

JORNADA “NUEVOS RETOS EN MATERIA DE COMPLIANCE”

El pasado viernes 12 de mayo tuvo lugar en el auditorio GMP, Madrid, la Jornada “Nuevos Retos en materia de compliance” organizada por la Fundación Corell, Alsa, CMC XXI y la Asociación de abogados y economistas en compliance a la que asistieron presencialmente además de los presidentes de la Fundación Corell, don Marcos Basante y de la AEAC, don Javier Bernabéu, y el consejero de Lenovo y el consejero delegado de ALSA, don Francisco Iglesias más setenta profesionales, entre directivos, oficiales de cumplimiento, profesores universitarios, abogados y auditores.

La jornada que fue transmitida en streaming, fue presentada por **Don Marcos Basante Fernández**, recién elegido presidente de la Fundación Corell, el cual dejó constancia del compromiso de la Fundación con la cultura de cumplimiento y de la importancia que en materia de compliance tienen la comunicación y formación.

La **primera ponencia, que versó sobre la responsabilidad penal de administradores y directivos corrió a cargo de don Antonio del Moral**, magistrado de la sala II, de lo penal, del Tribunal Supremo, qué de manera muy ilustrativa y práctica, puso de manifiesto la tragedia que supone para un administrador o directivo, y en general para cualquier persona, el sometimiento a un proceso penal; la famosa pena de banquillo. “La tragedia del proceso penal es no poder saber si el investigado será o no sancionado” afirmó, y utilizando palabras muy expresivas de Carnelutti incidió en la idea de que “toda sentencia absolutoria es un error judicial”.

“LA TRAGEDIA DEL PROCESO PENAL ES NO PODER SABER SI EL INVESTIGADO SERÁ O NO SANCIONADO”

Partiendo de esta idea, del Moral explicó como el ámbito objetivo del derecho penal se extiende y amplía cada día más para la empresa y sus directivos, siendo también cada día más difícil deslindar la frontera entre lo punible y lo no punible, hasta el punto de que se puede hablar de “fronteras vaporosas” entre lo delictual y lo no delictual.

En cuanto la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento trajo a colación el magistrado el art. 11 del C.P. haciendo hincapié en la necesidad de que para que exista responsabilidad penal es necesario que concurra no solo la posición de garante, sino la posibilidad de cometer el delito por comisión por omisión - lo que implica en los delitos que consistan en la producción de un resultado, que la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga a su causación- y una prueba al menos indiciaria suficiente para condenar penalmente al oficial de cumplimiento, subrayando del Moral, que la omisión del deber de denunciar un injusto solo se castiga cuando el delito es un delito continuado cuya no denuncia puede conllevar que el mismo se siga cometiendo en la organización.

Seguidamente tuvo lugar una **mesa redonda sobre el compliance y el derecho de la competencia y el impacto de la actuación del CNMC en la empresa, a cargo de don Miguel de los Santos Gandarillas Martos**, magistrado de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y **doña Paloma Martínez-Lage Sobredo**, socia de Baker McKenzie especializada en competencia y compliance.

Ambos ponentes pusieron de manifiesto el impulso definitivo de las políticas de cumplimiento normativo en el ámbito de las normas de defensa de la competencia, avance propiciado de la mano de dos importantes novedades legislativas: la prohibición de contratar con las administraciones públicas que se impone al empresario sancionado por

infracciones graves de la Ley de Defensa de la Competencia y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida también como “Directiva Whistleblowing”.

En lo que se refiere a las sanciones impuestas por la CNMC, los ponentes pusieron en común su experiencia tanto en relación a la posibilidad de imponer sanciones a los representantes legales y directivos que hayan participado en los acuerdos anticompetitivos detectados, como en relación a las consecuencias que pueden derivarse de una sanción firme por infracción de la LDC en el ámbito de la contratación pública, así como, finalmente, en el posible ejercicio por las víctimas de infracciones de las normas de competencia de acciones de responsabilidad por los daños y perjuicios



De izquierda a derecha: Andrés R.Huesca, Manuel Montesdeoca, Luis Suárez, José Félix R. Busto.

ocasionados, sobre todo tras la transposición de la conocida como Directiva de daños.

En relación a la eficacia de los programas de cumplimiento como medio de minimizar las sanciones conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento, estuvieron de acuerdo los ponentes en incidir en el hecho de que la CNMC solo da relevancia a los programas cuando la aplicación de los mismos ha conllevado consecuencias disciplinarias para los autores de la infracción, mientras que, en los demás casos, la CNMC no da ningún trato favorable a las empresas que comenten actos sancionables con el argumento de que el mero hecho de introducir estos programas internos de adecuación a las normas sobre competencia no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante, sobre todo en los casos en los que la acreditación de una infracción es una evidencia clara para las empresas sancionadas de un fallo en el cumplimiento de tales normas internas.

Igualmente los ponentes fueron críticos con la actividad sancionadora de la CNMC en relación a la constitución de Uniones Temporales de Empresas UTES, “que muchas veces son urdidas por la propia Administración contratante” y afirmaron que con harta frecuencia la CNMC las considera ilegales con el apriorístico argumento de que son utilizadas como un instrumento para repartirse las licitaciones públicas convocadas por la Administración, y no existir justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o falta de capacidad para atender en plazo las exigencias de la licitación. Argumento, señaló de los Santos, del que en no pocas ocasiones discrepa por vía de recurso la Audiencia Nacional, criticando que en muchas de las resoluciones de la CNMC se hecha falta de un mínimo estándar probatorio y argumentativo para justificar una infracción, no teniendo en cuenta que la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir en la libertad de empresa marcando opciones de indudable carácter empresarial.

“LA POTESTAD SANCIONADORA NO PUEDE LLEGAR AL EXTREMO DE INTERFERIR EN LA LIBERTAD DE EMPRESA MARCANDO OPCIONES DE INDUDABLE CARÁCTER EMPRESARIAL”.



María Massó durante su intervención

La última mesa redonda protagonizada por don Alejandro Abascal Junquera, magistrado en el Juzgado Central de instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional y **doña María Massó Moreu**, especialista en compliance e investigaciones internas en Baker McKenzie, versó **sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional y las obligaciones y desafíos ante la Ley 2/2023.**

Comenzó Abascal desgranando las últimas sentencias del Supremo en relación a la valoración de los programas de cumplimiento tanto en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas como a la responsabilidad civil subsidiaria de estas. Subrayó Abascal los efectos beneficiosos de los programas de compliance ad intra, que permiten reducir o evitar, según el Supremo, la denominada “autopuesta en peligro”.

Insistió el magistrado en que resulta evidente, y así es reconocido por el Supremo, que los programas de compliance reducen el riesgo de actividades delictivas aún de aquellas, respecto de las cuales el legislador no ha considerado oportuno incluir entre las conductas de las cuales puede derivarse responsabilidad penal para la persona jurídica. Por ello, concluyó el magistrado “No tener hoy en día un buen programa de compliance resulta inaudito”.

“NO TENER HOY EN DÍA UN BUEN PROGRAMA DE COMPLIANCE RESULTA INAUDITO”

También valoró el magistrado los elementos necesarios que ha de reunir un programa de prevención de riesgos pe-

nales, tema en el que la Audiencia Nacional, tanto la sala de lo penal como los juzgados de instrucción, han tenido mayor oportunidad para pronunciarse, subrayando que “más allá de la concurrencia de los concretos elementos que establece el art. 31 bis 5 del C.P. conformadores del programa de prevención de delitos, y presuponiendo la existencia de los mismos, se ha de valorar particularmente si la persona jurídica actualiza los riesgos penales y demás elementos de su programa, así como los procesos de diligencia debida que la misma emplea y los recursos humanos y económicos que emplea en su aplicación”.

Por su parte Massó se ocupó de los aspectos más controvertidos y necesarios de interpretación de la reciente Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, conocida como “Ley Whistleblowing”.



Paloma Martínez-Lage y Miguel de los Santos Gandarillas

En relación al sector privado, se mostró Massó partidaria de la posibilidad de externalizar tanto la gestión del sistema de recepción de las informaciones, como de externalizar también, si se ve oportuno, las investigaciones internas a que de lugar la información, sin perjuicio de la responsabilidad del sistema que compete tanto al responsable del mismo como como al órgano de gobierno que lo nombra.

Igualmente invitó la letrada, experta en investigaciones internas, a distinguir el ámbito de las investigaciones a que pueda dar lugar el sistema interno de información, de otras investigaciones que pueden tener lugar en el seno de la empresa a consecuencia de una auditoría interna o un procedimiento de investigación penal.

Según la ley, el Sistema interno de información, subrayó Massó, deberá estar diseñado, establecido y gestionado de forma segura, y garantizar la confidencialidad de la identidad del informante, de la persona afectada por la información y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, impidiendo el acceso de personal no autorizado.



Alejandro Abascal durante su intervención

Por lo que respecta a la externalización de la gestión del sistema interno de información en entes del sector público, incidió Massó en que la ley solo permite la misma cuando el ente acredite la insuficiencia de medios propios y además en ese caso limitando la externalización al instrumento, la plataforma o aplicación informática a través de la cual se remitiera la información.

También subrayó la letrada el impacto que tendrá la Ley en la contratación del sector público y, en especial, sobre los contratistas y subcontratistas que operan en el mismo. Con la entrada en vigor de la Ley las empresas que operan en el sector público se enfrentan a un mayor



De izquierda a derecha: Luis Suárez, Javier Bernabéu, Alejandro Samper, Victor Tartiere, Alejandro Abascal, Paloma Martínez-Lage, Miguel de los Santos Gandarillas, María Massó y Marcos Basante.

riesgo, pues sus eventuales infracciones pueden quedar más fácilmente al descubierto y ser objeto de sanciones, desde la resolución del contrato por incumplimiento culpable o la prohibición de contratar.

“CON LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY, LAS EMPRESAS QUE OPERAN EN EL SECTOR PÚBLICO SE ENFRENTAN A UN MAYOR RIESGO, PUES SUS EVENTUALES INFRACCIONES PUEDEN QUEDAR MÁS FÁCILMENTE AL DESCUBIERTO Y SER OBJETO DE SANCIONES”

Analizaron también los ponentes las tensiones existentes en cuanto a la obligación de atender determinados requerimientos de la Autoridad independiente de protección del informante o la obligación de remitir con carácter inmediato al Ministerio Fiscal informaciones de hechos que indiciariamente pudieran ser constitutivos de delito y el derecho a la no incriminación de la persona jurídica, concluyendo que deberá de ser una cuestión a valorar por la empresa, atendiendo a las consecuencias que se pudiera derivar para la persona jurídica, en uno y otro caso, si resulta menos lesivo remitir o no la información a las autoridades, teniendo en cuenta que el procedimiento penal en definitiva siem-

pre resulta ser más garantista que el administrativo sancionador.

Tras un intenso debate entre los ponentes y los asistentes, **clausuró la jornada** por don **Victor Tartiere**, miembro del comité de cumplimiento de Alsa y Fundación Corell, y delegado de la AEAEC en Asturias, dando las gracias a ponentes y asistentes e invitando a los mismos a un vino español.



Acceso a la grabación de la Jornada:

You Tube Reproducir video