la industria española así como del interés de las instituciones públicas por comprender su operativa y favorecer el desarrollo de la innovación de forma controlada y sostenible. Además, han sido en muchas ocasiones las unidades de cumplimiento, las encargadas de gestionar la relación con los respectivos supervisores (Banco de España, CNMV o Dirección General de Seguros (DGS)).

Pero estas no son las únicas unidades de compliance que se están especializando en Blockchain. También las empresas tradicionales de los más variados sectores están formando a su personal en esta tecnología para la gestión de los riesgos vinculados y la implantación de nuevos sistemas adaptados a sus procesos digitales. Desde el lanzamiento de la Certificación Experto Legal y Compliance en Blockchain y Criptoactivos de Blockchain Intelligence con el Consejo General de la Abogacía, han pasado por nuestras aulas representantes de las unidades de compliance de empresas con actividad en el ámbito asegurador, retail, construcción, inmobiliario, energía, gestión, consultoría, industria automovilística, producción agrícola, galerías de arte, clubs de fútbol, etc. Las necesidades de control de compliance en estos casos son muy variadas. Algunas empresas operan con criptoactivos o han invertido en NFTs. Otras utilizan sistemas de identidad digital sobre Blockchain en sus procesos de KYC. Algunas han optado por buscar financiación a través de STOs o utilizan redes Blockchain para la mejor gestión de algunos de sus procesos multiparte. Varias de ellas están empleando sistemas blockchain para hacer posible la participación y toma de decisiones a distancia en los órganos de gobierno de las empresas. También se han desarrollado procesos internos multiparte sobre bases de datos distribuidas por ejemplo para la gestión de tesorería o procesos en los que están involucradas diversas empresas y cuyos datos se gestionan en Blockchains o DLTs

que facilitan la trazabilidad y control del proceso. Toda esta actividad basada en tecnología Blockchain requiere del control y gestión de cumplimiento. Aún incipiente, pero de importancia clave, es el desarrollo de metaversos basados en Blockchain en los que se desarrolla una importante actividad contractual digital y al que la Unión Europea está dedicando un importante esfuerzo para determinar y mitigar los posibles riesgos vinculados.

Además, en el ámbito de la administración pública se han desarrollado proyectos Blockchain para dotar de mayor transparencia y eficiencia a sus servicios. El uso de Blockchain en el desarrollo de soluciones de administración pública digital ha hecho necesaria la participación de la intervención y alguna unidad interna de compliance de organismos públicos. Un ejemplo interesante es el desarrollo de sistemas de contratación digital sobre Blockchain, como es el caso de la implantada en la Comunidad Autónoma de Aragón. Por otra parte existen numerosos ejemplos de colaboración público privada sobre la base de aplicaciones Blockchain como es el caso del proyecto del puerto de Cartagena.

1.3. El apoyo institucional al uso de tecnología Blockchain para el impulso de la economía y la mejora de la sociedad.

Este incremento de actividad sobre tecnología Blockchain tanto en el ámbito privado como el público se ve auspiciado por la actividad de las instituciones europeas. Desde el 2017, la Unión Europea ha implementado una hoja de ruta con el objeto de impulsar el desarrollo y uso de esta tecnología como elemento clave para el mantenimiento de la competitividad europea a nivel internacional. Esta actividad institucional se estructura en tres grandes líneas de trabajo:

- Desarrollo de regulación específica y criterios de interpretación jurídica que desarrollamos en el epígrafe siguiente;



Desarrollo de infraestructura Blockchain europea sentando las bases tecnológicas y regulatorias para el desarrollo de una plena sociedad digital segura. En este sentido se ha avanzado en: a) el desarrollo de la red europea Blockchain (EBSI), b) la creación de un medio de pago digital de emisión por el Banco Central Europeo (euro digital / criptoeuro / CBDC) y c) el avance en los modelos de identidad digital y la creación del EU ID Wallet o monedero de identidad digital europea.

Apoyo al desarrollo de aplicaciones blockchain en el sector privado a través de mecanismos de financiación de proyectos.

Ya en octubre de 2017, el Consejo de Europa solicitó a la Comisión Europea adoptar medidas relativas a blockchain con intención de lograr un mejor posicionamiento geopolítico y económico de la UE a nivel mundial. Con este mandato, en febrero de 2018 la Comisión puso en marcha el Observatorio y Foro Europeo de Blockchain¹ con objeto de identificar a los actores relevantes, las barreras técnicas, jurídicas y de mercado e impulsar el desarrollo de blockchain en el entorno europeo². En abril de 2018, 22 países europeos, incluyendo a España, firmaron una Declaración de Cooperación estableciendo la European Blockchain Partnership cuyo objetivo es crear una infraestructura europea de servicios basados en blockchain (European Blockchain Services Infrastructure –EBSI) para facilitar el intercambio transfronterizo. En la actualidad el número de países firmantes de esa declaración asciende a 30 (todos los países de la UE más Noruega y Liechtenstein). Desde entonces se han dado importantes pasos en la creación de esta infraestructura EBSI, sobre la que se están implementando relevantes casos de uso como los proyectos encaminados a lograr una identidad digital autogestionada común, facilitar la emisión de títulos universitarios en blockchain o el desarrollo de un número de seguridad social común, la gestión del reconocimiento del derecho de asilo a efectos transfronterizos y vinculado también con el sistema de identidad digital o la generación de un sistema de financiación de PYMEs.

Pero las instituciones europeas apoyan también con decisión las iniciativas privadas en Blockchain a través de la inversión realizada a través de programas de financiación y el trabajo dedicado a desarrollar un marco jurídico-regulatorio claro que permita el desarrollo de re-

des blockchain así como de productos y servicios basados en ellas.

2. LA EVOLUCIÓN DEL MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO EN BLOCKCHAIN, DLTS Y CRIPTOACTIVOS Y SU IMPACTO EN LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO.

Reguladores y supervisores han trabajado en los últimos años de forma incesante tanto para crear un corpus regulatorio específico como para desarrollar una actividad supervisora adecuada a la nueva realidad. Frente a la indefinición jurídica de los primeros tiempos en relación con el fenómeno blockchain/cripto, actualmente disponemos ya de mayor claridad regulatoria y obligaciones claras de cumplimiento y registro en unidades habilitadas ad hoc.

La velocidad del abordaje regulatorio en materia Blockchain/DLT ha sido vertiginosa. Solo en nuestra jurisdicción europea se han desarrollado importantes normas en materia de criptoactivos, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, normativa de valores y tokenización de instrumentos financieros, regulación y desarrollo de la identidad digital y normativa fiscal. En este sentido, cabe destacar que contamos ya con un cuerpo regulatorio específico que ayuda a definir conceptos y taxonomía y a entender la voluntad del legislador en cuanto a la protección de los mercados y la operativa social vinculada con el fenómeno cripto y Blockchain.

Así disponemos ya de normativa explícita entre la que destacamos: a) el Reglamento de Mercados de Criptoactivos (MiCA) (no en vigor), b) el Reglamento UE 2022/858 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en tecnología de registro descentralizado (Régimen Piloto) y su impacto en el proyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Servicios de Inversión, (aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados el pasado diciembre), c) Reglamento sobre resiliencia operativa digital (Reglamento DORA), d) la 5ª directiva 2018/843 de prevención de blanqueo de capitales y su trasposición en la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (LPBC) a través del Real Decreto Ley 7/2021 o e) la regulación fiscal de criptoactivos acompañada de las respuestas de la Agencia Tributaria a las consultas. Mención especial merece también la publicación del Reglamento EiDAS2 y el paquete de medidas tecnológicas con el que la UE pretende dotar a ciudadanos y entidades de herramientas de identidad

digital como la EU ID Wallet.

También disponemos de orientaciones, criterios y alertas de reguladores y supervisores como CNMV, la European Securities Markets Agency (ESMA), Banco de España, la European Banking Agency (EBA), EIOPA o la Agencia de protección de datos y continúa la creación de estándares nacionales e internacionales relacionados con las redes y las aplicaciones Blockchain. En este sentido, cabe destacar las guías que desde hace años vienen realizando las autoridades regulatorias europeas sobre la adaptación de la regulación y supervisión de determinados fenómenos, productos o mercados que han surgido como consecuencia del uso de Blockchain. Por ejemplo, la European Securities and Markets Authority –ESMA– publicó un documento en el que trata la aplicación a los criptoactivos de la normativa relativa a mercado de valores (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf).

Por su parte, la *European Banking Authority* –EBA– en su informe de 9 de enero de 2019 (<https://eba.europa.eu/documents/10180/2545547/EBA+Report+on+crypto+assets.pdf>) abordó también el tema de los criptoactivos desde la perspectiva de la aplicación de la normativa financiera como la relativa al dinero electrónico, servicios de pago, prevención del blanqueo de capitales y otras normativas aplicables a instituciones de crédito).

Por otra parte, determinados grupos de trabajo están reflexionando sobre la adecuada aplicación de normativa europea a este nuevo fenómeno. Un ejemplo es el esfuerzo que varios grupos realizan sobre la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos a la realidad *Blockchain*. Este es el caso del art. 29 Working Party, Opinion 04/2014 on Anonymisation Techniques, 0829/14/EN, 20 llegó a la conclusión de que los datos transaccionales encriptados con procesos de *hashing* podrían considerarse datos personales de acuerdo con el Reglamento de Protección de Datos (GDPR).

A nivel internacional también se trabaja colectivamente para desarrollar visiones comunes y una actividad coordinada de control de riesgos derivados del uso de

¹ EU Blockchain Observatory and Forum <https://www.eublockchainforum.eu/>

² Montaña Merchán y Angel Martín, The European Blockchain Service Infrastructure y el Desarrollo blockchain en el marco institucional europeo. Casos de uso [<https://blockchainintelligence.es/the-european-blockchain-service-infrastructure-ebsi-y-el-desarrollo-de-blockchain-en-el-marco-institucional-europeo-casos-de-uso/>]

criptoactivos. Así, existe una importante actividad en el seno de estructuras como el G20, FSB, el BIS. Por su impacto especial en la función de cumplimiento, cabe destacar el papel del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI (FATF), organismo intergubernamental que establece estándares internacionales con el objetivo de prevenir el lavado de dinero global y el financiamiento del terrorismo. GAFI ha trabajado desde el 2014 sobre el fenómeno de los activos virtuales (VA) emitiendo distintas recomendaciones y guías. El 28 de octubre de 2021 publicó una Guía actualizada para fomentar la aplicación de un enfoque basado en el riesgo (risk-based) en el tratamiento de los VAs y los proveedores de servicios de activos virtuales (VASP). En ella se hace hincapié en la necesidad de que los países, los VASP y otras entidades que participan en las actividades de activos virtuales (AV) comprendan los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo derivados de tales actividades y tomen las medidas de mitigación adecuadas para gestionar esos riesgos. La Guía analiza además cómo las actividades de AV y los VASP entran dentro del alcance de las Normas del GAFI. Se describen los tipos de actividades incluidas en la definición de VASP y proporciona ejemplos de tales actividades que caerían dentro de esa definición, así como aquellas que potencialmente serían excluidas. Además, la Guía destaca los elementos necesarios para calificar como VASP, que son (a) actuar como un negocio para o en nombre de otra persona y (b) proporcionar o facilitar activamente actividades relacionadas con activos virtuales.

Se proporciona, así, a los sectores público y privado orientaciones centradas en seis áreas clave: (1) aclarar las definiciones de VA y VASP para dejar claro que estas definiciones son expansivas y no debería haber un caso en el que un activo financiero relevante no esté cubierto por las Normas del GAFI (ya sea como un VA o como otro activo financiero), (2) proporcionar orientación sobre cómo se aplican las Normas del GAFI a las stablecoins y aclarar que una serie de entidades involucradas en acuerdos de stablecoin podrían calificar como VASPs bajo las Normas del GAFI, (3) proporcionar orientación adicional sobre los riesgos y las herramientas de que disponen los países para hacer frente a los riesgos de BC/FT en las transacciones entre pares, que son transacciones en las que no participa ninguna entidad obligada, (4) proporcionar orientación actualizada sobre la concesión de

licencias y el registro de proveedores de servicios de pago automatizado, (5) proporcionar orientación adicional a los sectores público y privado sobre la aplicación de la "travel rule", e (6) incluir principios de intercambio de información y cooperación entre supervisores de proveedores de servicios de pago automatizado. Se trata de un documento clave para la definición de estructuras de control interno pero también para el desarrollo de la actividad supervisora.

En definitiva, tanto a nivel internacional como europeo y nacional se ha ido configurando un corpus regulatorio y una taxonomía que facilita y justifica la labor de los compliance officers en relación con las infraestructuras DLT, la actividad con criptoactivos, el uso de Smart contracts y tokenización y el establecimiento de los prestadores de servicios de criptoactivos.

3. LA RELACIÓN DE LAS UNIDADES DE COMPLIANCE CON LOS SUPERVISORES Y LOS REGISTROS ESPECÍFICOS RELATIVOS A LA OPERATIVA BLOCKCHAIN / CRIPTO.

La operativa relacionada con los activos cripto (activos digitales o activos virtuales) es relativamente reciente y

está en constante evolución. Por ello, la prevención de riesgos vinculados a esta operativa requiere de la colaboración de los agentes implicados con los organismos supervisores.

En el marco de la normativa aplicable se han establecido ya obligaciones de cumplimiento y registro como la inscripción en el Registro de proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos del Banco de España, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (LPBC). La inscripción en este registro está condicionada (i) a la existencia de procedimientos y órganos adecuados de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, y (ii) al cumplimiento de los requisitos de honorabilidad comercial y profesional.

Hasta ahora, han sido generalmente las unidades de compliance las encargadas de asegurar el cumplimiento de las obligaciones y gestionar el acceso a este registro. El establecimiento de los procedimientos así como la definición de órganos y estructuras de decisión en



relación con los objetivos de prevención de blanqueo han sido objeto de responsabilidad de los profesionales de cumplimiento que ha venido desarrollando su tarea en colaboración con el negocio y las unidades tecnológicas internas por un lado y por otro con los órganos de supervisión.

4. RIESGOS, PRÁCTICAS Y PROCESOS DE CUMPLIMIENTO DERIVADOS DEL USO DE BLOCKCHAIN Y CRIPTO.

Como hemos visto, la actividad sobre redes Blockchain es muy variada. Cada aplicación tendrá sus propias exigencias de cumplimiento y generará riesgos específicos que serán objeto de atención de la función de compliance.

En términos de riesgos regulatorios, es necesario hacer una interpretación de la naturaleza jurídica de la aplicación en cuestión para identificar adecuadamente los riesgos vinculados y la normativa aplicable en su caso. En este sentido es conveniente alertar de la posible evolución de dicha naturaleza jurídica de los activos o negocios jurídicos digitales, en cuyo caso, les serán de aplicación normas distintas a lo largo del tiempo. Así lo especifica la EBA en su orientación de 2019. Esto implica que la función de compliance debe permanecer activa durante la vida del negocio jurídico o aplicación tecnológica y ser garante del cumplimiento más allá de la gestión inicial.

A la gestión de los riesgos vinculados con la normativa aplicable se suman los de naturaleza reputacional, siendo necesario desarrollar procedimientos que permitan identificar y mitigar este tipo de riesgos. La naturaleza descentralizada de la operativa Blockchain dificulta en muchas ocasiones la actividad de los compliance officer.

Un primer nivel de riesgos está vinculado con el tipo de red Blockchain o DLT en la que se desarrolla la aplicación. Hay importantes diferencias entre redes públicas, privadas o público-permisionadas con implicaciones fundamentales en cuestiones como: a) sostenibilidad, b) definición de la jurisdicción aplicable, c) responsabilidades de las partes, d) la identificación de los nodos que componen la red y e) mantenimiento de la operatividad de la red y riesgos vinculados con el posible fin de la red.

Un segundo nivel de riesgos tiene que ver con el negocio jurídico desarrollado en Blockchain y sus elementos constitutivos (identidad, acuerdo de las partes,

contratación electrónica y cumplimiento de obligaciones con empleo de tokenización o criptomonedas/criptoactivos).

Especialmente instituciones financieras, las fintechs y las empresas cripto han desarrollado una práctica de control de cumplimiento y mitigación de riesgos específica para la actividad con criptoactivos. Los riesgos más inminentes en este entorno tienen que ver con el uso de criptomonedas o criptoactivos para actividades delictivas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo así como la evasión del cumplimiento de sanciones o interacción con PEPs. También recientemente el uso de criptomonedas o criptoactivos en el ámbito de los conflictos internacionales como la guerra de Ucrania ha abierto un nuevo ámbito de riesgos geopolíticos y ciberseguridad.

Para evitar el uso delictivo o el incumplimiento de la normativa aplicable, las unidades de compliance han ido introduciendo modificaciones en sus sistemas de control de blanqueo, financiación del terrorismo y sanciones. Han ampliado los requisitos de control en sus operativas KYC y han introducido herramientas digitales de control de las transacciones cripto.

Una de las mayores dificultades para las unidades de cumplimiento en el control de criptoactivos es la definición de la jurisdicción aplicable. Otro reto es la dotación de conocimiento tecnológico suficiente para poder identificar transacciones relacionadas con activos digitales que impliquen riesgo para la institución. Por ello, se suele externalizar la monitorización a empresas externas especializadas.

5. LUCHA POR EL TALENTO COMPLIANCE-BLOCKCHAIN-CRIPTO Y LAS NUEVAS HERRAMIENTAS DIGITALES PARA LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO.

Los riesgos vinculados con la nueva operativa digital requieren de talento específicamente formado en las tecnologías de uso real en el ámbito empresarial. El creciente empleo de activos digitales y las aplicaciones basadas en Blockchain, lejos de ser un espacio de alta especialización o un boom puntual del mercado, están evolucionando en una operativa creciente, estandarizada y transversal. Como hemos visto, prácticamente todos los sectores de la economía se ven afectados por las nuevas herramientas digitales. El futuro de la economía es

eminentemente digital y es precisamente Blockchain la tecnología que hace posible la creación de mercados sin ninguna intermediación analógica en los que las partes no solo se encuentran y negocian sino que logran la perfección del negocio jurídico y su ejecución automática y digital. Las previsiones apuntan por tanto a Blockchain, web 3.0 y metaversos como los nuevos entornos de contratación. Con este crecimiento en la operativa digital, aumentan también los riesgos de fraude, de incumplimiento regulatorio y reputacionales, siendo el papel de compliance digital absolutamente clave en el desarrollo sostenible de esta nueva economía.

En el caso de que el negocio esté desarrollando una aplicación Blockchain (por ej. emisión de una criptomoneda, desarrollo de un metaverso o plataforma de gestión de comercio internacional, creación y venta de un NFT...), la unidad de cumplimiento deberá estar integrada en el equipo de desarrollo para lograr un resultado “compliant by design”. En otras ocasiones, las organizaciones compran o usan soluciones Blockchain del mercado para una mejor gestión del negocio o bien utilizan o invierte en activos basados en Blockchain (criptoactivos). En este caso también existen riesgos que la función de compliance debe identificar y que servirán al negocio para tomar la decisión sobre el producto o negociar con los proveedores posibles adaptaciones (técnicas o contractuales que mitiguen o eliminen los posibles riesgos).

Además, las unidades de compliance emplean cada vez más herramientas digitales basadas en Blockchain para mejorar su propia operativa del departamento. Se trata entre otros de:

- Mantenimiento de bases de datos en redes blockchain/DLT con el fin de garantizar transparencia y trazabilidad así como poder compartir datos en procesos multiparte. Este es el caso de herramientas de almacenamiento de actas de reuniones o toma de decisiones con el fin de tener claridad sobre la responsabilidad (accountability) de las partes implicadas.
- Uso de herramientas digitales de participación digital en órganos de decisión.
- Creación de incentivos vía token para el fomento de cumplimiento de las políticas internas.
- Herramientas específicas para el cumplimiento de obligaciones

regulatorias como el establecimiento de canales de alerta o whistle blowing.

Estamos en un momento de feroz búsqueda de talento compliance digital. Nuestra bolsa de trabajo y función de Head Hunting recibe continuas peticiones de compliance officers y abogados con conocimientos en criptomonedas, privacidad y blanqueo de capitales en el entorno cripto y transformación digital de unidades de cumplimiento. Estos profesionales trabajan directamente con el negocio en el diseño de soluciones y también son clave en la elección de aplicaciones de terceros que contienen elementos Blockchain de contratación automática, mantenimiento de bases de datos enfocados a la supervisión y la auditoría.

6. LAS HABILIDADES REQUERIDAS EN LOS PUESTOS DE COMPLIANCE DIGITAL.

Los profesionales de cumplimiento deben conocer tanto el funcionamiento de la tecnología Blockchain como sus usos y aplicaciones para poder identificar la normativa aplicable, cumplir con las exigencias normativas, elaborar un mapa de riesgos y mitigadores relacionados así como utilizar las herramientas digitales para una mejora de la eficiencia de la unidad.

Tanto en el caso de desarrollo de aplicaciones Blockchain como en el de

la elección de soluciones Blockchain del mercado, es necesario en primer lugar una comprensión de los distintos tipos de redes y su funcionamiento (especialmente los mecanismos de consenso y gobernanza de las redes) Ello tendrá importantes implicaciones en cuanto a la responsabilidad de las partes, viabilidad del proyecto y posibles requerimientos contractuales, riesgos operativos y reputacionales de negocio.

También será necesario entender las posibles aplicaciones que corren sobre esas redes (criptomonedas o criptoactivos, tokenización, smart contracts o identidad digital) y la operativa de negocio específica vinculada (custodia, cambio de moneda, finanzas descentralizadas-DEFI, uso de tokenización en metaversos, etc.).

Los compliance officers “de nueva generación” deberán estar familiarizados con la operativa Blockchain y por supuesto conocer no solo la normativa aplicable a esta realidad sino también los criterios de reguladores y supervisores. A veces es necesario adelantar soluciones para evitar que el mercado digital, veloz y audaz, genere riesgos sociales indeseados (risk-based-approach). En este sentido, las unidades de compliance son excelentes aliados para la supervisión y son pieza clave para el desarrollo sostenible y sólido del negocio.

Más allá del marco normativo es fundamental que los compliance officers

hayan utilizado las herramientas digitales que son objeto de su control. Por eso, la certificación de Blockchain Intelligence acompaña todos los módulos de aprendizaje de laboratorios prácticos en los que los oficiales de cumplimiento y abogados utilizan las redes y aplicaciones Blockchain que van a controlar. De hecho, utilizan wallets, reciben criptoactivos, emplean wallets de identidad digital y analizan las cuestiones vinculadas de privacidad, programan un Smart contract, mintean un NFT. También hemos desarrollado el primer espacio en el metaverso, donde los alumnos interactúan y utilizan sus avatares, NFTS y wallets. Recordemos que el futuro de la contratación y las relaciones humanas sucederá principalmente en metaversos y por tanto serán espacios necesitados de identificación y control de riesgos. Por último, los alumnos sellan su certificado en Blockchain y obtienen el token que demuestra su asistencia (POAP). De esta manera, conseguimos una total inmersión y comprensión de la tecnología y podemos identificar cómo desarrollar una estrategia y procedimientos de compliance así como utilizar las herramientas digitales que facilitan la propia actividad.

El futuro de la contratación digital estará definitivamente vinculada a la tecnología Blockchain y por ello consideramos que se trata un elemento clave para el desarrollo de la profesión.



DE LA CRISIS EXISTENCIAL AL METAVERSO



Sandro García

CEO de UNAES

Profesor de UNIR- La Universidad Internacional de La Rioja.

Antes de empezar te propongo un juego: imprime una foto de Cristiano Ronaldo o Lionel Messi (considerados los 'Dioses del Fútbol'), y otra de Jon Postel (considerado el 'Dios de Internet'), y sal a la calle a preguntarle a tus clientes, amigos y/o familiares si sabrías decirte quienes son.

Esta misma pregunta se la hago a mis alumnos del Máster en Legaltech de la UNIR y, hasta la fecha, el 100% ha sabido decirme el nombre del futbolista y ninguno el nombre de quien es uno de los responsables de que estuvieran sentados delante de mí.

Con este dato, la pregunta es inevitable ¿estamos realmente preparados para poder afrontar los desafíos de Internet, cuando ni siquiera somos capaces de reconocer a los creadores de la Red que ha cambiado el mundo y quién sabe si nuestras vidas para siempre?

Winston Churchill dijo "el precio de la grandeza es la responsabilidad" y cuando hablamos de Internet, la responsabilidad ha de ser máxima.

Internet no es un invento más. Cuando hablamos de 'la Red de Redes' hablamos de un invento trascendental que se está apropiando de todas las partes de nuestro cotidiano y está integrando todas nuestras necesidades. Ya no es un elemento más o parte de lo que somos o hacemos, sino que se ha convertido en un elemento vehicular que une a todos y por lo tanto no podemos entender su impacto y alcance si no es desde un enfoque filosófico.

Además, si algo caracteriza la implantación de Internet a diferencia de otros grandes inventos que han marcado un antes y un después en la historia de la humanidad,

es la velocidad con la que ha conquistado a millones de usuarios. Mientras que la electricidad, pilar fundacional de la civilización tecnológica, necesitó más de 40 años para llegar a 50 millones de usuarios, Internet ha necesitado tan solo 5.

La clave de su éxito radica en la oportunidad de que millones de personas alrededor de todo el mundo puedan acceder en cualquier momento y desde cualquier lugar al conocimiento y al saber, dando paso a la generación de millares de datos. Lo explicitó Aristóteles, hace más de dos mil años: "Todos los hombres desean, por naturaleza, saber", señalando como principio de la filosofía el deseo de saber, innato en toda persona.

Lo llamativo y hasta cierto punto preocupante, es que 30 años después de su irrupción, la filosofía brille por su ausencia y la sociedad se pregunte todavía ¿cómo puede ser que Internet sepa tanto acerca de nosotros?, cuando la respuesta es tan obvia como concisa ¡porque se lo has contado!

Vivimos en la era del dato. El 'Data' se ha convertido en el 'oxígeno del siglo XXI'.

Para entender este cambio de paradigma, permíteme utilizar un fragmento de la entrevista que tuve el honor de realizar al profesor Manuel Desantes Real, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alicante: "En el momento en que llegó internet se produjo un cambio exponencial que provocó la generación de millares de nuevos datos: pasamos del mundo analógico al mundo digital. Así que podríamos pensar que, como estos cambios exponenciales coyunturales ya habían ocurrido antes, en un período de

tiempo relativamente breve volveríamos a nuestro ritmo de cambio aritmético, como siempre había ocurrido. Pero no ha sido así. Antes de que hubiéramos podido digerir este cambio exponencial que produjo la llegada de internet los seres humanos entramos en una dinámica imparable en la que comenzamos a comunicarnos entre nosotros utilizando esas herramientas digitales a través de lo que rápidamente se bautizó como las "redes sociales": un segundo cambio exponencial y una nueva multiplicación de los datos personales. E inmediatamente después, cuando parecía que íbamos a volver por fin a nuestro cambio aritmético tan deseado, llegó la geolocalización -tercer cambio exponencial- y otra vez multiplicamos el número de datos personales. Pero la cosa no ha acabado aquí. Poco tiempo más tarde las máquinas se pusieron a dialogar entre ellas, cosa que nunca había ocurrido: le llamamos internet de las cosas y ha desencadenado la creación de billones y billones de datos. Y enseguida llegó otro cambio exponencial bien conocido, la Inteligencia Artificial. Todo esto se ha producido en apenas 30 años, un período mínimo de la historia. Hemos pasado de una sociedad de cambio aritmético con cambios exponenciales coyunturales a una sociedad de cambio exponencial estructural que ha llegado para quedarse, pero todas nuestras estructuras sociales siguen adaptadas al modelo de cambio aritmético. Confieso que este imparable proceso me angustia, por una parte, pero por otra me parece que tener la suerte de vivir justo ahora es extraordinariamente apasionante. Mis abuelos, mis bisabuelos, mis tatarabuelos ... vivieron en un mundo en el que las cosas pasaban muy despacio: ahora las cosas han cambiado radicalmente y el problema es que

tenemos que gestionar el tiempo cuando no tenemos tiempo".

Apenas un año después de esta entrevista, hay que añadir una nueva variable que previsiblemente lo cambiará todo: el Metaverso. Hasta la revista TIME nos advierte de ello "The Metaverse will reshape our lives. Let's make sure it's for better" (El Metaverso remodelará nuestras vidas. Asegurémonos de que sea para bien)

Sin duda, la decisión del fundador y CEO de Facebook de cambiarle el nombre a su empresa por 'META' en octubre de 2021, ha sido un inesperado golpe de efecto en términos de marketing y estrategia de marca y una clara declaración de intenciones que ha motivado el interés y la atención de los medios de comunicación, provocando muchas especulaciones acerca de las posibles implicaciones del Metaverso.

Este movimiento por parte de Zuckerberg tampoco debería extrañarnos, especialmente ahora que parece que el negocio que generan las Redes Sociales está comenzando a menguar.

Internet es un mercado maduro. Para seguir creciendo Facebook, la Red Social por excelencia, necesita nuevos estímulos y las posibles aplicaciones del Metaverso permitiendo reproducir todas las dinámicas sociales del día a día y vivir experiencias similares a las de la vida real, pero sin salir de casa, parecen tan atractivas como interesantes para usuarios como inversores.

Pero ¿Qué es el Metaverso?

Según el propio Zuckerberg el Metaverso es "una evolución de Internet donde en lugar de relacionarte con las marcas u otras personas a través de imágenes, videos o textos, lo haces con experiencias inmersivas en primera persona".

Para descifrar que esconde esta definición, tenemos que hacerlo en clave de Marketing. Recordemos que Facebook, ahora Meta, es una de las mayores empresas de Marketing y comunicación del mundo, sino como explicar que facture más de 118.000 millones de dólares si no es por la venta de espacios a anuncios orientados por los usuarios o el contenido.

El 98% de su facturación proviene de la publicidad lo cual no resulta especialmente positivo, sobre todo para los inversores que ven la excesiva dependencia del modelo en una única línea de negocio.

Sería ingenuo pensar que Zuckerberg no es consciente de ello y no haya visto en el Metaverso una gran oportunidad para reinventarse y capitalizar nuevas fuentes de ingresos, más aún cuando no dejan de salir nuevos competidores que le están dando verdaderos dolores de cabeza para mantener la posición de liderazgo que tiene su empresa en el mercado.

Pero volvamos a su definición. Además de hacer referencia a tres variables claves para cualquier departamento de Marketing: Internet (Mercado), Personas (Usuarios), Empresas (clientes), Zuckerberg introduce el término 'inmersivo' para referirse al valor añadido del Metaverso en relación con el conjunto de factores y elementos relacionados con el proceso de interacción de los usuarios respecto al uso de Internet. 'Experiencias inmersivas en primera persona', aquí radica la dificultad crucial del ser o no ser del Metaverso. Para poder ser, el Metaverso requiere la utilización de gafas de Realidad Virtual o Aumentada, sin ellas es imposible poder adentrarse en un mundo 3D virtual.

La poca penetración de este gadget hoy en el mercado es el principal fleco para viralizar un uso intensivo de esta tecnología. A modo de ejemplo, según Statista, en 2021 las ventas mundiales de smartphones ascendieron a 1.355 millones de unidades frente a tan solo los 12 millones de unidades de gafas de Realidad Virtual o Aumentada. Revertir este dato es solo cuestión de tiempo. Hace tan solo 5 años la venta de altavoces inteligentes apenas superaba los 30 millones de unidades en todo el mundo, hoy esta cifra roza los 200 millones.

Las grandes tecnológicas lo saben. Prueba de ello son los miles de millones de dólares que han invertido para posicionarse en este "nuevo mundo" que promete grandes cosas. Según McKinsey, en 2022 se han invertido ya 120.000 millones en poner pilares, conectividad e infraestructura tecnológica del Metaverso. Esto nos está diciendo que la carrera por hacerse con las mejores posiciones en el Metaverso ya ha empezado.

Las grandes tecnológicas no ignoran la potencialidad del Metaverso en términos de negocio, adquiriendo empresas punteras en la fabricación de gafas de Realidad Virtual o Aumentada en algunos casos y/o construyendo y desarrollando su propio Metaverso, con visión, propuesta de valor y posicionamiento en otros. Como ejemplo de la visión del concepto que tiene Zuckerberg, Meta

está desarrollando sus propias gafas, guantes y otros accesorios que sean capaces de transmitir las sensaciones virtuales en el cuerpo de los usuarios.

Tanta inversión corrobora que estamos ante una gran oportunidad de negocio y requiere, en la misma proporción, un retorno que se estima, según la misma consultora, alcance en 2030, 5 billones de dólares. La guerra entre las grandes tecnológicas por conseguir que la mayor cantidad de usuarios usen su tecnología para dejar el menor espacio posible a otros, no ha hecho más que empezar.

" LA REALIDAD ACABA SUPERANDO A LA FICCIÓN"





Además de la necesidad de capitalizar nuevas fuentes de ingresos, otro dato que refuerza la tesis de que el Metaverso ha venido para quedarse son los miles de millones de usuarios de Internet. Según el informe 'DIGITAL 2022' realizado por We Are Social y Hootsuite, el número de usuarios de Internet representa al 62,5% de la población mundial, superando el 90% en el caso de Europa y Norteamérica. Sin darnos cuenta ya estamos viviendo una vida 'digital' compartiendo, de media, un cuarto de nuestro tiempo online. Dicho informe también señala que, el promedio de horas que los usuarios de Internet en el mundo pasan navegando es de 6 horas y 58 minutos al día, consecuencia del teletrabajo, la necesidad de saber, de entretenernos y de comunicarnos a través de internet. Preguntémosnos en qué vida está viviendo la 'Generación Z', compartiendo su día a día a través de las Redes Sociales. Estamos hablando de miles de millones de personas y por lo tanto de potenciales clientes, preparados para evolucionar con la tecnología y abrazar el Metaverso.

Especialmente interesante es también

el mercado del Gaming. La posibilidad de que los 3.100 millones de Gamers que hay en el mundo, de acuerdo con cifras de DFC Intelligence, puedan "introducirse" en la pantalla, viviendo el juego como si formaran parte de él, ha llamado ciertamente la atención de una industria que, en 2021, movió en todo el mundo 175.000 millones de dólares, según la consultora estadounidense.

Los creadores de juegos en línea y las redes sociales existentes podrían, por tanto, competir por el liderazgo del prometedor negocio del Metaverso. La comunidad de usuarios de Meta, 3.650 millones en todo el mundo, y las inversiones en Realidad Virtual que está haciendo podrían darle una ventaja a medida que se desarrolla el mercado, mientras que los proveedores de motores de juegos Unity y Epic podrían ver una mayor demanda de software.

En cuanto al impacto del Metaverso en otros sectores, con menos dependencia al entorno online como puede ser el sector legal, todavía es muy pronto para poder sacar conclusiones. Todo apunta a que sus efectos tardarán más en

tangibilizarse, no obstante, sería ingenuo pensar que no llegará. El cliente será el que decida el cuándo y el cómo.

Si nos vamos a la parte más 'humana' y ética del Metaverso, me preocupa especialmente la posibilidad de que las personas, especialmente los nativos digitales pierdan conexión con el mundo real.

La posibilidad de que el Metaverso nos permita vivir una vida llena de oportunidades que el mundo real parece negarnos, es el argumento que debería hacernos reflexionar al respecto.

Un mundo abierto, donde cualquiera pueda ser lo que uno quiera y vivir experiencias que no podríamos imaginar en nuestra vida 'real'. Este es el gran reto en términos éticos para el que debemos empezar a reflexionar ¿Qué pasaría si después no te gusta tu vida habitual? ¿Seguiríamos socializando como lo hacíamos antes? ¿Podríamos perder definitivamente el contacto físico con otras personas? ¿Es ético vivir siendo otra persona, siendo un 'avatar'?

'crisis de identidad' o 'crisis de valores'?

El mundo real, no se enfrenta solo a un desafío político, económico, medioambiental, tecnológico. El principal desafío al que se enfrenta la humanidad es ético y nadie, o prácticamente nadie, está pensando o reflexionando sobre ello.

Tal vez porque no sepamos, tal vez porque no queramos o, peor aún, porque estemos alienados, Internet, y especialmente las Redes Sociales, se han convertido en nuestro mejor aliado para evadirnos de este dolor. Preguntémosnos sino también ¿por qué perdemos tanto tiempo en Internet?

El mundo real pierde atractivo e interés a la misma velocidad que evoluciona Internet, prueba de ello es que, no nos sorprende que pasar demasiadas horas delante del ordenador se ha convertido en una enfermedad. La desconexión del mundo real ya ha empezado con la 'Generación Z' a la cabeza, una generación digital e hiperconectada, aislada de cualquier fundamento filosófico. Las 'Big Tech' lo saben, Zuckerberg lo sabe, y para ellas el Metaverso no es más que el recurso por el control del futuro.

Para revertir esta tendencia, urge la construcción de modelos jurídico-tecnológicos éticamente sostenibles, poniendo al ser humano en el centro del debate ante la nueva interacción entre tecnología y persona, poniendo el foco no solo en dar respuesta a qué puede hacer la tecnología o el Metaverso por nosotros, sino especialmente en cómo nos relacionamos con ella y cómo afecta esto a nuestro ser. Debemos tener el coraje como sociedad de afrontar este escenario disruptivo y los juristas, los filósofos, los humanistas y los tecnólogos tienen mucho que decir, mucho que aportar al respecto.

Recordemos a Aldous Huxley, en su novela 'Un mundo feliz' ('Brave New World') publicada en 1932 ya nos avisaba: "Una dictadura perfecta tendría la apariencia de una democracia, pero sería básicamente una prisión sin muros en la que los presos ni siquiera soñarían con escapar. Sería esencialmente un sistema de esclavitud, en el que, gracias al consumo y al entretenimiento, los esclavos amarían su servidumbre".

Noventa años después, los ídolos de nuestros adolescentes son 'influencers, youtubers, gamers, streamers'. Ni rastro de investigadores, profesores, maestros, médicos, ingenieros

Quizás debemos todos revisar nuestra escala de valores para valorar su influencia en la sostenibilidad de la humanidad. Preguntarnos ¿qué mundo estamos construyendo para las generaciones futuras y si nos gustaría vivir en él?

Lo paradójico de esta historia es que, todas las respuestas a estas preguntas están ya escritas en Internet.

En cualquier caso, teniendo en cuenta quienes son los impulsores del Metaverso, los miles de millones invertidos y, sobre todo, la posibilidad de monetizar las posibilidades que ofrece:

- No lo "mates" sin antes haberlo probado. El Metaverso nació en un libro, 'Snow Crash', una novela de ciencia ficción escrita por Neal Stephenson y publicada en 1992. La aparición de la imprenta en el siglo XV también despertó una marea de susceptibilidades temerosas de los efectos de una expansión cultural. Entonces, algunas voces se alzaron contra los peligros de que un técnico potenciara la democratización del conocimiento.

- Es muy pronto para saber cuál va a ser su impacto, pero recuerda como era la primera web 1.0, años 90, donde solo se podía consumir contenido sin posibilidad de interactuar, y en lo que se ha convertido ahora.

- Recopila, analiza e interpreta la información que te llega. Esto te permitirá realizar juicios acertados con objeto de aprovechar las oportunidades en el mismo momento en que surgen y no menos importante, blindarte ante posibles amenazas.

- No dejes de ver las películas 'Real Player One' de Steven Spielberg y 'Los sutitutos' de Jonathan Mostow.

- Recuerda que, "la realidad acaba superando la ficción". La ciencia ficción es un espejo para lo que podemos llegar a ser. Julio Verne dijo que "todo lo que un hombre pueda imaginar, otros podrán hacerlo realidad". Oscar Wilde también describiría la historia con esta frase "la realidad supera la ficción", hasta tal punto que se impuso y adquirió jerarquía de axioma sin necesidad de confrontación ni polémica. Y de esto se trata.

REGULACIÓN DE LOS CANALES DE DENUNCIAS

NOVEDADES Y POSIBLES IMPLICACIONES DERIVADAS DEL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES NORMATIVAS Y DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.



Eulogio Jiménez Rodríguez

Compliance Advisor en EOS Spain.
Doctor en Derecho.



Jorge García Mallo

Compliance Officer en EOS Spain.



En este artículo pretendemos analizar el Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, con el objetivo de transponer la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, recientemente aprobado por el Congreso de los Diputados y que se encuentra pendiente de aprobación o

introducción de enmiendas por el Senado.

Cabe mencionar, antes de profundizar en su contenido, la demora en la transposición de la Directiva, puesto que se establecía una fecha límite, el 17 de diciembre de 2021, para la adopción por parte de los Estados Miembros de sus disposiciones generales legales (o primer plazo de transposición). Ante esta situación, la Comisión Europea procedió a remitir cartas de

emplazamiento a aquellos Estados Miembros, entre ellos España, reiterando la necesidad de adoptar las medidas necesarias para la efectiva transposición de la Directiva, concediendo una moratoria (o segundo plazo de transposición) de dos años, hasta el 17 de diciembre de 2023.

Finalmente, su efectiva transposición vio la luz el 4 de marzo de este año, casi tres meses después de la finalización del primer plazo concedido por la Directiva, siendo finalmente aprobado como Proyecto de Ley el 13 de septiembre por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia. Conviene señalar en este punto que no solo se lleva a cabo la transposición de la Directiva sino que, además, se da cumplimiento a una serie de objetivos y necesidades reflejados en diferentes iniciativas de ámbito nacional, como el Plan y acción del Gobierno en la lucha contra la corrupción, entre cuyos hitos se incluye la protección integral contra la corrupción tanto en la esfera pública como en la privada; y comunitario, a través de los informes emitidos por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), constituido en el seno de la Comisión Europea y el Consejo, en los que se advierte sobre la necesidad de contar con un marco completo y efectivo para la protección de los informantes. En este sentido, los objetivos generales del Proyecto de Ley son claros: la protección integral y la prohibición de cualquier tipo de represalias no solo

del informante sino, como veremos, de todas aquellas personas de su entorno que colaboren en la aportación de información.

¿QUÉ NOVEDADES CONLLEVA?

En primer lugar, se hace evidente el **cambio en la terminología empleada**, optándose por la denominación “informante”, suavizando de este modo la empleada por la Directiva (“denunciante”) e incluso la utilizada por otros ordenamientos como el francés *lanceur d’alerte* (“alertador”), con mayor sonoridad y vinculada al término pionero importado del ordenamiento anglosajón *whistleblowers* que las indicadas.

En línea con lo anterior, el legislador hace referencia a comunicaciones o informaciones y no a denuncias, ampliando este criterio tanto a los sistemas internos como al canal externo de información, en lugar de la habitual expresión “canal de denuncias”, con el principal objetivo de evitar su connotación negativa. No obstante, existen opiniones en contra de esta denominación, basándose en lo genérico y confuso de la expresión, toda vez que en el seno de las organizaciones existen sistemas de información de diversa índole y alcance.

También se produce un cambio en la terminología empleada para referirse a la persona denunciada, sustituyéndose el vocablo “investigado” empleado en el Anteproyecto, por “afectado”, quizás para evitar la presunción de culpabilidad asociada al significado tradicionalmente negativo del propio vocablo, reforzando este proceder con la admisión expresa del derecho a la presunción de inocencia, del derecho de defensa y el acceso al expediente. Es más, en caso de que el informante de una infracción administrativa sea el propio infractor, se prevé la exención o la atenuación de la sanción bajo determinados supuestos, ampliable incluso al resto de participantes si los hubiere.

Por lo que se refiere al **ámbito objetivo o material**, podemos apreciar, por un lado, una ampliación del establecido por la Directiva, incluyendo las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico, dado el impacto que las mismas pueden tener en los ciudadanos y en la opinión pública en general. Además, sin perjuicio de la normativa específica, se extiende a todas aquellas infracciones o vulneraciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo todas las actuaciones vinculadas a la prevención

del acoso y a la prevención de riesgos laborales.

Por otra parte, se excluyen de su ámbito de aplicación, además de las materias incluidas en la Directiva, información derivada del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y del carácter reservado de aquella información tributaria o de otro tipo que se rijan por su normativa específica, prevista en leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la propia Directiva. Por último, se elimina la referencia a cualquier vulneración del ordenamiento jurídico que afecte o menoscabe directamente el interés general, incluida en el texto del Anteproyecto, así como todas aquellas conductas que no se fundamenten en la buena fe y en la honestidad del informante, como proporcionar información falsa, tergiversada u obtenida de forma ilícita.

En lo concerniente al **ámbito subjetivo** de la norma, encontramos idéntica tendencia. Así, la protección se amplía a quienes tengan vínculos profesionales o laborales con entidades tanto públicas como privadas, incluyendo a accionistas y miembros de los órganos de administración y/o dirección, con independencia de que dicha relación esté vigente o haya finalizado; así como a personas con otro tipo de relación laboral, como trabajadores en período de prácticas (becarios) o en formación; voluntarios; y candidatos incursos en procesos de selección. Pero esta protección otorgada por la norma no termina aquí, sino que se extiende a terceros relacionados en mayor o menor medida con el propio informante, como los representantes legales de los trabajadores, aquellos que le presten asistencia, personas de su entorno e incluso personas jurídicas de su propiedad que puedan sufrir represalias como consecuencia de la denuncia planteada.

Además, se incluye la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda comunicar irregularidades o incumplimientos normativos incluso de forma anónima, opción ya introducida previamente en la normativa sectorial relativa a la prevención del blanqueo de capitales (artículo 26 bis de la Ley 10/2010, de 28 de abril, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto) y a la protección de datos (artículo 24.1 de la LOPDGDD). Asimismo, conviene señalar en este punto la admisión de las denuncias anónimas en el ámbito penal y su especial valoración en

vía probatoria.

Por otra parte, la prohibición de **represalias** es uno de los principales objetivos de esta norma, que amplía el listado de supuestos ya previstos en el Anteproyecto vinculados con el contrato de trabajo (no renovación, no conversión en indefinido si así se le hubiera ofrecido), la formación (denegando o impidiendo la misma), y cualquier tipo de conducta que implique discriminación o trato favorable e injusto. Todas estas actuaciones tendrán que ser objeto de especial vigilancia y control ya que, en todo caso, serán declaradas nulas de pleno derecho pudiendo implicar medidas disciplinarias hacia los responsables e indemnizaciones por daños y perjuicios.

Como apoyo a todas estas **medidas de protección**, están previstas una serie de medidas de diferente contenido y alcance, que van desde la información y el asesoramiento público o la asistencia efectiva por parte de las autoridades en todo lo referente a la protección frente a represalias hasta, en última instancia y con carácter excepcional, apoyo financiero y asistencia psicológica.

Yendo un paso más allá y pensando especialmente en las empresas del sector privado, el daño reputacional que, en caso de que llegara a conocerse por la opinión pública, podría acarrear este tipo de actuaciones debería ser un factor más a tener en cuenta por todas ellas a la hora de abordar esta importante cuestión, vinculándola incluso con la ética empresarial.

El Anteproyecto también incorporaba una importante novedad, los denominados “*programas de clemencia*”. De nuevo, parece más que evidente que la elección de la terminología no fue la más afortunada en un primer momento, rayando en este caso lo anacrónico. Es por ello por lo que ha sido sustituida en el texto del Proyecto por la expresión “**supuestos de exención y atenuación de la sanción**”. Dichos supuestos, análogos a los ya existentes en materia de defensa de la competencia (que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta norma), hacen referencia a aquellos casos en los que, siendo la persona la propia autora de una infracción administrativa, informe de la existencia de la misma con carácter previo a la notificación de la incoación de un procedimiento de investigación o sancionador. La posibilidad de ser exonerado o de una atenuación de la sanción dependerá del grado de cumplimiento de una serie de

requisitos incluidos en el texto de la norma, a criterio de la autoridad competente. En todo caso, estos supuestos no serán de aplicación cuando las comunicaciones se refieran a hechos constitutivos de delito, por razones evidentes.

Dejando a un lado las novedades, en cuanto al escenario futuro debemos recordar que el Proyecto de Ley pretende que el Sistema interno de información se utilice de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. No obstante, declarada esta preferencia, el informante, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere, puede elegir el cauce a seguir, interno de la propia organización o el externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

En consonancia con la preeminencia que el Proyecto de Ley otorga a los canales internos de información, a partir del 1 de diciembre de 2023, será obligatorio disponer de un sistema interno de información en todas las entidades del sector público, ya que se incluirán los municipios de menos de 10.000 habitantes, exentos actualmente; y en todas las entidades jurídicas del sector privado a partir de 50 trabajadores, reduciendo las organizaciones que quedan fuera. En el caso de grupos de empresas, se atribuye a la sociedad dominante la responsabilidad de aprobar la política general en la materia y el aseguramiento de su aplicación, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada una de las sociedades para el cumplimiento de la misma. Dicho sistema deberá ser integral, incluyendo no solo el habitual canal de comunicación, sino también el proceso de gestión y seguimiento de la información recibida, que podrá ser interno o gestionado por tercero externo. Su utilización deberá ser preferente frente al canal externo, pudiendo el informante optar en todo momento por una u otra vía.

Por todo ello, deberá reunir una serie de requisitos en lo que respecta a la accesibilidad, confidencialidad, cumplimiento en todo lo relativo al seguimiento e investigación, protección del informante, acceso por personal no autorizado e integración de canales (en su caso). Todo ello deberá quedar plasmado en una política que contenga todo el proceso de gestión de la información remitida. A cargo del

sistema interno de información estará un responsable (unipersonal o colegiado) designado por el órgano de administración o de gobierno de la entidad.

En otro orden, cumpliendo con lo dispuesto en la Directiva respecto a la necesidad de designar una **autoridad competente** encargada de gestionar el canal externo de comunicaciones, se crea la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.). Dicho canal podrá ser empleado por el informante con independencia de que, con carácter previo, haya realizado la comunicación a través del correspondiente canal interno. La norma regula todo el proceso, registro, admisión a trámite, instrucción de la comunicación y terminación, así como los derechos y obligaciones del informante frente a la A.A.I. Se permite además a las Comunidades Autónomas la creación de canales externos en su ámbito territorial y la designación los órganos competentes para su llevanza y gestión.

Tampoco podemos dejar de citar las implicaciones en materia de protección de datos personales, las entidades obligadas a disponer de un sistema interno de información o los terceros externos que lo gestionen deberán **designar un Delegado de Protección de Datos**. En el caso del canal externo gestionado por la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.) o por las autoridades independientes que se constituyan, corresponderá a estas su nombramiento.

A diferencia del Anteproyecto, se amplían los supuestos de supresión inmediata de los datos personales cuando no sean manifiestamente pertinentes (principio de minimización), se recopilen de forma accidental, no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la ley o cuando se trate de datos de categoría especial con la excepción, en este último caso, de que el tratamiento responda a razones de interés público esencial.

Por último, en materia de **infracciones y sanciones**, la principal novedad respecto del Anteproyecto es la consideración de infracción muy grave del incumplimiento de la obligación de disponer de un sistema interno de información, un "aviso a navegantes" del legislador a los sujetos obligados con importantes consecuencias a nivel económico, fiscal, de negocio o reputacional.

Teniendo en cuenta todas estas propuestas, es inherente al profesional de cumplimiento ver el impacto que las

mismas puedan tener en la aplicación práctica.

Si hacemos un análisis de su traslación a la gestión operativa, este nuevo Proyecto de Ley determina una serie de cuestiones que deberán ser analizadas y valoradas a la hora de adoptar qué tipo de canal se pondrá en liza para comunicar las irregularidades.

En primer lugar y como condición esencial casi en cualquier aspecto relacionado con el sistema de cumplimiento interno, debemos señalar el compromiso del órgano de administración. En este sentido, cobra todo el sentido si tenemos en consideración los trabajos previos y análisis que debemos realizar para poder llevar a cabo las labores de planificación, ejecución y posterior concienciación de los grupos de interés en lo relativo al uso del canal de denuncias.

Por una parte, esa labor analítica deberá arrojar respuestas y una referencia clara acerca de las función y área que debería asumir el **rol de administrador del canal**, así como cualquier otra que fuese necesario para su gestión.

El criterio del órgano de administración deberá tener en cuenta la necesidad de designar formalmente a alguien que ostente las cualidades necesarias para poder cumplir con las premisas fijadas en el texto legislativo. La elección no resulta trivial, toda vez que parece sencillo deducir que requerirá un perfil o un conjunto de profesionales que aúne rasgos esenciales para poder reforzar el sentimiento de confianza en el canal y su gestión. Entre ellos, podemos citar aspectos como habilidades personales que devendrán esenciales para disponer de un entorno que fomente y ayude a la comunicación de irregularidades por los canales habilitados, tales como la empatía, generación de confianza, conocimiento de la dinámica procesal o la facilidad para trasladar la información de una manera comprensible a los grupos de interés tanto sobre la dinámica del canal como en los procedimientos que se inicien con motivo de las comunicaciones recibidas, por citar algunas de las más relevantes.

Esa adecuación del perfil no entra en conflicto con el hecho de que se deba contemplar la conveniencia de dotar de herramientas y proporcionar la formación necesaria del administrador designado para reforzar su perfil y que ello tenga su reflejo en una gestión adecuada.

Por otro lado, y en ese trabajo previo de



puesta en marcha del canal adaptado a las nuevas exigencias que podrían entrar en liza, las organizaciones van a tener que valorar la necesidad de implicar en ese trabajo previo a otras funciones que tendrán mucho que decir como puede ser el Delegado de Protección de Datos, si la organización dispusiese de tal figura. O, incluso, valorar su nombramiento teniendo en cuenta la conveniencia de adecuar la gestión del canal a todas las obligaciones en materia de protección de datos que deriven del mismo.

Su participación en el análisis de riesgos del concepto inicial que la organización plantee para el canal es esencial. Su influencia en ese trabajo inicial de diseño resulta adecuado y necesario, siendo

pertinente seguir su criterio en lo que se refiere a los tratamientos de datos resultantes. Así, además de proporcionar las recomendaciones pertinentes, la organización estará en buena disposición para realizar los análisis de riesgos necesarios y la adecuación de la gestión en protección de datos que resultará de la gestión del canal. Por una parte, se estará en el momento oportuno para llevar a cabo los análisis de riesgos de la futura actividad de tratamiento de datos, siendo el momento idóneo para consensuar a nivel organizacional las medidas de seguridad adecuadas para poder estar alineados con los requisitos de confidencialidad y anonimato, si finalmente la intención es poner en liza un sistema que reúna todos los rasgos

contemplados en el texto. En este sentido, no debemos olvidar la necesidad de adecuar el Registro de Actividades de Tratamiento de la organización, en el cual quedará constancia no solo la base legitimadora sino también la relación de medidas de seguridad con las que cuente el canal.

Únicamente a modo de cita, en relación con esta cuestión será pertinente poner el foco en aspectos esenciales como la gestión de permisos a la información de las reclamaciones interpuestas y que se estuviesen investigando; pasando por las medidas que permitan impedir el acceso indebido por terceros respetando los plazos de conservación, considerando las diferencias de disponibilidad y acceso

según el estado de las denuncias. Y aquí sí que debemos poner énfasis con motivo de otra de las novedades que incorpora este Proyecto como es la posibilidad del alertador de tener una vía a modo de recurso en aquellos casos en los que no considere que la resolución del caso se adecue a las circunstancias manifestadas. Ello conllevará establecer los repositorios de información teniendo en cuenta, por un lado, el estado de la denuncia, diferenciando aquellas que se encuentren en tramitación o en una fase anterior, de aquellas sobre las que conste resolución y figuren archivadas, debiendo contar con un sistema de seguridad que permita un acceso con privilegios diferenciados y con medidas de seguridad reforzadas. Por otro lado, también habrá que valorar el tipo de información y su formato para adecuar dichos repositorios, todo ello vinculado con los tipos de canales que activemos, debiendo estar preparados para aquellos casos en los que se requiera disponer de evidencias en formato de audio, mensajería y demás.

En lo que se refiere a aspectos de carácter organizativo, podríamos acentuar la conveniencia de 2 cuestiones vitales para el éxito de esta iniciativa: una política formativa para dar a conocer la puesta a disposición del canal; y una estrategia de comunicación efectiva y ajustada a las circunstancias.

En lo que respecta a la **formación**, la intención principal será dejar claro el alcance objetivo del canal, de forma que todos los grupos de interés que puedan hacer uso del mismo conozcan qué tipo de incidentes o incumplimientos deben ser comunicados. Ello ayudará posteriormente a una mayor efectividad en la propia gestión del mismo, puesto que ayudará a que los alertadores proporcionen la información relevante optimizando la gestión y haciendo más probable la adopción de medidas en aquellos casos en los que se identifiquen riesgos o conductas que requieran una respuesta por parte de la organización.

Además, debemos dotar de un enfoque integral al canal, por lo que nuestro mensaje deberá adecuarse según el tipo de interlocutor, dada la obligatoriedad de difundir la existencia del canal. Y ello no lo limitaremos a una esfera interna, con empleados y miembros de la organización. Esta difusión debe extenderse y abarcar a otros grupos de interés, tales como proveedores, clientes, asociaciones a las que pertenezca la organización y cualquier otro que identifiquemos.

Ello nos obligará a adaptar el mensaje y

formato de las comunicaciones teniendo presentes los objetivos principales, como son dar a conocer el mismo, aclarar las medidas de seguridad con las que cuenta y los diferentes tipos de denuncias que se pueden remitir. Por todo ello, la utilización de un lenguaje claro y estilo directo ayudará a evitar confusiones que no ayudarán a la buena acogida del canal o canales que instauraremos.

En cuanto a la **estrategia de comunicación** deberemos aplicarla a las actividades dimanantes del propio canal. Así, el administrador debe plantearse inicialmente la manera en que va a llevar a cabo las diferentes comunicaciones necesarias una vez que una denuncia nueva es comunicada. Teniendo en cuenta que el borrador entra a regular esta cuestión, es posible que debamos adaptar los plazos de tiempo a la hora de confirmar el acuse de recibo e iniciación del análisis previo, hito que nos permite recordar al alertador las salvaguardas con las que cuenta durante todo el proceso. A partir de este momento, todas las comunicaciones deben ser planteadas con la intención de informar claramente sobre el estado de la situación y fomentar la aclaración de cualquier tipo de duda. Igualmente, dentro de la instrucción del expediente, en el que es probable que sean necesarias otro tipo de interacciones a modo de entrevistas, informes preliminares y demás, el administrador debe tener presente la necesidad de ser claro en sus manifestaciones hasta el momento final de la resolución. En la misma, será conveniente recordar una de las hipotéticas novedades, como es la posibilidad de recurrir en caso de que la resolución no satisfaga las pretensiones planteadas.

Asimismo, debemos tener en cuenta las distintas particularidades de los grupos de interés para evitar problemas de accesibilidad al canal (visión, audición, sistemas operativos, etc.), de forma que la configuración de los mismos tenga un enfoque integrador en el que permita a cualquier persona interesada realizar la comunicación sin ningún tipo de barrera organizativa, técnica o de otra naturaleza.

En cuanto a los terceros, también será aconsejable dejar reflejo de esta cuestión en todos nuestros compromisos contractuales, de forma que desde el inicio del vínculo, estos sean conocedores de su existencia y funcionamiento, además de dejar constancia del compromiso ético de nuestra organización.

Teniendo en cuenta todas estas premisas, puede resultar de interés el disponer de un documento interno que regule todo el **procedimiento de gestión** de denuncias, en el que la organización ponga en conocimiento todas las cuestiones atinentes a la comunicación, revisión y resolución de incumplimientos comunicados, de forma que permita conocer de primera mano su funcionamiento. Un buen planteamiento en su alcance, estilo y difusión será el mejor compendio de medidas para aunar los beneficios mencionados en las líneas anteriores.

Máster en Legaltech

Experto en tecnologías y herramientas digitales jurídicas

100% online | Duración: 7 meses



Docencia 100% online



Clases en directo



Tutor personal



Potencia al máximo tus competencias digitales

- ✓ Aprenderás las técnicas, procesos, herramientas y los conocimientos de programación para Digitalizar tu Despacho o Asesoría Jurídica.
- ✓ Impartido por profesionales del Derecho Digital en Legaltech.

Convocatoria primavera 2023 - Abierto plazo de matrícula

“Según el Informe Gartner, las áreas legales van a aumentar el gasto en soluciones tecnológicas en un 200% para 2025. Conviértete en el experto más demandado”.

Es el momento de formarse y crecer como profesional.

Consulta descuentos especiales

El único programa con un enfoque 100% práctico que te forma en las técnicas, procesos y herramientas para transformarte en el abogado que demanda el nuevo entorno digital



OCCASIONAL PAPER SOBRE LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE, LA MOVILIDAD Y LA LOGÍSTICA EN ESPAÑA*

*EL PRESENTE TRABAJO HA SIDO PROPUESTO DESDE EL THINK TANK MOVILIDAD DE LA FUNDACIÓN CORELL



Josep Maria Fortuny Olivé

Subdirector general de Ordenación del Transporte y Desarrollo Sectorial de la Dirección General de Transportes y Movilidad de la Generalitat de Catalunya.



Juan Miguel Sánchez García

Miembro de Think Tank Movilidad.
Exdirector general de Transportes del Ministerio de Fomento.

INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este *occasional paper* es el de aportar ideas que ayuden a abrir debates y a dar pasos en la toma de decisiones de las administraciones para favorecer el tránsito de los que forman parte del ecosistema del transporte-movilidad-logística, tanto empresas fabricantes de componentes o de vehículos, como empresas que organizan y ejecutan el traslado de bienes y personas, así como las propias personas que toman decisiones de uso y consumo.

El análisis que se pretende llevar a cabo parte del análisis de la situación actual -que afecta a toda la economía y la sociedad-, y de modo principal, del hecho de encontrarnos en un momento de transitoriedad hacia la descarbonización y hacia una economía circular, en que la economía mundial afronta retos y dudas, y que los avances tecnológicos, sobre todo lo que concierne a la inteligencia artificial y el proceso de digitalización de la economía muestran, a la vez que desafíos, unas oportunidades de desarrollo muy amplias.

PROPUESTAS PARA LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA: GOBERNANZA Y REGULACIÓN EN EL TRANSPORTE, LA MOVILIDAD Y LA LOGÍSTICA EN ESPAÑA

La movilidad es imprescindible para el desarrollo de la economía y la sociedad, por lo tanto, no cabe afirmar desde un punto de vista exclusivamente medioambientalista que “la mejor movilidad es la que no existe”. La movilidad que no existe ya la conocemos, la hemos tenido hace muy pocos meses la pandemia, el volcán y la guerra, y sus consecuencias sociales y económicas.

En el marco de desarrollo del Acuerdo Verde Europeo (EGD), la Comisión Europea ha elaborado un conjunto de medidas legislativas en julio de 2021 (“Objetivo 55” conocida en inglés como “Fit for 55”), precisamente para asegurar el cumplimiento del objetivo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de un 55% en 2030 frente a los niveles registrados en 1990.

Entre esas medidas, el Consejo europeo ha aprobado un “nuevo sistema de

comercio de emisiones independiente” para el transporte por carretera, que comenzará la subasta de derechos de emisión a partir de 2027 y la entrega a partir de 2028, y que regulará a los suministradores de combustibles. Con esas medidas se pretende internalizar costes externos en uno de los sectores difusos más amplio y que más emite.

Otra de las medidas que propone el plan Objetivo 55 de la UE, consiste en la prohibición, a partir de 2035, de venta de turismos y furgonetas que no sean cero emisiones. La futura caída, en España, de la recaudación del IVA y del impuesto especial de hidrocarburos por la menor venta de los productos derivados del petróleo-entre otras razones que afectan al nivel de deuda pública, y la necesidad de un mantenimiento de calidad en las vías-, va a abocar en breve a reabrir el debate sobre la financiación de las infraestructuras, con más fuerza y rigor que hasta ahora y se propongan sistemas de peajes o tarifas generalizadas para turismos, furgonetas, camiones y autobuses. El elemento regulatorio en este asunto, tanto en el debate, como en el diseño y en su ejecución, se va a constituir en una pieza vital en los pasos a dar en el proceso de transición a la descarbonización. La tarificación del uso de las infraestructuras tradicionalmente enfrenta a sectores variados del mundo del transporte y la movilidad, como algunos que se sitúan en su contra -las empresas transportistas de carretera, logísticos, cargadores o fabricantes de vehículos-, y otros respaldan abiertamente su puesta en marcha-como ocurre con las empresas de transporte de mercancías ferroviarias o los constructores de infraestructuras viarias-. La ciudadanía necesitará participar de la toma de decisiones, hará falta mucha explicación y pedagogía para comprender el debate, así como sus argumentos técnicamente complejos. Los poderes públicos y las propuestas de regulación tendrán que abandonar los despachos y laboratorios para abrirse a un debate abierto.

Los ciudadanos y las empresas y organizaciones tienen que avanzar en el cambio, en tiempos de fuerte evolución tecnológica; en efecto, no queda más remedio que ir dando pasos en la incorporación de nuevas tecnologías, porque necesariamente hay que transitar, no queda más remedio. Y todo ello, obliga a las administraciones públicas españolas (estatal, autonómica y local) a abordar de manera muy colaborativa y armoniosa una serie de medidas que favorezcan esa transición y prevean los retos y

obstáculos a salvar. Estas son once medidas, sin pretensión de ser exhaustivas, a modo de decálogo de las reflexiones más críticas en este momento, para ayudar a transitar, desde el punto de vista regulatorio, en el mundo del transporte, la movilidad y la logística, tanto pensando en los sectores profesionales como en los ciudadanos.

1. ARTICULAR UNA NORMA CON RANGO LEGAL, EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA DE MOVILIDAD SOSTENIBLE Y SEGURA, QUE DETERMINE ESCENARIOS PROGRESIVOS DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO PARA LAS EMPRESAS CON OPCIONES DIVERSAS. CALENDARIZAR EL PROCESO PARA UNA MAYOR SEGURIDAD JURÍDICA EN LA TOMA DE DECISIONES

La previsión, como modo de anticipación, es la mejor herramienta de supervivencia y progreso, por ello, en este caso frente a la descarbonización, las administraciones públicas y las corporaciones privadas deben alinearse y expresar de manera sintonizada sus planes y objetivos en relación con el cambio climático y la calidad del aire. Actualmente existe una constelación de planes y estrategias que muestran objetivos e hitos intermedios que deben ir cumpliendo los ciudadanos y las empresas en relación con la movilidad y otros sectores de producción y consumo.

Esos planes y estrategias tan variados se manifiestan en todos los niveles de organizaciones y poderes públicos: así Naciones Unidas, a través de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS 2030), el Acuerdo de París, las tareas legislativas de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas; de igual manera la UE en todo su amplio abanico de competencias, aunque principalmente con los fondos Next Generation y la Estrategia de Movilidad Sostenible o el plan “Objetivo55” (en inglés “Fit for 55”); España, como miembro europeo, en todos sus niveles organizativos: la administración estatal, -con su Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia, y con la Estrategia de Movilidad Sostenible, Segura y Conectada, del MITMA, así como cada uno de los varios planes y subplanes de los ministerios más implicados en la economía, el medio ambiente y la movilidad-, y de igual forma cada una de las CCAA y los entes locales. A dichos planes, le acompañan los compromisos de una industria privada en la limitación de emisiones de gases de efecto invernadero.

Los citados planes y estrategias incluyen calendarios hacia la descarbonización. Los calendarios impelen la disminución de las flotas de transporte motorizado dependientes de carburantes fósiles, o cuando menos tratan de impulsar una renovación de esas flotas de emisión cero o menor, con el objetivo de que los vehículos más modernos incorporen avances tecnológicos que limiten las emisiones.

Pues bien, sin un proceso bien guiado y coordinado de transición, el resultado pone en riesgo las actividades de movilidad y logística. Para muestra un botón, las asociaciones madrileñas de transporte han solicitado al Ayuntamiento de Madrid que se modifique el calendario de renovación de flotas de distribución urbana de mercancías que dejaría el 1 de enero de 2023 aproximadamente el 60 por ciento de la flota actual.

Previsión y flexibilidad son elementos antitéticos que tienen que estar en la regulación normativa de todo cambio tecnológico. Sin embargo, toda flexibilidad improvisada a última hora, genera un agravio comparativo y un sobrecoste entre aquellos que han cumplido con el calendario, por un lado, y por otro, los que han apostado por presionar y confiar en que finalmente las administraciones competentes pospondrán dicha obligatoriedad.

Pretender una regulación proporcionada requiere una organización que mida en toda su amplitud y dimensiones la realidad sobre la que se desea actuar para mejor, por lo que se requeriría una reconfiguración de los departamentos ministeriales y centros directivos, entre otros asuntos una mayor integración de la regulación para no hacer cada cual la guerra por su cuenta. Sirva de ejemplo, la integración de la DG Tráfico con el resto de reguladores de la movilidad, caso el español, bastante excepcional en la UE. Otro ejemplo, relacionado con el anterior, la política de seguridad vial, que en España está diseminada básicamente en cuatro centros directivos en el Estado, esparcidos en tres departamentos ministeriales (además de competencias en la misma materia de CCAA y los entes locales). Igualmente, una correcta gobernanza nos debería llevar a una forma en que la decisión integre los valores y las experiencias de los miembros del ecosistema, es decir, a todos las personas y organizaciones que participan. Por ello es importante articular mecanismos de diálogo permanente y de transferencia de



conocimiento, por lo que se debería de poner en marcha cuanto antes la gobernanza derivada de un verdadero sistema de movilidad a nivel nacional.

Por otro lado, en un momento como el actual, de plena presión sobre los sectores de la movilidad -incluido el logístico, el transporte y la automoción-, exige un esfuerzo normativo al nivel administrativo que le corresponda, en función de las competencias de cada materia. Por ello, a nivel estatal, resulta imprescindible avanzar en la tramitación del anteproyecto de ley de movilidad, que diseñe un modelo de movilidad que tenga en cuenta una visión integrada de todos los modos, así como un equilibrio armónico y respetuoso del transporte público, especialmente colectivo, con los medios particulares y personales de movilidad, articulando a los amplios sectores que forman parte del ecosistema, y que, en este momento, se encuentran fragmentados. También ha de ser su objeto la intermodalidad, como vía de crear un espacio único de carácter legislativo, de infraestructuras, de contrato de transporte y título de viaje, de seguros, etc.

Por último, en el plano de la regulación, resulta imprescindible continuar con dos procesos: los concursos de concesiones de servicios públicos de viajeros en autobús; y el proceso de liberalización del transporte ferroviario, que en parte supondrá una reforma de la Ley del Sector Ferroviario. En el caso ferroviario, ello implica, tanto la apertura a nuevos entrantes en servicios comerciales, como, por otro lado, ir diseñando el camino para los futuros concursos de servicios de cercanías y media distancia, y continuar dando pasos decisivos -como ya se están haciendo desde las empresas públicas y privadas-, para acabar con ese, hasta ahora, sistema aislado, hermético y autorreferenciado, dominante siempre en cifras de inversión y en ayudas en toda Europa -y por supuesto también en España-, para que sea poroso a las circunstancias y a las requisitorias de la sociedad y la economía, y se alinee como un elemento más del ecosistema de la movilidad.

2. COMPETENCIA LEAL EN LA TRANSICIÓN: FACILITAR UN MARCO PRACTICABLE DE ADAPTACIÓN A LA EMPRESA PRIVADA EN LOS ÁMBITOS EN QUE CONURRE CON EMPRESAS DE TITULARIDAD PÚBLICA. EQUILBRAR LAS OPCIONES Y LOS RITMOS DE LA TRANSFORMACIÓN PARA AMBOS

No siempre las condiciones de acceso a

recursos financieros, en un entorno de intensas necesidades como supondrá la descarbonización de las flotas, son equivalentes en el caso de las empresas públicas y privadas. Particularmente en el caso del transporte de personas, en el que coexisten operadores públicos y privados, estos últimos en régimen contractual, es necesario garantizar que el acceso a la descarbonización de las flotas se realiza en condiciones equivalentes, en el sentido de que no es admisible un proceso con dos velocidades. Es por ello que resulta necesario introducir en la ecuación financiera de los contratos de gestión de las empresas que operan en este régimen las previsiones necesarias para garantizar las compensaciones públicas al sobreesfuerzo financiero que sin duda representa el proceso de renovación de las flotas para cumplir con las exigencias medioambientales.

En el transporte de mercancías por carretera, que no comparte la posibilidad de titularidad pública y, por tanto, se presenta exclusivamente confiado a la empresa privada, el papel del sector público debe centrarse en el establecimiento de programas de apoyo financiero a la renovación de las flotas. La incorporación de fondos europeos NEXT GENERATION es una oportunidad que debe aprovecharse y complementarse con otras líneas de financiación a cargo de las administraciones públicas en los diferentes niveles territoriales. Asimismo, y en ámbitos urbanos y metropolitanos, la implantación de zonas de bajas emisiones, propiciada por la reciente Ley de cambio climático, exige la provisión de apoyos financieros y medidas fiscales para la transformación de las flotas, sin los cuales la aceleración del proceso de transformación y, en ocasiones, su propio cumplimiento a ritmo ordinario puede resultar gravemente comprometido.

3. APLICAR Estrictamente PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA Y TECNOLÓGÍA FLEXIBLE EN EL PROCESO DE ADAPTACION

Nadie duda de que es importante encontrar el punto de equilibrio entre el necesario principio de neutralidad tecnológica por parte de las administraciones públicas, y, por el contrario, el del apoyo coyuntural a procesos de cambio que pueden aportar transitoriamente avances en la disminución de emisiones, como así ocurre con los vehículos electrificados (en la actualidad con el PERTE aprobado del vehículo eléctrico).

El objetivo de la descarbonización, requiere de una transición energética que, como apuntan los estudiosos en la materia, necesita a su vez de una serie de herramientas, cuyo empleo debe hacerse sin previos condicionamientos tecnológicos, de forma inteligente (“para conseguir prestaciones acordes con las necesidades de los sectores a costes razonables”), y mediante tecnologías suficientemente asentadas y asequibles para el uso por parte de los ciudadanos o las empresas.

Dentro de esas herramientas se hallan los ecocombustibles, que pueden sustituir perfectamente a los combustibles de origen fósil, especialmente en transporte ligero e incluso transporte pesado por carretera, con huella de carbono muy pequeña e incluso nula. Igualmente, la gasolina y el gasóleo, junto con el desarrollo de motores Euro6 y Euro7, son también una alternativa que no se debería despreciar temporalmente, porque aporta avances al objetivo de la reducción de emisiones en el transporte de viajeros y mercancías por carretera.

4. REFORZAR LOS MECANISMOS DE APOYO FINANCIERO SIN LOS QUE LA RECONVERSIÓN NO ES PRACTICABLE. COMPLEMENTAR EL RÉGIMEN DE AYUDAS DIRECTAS CON MEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD: INCENTIVOS, BONIFICACIONES DE OTROS TRIBUTOS, DESGRAVACIONES EN INVERSIÓN, ETC.

Abordar la financiación de la movilidad es un reto de responsabilidad de las administraciones. El orden de las finanzas públicas y privadas es una de las piezas fundamentales de la transición hacia una movilidad justa, solidaria, sostenible y segura. Es en ese espacio en el que se producen enormes posibilidades tanto de estímulos positivos al cambio como de negativos para inhibir conductas perjudiciales para los fines que se pretenden.



Ello implica que se debe ahondar por parte de las administraciones públicas en todas aquellas medidas que deben dirigirse a facilitar la toma de decisiones -tanto empresariales como de los ciudadanos-, a favor de tecnologías novedosas, como la de los vehículos electrificados, de manera que desequilibre la balanza de los pros y contras de la decisión -obviamente en favor del primer platillo-, y disminuya al máximo los riesgos derivados de la inversión. Entre otras medidas:

- Buscar sistemas que permitan la integración de las ayudas públicas en los precios, alejando incertidumbres sobre la aprobación y cuantía de las ayudas, y el adelanto de los elevados precios de las nuevas tecnologías por parte de ciudadanos y empresas.
- Favorecer infraestructuras o accesos a infraestructuras, instalaciones o zonas concretas para los vehículos de cero emisiones, en el marco de una tarificación por el uso de infraestructuras para todo tipo de vehículos.
- Deducciones o bonificaciones de impuestos.
- Canalizar operaciones crediticias y de garantía, y la disposición a ese objetivo por parte de los institutos públicos de crédito.

En cuanto al área económica afecta, aunque sea obvio hay que recordar que nada es gratis; quien dice que regala el transporte, sea un distribuidor, o una marca productora, o un gobierno, o está perdiendo dinero, o lo está haciendo perder a los transportistas, o se lo está cobrando a los usuarios, clientes o ciudadanos de algún modo. Cabe aceptar que puede ser una opción en un momento puntual no cobrar la prestación de un servicio de transporte, o bien, decidir temporalmente el acceso al transporte público o introducir, incluso, descuentos (en forma de compensaciones a los servicios públicos ferroviarios y de autobús por carretera), pero en todo momento el transporte tiene un coste interno en el que incurren los operadores, que debe ser reconocido y compensado por las administraciones públicas. El nivel de tarifa que se cobre al usuario, y de ayudas públicas aportadas, debe formar parte del debate para que los servicios colectivos de transporte público terrestre sean el eje vertebrador de la movilidad (tanto en la España urbana como en la rural) y la red última que asegure la movilidad, en colaboración



con los medios privados y personales de transporte que juegan un papel imprescindible en el sistema de movilidad.

5. ESTABLECER UN MARCO COMÚN EN EL DESARROLLO DE ZONAS DE BAJAS EMISIONES (CALIDAD DEL AIRE) EN LOS ÁMBITOS URBANOS. PROMOVER LA ARMONIZACIÓN POR VÍA NORMATIVA PARA EVITAR LA FRAGMENTACIÓN Y HETEROGENEIDAD DE REQUERIMIENTOS A LAS EMPRESAS.

Resulta imprescindible en todo momento el equilibrio entre la regulación exógena al transporte/movilidad -proveniente de la protección de fines sociales primordiales, como la salud o el medio ambiente-, y la regulación endógena, propia e interna de estos sectores y necesaria para la que movilidad cumpla sus fines sociales, y que ese equilibrio haga posible un desarrollo de las actividades en convivencia con la sociedad. En ocasiones asistimos a una falta de armonía entre las dos formas de enfocar la regulación de la movilidad (desde dentro y desde fuera), y ello genera conflictos e ineficiencias.

Las empresas -desde el punto de vista de su actividad empresarial, comercial y logística-, así como los ciudadanos en general, requieren de dos elementos básicos:

- La previsión de cuanto desde la regulación les afecta en la toma de decisiones;
- Evitar la fragmentación de la normativa que inhiba la actividad o que impida poder desarrollarla bajo el principio de unidad del territorio o del mercado.

Por ello, se hace necesario dar pasos -siempre bajo el principio de subsidiariedad, no sustituyendo a las

administraciones locales-, para armonizar las condiciones regulatorias y no crear marcas o límites que dificulten la libre circulación. El reto inmediato lo tenemos, sin ir más lejos, con las zonas de bajas emisiones que nacen de la ley de calidad del aire y que obliga a ciudades con más de 50.000 habitantes en España, -y a la que se podrían sumar ciudades de más de 20.000 habitantes-, en total unos 190 municipios (de los más de 8.000 municipios españoles), que acabará afectando a más de la mitad de la población española. Un marco común, bien encajado en la Constitución, de carácter estatal o autonómico, sería imprescindible para evitar los citados desajustes y normativas locales contradictorias.

6. APROBAR CON LA MÁXIMA URGENCIA UN PLAN NACIONAL DE ESTACIONES DE RECARGA, CON EL FIN DE GARANTIZAR EL SUMINISTRO Y LA VIABILIDAD DE LA TRANSFORMACIÓN, EN LA LINEA DE LA RESOLUCIÓN APROBADA RECIENTEMENTE PARA EL ÁMBITO UE POR EL PARLAMENTO EUROPEO

La transición hacia motores con menores emisiones, principalmente vehículos electrificados, requiere la implantación en red de puntos de recarga potentes tanto urbanos como especialmente interurbanos, para disminuir los tiempos de recarga.

El uso de esos nuevos vehículos con motores y energías más limpias no favorece en principio la actividad logística ni la movilidad, estas se van a ver favorecidas por la incorporación de elementos de conexión a bordo y de IA, comunicación con infraestructuras, balizas, IoT, información de centros como meteorología, tráfico, incorporación de asistentes al conductor... Sin embargo,

vendrán a favorecer la convivencia entre movilidad y desarrollo sostenible, en la medida en que se reduzcan los costes externos de la movilidad, que tanto perjudican al resto de la sociedad.

7. REFORZAR LOS REQUERIMIENTOS FORMATIVOS DEL PERSONAL DE CONDUCCIÓN Y OTROS. INTRODUCIR EN LA FORMACIÓN CAP Y EN LA FORMACIÓN PROPIA DE LA COMPETENCIA PROFESIONAL NUEVOS ELEMENTOS.

Es necesario tener en cuenta que la formación del personal de conducción y otras escalas laborales debe adecuarse a los nuevos requerimientos derivados de la transformación energética. Tanto los programas formativos oficiales (formación inicial y continua en el CAP, como la que se plantee en los ámbitos formativos específicos el ámbito de la formación ocupacional, continua y para el empleo, cualificaciones profesionales, etc.).

Por lo que respecta a los ciclos formativos de la Formación profesional, tanto de nivel medio como superior, y de la formación de conductores los currículums debe referirse tanto a los aspectos técnicos de las nuevas fuentes de energía de la movilidad, su funcionalidad, aplicación práctica como en las ventajas de la su aplicación para el medio ambiente y el proceso de descarbonización, de forma que los agentes inmediatos del sistema puedan interiorizar la intensidad de la transformación como un componente indisoluble de su actividad.

En otros ámbitos formativos del transporte y la logística, de nivel superior (grado, posgrados y masters) así como en la formación no reglada que se imparte en diferentes niveles y espacios (asociaciones profesionales, centros formativos especializados) la impartición de contenidos relativos al proceso de transformación energética de la movilidad, las condiciones técnicas, operativas y económicas de las nuevas fuentes de energía y la adaptación de las empresas al nuevo modelo, con atención a la diferentes alternativas posibles, el impacto en las cuentas de explotación y las previsiones financieras para la renovación de las flotas.

8. PROFUNDIZAR EN EL DESARROLLO DE NUEVAS FÓRMULAS DE DISPOSICION Y GESTION DE FLOTAS: RENTING, VEHÍCULOS COMPARTIDOS, GESTION DE LA FLOTA, ETC. EMPRESAS ESPECIALIZADAS QUE

PERMITAN, INCREMENTANDO EL VOLUMEN DE MEDIOS Y LAS ECONOMIAS DE ESCALA, ACELERAR EL PROCESO.

La jungla actual de forma de moverse por una gran ciudad en España requiere un previo estudio pormenorizado para que quien llega, necesita comprender el amplio abanico de posibilidades de movilidad personal, colectiva, de transporte de viajeros, así como servicios para el turismo, etc.

Entre todos esos servicios al alcance de cualquiera, se encuentran aquellos que utilizan plataformas tecnológicas para su reserva, y otros que sin ser necesario las ofrecen como medio de información que facilita el acceso al servicio, los servicios complementarios o la intermodalidad.

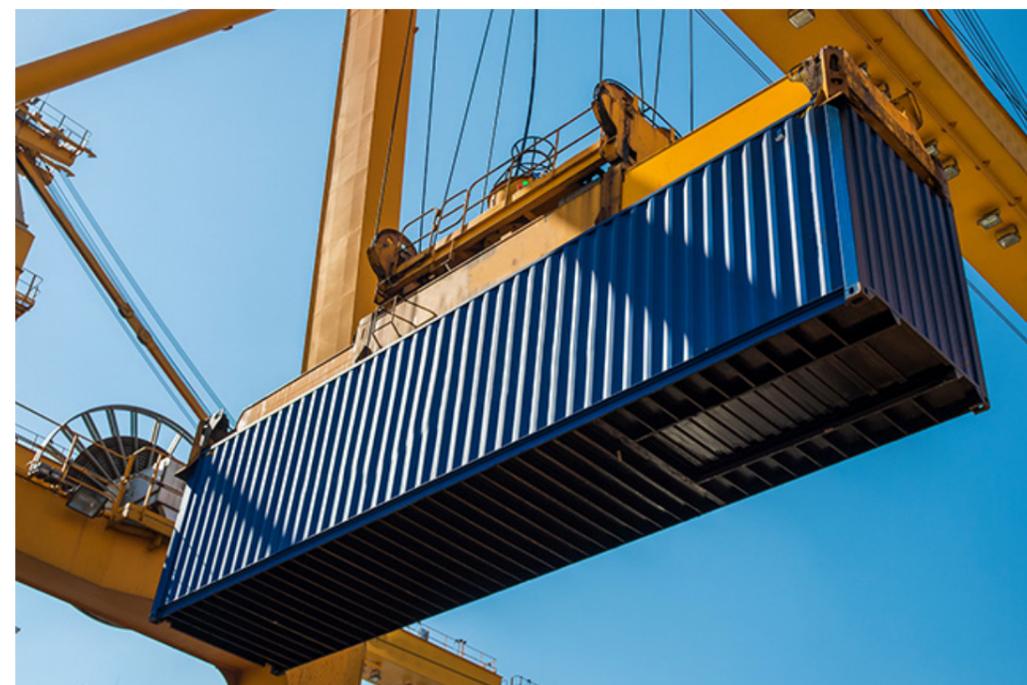
En este campo de la movilidad urbana ha nacido una nueva cultura. En ella, la relación jurídica entre las personas y los medios de transporte ha cambiado; sin ser algo revolucionario, sí resulta novedoso el cambio que se está produciendo respecto a la tradicional propiedad de los medios utilizados. Efectivamente, asistimos al desarrollo de una cultura, especialmente entre los jóvenes, que se separa del interés por disponer de forma permanente de un vehículo, y apuesta por una posesión temporal, a ser posible de un turismo eléctrico, de una moto, una bicicleta o un patinete. La vinculación emocional con la máquina se abre camino en parte de la población de una forma más distante y práctica. La propiedad da paso a la posesión temporal y por uso, y por ello, a la disposición de esos medios de una forma abierta, a través de aplicaciones en el móvil.

Si bien es cierto que en la regulación de la movilidad, las figuras jurídicas de la posesión temporal de un bien están suficientemente recogidas, se añade al mercado de la movilidad como servicio (MaaS) un elemento inédito y disruptivo como son las aplicaciones informáticas instaladas en los móviles y los algoritmos incorporados que permite una organización de vehículos, conductores, clientes, medición del tiempo y del espacio, sistemas de posicionamiento, y sistemas de valoración reputacional, y que regulan cada elemento del contrato/servicio, etc.

El reto para la regulación consiste en conocer los algoritmos que encierran, y, por supuesto, los criterios que contienen, que en ocasiones pudieran no son compatibles con el cumplimiento de

ciertos campos regulatorios, como se ha podido ver en casos como Uber, en España y en Europa, o en los repartidores de comidas a domicilio (riders). La legislación que ha dado lugar a poner coto a las prácticas de estas últimas empresas respecto al derecho y al vínculo laboral ha llevado a la aprobación de una ley que modifica el Estatuto de los Trabajadores , cuya motivación afirma que “los algoritmos merecen nuestra atención y análisis, por los cambios que están introduciendo en la gestión de los servicios y actividades empresariales. (...) La eficacia de la nueva disposición (...) va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita [por la norma], siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial”.

Por ello, en muchas ocasiones, la regulación (incluyendo en ella la función inspectora) tendrá que conocer los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones empresariales que pueden incidir en las condiciones de reparto, retribución, valoración de elementos reputacionales,



y justificar por qué han tomado ciertas decisiones sobre la contratación o la rotación de sus conductores y vehículos en base a esos algoritmos.

Nos encaminamos hacia el desafío al que obliga una especial vigilancia y conocimiento por parte de las administraciones públicas de los nuevos procesos de producción derivados de las nuevas tecnologías, para ajustar las respuestas que debemos dar en tiempo real, en aras siempre a la convivencia y al respeto al estado de derecho.

9. INTEGRACIÓN DE LA CADENA DE VALOR. FORMALIZAR DESDE LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE UN PROCESO PLENAMENTE COLABORATIVO CON LOS FABRICANTES DE VEHICULOS Y LOS PROVEEDORES DE ENERGIA PARA LA MOVILIDAD. DE SIMPLES CLIENTES A AGENTES COLABORADORES EN LA TRANSFORMACIÓN ALINEANDO LAS ACCIONES EN LOS ÁMBITOS RESPECTIVOS.

El proceso de descarbonización debe conducir a los objetivos deseados mediante una actuación compartida y colaborativa entre los diferentes actores: fabricantes de vehículos, proveedores de soluciones energéticas y operadores de transporte. Sin perjuicio del cumplimiento de las normas de mercado y libre competencia, por lo que respecta a la relación entre suministradores y clientes, el establecimiento de ritmos y contenidos del proceso debe llevarse a cabo con visión colaborativa, mediante el

intercambio de información, necesidades, requerimientos técnicos.

En este sentido sería necesario promover una plataforma de intercambio permanente entre las principales organizaciones empresariales representativas de la industria de automoción, del suministro energético y de los operadores con el fin de alinear las condiciones de desarrollo por lo que respecta a la progresiva incorporación de nuevos modos energéticos en el transporte y de nuevos vehículos.

El reto del proceso de transformación energética, quizá el más importante que el sector del transporte por carretera debe acometer en su historia, no puede ser superado sin una colaboración estrecha entre los diferentes agentes de la cadena de valor con el fin de coordinar las estrategias respectivas. En este ámbito el papel de las asociaciones profesionales del sector reviste una importancia fundamental por cuanto su función representativa y de interlocución puede permitir desarrollar con mayor extensión y garantía dicha colaboración.

10. PROMOVER LA ESTANDARIZACION DE PRODUCTOS Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO INDUSTRIAL Y DE PROVISION DE SERVICIOS DE SUMINISTRO DE ENERGIA PARA CONSEGUIR LA MÁXIMA EFICIENCIA EN EL USO DE LOS RECURSOS DISPONIBLES.

Resulta necesario acometer el proceso de transformación energética desde la armonización de requerimientos y soluciones de orden técnico con el fin de promover la utilización de recursos y la adquisición y transformación de elementos desde una perspectiva que permita la utilización indistinta de los recursos con independencia de su origen o fabricación. Especialmente, debemos hacer referencia a la necesidad de disponer de equipos de suministro energético para los operadores de transporte plenamente armonizados, y que no dificulten la expansión de las nuevas fuentes de suministro energético.

En cuanto a la producción de vehículos industriales, la introducción de nuevos modelos por las diferentes marcas podría propiciar la existencia de estándares de fabricación de componentes con el fin de facilitar la extensión de las opciones de descarbonización por la mayor facilidad que puede suponer la provisión de flotas de vehículos en el mercado.

11. HABILITAR DESDE O EN COLABORACION CON EL SECTOR

PÚBLICO UN ESPACIO PERMANENTE Y ACCESIBLE DE INFORMACION A LAS EMPRESAS, DESDE LA MÁXIMA NEUTRALIDAD, EN EL QUE PUEDAN RECOGERSE LA INNOVACIONES, ALTERNATIVAS Y RITMOS DE LA TRANSFORMACIÓN.

Con el fin de desarrollar de forma colaborativa y participativa este proceso, se propone la constitución de un espacio interinstitucional y empresarial destinado a consolidar y compartir el conocimiento y las iniciativas que se desarrollen y dirigir al sector del transporte por carretera y las restantes entidades la situación del proceso de transformación, las novedades del orden técnico y normativo, los recursos económicos y los mecanismos financieros incorporados al proceso y todo aquello que pueda resultar relevante para las empresas en la toma de decisiones conducentes a la adaptación de las flotas o la disposición de estaciones de recarga en la red de infraestructuras: autopistas, carreteras y áreas de estacionamiento de vehículos, etc. A modo de observatorio de la descarbonización del transporte, se trataría de recoger en una herramienta de común acceso la información actualizada y la evolución de los indicadores que se fijan con el fin de trazar la intensidad del proceso y de cumplimiento de los objetivos marcados.

Este espacio debería tener un formato virtual y ser alimentado desde el conjunto de los participantes. Sus órganos de gobierno y administración deberían responder en su composición a la pluralidad de agentes involucrados y sería dirigida desde un organismo administrativo, con la necesaria agilidad y flexibilidad, para desempeñarse a satisfacción del conjunto de los participantes. Asimismo, debería integrarse una representación de la comunidad científica por lo que respecta a las innovaciones en el desarrollo de las diferentes fuentes de energía del presente y del futuro y a los avances de todo orden en la configuración de la cesta de suministros energéticos y sus perspectivas de transformación.

Sin duda alguna una iniciativa de este tipo contribuiría a integrar y hacer más eficiente el proceso de transformación energética en el transporte, sin perjuicio del desarrollo de estrategias de investigación y comerciales, en el marco de libre competencia que rige el sistema económico por parte de cada una de las empresas que forman parte, en los diferentes ámbitos.

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



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. RIESGOS Y OPORTUNIDADES EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DEL DELITO



Luis Suárez Mariño

Abogado. Auditor G.R.C..
Director “European Compliance & News”.

Ante el rápido desarrollo tecnológico de la I.A. los estados realmente comprometidos con la dignidad de la persona y los derechos inalienables de que es titular deben actuar no solo para aprovechar las muchas oportunidades que ofrece esta tecnología para el desarrollo en múltiples áreas como la salud, las finanzas, la movilidad, la agricultura, el aprovechamiento energético, el transporte, los seguros, los sistemas policiales de prevención del delito o los sistemas de gestión de Compliance basados en el control de riesgos, sino para abordar con acierto los desafíos que la I.A. plantea para la seguridad, la dignidad humana y los derechos fundamentales (el derecho a la intimidad personal y familiar, a la protección de datos de carácter personal, a la igualdad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia o a un proceso público con todas las garantías), asegurando, lo que ya algunas instituciones públicas, como la propia Comisión Europea, o privadas, como las universidades de Stanford o el M.I.T., han denominado un “enfoque antropocéntrico de la I.A.”

Los sistemas basados en la I.A. pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la I.A. también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos,



drones o aplicaciones del internet de las cosas). El término “inteligencia artificial” (I.A.) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, siendo capaces de analizar su entorno, pasar a la acción-con cierto grado de autonomía- y alcanzar objetivos específicos¹.

Una gestión responsable de los sistemas de I.A. exige la mayor transparencia por parte de entidades públicas y privadas que han de tener en cuenta, desde el diseño y desarrollo de los sistemas a la utilización que se haga de los mismos, el respeto a los derechos fundamentales y a los principios y valores éticos que

inspiran las constituciones democráticas, asegurando que la investigación e innovación en esos campos y en sus aplicaciones, sean realizadas con criterios éticos, objetivo que se puede lograr no solo con una regulación legal adecuada, sino por medio de la propia autorregulación de los intervinientes en los procesos de diseño, desarrollo, despliegue y uso de los sistemas de I.A.

La I.A. plantea interesantes cuestiones desde el punto de vista de la responsabilidad penal. Ya en 2017 el Parlamento europeo sugirió otorgar a los robots el estatus de personas electrónicas a fin de poder tratarlas

como antes responsables y, aunque la idea fue rechazada por la Comisión en su estrategia para la I.A., el tema volverá, más que seguramente, a plantearse. Desde luego en nuestro sistema penal, una vez dado el salto de entender responsables penales a entidades “no pensantes ni sintientes” como las personas jurídicas, no parece descabellado hacerlo también, al menos, con los sistemas de superinteligencia Artificial (ASI en inglés). Cosa distinta es que, desde el punto de vista dogmático, al igual que ha sido criticada la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para evitar ficciones ajenas a los principios de tipicidad y culpabilidad, se considere más adecuado, tratar a los sistemas de I.A. como instrumentos del delito, previendo su decomiso y castigando penalmente a quien intervino en su diseño, desarrollo, comercialización o uso con fines ilegítimos, o incumpliendo gravemente los deberes de supervisión y control sobre el propio sistema.

La ciencia ficción ya adelantó algunos escenarios de posibles delitos cometidos por sistemas de I.A., que hoy percibimos como factibles, desde atentados a personas o infraestructuras, a la generación de discursos de odio en redes sociales o la difusión masiva de información falsa con el propósito de influir en el resultado de determinados procesos políticos, en el precio de cotización de un instrumento financiero, o en la formación de los precios a partir de la libre competencia de las empresas en el mercado.

Pero la I.A. no solo puede ser instrumento para el delito de una u otra naturaleza, también tiene un hueco asegurado en los sistemas de justicia penal, en la persecución del delito (en particular en la persecución de delitos financieros, de blanqueo de capitales, de financiación del terrorismo, de abuso y explotación sexual de niños a través de red, o determinados tipos de ciberdelincuencia) y en los sistemas de prevención del delito, tanto policiales, como de compliance de las propias empresas desarrolladoras, comercializadoras o usuarias de los sistemas de I.A.

La I.A. analizando big data, podría utilizarse para predecir escenarios de riesgo penal. Por dar algunos ejemplos, American Express ya utiliza el aprendizaje automático propio de la I.A. para predecir transacciones fraudulentas, y muchos juzgados de los Estados Unidos utilizan un sistema de I.A., denominado **Compas**, para predecir si las personas condenadas por determinados delitos

pueden reincidir. Otra herramienta de prospección de datos (data mining) es la europea **Arachne**, desarrollada por la Comisión Europea y aplicada en los Planes Antifraude que han de implementar las entidades gestoras o ejecutoras de fondos nextgeneration, con la finalidad de detectar las situaciones de fraude o riesgo de conflicto de intereses.

Sin embargo, el uso de sistemas de I.A. con estos fines loables y lícitos no está exento de riesgos y su utilización generalizada no estaría justificada en cuanto pudieran colisionar con el respeto a los derechos fundamentales. No olvidemos que el derecho penal moderno se basa en el sistema acusatorio, el cual se pone en juego ex post de un hecho atentatorio contra bienes jurídicos penalmente protegidos, y no ex ante, a partir de la suposición de que, siendo todas las personas capaces de cometer un hecho delictivo, deberían ser objeto de un seguimiento constante para evitar posibles conductas delictivas. Esta reflexión debe de servir también para los sistemas de prevención de delitos implantados en nuestro país, en organizaciones públicas o privadas, tras la entrada en juego de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido se manifiesta expresamente la **Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el derecho penal y su uso por las autoridades policiales y judiciales en materia penal**², al considerar que “las técnicas de vigilancia basadas en IA desafían profundamente este enfoque y hacen urgente que los legisladores de todo el mundo evalúen minuciosamente las consecuencias de permitir el despliegue de tecnologías que disminuyen el papel de los seres humanos en la aplicación de la ley”.

Dicha Resolución considera, que “dado el papel y la responsabilidad de las autoridades policiales y judiciales, y el impacto de las decisiones que toman, el uso de aplicaciones de I.A. debe clasificarse como de alto riesgo en los casos en que existe el potencial de afectar significativamente la vida de las personas, con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales” y, en consecuencia, que “todas las herramientas de I.A. desarrolladas o utilizadas por las fuerzas del orden o el poder judicial deben, como mínimo, ser seguras, sólidas y adecuadas para su fin, respetar los principios de equidad, minimización de datos, responsabilidad, transparencia, no



discriminación y explicabilidad, así como que su desarrollo, implementación y uso deben estar sujetos a una evaluación de riesgos y pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad, donde las salvaguardas deben ser proporcionales a los riesgos identificados”.

La Resolución que comentamos destaca igualmente la “posibilidad de sesgo y discriminación derivados del uso de aplicaciones de I.A., como el aprendizaje automático, incluidos los algoritmos en los que se basan dichas aplicaciones, señalando que los sesgos pueden ser inherentes a los conjuntos de datos subyacentes, especialmente cuando se utilizan datos históricos, introducidos por los desarrolladores de los algoritmos o generados cuando los sistemas se implementan en entornos del mundo real.” Se trataría pues de evitar, desde el diseño del sistema de I.A. el volcado de datos sesgados o discriminatorios, lo cual necesariamente determinaría el análisis realizado por la I.A. partiendo de dichos datos; algo que se puso en evidencia, por ejemplo, en relación al sistema **Compas**. Por eso es tan importante que el diseño de los sistemas de I.A. esté impregnado de contenido y criterios éticos y el más escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.

Inciendo en este peligro, la Resolución del Parlamento Europeo subraya el hecho de que muchas tecnologías de

identificación basadas en algoritmos que se utilizan actualmente clasifican erróneamente a las personas, amplificando y reproduciendo formas de discriminación existentes; por eso se insiste en que “deben realizarse grandes esfuerzos para evitar la discriminación y el sesgo automatizados”, máxime cuando “las personas no solo tienen derecho a ser correctamente identificadas, sino también a no ser identificadas en absoluto, a menos que la ley lo exija para intereses públicos imperiosos y legítimos”.

Tengamos en cuenta que nuestro sistema procesal penal se basa en el principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción relacionado con el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías (ex art. 24.2 C.E.).

Según nuestro Tribunal Constitucional del principio de contradicción se deriva tanto la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, “sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad

investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia” (SSTC 48/2008 de 11 de marzo, FJ 3, 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5)» (STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3), como la exigencia de que las pruebas de cargo articuladas en un procedimiento penal sean legales, (por todas SSTC SSTC 48/2008 de 11 de marzo, FJ 3, 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2)» (STC 1/2004, de 14 de enero, FJ 2).

En consonancia con dicha doctrina, patrimonio de los ordenamientos jurídicos más avanzados y respetuosos con los derechos humanos, la Resolución del Parlamento considera fundamental, tanto para que el ejercicio del derecho de defensa sea efectivo como para la transparencia de los sistemas nacionales de justicia penal (derecho a un proceso con todas las garantías, que un marco jurídico específico, claro y preciso regule las condiciones, modalidades y consecuencias del uso de herramientas de IA, así como los derechos de las personas afectadas, y los procedimientos de reclamación y reparación, incluida la reparación judicial; subrayando el derecho de las partes en un proceso penal a tener acceso al proceso de recopilación de datos y las evaluaciones

relacionadas realizadas u obtenidas mediante el uso de aplicaciones de IA, e insistiendo en que los Estados miembros, de conformidad con la legislación aplicable, deben garantizar que las personas sean informadas cuando estén sujetas al uso de aplicaciones de inteligencia artificial por parte de las autoridades policiales o judiciales.

El 19 de febrero de 2020 la Comisión Europea publicó el **Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza**³. En el Libro Blanco se definen las opciones existentes para alcanzar el doble objetivo de promover la adopción de la IA y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología.

Esperando vea la luz el **Reglamento de Inteligencia Artificial** propuesto por el Parlamento y el Consejo⁴, el pasado mes de diciembre, se firmó, en el seno de la UE la **Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales** que en relación a las interacciones con los

¹Inteligencia artificial para Europa [COM(2018) 237 final].

²Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el derecho penal y su uso por las autoridades policiales y judiciales en materia penal (2020/2016(INI)).

³Comisión Europea, Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, COM (2020) 65 final, 2020.

⁴Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial (COM/2021/206 final).

algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial concreta como compromisos que asume la UE y los estados miembros, en la materia, los de:

- Promover sistemas de inteligencia artificial centrados en el ser humano, fiables y éticos a lo largo de todo su desarrollo, despliegue y uso, en consonancia con los valores de la UE;
- Velar por un nivel adecuado de transparencia en el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial y porque las personas estén informadas y capacitadas para utilizarlos cuando interactúen con ellos;
- Velar por que los sistemas algorítmicos se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación y permitir la supervisión humana de todos los resultados que afecten a la seguridad y los derechos fundamentales de las personas;
- Garantizar que las tecnologías como la inteligencia artificial no se utilicen para anticiparse a las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud, la educación, el empleo y la vida privada;

- Proporcionar salvaguardias y adoptar las medidas adecuadas, en particular promoviendo normas fiables, para que la inteligencia artificial y los sistemas digitales sean seguros y se utilicen en todo momento con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas;

- Adoptar medidas para garantizar que la investigación en inteligencia artificial respete las normas éticas más estrictas y la legislación pertinente de la UE.

En conclusión, ante el espectacular avance de la I.A. y las posibilidades que la misma ofrece para la prevención, detección y persecución del delito, resulta esencial, partiendo del reconocimiento de unos principios y derechos "ciberéticos", basados en la transposición de los derechos fundamentales a esta tecnología, establecer normas claras y precisas que garanticen el escrupuloso respeto a esos derechos y principios, en el diseño, desarrollo y utilización de **los sistemas de I.A. y sus aplicaciones**, tanto para en el ámbito judicial y policial, como en las administraciones públicas y el sector privado.



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

LA DILIGENCIA CON TERCERAS PARTES COMO ACTIVO DE COMPLIANCE CORPORATIVO EN UN ENTORNO DE SOSTENIBILIDAD



Néstor Aparicio

Compliance officer, Data protection officer.
Vicepresidente de la Asociación Mexicana de Integridad y Compliance.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones de la empresa con otras personas u organizaciones que pueden afectar, verse afectadas¹ o percibirse como afectadas por las actividades, productos o servicios de aquella, exigen el establecimiento de un compromiso táctico para comprenderles e involucrarles en la dinámica propia de la empresa y convertirlos así en un activo que termine por afectar positivamente a la cuenta de resultados de todos los involucrados.

Me detengo en este punto: todos los involucrados. En una era postpandemia las empresas han comprendido que “el liderazgo (...) obliga a los directivos a pensar en su rol, no solo como líderes en un espacio definido, sino también como ciudadanos del mundo que tienen un impacto a largo plazo en la sociedad y el planeta”². Vale la pena darle una vuelta al acercamiento aristotélico a los negocios que propone Robert Solomon³ puesto que “vivir bien significa llevarse bien con los demás, tener sentido del propio respeto y formar parte de algo de lo que se puede estar orgulloso”.

Actualmente se calcula que más del

78% de las empresas recurren a modos diferentes de externalización de bienes o servicios⁴, con el fin de aumentar en competitividad, ahorrar costes y hacerse más flexibles y adaptables⁵, por eso revisar el nivel de compromiso de los stakeholders es fundamental para contestar a la pregunta de qué factores crean valor en mi compañía.

El objetivo es crecer juntos para que esa red de valor conformada –en lo que interesa a este artículo– por intermediarios, proveedores y clientes genere entornos más éticos y competitivos sobre la base de la gestión del riesgo⁶.

Así, la gestión del riesgo de terceros se convierte en herramienta necesaria para catalizar el *engagement* de aquellos con los objetivos estratégicos de la compañía. En efecto, identificar los riesgos y tratar y mejorar su gestión es una prioridad corporativa para la totalidad de las líneas de negocio y sus actividades, también las externalizadas. Finalmente, la empresa debe comprender la totalidad de los riesgos de terceros (que no les son ajenos) y aplicar las medidas correspondientes de manera que permita aprovechar las oportunidades en su



gestión⁷ generar entornos sistémicos de crecimiento⁸ que impulsen el tejido social.

¹ Cfr. ISO 31073, definición de interesado o parte interesada.

² Cfr. Yih-Teen Lee, IESE Global Alumni Reunion, Madrid.

³ Robert Solomon, A Better Way to Think About Business: How Personal Integrity Leads to Corporate Success.

⁴ Cfr. Noticia en La Vanguardia “Aumenta el número de empresas que recurren a la externalización para reducir sus costes fijos” de 5 de mayo de 2016. <https://www.lavanguardia.com/vida/20161205/41242075465/aumenta-el-numero-de-empresas-que-recurren-a-la-externalizacion-para-reducir-sus-costes-fijos.html>

⁵ El porcentaje de externalización supera el 80% cuando se trata de servicios especializados ajenos al core del negocio, como los servicios e infraestructuras TIC, según el informe elaborado en 2018 por IDC Research España, en colaboración con Telefónica.

⁶ La lista de riesgos potenciales es bastante extensa. Existen riesgos de privacidad de transacción, riesgos tecnológicos, riesgos crediticios y riesgos para la reputación. Además, hay otras muchas cuestiones específicas que entran dentro de las categorías más generales, como derechos de autor y patentes, y los problemas relacionados con la propiedad, la responsabilidad, la protección del control del cumplimiento y conservación de registros. Por último, existen riesgos específicos de un sector o tipo de empresa. La exposición al riesgo de terceros a todos los sectores, no sólo el financiero, y cada uno de ellos tiene sus propios riesgos específicos. Por ejemplo, una empresa petrolera tiene que considerar el riesgo adicional de responsabilidades en sus contratos con terceros, como los contratos de perforación”, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2013/11/risk-and-compliance-issues.pdf>

⁷ Cfr. Consideraciones del Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism del Consejo de Europa (<https://www.coe.int/en/web/moneyval/implementation/risk-based-approach>)

⁸ Del mismo modo que las empresas han apreciado que el crecimiento de sus colaboradores influye positivamente en la empresa, el reto actual es promover estrategias que permitan disponer de proveedores comprometidos con la cultura de cumplimiento de la empresa. Recomendando, entre otros, la lectura del documento elaborado en 2013 por el World Economic Forum: Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence. <https://www.weforum.org/reports/good-practice-guidelines-conducting-third-party-due-diligence>

⁹ En este sentido vale la pena identificar terceras partes y socios de negocio. La nota del apartado 3.28 de la ISO 37001 advierte que todos los socios de negocio son terceras partes, pero no todas las terceras partes son socios negocio.

¹⁰ <https://www.accountability.org/>

IDENTIFICAR LOS ASUNTOS RELEVANTES

El tercero, para la empresa, es toda persona física o jurídica independiente a la organización con la que se puede llegar a establecer una relación de negocios, normalmente contractual⁹, por lo que resulta crucial identificar y clasificar a los terceros con los que la empresa tiene o puede tener relación y sus necesidades y expectativas con el fin de establecer medidas razonables que faciliten el engagement.

Aunque existen varios métodos, la organización AccountAbility determina algunas dimensiones para su identificación:

- **Responsabilidad.** La naturaleza normalmente contractual de la relación con el tercero determinará la capacidad que la empresa tiene para influir en aquella y, por lo tanto, el liderazgo de la organización con respecto a la tercera parte (y, en su caso, las consecuencias del incumplimiento de las previsiones con respecto a compliance). En este sentido, vale la pena recordar que el órgano de administración tiene la obligación de liderar en la empresa el cumplimiento normativo, imponiéndose la adopción de medidas organizativas, técnicas y jurídicas para prevenir, detectar y evitar conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas. Esta responsabilidad alcanza no solo a los miembros de la organización, sino también a aquellos terceros que intervienen en el desarrollo de la normal actividad de la empresa (piénsese, por ejemplo, en los servicios de limpieza destrucción de documentación o seguridad física de cualquier empresa). La involucración de los terceros en la cultura organizacional de la empresa se convierte en obligatoria por vía contractual en muchos casos.

- **Influencia.** La relevancia del tercero con respecto a la actividad de la empresa. Como quiera que los socios de negocio establecen una interdependencia mutua con la empresa de carácter relevante al desarrollar actividades sustanciales para el modelo de negocio, por expreso encargo de esta, debe considerarse de forma documentada la relevancia de la tercera parte para la empresa, de acuerdo a criterios preestablecidos que permitan conocer una metodología en la identificación de terceras partes. Así, por ejemplo, una relación con terceros debe considerarse significativa

si (i) se percibe como necesaria a la vista de nuevas necesidades corporativas o fruto de modificaciones legales que exigen adaptación, (ii) tiene un efecto material en la cuenta de ingresos o gastos corporativos, (iii) realiza funciones críticas, (iv) almacena, accede, transmite o realiza transacciones con información confidencial o datos de carácter personal de la empresa principal, (v) comercializa productos o servicios financieros de la empresa principal que puedan afectar a su patrimonio neto, y/o (vi) el tercero plantea riesgos funcionales, geográficos, operativos y de cumplimiento que podrían afectar significativamente las ganancias o el capital. Deberá tenerse en cuenta además si el tercero se incorpora recientemente a la empresa o su relación con esta viene funcionando con regularidad desde hace más o menos tiempo, puesto que el nivel de revisión puede ser inferior o, por el contrario, incorporar nuevos riesgos como el conflicto de interés o el fraude interno.

- **Tensión.** Se determina la atención inmediata de la empresa respecto a temas financieros, económicos, sociales o medioambientales.

- **Dependencia.** La mayor o menor dependencia del tercero respecto de la empresa principal, que permitirá el diseño de diferentes formas de tratamiento en la aplicación del sistema de compliance. Un proveedor de servicios que esté parcialmente participado societariamente por la principal, tendrá una mayor cercanía organizativa, siendo más sencilla la adhesión a criterios corporativos de funcionamiento. Si la empresa principal participa además de los órganos de gobierno de la subcontrata, sus decisiones pueden quedar dentro del ámbito del control de la subcontratante, sin llegar a considerarse filial.

La empresa debe determinar cómo será el modelo del diseño de negocio con terceras partes pudiendo basarse fundamentalmente en varios aspectos (estructura, gobierno, creación de valor, novedad, lock-in, complementariedades y eficiencia¹¹) con el fin de valorar la mayor o menor dependencia del tercero, y la afectación de la actividad del tercero al mapa de riesgos y a la continuidad de negocio de la empresa principal.

¹¹ ZOTT, Christoph y AMIT, Raphael, Designing your future business model: An activity system perspective. IESE Working Paper, febrero 2009.

Se parte, por tanto, de forma necesaria, de un primer análisis al respecto de qué proveedores resultan relevantes para la organización y, la declaración documentada de los criterios y resultados del análisis, lo que exigirá un estudio inicial similar al exigido en el contexto de la organización.

EVALUAR EL RIESGO

La ISO 31000¹² advierte que el “propósito de la gestión del riesgo es la creación y la protección del valor (...), mejora el desempeño, fomenta la innovación y contribuye al logro de objetivos”. La gestión de riesgos, en la empresa moderna, no se aprecia como un elemento a evitar necesariamente, sino como una oportunidad que, en balance neto, contribuye al beneficio de la empresa o retorno de la inversión¹³.

La evaluación del riesgo de terceras partes debe cubrir la ausencia de información que provoca incertidumbre con un conocimiento de los involucrados y de los riesgos que en relación a ellos podrían afectar a la empresa, de las oportunidades que se generan y del proceso de toma de decisiones, con el fin de proporcionar “en palabras de la ISO 31010 de técnicas de apreciación del riesgo, un conocimiento de los riesgos, de sus causas, de sus consecuencias y de sus probabilidades. Esto arroja datos para tomar decisiones acerca de si se deberá realizar una actividad, cómo maximizar las oportunidades, si los riesgos necesitan tratarse, la elección entre opciones con riesgos diferentes, la asignación de prioridades a las opciones de tratamiento de los mismos y la selección más apropiada de las estrategias de su tratamiento que llevarán a los riesgos adversos hasta un nivel tolerable”¹⁴.

El siguiente paso es el de establecer un orden de prioridad de acuerdo a la madurez del sistema de gestión de compliance y de las necesidades de la corporación a la vista de su actividad:

- **Riesgo de la actividad:** la empresa debe evaluar la prestación del bien o servicio de la tercera parte y su relación con el core del negocio, el coste previsto de la tercerización, la inclusión del mismo dentro del contexto de la propia organización, el mapa de actividades y procesos y, finalmente, la tipología de la relación jurídica. La evaluación del riesgo de la actividad es fundamental para la decisión inicial de si entablar o no una relación con un tercero: en primer lugar, la empresa debe garantizar que la relación propuesta sea coherente con la planificación

estratégica y la estrategia comercial general de la empresa y, finalmente, debe analizar los beneficios, costos, aspectos legales y los riesgos potenciales asociados a la actividad (bien o servicio) que se pretende subcontratar. La empresa debe garantizar de forma documentada la idoneidad de subcontratar o externalizar la actividad, como parte de la actividad estratégica operativa propia.

- **Riesgo país:** la localización de la prestación del bien o servicio resulta especialmente relevante examinar los factores políticos (con atención al riesgo país, gobierno, etc.) legales (normas y regulaciones y estabilidad legislativa), sociales y culturales (volumen, tipo de población, organización, etc.), laborales (sindicales, contractuales, prevención de riesgos laborales, edad mínima para contratar, etc.), sectoriales y tecnológicos. La empresa deberá conocer el marco normativo en el cual se desenvuelve el tercero, las obligaciones y la posibilidad de que le afecten normas transnacionales como la FCPA norteamericana y Bribery Act británica.

- **Riesgo tercero¹⁵:** la empresa deberá identificar y analizar los principales elementos de la parte con la que se pretende relacionar: tipología de la empresa (estructura legal, titularidad real y órganos de gobierno, etc.), la estructura de compliance (cultura compliance accesible y demostrable), el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, fiscales, tributarias y laborales y los antecedentes reputacionales y de cumplimiento (penales y administrativos).

- **Riesgo empresa:** la empresa, en un ejercicio introspectivo, deberá evaluar la vulnerabilidad propia en orden a comprobar las medidas concretas que debe implementar para externalizar servicios de forma segura. En la práctica, muchos de los riesgos de terceros son subyacentes a la propia organización y se ven complementados con la participación del tercero. Cuestión que hace especialmente relevante la interacción del mapa de riesgos de la empresa con la actividad externalizada pretendida y la identidad e idoneidad del tercero para manejar el riesgo corporativo propio y ajeno. En este punto, la empresa debe considerar la capacidad que tiene y tendrá en el futuro para monitorizar al tercero y realizar una supervisión y gestión adecuadas y continuadas,

puesto que en muchas ocasiones las relaciones con terceros se dejan en manos del responsable de compras, sin una capacidad crítica real para juzgar el desempeño de los terceros que ha contratado.

Con el marco bien definido, la empresa hará un match para conocer de qué forma la actividad del tercero puede tener relevancia en el funcionamiento interno y la tipología de riesgos que puedan surgir con el fin de facilitar el diseño del proceso de compromiso del tercero:

- **Riesgo estratégico.** Surge de decisiones de negocio adversas, o de la falta o inadecuada implementación de decisiones operativas adecuadas de manera coherente con los objetivos estratégicos de la organización. P.e. el uso de un tercero para comercializar pólizas de seguros u ofrecer productos o servicios financieros que no apoyan a la entidad aseguradora o bancaria a lograr los objetivos estratégicos corporativos y proporciona un rendimiento adecuado de la inversión, expone a la empresa a un riesgo estratégico.

- **Riesgo reputacional.** Surge de la exposición a una opinión pública negativa como consecuencia de la valoración de la actividad propia o del tercero. Cada vez adquieren mayor relevancia las quejas de clientes insatisfechos o molestos con call centers subcontratados para ofrecer cualesquiera servicios, con menosprecio o violación de la normativa de protección de datos o de elementales criterios de urbanidad en el trato, que exponen la reputación

¹² Apartado 4 (Principios) de la UNE-ISO 31000, de gestión del riesgo. Marzo, 2018.

¹³ La OCEG publica el Red Book o Modelo de Capacidad con la intención de proporcionar un vocabulario unificado a través de disciplinas, componentes y elementos comunes definidos, requisitos comunes de información definidos, prácticas estandarizadas para políticas y capacitación y comunicación identificada para todos los involucrados (<https://go.oceg.org/modelo-de-capacidad-de-grc-version-3-red-book>).

¹⁴ APARICIO, Néstor, Compliance: Análisis de la UNE 19601, Capítulo 2: Planificación y elementos de apoyo, Editorial SEPIN.

¹⁵ El documento elaborado por la OCDE en 2013 denominado “Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence” propone un cuestionario inicial para valorar la selección inicial de terceros (traducido al español, puede consultarse el original en http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_ConductingThirdPartyDueDiligence_Guidelines_2013.pdf).

- ¿Se percibe que el tercero en una industria o ubicación geográfica tiene mayores riesgos de corrupción?

- ¿El tercero prestará servicios en nombre de la organización o estará autorizado para representar a la organización frente a otros terceros?

- ¿Es razonable esperar que el tercero entre en contacto con los funcionarios del gobierno al representar a la organización?

- ¿Estará el tercero en posición de influir en las decisiones o la conducta de otros terceros en beneficio de la organización? Una respuesta positiva a cualquiera de estas preguntas puede llevar a las organizaciones a considerar al tercero bajo revisión como un tercero “en alcance”. En la práctica, los agentes, asesores y otros intermediarios, así como los socios de empresas conjuntas y consorcios, probablemente se considerarán terceros “en alcance”. Los contratistas, proveedores y una variedad de otros socios comerciales también pueden caer en esta categoría si van a realizar servicios en nombre de la organización.



de la empresa principal ofreciendo una publicidad negativa. El acceso de los ciudadanos a las redes sociales y medios de comunicación alternativos tiene la potencialidad de provocar un impacto negativo en la reputación de la marca o de los servicios, si la empresa pone en manos de terceros no cumplidores los bienes o servicios ofertados.

- **Riesgo operacional.** Es el riesgo de pérdida resultante de un sistema de calidad fallido o deficiente respecto de procesos, personas y sistemas internos. Suele ser práctica habitual integrar procesos internos de terceros en la operativa propia, como, por ejemplo, en casos de subcontratación de personas (servicios de mantenimiento de calderas o instalaciones de telecomunicaciones, etc.) o integraciones tecnológicas (paypal, bizum, etc.) en las que los procesos del tercero y de la empresa principal se presentan unificados. En ocasiones se identifica con el riesgo de desempeño que surge cuando existen problemas en la entrega del bien o prestación concreta del servicio. Por ejemplo, un mensajero que entrega el producto en malas condiciones, o un conductor de una empresa que presta servicios a Uber o Cabify que pone en riesgo a los pasajeros, un responsable de mantenimiento externalizado de un centro de protección de datos que provoca una brecha de seguridad pone en riesgo a la empresa si no hay mecanismos adecuados de control de su desempeño.

- **Riesgo de crédito.** Surge cuando un tercero, o cualquier otro acreedor del tercero, no ejecuta correctamente los términos del acuerdo financiero y pone en riesgo el contenido propio de la operación. Por ejemplo, en subcontrataciones internacionales de

obra civil, la empresa principal confía la ejecución de la obra en terceros que, a su vez, acuden a financiación para la adquisición de los materiales, de forma que la empresa principal no cumplirá con la perspectiva establecida en contrato, sufriendo penalizaciones por el riesgo crediticio de una tercera o cuarta parte.

- **Riesgo de cumplimiento.** Se produce cuando el tercero implementa o ejecuta un sistema ineficiente o mal testado de compliance que permite la materialización de actitudes o acciones contrarias a las leyes, normas o regulaciones, políticas o procedimientos internos o buenas prácticas, usos y costumbres, normas de buen gobierno o estándares nacional o internacionalmente reconocidos. El riesgo se materializa cuando (i) los bienes o servicios del tercero ofrecidos a la empresa principal o el cliente final no cumplen o cumplen deficientemente con las previsiones normativas internas y externas o (ii) el nivel de cumplimiento interno es bajo al no respetar la normativa fiscal, laboral, medioambiental o penal, incumpliendo obligaciones operativas internas que pueden afectar a la calidad del producto y a la reputación de la empresa contratista.

Con la información anterior, la empresa debe proceder a valorar el riesgo del tercero de acuerdo a criterios de probabilidad e impacto con el justificar la priorización y facilitación en el diseño, ejecución y seguimiento de los planes de acción.

Aunque es tradicional asignar identificadores del tipo alto-medio-bajo, lo ideal será contar con modelos cuantitativos matemático-estadísticos en el que se diferencien los elementos de entrada con una valoración posible de

la incertidumbre. Sin la intención de ser exhaustivos, resumo a continuación algunas opciones para la evaluación:

- **Grado de peligrosidad:** se medirá con el producto de las consecuencias, la exposición al riesgo y la posibilidad de su materialización. Para identificar las consecuencias se tendrán en cuenta los impactos económicos (sanciones, multas, penalizaciones, pérdidas de contratos, inhabilitación con el sector público, etc.), la exposición valorará la frecuencia (número de relaciones en un marco temporal predefinido) y la tipología de relación (compra de bienes o servicios, headhunting, compras mayores o menores, proceso urgente, etc.) y la posibilidad concreta la probabilidad de que se presente la situación de riesgo teniendo en cuenta la vulnerabilidad interna de la compañía y del tercero visto su nivel de engagement.

- **Simulación Montecarlo:** es un modelo probabilístico ergódico que puede incluir elementos de incertidumbre y que describe el comportamiento estadístico de un punto en movimiento en un sistema cerrado. Los elementos de entrada para la simulación pueden incluir incidentes geográficos o medioambientales, penalizaciones en el contrato con el cliente, intervinientes en el proceso de logística, por lo que la empresa deberá dotarse de los suficientes datos para mejorar la simulación¹⁶. El elemento de salida será el resultado del análisis que nos permitirá identificar la posible pérdida en un espacio temporal y adelantar el plan de acción sobre el proveedor.

¹⁶ Al tirar un dado, la probabilidad de que caiga en un número concreto es de 1 a 6. Si lo tiras seis veces es probable que el dado no caiga en seis números diferentes. Si tiramos el dado 100 veces incrementamos la posibilidad de que un número se repita. Si lo tiramos 10.000 veces la muestra de resultados de incrementa por lo que podemos extraer resultados que afecten a la geometría del dado, la superficie sobre la que lo tiras, las condiciones atmosféricas...

■ **Análisis de Markov:** permite pronosticar el comportamiento en la relación con un tercero y el gobierno de determinados procesos estocásticos a lo largo del tiempo. Se deberán determinar los diferentes estados (para el caso de un servicio ofrecido por un proveedor, puede ser ejecución normal, atrasado, terminado, cancelado) y las transiciones entre los diferentes estados con el fin de adelantar las decisiones que involucran al proveedor y al cliente.

■ **Árboles de decisión:** es una forma gráfica y analítica de representar y valorar los eventos que pueden surgir a partir de una decisión tomada o que se tomará respecto de una tercera parte. El modelo permite tomar decisiones de acuerdo a la cuantificación de los riesgos de manera secuencial, visual y rápida. Está compuesto por varias alternativas de decisión, eventos que pueden ocurrir para cada alternativa, probabilidades de que ocurran los eventos posibles y los resultados de las interacciones. Al calcular la utilidad de cada decisión la empresa podrá tomar decisiones para gestionar el riesgo restando el costo de la decisión a los beneficios esperados (estos son iguales al valor total de los resultados).

■ **Teorema de Bayes:** permite conocer la probabilidad condicional de un suceso determinado como A dado B, en el que se analiza la distribución de probabilidad del suceso B dado A. Aunque la fórmula presenta algunas limitaciones estadísticas lo cierto es que puede aplicarse a simulaciones sobre previsiones financieras respecto del flujo de pagos a un proveedor y/o su capacidad para afrontar el trabajo que se le ha encomendado.

Con el resultado cuantitativo en la mano, la empresa debe tomar decisiones relativas a la gestión del riesgo tomando decisiones previas sobre el examen del apetito del riesgo¹⁷ y de la tolerancia al riesgo toda vez que la distribución del presupuesto para enfrentar los posibles riesgos depende de esos niveles de aceptación del riesgo.

DISEÑAR EL COMPROMISO EN EL TERCERO

El proceso de diligencia debida deberá proporcionar a la empresa la información necesaria para conocer y gestionar los riesgos de terceros potenciales y, en consecuencia, para determinar si la externalización con un tercero concreto ayudaría a lograr la consecución de los objetivos estratégicos y financieros

de la empresa y a mitigar los riesgos identificados¹⁸. Las medidas de diligencia se deben implementar al momento de selección o preselección del tercero y mantenerse actualizadas y revisadas a lo largo de la relación de negocio; incluso pueden implementarse sobre el catálogo de proveedores posibles, a fin de mantener un estado de cumplimiento elevado sobre aquellos terceros que están en condiciones de mantener relaciones con la empresa.

Las medidas de diligencia en la selección y mantenimiento de la relación con terceros dependen de tres elementos:

- La importancia y la magnitud de la relación con el tercero,
- el nivel de riesgo con el que se precalifica al tercero, y
- la capacidad de control real de la empresa para ejecutar las medidas de diligencia.

¹⁷ APARICIO, Néstor, Compliance: Análisis de la UNE 19601, Capítulo 2: Planificación y elementos de apoyo, Editorial SEPIN: "El apetito de riesgo es la "cantidad y tipo de riesgo que una organización está preparada para buscar o retener" y la tolerancia es la disponibilidad de una organización o de las partes interesadas para soportar el riesgo después de su tratamiento con el objeto de conseguir sus objetivos, de forma que un nivel bajo de apetito de riesgo determinará la aversión y la decisión de rechazar el acometimiento de una actividad".

¹⁸ El socio de negocio debe ser un auxilio a todos los niveles, sirviendo de ayuda a la consecución de los objetivos estratégicos y operativos y a la incrementación del nivel de seguridad jurídica y de cultura de cumplimiento.



Las medidas de evaluación de terceros pueden incluir las siguientes acciones:

1. Identificación del área corporativa que propone la tercerización de un bien o servicio. La unidad de compliance de la empresa o quién ejerza esa función deberá conocer los aspectos internos que rodean la futura contratación para adelantar los conflictos de interés o los posibles fraudes internos.

Razón Social del Proveedor	
Nombre Contacto Proveedor	Celular
Usuario Solicitante	
Area ó Departamento	
Responsable de Área	

JUSTIFICACIÓN DE SELECCIÓN DE PROVEEDOR

Favor de justificar la selección del proveedor en cuestión.

2. Superación de cuestionario de compliance que, de forma remota o presencial, al inicio de la relación y a intervalos planificados, pretende una manifestación de voluntad del tercero sobre si mismo y su condición financiera, su experiencia relevante específica, su conocimiento de las leyes y regulaciones aplicables, su reputación y el alcance y la efectividad de sus operaciones y controles.

La empresa podrá solicitar la aportación de documentos y evidencias sobre, entre otros, los siguientes extremos:

- Acreditación de la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad. Auditoría de cuentas e informe de riesgos no financieros.
- Balances contables y de tesorería.
- Relevancia del contrato en el estado financiero del tercero.

¹⁹ Hay una serie de indicadores que alertan sobre la idoneidad del tercero, como, por ejemplo, la negativa o resistencia a facilitar datos sobre la capacidad técnica, operativa y de cumplimiento para desarrollar el contrato o para lograr en un plazo razonable certificaciones de cumplimiento o que los directivos o miembros del órgano de gobierno pretenden facilitar el cumplimiento del contrato a través de ciertos vínculos familiares o comerciales con funcionarios del gobierno.

²⁰ La práctica en la gestión de terceros por las unidades de compras/ contratación y asesoría jurídica vienen exigiendo que los contratos relevantes o significativos con terceros prohíban en todo caso la asignación, transferencia o subcontratación por parte del tercero de sus obligaciones a otra entidad, cuestión que no evita que se disponga a priori de toda la información posible sobre la necesidad de prestar el servicio en compañía de otros terceros, sean uniones de empresas o subcontratas del tercero. Obviamente, las denominadas "cuartas partes" deberán quedar también bajo el amparo del sistema de gestión de terceras partes, con la implementación y ejecución de medidas de diligencia debida.

■ Perfiles profesionales de los intervinientes en el contrato y antecedentes acreditativos de la experiencia y habilidad en contratos similares.

■ Acreditación por entidad reguladora externa del cumplimiento de obligaciones fiscales y laborales.

■ Cuestionarios de honorabilidad y de conflictos de interés de los órganos de gobierno y dirección.

■ Compromiso con el cumplimiento normativo¹⁹ y acreditación del sistema de compliance, con aportación en su caso de certificaciones o auditorías de terceros.

■ Alcance de los controles internos, sistemas y seguridad de datos, protecciones de privacidad y cobertura de auditoría.

■ Nivel de litigiosidad, con expresión de importes reclamados y naturaleza civil,

penal, laboral o administrativa de las reclamaciones (en sede judicial y/o administrativa).

■ Acreditación sobre la capacidad técnica y financiera para realizar el contenido del contrato en el estado actual y, en su caso, acreditación de las inversiones adicionales.

■ Uso de terceros, uniones temporales de empresas o joint ventures para la ejecución del contrato y, en su caso, identidad de las empresas propuestas²⁰.

■ Acreditación de los planes de gestión de crisis, reanudación de negocio y planes de contingencia.

■ Relación de normas de aplicación al tercero y ejecución de planes de formación sobre normativa y riesgos

■ Cobertura del seguro de responsabilidad civil y D&O de la empresa y del proyecto en particular.



Con el fin de facilitar el proceso de evaluación del riesgo, la superación del cuestionario podrá disponer de parámetros binarios que permitan disponer de un resultado concreto:

A	Documentación Requerida	¿Entregó?	Valoración	Comentarios
1	Curriculum de la Empresa	Si	1	
2	Cuenta con Evaluación DUNS	No	0	
3	Acta constitutiva y reformas de estatutos sociales con la hoja de inscripción al Registro Público de la Propiedad (RPP)	No Aplica	No Aplica	
4	Modificaciones al acta constitutiva.			
5	Escritura pública que contenga el Poder del representante legal del Proveedor			
6	Identificación oficial vigente del representante legal del Proveedor			
7	Inscripción al Registro Federal de Contribuyentes			

Los datos remitidos por el tercero serán objeto de verificación y contraste, con búsquedas en internet, en bases de datos y herramientas especializadas y en los medios de comunicación, incluyéndose las consultas de relaciones de PEPs (personas especialmente expuestas) y listados de sancionados en la Unión Europea²¹ y de la Office for Foreign Assets Control del Departamento del Tesoro norteamericano (OFAC Sanctions List)²² a fin de obtener información sobre el perfil de integridad del tercero e identificar problemas flagrantes que pueden ser de conocimiento público y, por lo tanto, responsabilidad de la empresa principal.

3. Auditoría de procesos presencial al tercero, que se podrá ejecutar para aquellos proveedores o actividades externalizadas que presenten un riesgo alto o superior al promedio, a fin de acreditarse -bien al inicio del contrato o a intervalos planificados periódicos- el estado del nivel de cumplimiento, financiero, operativo y estratégico para la correcta ejecución de las tareas propuestas o encomendadas.

²¹ https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/8442/Consolidated%20list%20of%20sanctions y <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>

²² <https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/>

A este fin, la unidad de compliance de la empresa con apoyo de la unidad de auditoría interna propondrá contractualmente al tercero, como condición necesaria para la opción al contrato o para el mantenimiento de su vigencia, la visita a los centros de trabajo del proveedor, el examen documental y la generación de reuniones y entrevistas con el personal involucrado en la ejecución del contrato y con aquellos que, aún no manteniendo relación con la empresa principal, tienen responsabilidades en el gobierno y dirección del tercero.

El tercero deberá asignar recursos propios para la superación de la auditoría, en el bien entendido que las no conformidades graves supondrán la cancelación del contrato²³ y aquellas que puedan ser subsanadas, exigirán la elaboración de un plan de acción y del consiguiente seguimiento. En aquellos contratos cuya cancelación supusiera un daño notable e irreparable para la empresa y aparecieran no conformidades relevantes, esta podrá reservarse el derecho de pedir la intervención de autoridades judiciales que no interrumpen la operativa o la implantación de personal propio o ajeno en la unidad de cumplimiento del tercero.

En los supuestos de riesgo especialmente altos en los que no existieran incumplimientos recientes o no conformidades, la empresa principal podrá proponer y exigir al tercero la contratación a su costa de terceros expertos externos para la realización de la auditoría y el plan de acción.

FORTALECER EL SISTEMA DE GESTIÓN DE TERCERAS PARTES

La empresa mantendrá la debida y adecuada supervisión de las actividades de terceros y el control de calidad sobre los productos y servicios provistos para minimizar la exposición a posibles pérdidas financieras significativas, daños reputacionales, inspecciones de entidades supervisoras administrativas o procedimientos judiciales. En este sentido, la unidad de compliance recibirá información de unidades de negocio diferentes, para comprobar el mantenimiento del estándar de calidad en el servicio y la mitigación de los riesgos posibles.

INFORMACIÓN GENERAL		RESULTADO	
Razón Social del Proveedor		0,00	RIESGO NO IDENTIFICADO
Contacto del Proveedor			
E-mail Contacto			
Tipo de Producto ó Servicio			
Solicitante			
Area o Departamento			
Comprador			
Categoría de Compra Genérica			
Fecha de Evaluación			

CRITERIOS DE EVALUACIÓN	COMPRADOR	COMENTARIOS	ESCALA DE EVALUACIÓN
Calidad de sus Productos o Servicios	0		5 - Supera las expectativas
Cumplimiento en tiempos de entrega	0		4 - Muy Bueno
Tiempos de respuesta (cotizaciones y atención)	0		3 - Bueno
Apego a las Condiciones Comerciales	0		2 - Regular
Cumplimiento a Niveles de Servicio	0		1 - Malo
Calidad de atención y servicio Pre-Venta	0		0 - No cumple con las expectativas
Entrega de Documentación Completa	0		
Atención Post-Venta	0		
Total	0,00		

EVALUACIÓN DE RIESGO SERVICIO	COMPRADOR	COMENTARIOS	ESCALA DE EVALUACIÓN
Prestación de Servicio considerada como Crítica	0		3 - Si
Prestación de Servicio a manera de Outsourcing	0		2 - Parcialmente
Prestación del Servicio como Llave en Mano	0		1 - No o No aplica



²³ Desde el punto de vista exclusivamente legal, el contrato (o, en su caso, la carta de intenciones) debe definir las circunstancias que constituyen el incumplimiento, identificar las soluciones y permitir al tercero un plazo razonable para solucionar una no conformidad. Los derechos de rescisión derivados de cambios de control social, modificaciones en el coste del servicio, incumplimiento de estándares de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales deberán identificarse en el contrato, especialmente si involucran tecnologías o circunstancias que cambian rápidamente.

En este sentido, la revisión sobre la ejecución efectiva del contrato resulta una pieza clave, puesto que ofrece indicadores relevantes para evaluar el desempeño del sistema de third parties.

La evaluación del desempeño debe incluir, al menos, los siguientes elementos:

- El estado actualizado del contrato y, en su caso, de las cláusulas de compliance, de privacidad, seguridad de la información y back to back.
- La evaluación de la efectividad general del sistema de externalización o relaciones con terceros y la coherencia del sistema con los objetivos de la compañía.
- El mantenimiento de las licencias y permisos del tercero para la realización de su actividad.
- El estado financiero actualizado, así como el riesgo de crédito y endeudamiento, del tercero globalmente considerado (habida cuenta la relevancia del contrato en su estado financiero).
- Estado de las coberturas y primas de las pólizas de seguro.
- Mantenimiento de las obligaciones

financieras.

- Informes de auditoría financiera, contable, de procesos, etc. y, en su caso, cumplimiento de los planes de remedio de no conformidades.
- Efecto de la rotación del personal involucrado en el cumplimiento del contrato y la llevanza ordinaria de la empresa y valoración de su idoneidad.
- Contenido de los planes de formación y capacitación en el personal del tercero.
- Revisión de quejas y sugerencias sobre los servicios proporcionados a través del tercero.
- Resultados de la revisión documental anual o periódica.

La junta debe aprobar, supervisar y revisar al menos anualmente los acuerdos con terceros significativos, y revisar estos acuerdos y acuerdos escritos siempre que haya un cambio importante en el programa. La dirección debe revisar periódicamente las operaciones del tercero para verificar que sean coherentes con los términos del acuerdo suscrito y que se estén controlando los riesgos. El sistema de cumplimiento de la organización debe garantizar el cumplimiento continuo de las leyes, normas y reglamentos

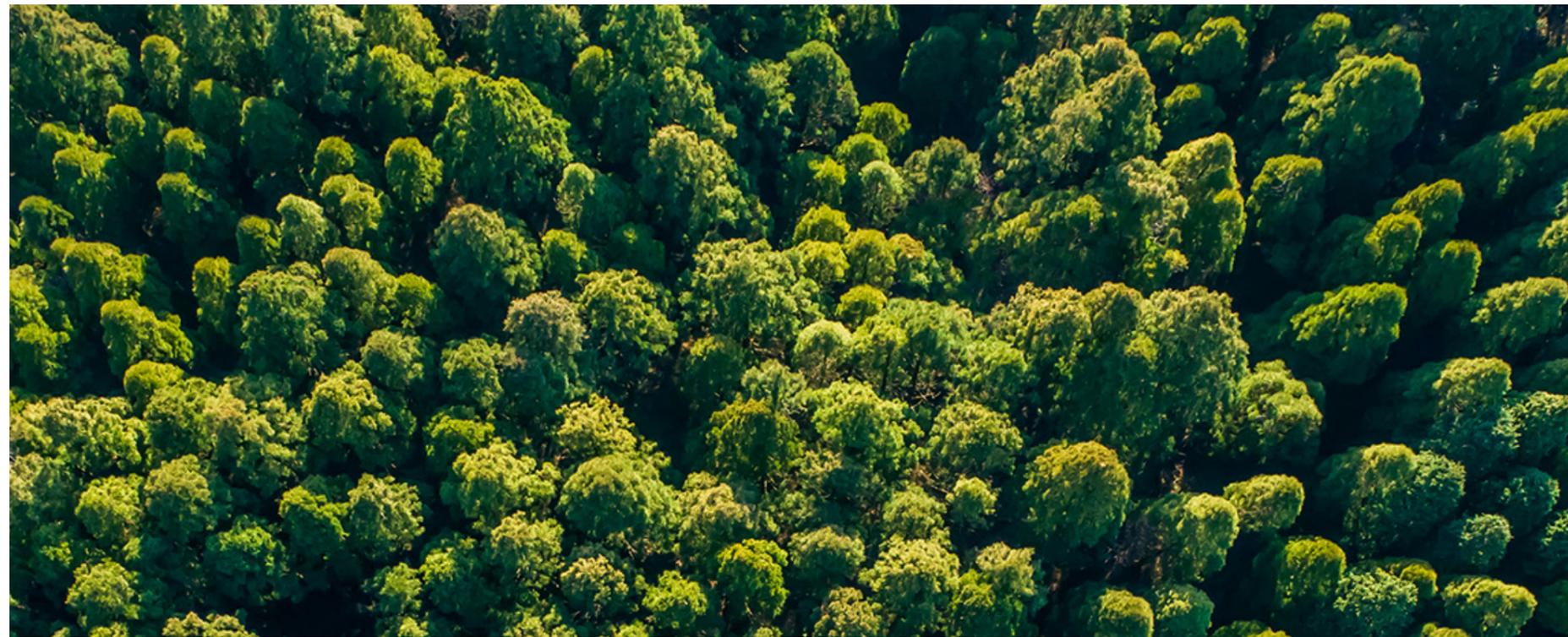
aplicables, así como las políticas y procedimientos internos.

CONCLUSIONES

La evaluación de terceros en compliance es una herramienta extraordinaria para que las empresas hagan extensiva su propia cultura de cumplimiento, no solo por la vía de exigir el cumplimiento de determinados requisitos sino de generar sinergias de crecimiento ético con sus proveedores, intermediarios, socios de negocio y clientes.

No basta, por tanto, la ejecución de sistemas de compliance para terceros basados en checklist binarios, en la simple recopilación de información o en evaluaciones de riesgo genéricas, sino que la empresa debe identificar, analizar y valorar el riesgo concreto del tercero para operaciones corporativas específicas, diseñando y exigiendo planes de acción concretos que garanticen el crecimiento proporcional y práctico de los terceros y obtener un retorno de la inversión que termine por afectar al entorno en el que la empresa de mueve.

Esta actuación es, para las empresas medianas y grandes, parte de sus obligaciones en materia de responsabilidad social corporativa y un índice de compromiso con la sostenibilidad.



LA PROPUESTA DE VALOR DE LA FUNDACIÓN CORELL



José Victor Esteban

Secretario General de la Fundación Corell.

La Fundación Corell es la primera fundación dedicada a la promoción y desarrollo del transporte internacional por carretera. Nacimos en 1997 como una iniciativa de la Asociación del Transporte por Carretera (A.S.T.I.C.), una organización integrada por las empresas españolas más prestigiosas del sector y su principal representante a escala internacional.

Nuestro nombre resulta de un homenaje a Francisco Corell, uno de los presidentes más visionarios de ASTIC, quien ya en su momento entendió la importancia de la labor del transporte por carretera para el bienestar social. Desde entonces llevamos más de 25 años trabajando para aportar soluciones, alternativas y propuestas de valor que contribuyan a sentar las bases de la nueva movilidad.

En Fundación Corell entendemos que la movilidad es un derecho básico de la ciudadanía, y como tal ha de garantizarse una buena gobernanza de la misma. Para ello trabajamos por una gestión colaborativa de la movilidad que tenga en cuenta todos los aspectos y actores que actualmente configuran la misma.

Perseguimos un triple objetivo: mantener la empleabilidad, garantizar la seguridad y respetar el medio ambiente. De manera paralela y a la par que las nuevas tecnologías se van abriendo paso en otros ámbitos de la actividad económica, y la mujer va ganando su merecido espacio de igualdad en la sociedad, la Fundación Corell pretende contribuir con sus actividades al proceso de modernización del sector del transporte, tanto en su

vertiente energética y digital, como en la formación profesional y en la incorporación de la mujer a todas las actividades de la logística y el transporte.

Conscientes de que el sector transporte es la principal causa de la creciente demanda mundial de energía y desempeña una función especialmente importante en la consecución del Acuerdo de París, dado que cerca de una cuarta parte de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero relacionadas con la energía proceden del transporte y que se prevé que esas emisiones aumenten de forma sustancial en los próximos años, una de las propuestas que estamos impulsando, alineados con los ODS, ha sido el de la transición energética en el sector del

transporte por carretera. Como proyecto bandera de este objetivo la Fundación presentó en el **III Foro Corell de Movilidad el Observatorio de la Transición Energética de la Movilidad (OTEM)** que analiza la evolución del parque de vehículos español y los hitos principales a cumplir para su descarbonización. Este Observatorio, liderado por el profesor D. Alberto Camarero de la Universidad Politécnica de Madrid y su equipo, permite tanto verificar la modernización del parque, como ayudar a **estudiar diferentes medidas alternativas que aceleren el proceso de descarbonización mediante la utilización simultánea de diferentes tecnologías limpias, electricidad, gas natural vehicular, hidrógeno.**

Convencidos de que el transporte por carretera puede intensificar el crecimiento económico a la vez que impulsar los vínculos entre las zonas urbanas y las rurales y la productividad de las zonas rurales a la vez que respetar el medio ambiente, desde el Foro **se proponen además medidas para impulsar la movilidad inteligente y las cadenas logísticas intermodales inteligentes.**

Con estas medidas la Fundación Corell pretende ser un estandarte en la aplicación de las nuevas tecnologías al transporte por carretera, en el avance del sector a la digitalización y la seguridad a través del 5 G y la implantación de tacógrafos que ofrezcan información precisa de desplazamiento de trabajadores, cabotaje, pesaje embarcado, control de emisiones, etc.

Persigue igualmente la Fundación participar en la regulación del transporte público pretendiendo ser partner de referencia en movilidad a través de propuestas de valor que permitan una definición consensuada e integradora de las políticas al respecto, aportando una mayor seguridad jurídica y certidumbre.

La Fundación Corell, a propuesta de su Think Tank Movilidad, ha realizado un trabajo de análisis de la legislación en vigor en materia de transporte, tanto de viajeros como de mercancías, su adecuación a las necesidades crecientes de la sociedad y en especial de su capacidad para proporcionar un marco regulatorio adaptado a las crecientes necesidades de la Movilidad. Como consecuencia de este análisis y ante los evidentes desajustes entre la regulación vigente hasta la fecha, con una legislación que acumula varias décadas de antigüedad, la Fundación Corell ha

presentado el estudio **“Bases para la nueva ley general de movilidad sostenible y financiación del transporte terrestre”**, que ha servido para trasladar al gobierno sus propuestas para mejorar la regulación de la movilidad de la ciudadanía y del transporte de mercancías de los sistemas productivos, aprovechando la potencialidad de la digitalización y las nuevas tecnologías, y garantizando un uso eficiente de los recursos públicos. Muchas de dichas propuestas han tenido acogida en el proyecto de Ley de Movilidad sostenible que en el pasado mes de diciembre ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes Generales.

A través del **proyecto Bosques y Movilidad** ayudamos a empresas a reducir y compensar sus emisiones de CO2 plantando bosques que, además de generar oxígeno, fomentan la recuperación y protección del entorno natural. No ofrecemos un servicio de compensación de CO2 en el que el cliente invierte y se olvida. Hacemos partícipes a las empresas de nuestra actividad a través de proyectos de reforestación reales y tangibles. Nuestra misión es la de generar un impacto visible, medible y veraz en el entorno. Nuestros bosques existen, se pueden visitar y disfrutar.

La fundación Corell tiene como objetivo prioritario durante este año 2023 reforestar 200 hectáreas en diversos puntos de la geografía nacional.

Por último, no quiero terminar estas breves notas sin hacer referencia al **compromiso de la Fundación con la cultura de cumplimiento.** La fundación no solo se ha dotado de un programa de prevención de delitos ajustado a las exigencias normativas, sino que impulsa en el sector la formación en este terreno mediante el patrocinio de cursos y actividades y desde finales de año también como patrocinador de esta revista con la pretensión de que los principios, valores, modelos y prácticas de Compliance se difundan entre las empresas del sector.



Fundación Corell
Movilidad, Medioambiente y Seguridad

APRENDIZAJES CLAVE

La movilidad de personas y mercancías está en plena transformación y los actores del sector, usuarios y empresarios, necesitan conocer que opinan los principales decisores sobre el futuro de esta actividad.

¿QUÉ HEMOS APRENDIDO?

1. El sector se encuentra ante la necesidad de hacer una transformación profunda.
2. Hay que reforzar y mejorar la imagen del sector para que ocupe el lugar que le corresponde.



RECOMENDACIONES PARA POTENCIAR EL SECTOR

El desarrollo tecnológico y digital del sector son la esperanza para mejorar muchos de los problemas asociados al transporte por carretera fundamentada en una nueva regulación sectorial que potencie la creación de empleo.



RECOMENDACIONES PARA POTENCIAR EL SECTOR

- Concienciar a la sociedad de la importancia del transporte por carretera por su eficacia económica y garante del bienestar ciudadano.
- Analizar adecuadamente la contaminación por GEI del transporte profesional.
- Potenciar y dar a conocer su lado más tecnológico e innovador.
- Potenciar el transporte colectivo de viajeros.
- Integrar todos los modos para lograr una cadena logística eficiente.
- Alinearse con la tendencia del Pacto verde y liderar una transición energética sostenible.

Regulación actualizada y armonizada a nivel nacional para ganar eficacia

- Apostar por la defensa de las políticas de transporte a través de un pacto de estado, para no depender de gobiernos con diferentes intereses
- Labor muy pedagógica delante de las administraciones: que conozcan en profundidad el sector, que entiendan sus problemáticas, que se involucren...

Concentración empresarial y voz única

- Fomentar procesos para aumentar las dimensiones de las empresas para ser más competitivos
- Poner en marcha acciones para que el sector tenga una única voz empresarial

Dignificar y mejorar la imagen de la profesión y del empleo

- Prestigiar la imagen profesional del transporte
- Resaltar su valor, su rol como profesión esencial
- Rejuvenecer y feminizar la profesión
- Seguridad: tacógrafo obligatorio para el todo el transporte profesional
- Creación de una FP para transportistas y profesionales del sector

Integrarse en el proceso de disminución de la huella de carbono por emisión de GEI

- Conseguir que la movilidad sea sostenible pero también lógica, inteligente y analítica

Invertir Fondos UE para una movilidad inteligente y más eficiente

- Apostar por la integración digital para dar un servicio personalizado, con información en tiempo real al cliente y usuario.

Favorecer una Intermodalidad que mejore la cadena logística

- Favorecer la intermodalidad a través de un ferrocarril con neutralidad en las subvenciones
- No debemos entender el ferrocarril como competencia, sino como un aliado con el que hacer crecer el negocio de la logística

ACCIONES PROPUESTAS POR LA FUNDACIÓN CORELL

Mejorar la sostenibilidad empresarial	Regulación actualizada y armonizada a nivel nacional para ganar eficacia	Liderar la transición energética de la movilidad	Invertir Fondos UE para una movilidad inteligente y más eficiente	Fomento de la intermodalidad
<ul style="list-style-type: none"> • Prestigiar el sector del transporte como profesión esencial • Medidas de aumento de la dimensión empresarial y uso de una fiscalidad clara y armonizada • Mejorando las condiciones laborales y la productividad a través de la negociación colectiva sectorial • Planificar una estrategia logística realista de país • Relanzar la movilidad colectiva • Legislar un nuevo modelo de financiación del Transporte Colectivo de viajeros • Tacógrafo obligatorio para todo el transporte profesional 	<ul style="list-style-type: none"> • Apostar por la defensa de las políticas de transporte a través de un pacto de estado, para no depender de gobiernos con diferentes intereses • Neutralidad energética durante el proceso de transición • Mejorar los sistemas de contratación pública • Redefinición de las OSP-fomentando la participación privada en el servicio de transporte público de viajeros • Voz única ante la administración para que conozca en profundidad el sector 	<ul style="list-style-type: none"> • Certificar la huella de carbono de las empresas • Proponer planes de reducción de emisiones • Proponer proyectos de compensación de emisiones • Ayudas a la inversión en mejoras medioambientales 	<ul style="list-style-type: none"> • Apostar por la integración digital para dar un servicio personalizado, con información en tiempo real al cliente y usuario • Creación de las infraestructuras adecuadas, BUS-VAO, intercambiadores, tarjetas de movilidad universal, etc... • Red de Áreas de Descanso "seguras" y rediseño de carreteras 	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de corredores estratégicos para el ferrocarril de mercancías, trenes de gran longitud y conexión con puertos • Neutralidad modal equilibrando las ayudas fiscales y directas entre carretera y ferrocarril según la importancia de cada modo • Carretera y ferrocarril entendidos como elementos complementarios para hacer crecer el negocio de la logística

LA PANDEMIA Y EL SECTOR

La pandemia ha afectado fuertemente al sector, aunque a diferentes niveles.

En el caso del transporte de viajeros el impacto ha sido muy relevante:

- Ha habido un parón total de la actividad en transporte discrecional
- Muchas empresas pequeñas han tenido que cerrar por la falta de ayudas.

Las recomendaciones del transporte individual como medida de contención del virus tampoco han beneficiado.

El transporte de mercancías: se consideró sector esencial y por eso no se ha visto tan afectado.

El crecimiento del comercio online les ha beneficiado. Muchos creen que su negocio incluso ha crecido.

Se consiguió mayor eficiencia en los repartos.

Mayor rapidez porque no había tráfico.

Sin fallos en las entregas porque la gente estaba en casa

No obstante, los encuestados creen, en general, que no se ha tratado bien a los profesionales del sector





REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Por Manuel Montesdeoca de la Fuente

AUTO DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº 737/2022, DE 7 DE JULIO

D. Andrés Martínez Arrieta

STC DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº 747/2022, DE 27 DE JULIO

D. Antonio del Moral García

STC DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº 894/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

STC DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº 721/2022, DE 14 DE JULIO

D. Julián Artemio Sánchez Melgar

STC DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nº 792/2022, DE 29 DE SEPTIEMBRE

D. Manuel Marchena Gómez

AUTO DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 737/2022, DE 7 DE JULIO

D. Andrés Martínez Arrieta

El Auto 737/2022, de 07 de julio, del Tribunal Supremo, del que es ponente el Excmo. Sr. Magistrado don Andrés Martínez Arrieta, inadmite el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se condena a una persona física como responsable penal de un delito de estafa y responsable civil directo por el delito y a la sociedad de la que es administrador como responsable civil subsidiaria por dicho delito.

El mecanismo delictivo utilizado lo era en el curso de una serie de operaciones mercantiles, en las que se generaba la confianza en la víctima sobre la plena solvencia y el ánimo de cumplir con las obligaciones de pago contraídas por autor de la estafa, consistía en la emisión de unos pagarés a nombre de la mercantil condenada como responsable civil subsidiaria. Ante estos hechos probados, el Tribunal Supremo considera, en el Auto que comentamos, plenamente justificada la condena a la citada mercantil como responsable civil subsidiaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120. 4 CP, incidiendo además en que, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil (aunque sea derivada de un delito), los requisitos de dicho precepto (como señala, entre otras, la STS 270/2017, de 06 de abril) pueden interpretarse ampliamente, sin sujetarse a los límites de principios aplicables al proceso penal, como la presunción de inocencia o el del "in dubio pro reo".

La segunda cuestión de interés, al objeto de nuestro estudio, es de naturaleza procesal; en concreto, la supuesta indefensión que alega, como motivo de impugnación contra su condena como responsable civil subsidiaria, la representación procesal de la persona jurídica. Según su argumentación, tras la reforma de los artículos 31 y 31 bis operada por la LO 5/2010, la sociedad debió ser acusada penalmente y la invocada indefensión vendría provocada por el hecho de que la mercantil no fue citada en instrucción como investigada y solamente fue emplazada para formalizar el escrito de defensa.

La Sala desestima el indicado motivo de impugnación de la sentencia, al señalar que ninguna indefensión se ha causado a la persona jurídica, al tratarse de una sociedad unipersonal, cuyo administrador único era la persona

contra la que se dirigió desde el principio el procedimiento, sin que pudiera predicarse la falta de conocimiento; considerando, por tanto, que la persona jurídica pudo haberse personado y propuesto las pruebas que tuviera por pertinentes. En todo caso, según la Sala, ninguna trascendencia hubiera podido tener alguna eventual irregularidad, dado que la persona jurídica es responsable civil subsidiaria y, en ningún caso, condenada penalmente. No habría sido conculcado, por tanto, su derecho de defensa, considerando, además, que compareció en la causa con la misma representación procesal y la misma defensa que el acusado persona física.

El tema, como veremos posteriormente al comentar las SSTS nº 747/2022, de 27 de julio, y 894/2022, de 11 de noviembre, es de interés por cuanto se puede entender que la jurisprudencia ha excluido el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se trata de sociedades unipersonales, al menos en las que coincide la figura del socio único con la de administrador también único de la sociedad.

SENTENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 721/2022, DE 14 DE JULIO

D. Julián Artemio Sánchez Melgar

En la STS 721/2022, de 14 de julio, de la que es ponente el Excmo Sr. Don Julián Artemio Sánchez Melgar, el Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación interpuestos por una persona física, condenada como autora penalmente responsable de un delito continuado de administración desleal y de la persona jurídica del que el primero es administrador único, condenada como responsable civil solidaria por el citado delito.

El recurso de la persona jurídica contra su condena como responsable civil solidaria, que es el tema relevante a los efectos de este repertorio jurisprudencial, se basa en una supuesta incorrecta aplicación de lo dispuesto en el artículo 122 del Código Penal.

Entiende, en esencia, la persona jurídica recurrente que, puesto que se encontraba personada en la causa como sujeto pasivo, a título de responsable penal, y dada su absolución, no podía imponérsele condena civil, ni como responsable solidaria, ni como participe a título lucrativo.

El Tribunal Supremo discrepa de esta

consideración, ratificando en este extremo la sentencia de Audiencia Provincial de Cáceres, autora de la sentencia recurrida en casación, al entender que resulta lógica y correcta la absolución como responsable penal de la persona jurídica, por exigencia de lo dispuesto en el artículo 31 bis, dado que el delito por el que finalmente se condena al administrador es, precisamente, el de administración desleal (del que no puede ser responsable penalmente la persona jurídica) y no por el de estafa, por el que sí podría haberse condenado penal para la persona jurídica.

En todo caso, pese a no haberse condenado penal, sí resulta procedente la condena a la sociedad como responsable civil solidaria, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 122 CP; esto es, como participe a título lucrativo, lo que no implica una pena, ni una medida de seguridad, sino la condena a la devolución civil de una cantidad que se ha obtenido por un sujeto como injustamente beneficiado por la comisión de un delito, en el que no ha participado penalmente. Así lo permite el artículo 122 CP, sin que haya quiebra del principio acusatorio y quedando, claro, desde el punto de vista del principio de rogación, que dicha condena, por esa específica cantidad, que fue discutida y cuantificada como parte del debate procesal, fue solicitada tanto por el Ministerio Fiscal, como por la acusación particular.

SENTENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 747/2022, DE 27 DE JULIO

D. Antonio del Moral García

En la STS 747/2022, de 27 de julio, de la que es ponente el Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García se resuelven recursos de casación interpuestos contra sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, por la que se condena a una persona física como autor penalmente responsable de un delito contra la Hacienda Pública y de un delito de insolvencia punible; así como a la persona jurídica de la que el primero es administrador, como autora de un delito contra la Hacienda Pública. Finalmente, se condena a otra persona física como cooperador necesario del delito de insolvencia punible.

La resolución del Tribunal Supremo que comentamos dedica una parte importante de su fundamentación jurídica a rechazar la impugnación de la sentencia recurrida por supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia, derecho

a un proceso con todas las garantías y proscripción de la indefensión; impugnación que, en realidad, estaría basada en motivos normativos, al pretender que la calificación jurídico-tributaria de las operaciones que dieron lugar al fraude a la Hacienda Pública era dudosa y que esa interpretación posible legitimaría la actuación del obligado tributario, con lo que, en definitiva, se eliminaría el fraude, elemento subjetivo esencial del tipo de lo injusto.

En esencia, situándose el origen de la defraudación en una serie de adjudicaciones de inmuebles, tras los correspondientes procedimientos de ejecución hipotecaria, la sujeción al IVA, señala el Tribunal Supremo, era indubitada. Esta sujeción al IVA, que exigía el ingreso por parte de la entidad ejecutada, del IVA repercutido al tipo de gravamen aplicado en las facturas emitidas a las empresas adjudicatarias, había sido aceptada por el propio obligado tributario ahora condenado y resulta de sus propios actos, sin que la referencia al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que contenía el decreto de adjudicación del Letrado de la Administración de Justicia, sea algo más que una apostilla protocolizada y sin que, en modo alguno, revista entidad suficiente o tenga virtualidad alguna para poder sostener la presunción de inocencia de los condenados.

De mayor interés para los temas tratados en este repertorio de jurisprudencia son otras dos cuestiones que aborda el Tribunal. En primer lugar, acogiendo parcialmente el motivo de impugnación contenido en los recursos de casación, el Tribunal Supremo considera que, con anterioridad a la reforma del Código Penal del año 2015, habría un concurso normativo de los delitos de fraude a la Hacienda Pública e insolvencia punible, por lo que no cabría una doble condena. En definitiva, como señala la sentencia, el castigo por el delito de defraudación tributaria absorbe la conducta defraudatoria ligada a la provocación de su insolvencia. En pura lógica, dicha circunstancia implica que la condena por cooperación necesaria en el delito de insolvencia punible deba ser sustituida por de cooperación necesaria para el delito contra la Hacienda Pública.

La segunda cuestión, que es la que más relevancia presenta en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la que se aborda en el fundamento jurídico octavo de la sentencia comentada. En ella, el Tribunal Supremo tras preguntarse si es

aceptable una doble penalidad (persona física y jurídica) cuando la persona física responsable penal es el único titular de la sociedad, afirma que esa doble condena atendería contra el principio “non bis in idem” y contra “la propia racionalidad de las cosas”.

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal se apoya en una serie de afirmaciones, de gran valor dogmático para sistematizar doctrinalmente importantes aspectos relativos al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que resulta muy conviene enumerar y destacar en las líneas que siguen:

- **El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas exige una mínima alteridad de la persona jurídica respecto de la persona física penalmente responsable.**
- **El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas encierra inevitablemente ciertas dosis de ficción. Las penas impuestas a las personas jurídicas acaban siendo soportadas por las personas físicas.**
- **Opera el principio de consunción; es decir, al castigar al responsable penal del delito se está contemplando y sancionando también su negligencia en la prevención del delito; esto es, su falta de cultura de cumplimiento o compliance.**
- **La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado parece acoger esta tesis, al señalar que si la sociedad es solamente una forma de revestir un negocio unilateral, deberá valorarse la posibilidad de imputar solo a la persona física.**
- **Algún pronunciamiento judicial alude a la falta de imputabilidad de la persona jurídica, al no contar con una estructura mínimamente compleja; aunque entiende la sentencia comentada que este criterio es subsidiario respecto de lo que es un problema estricto de non bis in idem y de necesidad de levantar el velo, ya que se produciría un bis in idem si quien padece las dos penas es materialmente el mismo individuo, aunque formalmente sean dos sujetos jurídicos diferenciados: el administrador responsable penal es a la vez socio único de la mercantil.**
- **Desde el punto de vista procesal se evitan los problemas de un doble sujeto pasivo procesal completamente artificial, con problemas prácticos**

de todo tipo, como, por ejemplo, los derivados de los esfuerzos dirigidos a evitar un supuesto conflicto de intereses.

SENTENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 792/2022, DE 29 DE SEPTIEMBRE

D. Manuel Marchena Gómez

La STS 792/2022, de 29 de septiembre resuelve recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por la que se resuelve el recurso de apelación contra una previa sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, condenando a dos personas físicas como autoras penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, y acordando igualmente la suspensión de la actividad del establecimiento mercantil en el que se ejercía una actividad de alterne y prostitución, por tiempo de dos años.

La sentencia recuerda, en su fundamento jurídico 3.1 que, el Código Penal no contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra los derechos de los trabajadores, pero sí la suspensión de actividades por período que no exceda de 5 años, una de las consecuencias accesorias de los delitos, previstas en el artículo 129 CP, para lo cual se precisa que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito propio de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla.

Desde el punto de vista procesal, si la sociedad en cuestión, titular del establecimiento, ha sido parte en el proceso y ha podido ejercer su derecho de defensa, sin limitación, no se produce indefensión.

Tampoco se produce vulneración del principio acusatorio, porque la medida fue solicitada por el Ministerio Fiscal.

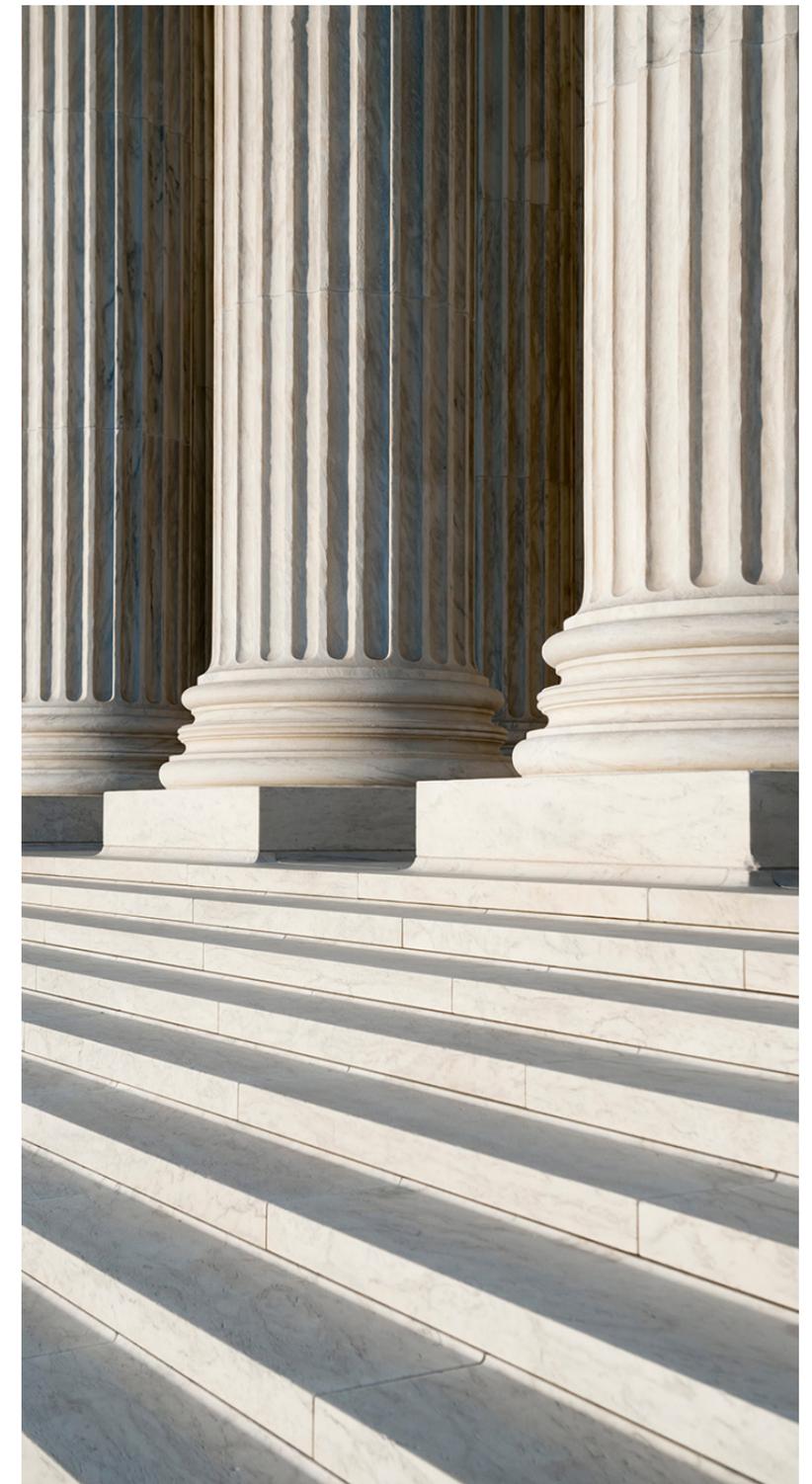
SENTENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 894/2022, DE 11 DE NOVIEMBRE

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

La STS de 11 de noviembre de 2022, de la que es ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Galán, resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, por la que se condenaba a una persona física y a una persona jurídica, de la que la persona física era administrador, como autores penalmente responsables de un delito de estafa.

La sentencia estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de la persona jurídica, absuelve a ésta del delito de estafa, atendiendo al criterio, ya consolidado de la Sala, según la cual, la responsabilidad penal de la persona jurídica exige un mínimo sustrato organizativo. Según nuestro Alto Tribunal, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que quedarían consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastando, pues, con la condena de este. La absolución de la persona jurídica procedería, por tanto, de su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad.

Ello no obstante, se produce la condena a la persona jurídica como responsable civil subsidiaria, sobre la base, no del artículo 118.1 CP, puesto que se ha descartado el delito corporativo, sino del artículo 120.4 C.P.; es decir, la responsabilidad subsidiaria de una persona jurídica dedicada al ejercicio de una actividad comercial (extremo que ha sido probado), cuyo único gestor, en el desempeño de sus obligaciones, ha cometido un delito por el que ha sido condenado.





ASOCIACIÓN EUROPEA DE ABOGADOS Y ECONOMISTAS EN COMPLIANCE

Passeig Vergaguer, 120, Entlo. 4^a
Igalada (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