COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

Desafíos contemporáneos en el derecho penal, ética empresarial y *compliance* global

Coord.
Roberto Cruz Palmera

Dykinson, S.L.

DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS EN EL DERECHO PENAL, ÉTICA EMPRESARIAL Y *COMPLIANCE GLOBAL*

COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

DESAFIOS CONTEMPORÁNEOS EN EL DERECHO PENAL, ÉTICA EMPRESARIAL Y *COMPLIANCE* GLOBAL

Coord.

ROBERTO CRUZ PALMERA

Dykinson, S.L.

2025

Esta obra se distribuye bajo licencia
Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

La Editorial Dykinson autoriza a incluir esta obra en repositorios institucionales de acceso abierto para facilitar su difusión. Al tratarse de una obra colectiva, cada autor únicamente podrá incluir el o los capítulos de su autoría.

DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS EN EL DERECHO PENAL, ÉTICA EMPRESARIAL Y COMPLIANCE GLOBAL

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez
© de los textos: los autores
© de la presente edición: Dykinson S.L.
Madrid 2025

N.º 271 de la colección Conocimiento Contemporáneo
1ª edición, 2025

ISBN: 979-13-7006-130-2

NOTA EDITORIAL: Los puntos de vista, opiniones y contenidos expresados en esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus respectivos autores. Dichas posturas y contenidos no reflejan necesariamente los puntos de vista de Dykinson S.L, ni de los editores o coordinadores de la obra. Los autores asumen la responsabilidad total y absoluta de garantizar que todo el contenido que aportan a la obra es original, no ha sido plagiado y no infringe los derechos de autor de terceros. Es responsabilidad de los autores obtener los permisos adecuados para incluir material previamente publicado en otro lugar. Dykinson S.L no asume ninguna responsabilidad por posibles infracciones a los derechos de autor, actos de plagio u otras formas de responsabilidad relacionadas con los contenidos de la obra. En caso de disputas legales que surjan debido a dichas infracciones, los autores serán los únicos responsables.

INTRODUCCIÓN 9
ROBERTO CRUZ PALMERA

SECCIÓN I.
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

CAPÍTULO 1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y COMPLIANCE PENAL: APUNTES BÁSICOS PARA UN SISTEMA ¿SEMI?-AUTOMATIZADO 15
JOSÉ MATEOS BUSTAMANTE

CAPÍTULO 2. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO POSIBLE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA PLUTOFILIA*: UNA APROXIMACIÓN PRELIMINAR 31
CECILIA CUERVO NIETO

CAPÍTULO 3. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL 45
CECILIA CUERVO NIETO

CAPÍTULO 4. ALGUNAS CUESTIONES PRÁTICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AL HILO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO 60
ÁLVARO MENDO ESTRELLA

CAPÍTULO 5. EL ENFOQUE BASADO EN LA GESTIÓN DE RIESGOS Y LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL COMO ESTRATEGIA DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO 74
LILIANA VAUDO GODINA

CAPÍTULO 6. RELEVANCIA DEL COMPLIANCE EN MEGAPROYECTOS PÚBLICOS: CASO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO (TEXCOCO) 88
ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ

CAPÍTULO 7. DIGITAL COMPLIANCE AND CYBERSECURITY: AN IT AND LEGAL INVESTIGATION 103
ARIANNA MACERATINI

CAPÍTULO 8. EL AUGE DEL COMPLIANCE DIGITAL: RETOS Y OPORTUNIDADES EN LA ERA TECNOLÓGICA 119
OLIVAS MORILLO, PEDRO LUIS

CAPÍTULO 9. FAST FASHION Y SOSTENIBILIDAD: ÉTICA CORPORATIVA Y GESTIÓN AMBIENTAL COMO VENTAJA COMPETITIVA 135
ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ
CECILIA MEZA LIMA

CAPÍTULO 10. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL 151
CECILIA CUERVO NIETO

CAPÍTULO 11. TAXATION CONFLICT IN PROFESSIONAL SPORTS: IMAGE RIGHTS AND ARTICLE 18.1 OF THE SPANISH CONSTITUTION 167
DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL

CAPÍTULO 12. VINCULACIÓN CON LA SOCIEDAD, Y LA CAPACITACIÓN PARA APRENDER A EMPRENDER-CASO CEDEREA 182
GORKI AGUIRRE TORRES
DANIELA CABANILLA GUERRA

SECCIÓN II.
DESAFÍOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO SEGURIDAD, DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGÍA

CAPÍTULO 13. TERRORISMO INTERNACIONAL, DERECHOS HUMANOS, PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES. SU DEBATE EN LA ONU 203
BLANCA YAQUELIN ZENTENO TREJO

CAPÍTULO 14. EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) POR LAS EMPRESAS FARMACÉUTICAS: NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO PENAL 226
FRANCISCO ALMENAR PINEDA

SECCIÓN III.
NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES

CAPÍTULO 15. A VUELTAS CON LAS COMPLICADAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE EL DELITO FISCAL Y EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES 251
DAVID GARCÍA GUERRERO

CAPÍTULO 16. BLANQUEO DE CAPITALES Y ENCUBRIMIENTO: UN DESAFÍO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 267
MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ

CAPÍTULO 17. LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FRAUDE FISCAL... 281
CARLOS BILBAO CONTRERAS

CAPÍTULO 18. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CAPITALES Y LA REGULACIÓN SOBRE EL CONTROL DE PAGOS 293
CARLOS BILBAO CONTRERAS

CAPÍTULO 19. LA VÍA DEL BLANQUEO DE CAPITALES FRENTE A LAS GANANCIAS ILÍCITAS DE LA CORRUPCIÓN..... 309
YAGO GONZÁLEZ QUINZÁN

CAPÍTULO 20. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA EN EL CONTEXTO DE LAS INVERSIONES ASG 323
JUAN INFANTE INFANTE
ANA MARIA MOLLEDA TEJEDOR
RAFAEL HURTADO COLL

CAPÍTULO 21. LA MOTIVACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES TRIBUTARIAS: ¿UN PROBLEMA (AÚN NO) RESUELTO?..... 339
DAVID GARCÍA GUERRERO

SECCIÓN IV.
CALIDAD, CORRUPCIÓN Y OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO 22. CALIDAD, RENDICIÓN DE CUENTAS Y FINANCIACIÓN UNIVERSITARIA: LOS CONTRATOS PROGRAMA 355
JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS

CAPÍTULO 23. DEL CAPITAL INTELECTUAL A LA GESTIÓN ECONÓMICA DEL CONOCIMIENTO: LA LOSU EN LOS MÁRGENES. 375
JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS

CAPÍTULO 24. ORIENTACIÓN LABORAL Y BÚSQUEDA DE EMPLEO MEDIADA POR IA: LA LEY DE EMPLEO 3/2023 393
JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS

CAPÍTULO 25. DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA 408
EUCLIDES J. COVA FERNÁNDEZ

CAPÍTULO 26. DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN ESPAÑA: SUJETOS LEGITIMADOS PARA SU EJERCICIO..... 426
EUCLIDES J. COVA FERNÁNDEZ

SECCIÓN V.
EMPRESA Y SOCIEDAD

CAPÍTULO 27. INVERSIONES ALINEADAS CON LOS ODS:
UN ENFOQUE ESTRATÉGICO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE ...443
JUAN INFANTE
ROSALIA MIRANDA MARTÍN
MARÍA ISABEL LUNA KANEMATSU

CAPÍTULO 28. HACIA UNA VALORACIÓN MONETARIA DE
LOS IMPACTOS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD:
UNA APLICACIÓN EN LAS EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS 459
BEATRIZ RODRÍGUEZ LÓPEZ
MARÍA DEL CARMEN PÉREZ LÓPEZ
MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ

CAPÍTULO 29. LA SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA Y LA
INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA REALIDAD EN LOS CONSEJOS
DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES COTIZADAS.....483
CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ

CAPÍTULO 30. COMPORTAMIENTO ÉTICO DE LOS ANALISTAS
FINANCIEROS EN LOS MERCADOS DE VALORES 505
IGNACIO LÓPEZ DOMÍNGUEZ
INÉS MARTÍN DE SANTOS

CAPÍTULO 31. SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA Y DIGITALIZACIÓN
EN EL ÁMBITO DE LA JUNTA GENERAL: PROBLEMÁTICA EN
LA JUNTA TELEMÁTICA* 526
MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ

CAPÍTULO 32. ÉTICA EMPRESARIAL, VALORES Y LIDERAZGO.....547
IGNACIO MANZANO

CAPÍTULO 33. SOSTENIBILIDAD Y DILIGENCIA DEBIDA:
LA ÉTICA EMPRESARIAL A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760,
DE 13 DE JUNIO DE 2024.....561
MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO

CAPÍTULO 34. SOSTENIBILIDAD Y TRANSPARENCIA EN
LAS FUNDACIONES VALENCIANAS: UNA APRECIACIÓN CRÍTICA 584
ANA COLOMER SEGURA

CAPÍTULO 35. LAS ACCIONES RESCISORIAS CONCURSALES EN
LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022:
SUPUESTOS REINTEGRABLES 608
MARTÍN GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO

En las últimas décadas, el Derecho Penal ha sido testigo de una profunda transformación. Su expansión hacia ámbitos tradicionalmente regulados por otras ramas del Derecho —como el mundo empresarial, la gestión pública, la seguridad internacional o la sostenibilidad corporativa— refleja no solo un cambio en las formas de criminalidad, sino también en las expectativas sociales respecto al rol de la norma penal en la protección de bienes jurídicos cada vez más globales, complejos y difusos.

En ese marco, *Desafíos Contemporáneos en el Derecho Penal, Ética Empresarial y Compliance Global* se presenta como una obra colectiva orientada a la reflexión crítica y multidisciplinaria. Reúne investigaciones que abordan, desde distintos ángulos, los principales retos que enfrenta hoy el Derecho Penal y su entrecruzamiento con fenómenos como el *compliance*, la corrupción, el blanqueo de capitales, el terrorismo, la inteligencia artificial, la ética corporativa y la sostenibilidad.

La obra se estructura en cinco grandes títulos —(I) Programas de cumplimiento normativo; (II) Desafíos jurídicos contemporáneos en un mundo globalizado seguridad, Derechos Humanos y tecnología; (III) Nuevas perspectivas sobre el blanqueo de capitales; (IV) Calidad, corrupción y otros aspectos relacionados con las administraciones públicas; (V) Empresa y sociedad— el libro ofrece un recorrido riguroso por las transformaciones jurídicas contemporáneas más relevantes, integrando aportes de la dogmática penal, el derecho económico, el derecho internacional, la filosofía del derecho, la economía política y las ciencias de la administración.

La primera sección de la obra gira, principalmente, en torno al *compliance penal*, fenómeno que ha dejado de ser una cuestión técnica interna de las empresas para convertirse en un instrumento central de prevención de

delitos y gestión ética de las organizaciones. Lejos de constituir un mecanismo accesorio, el cumplimiento normativo representa hoy una exigencia ineludible en las políticas de gobernanza y control de riesgos.

Los trabajos que integran este bloque reflexionan sobre la función sustantiva del *compliance* como manifestación de un Derecho Penal preventivo. Se discuten cuestiones fundamentales como el valor de los programas de cumplimiento en la imputación penal de personas jurídicas, la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y el papel del oficial de cumplimiento como figura clave en la estructura organizativa empresarial. Además, se explora críticamente si los programas de *compliance* operan como una expresión del denominado "Derecho penal de la plutofilia", es decir, como un sistema que favorece al poder económico mediante la autovigilancia y la exención de responsabilidad.

Especial atención merecen los capítulos que abordan la digitalización del *compliance*, en particular la aplicación de inteligencia artificial a sistemas semiautomatizados de prevención penal. El *compliance digital* y la ciberseguridad, además de ser un imperativo técnico, plantean interrogantes éticos, jurídicos y políticos en relación con la privacidad, el debido proceso y la discriminación algorítmica.

La segunda sección, pese a constituirse como la "pequeña" del trabajo, se enfoca en una gran problemática: el terrorismo y los desafíos que plantea su tratamiento desde el Derecho Penal y el Derecho Internacional. La amenaza del terrorismo global, así como la respuesta normativa y operativa que se ha desplegado desde organismos internacionales como la ONU, obliga a repensar el equilibrio entre seguridad y garantías.

Aquí se abordan cuestiones fundamentales como la expansión del Derecho Penal simbólico, la instrumentalización del delito de terrorismo en contextos políticos y el uso de medidas excepcionales que afectan derechos fundamentales. A su vez, se destacan los vínculos entre terrorismo y financiación ilícita, que reafirman la necesidad de enfoques intersectoriales donde la prevención financiera, la inteligencia penal y la cooperación internacional se articulen de forma coherente con los principios del Estado de Derecho. En este contexto, también se incorpora una reflexión sobre los desafíos emergentes del uso de tecnologías

como la inteligencia artificial en sectores estratégicos —como el farmacéutico— que plantean nuevas tensiones regulatorias y exigen una adaptación del Derecho Penal ante riesgos inéditos para la seguridad y los derechos fundamentales.

El tercer bloque se centra en el blanqueo de capitales, una de las manifestaciones más sofisticadas y lesivas del crimen económico contemporáneo. La conexión entre corrupción, delito fiscal, estructuras societarias opacas y mecanismos de lavado de activos plantea un enorme desafío para los sistemas penales, financieros y administrativos.

Los estudios incluidos en esta sección examinan aspectos técnicos y normativos, como las complejas relaciones concursales entre el delito fiscal y el blanqueo, el problema de la imputación en casos de encubrimiento económico, y el tratamiento del blanqueo en la jurisprudencia española. Asimismo, se analizan los marcos regulatorios de la Unión Europea y las exigencias que imponen a los actores económicos en cuanto a *due diligence*, prevención del fraude y reporte de operaciones sospechosas.

Una aportación relevante es la que examina el blanqueo de capitales como canal para introducir en la economía formal las ganancias ilícitas de la corrupción, lo que refuerza la necesidad de un enfoque que trascienda el Derecho Penal tradicional y se complemente con herramientas de transparencia patrimonial, sanciones económicas y decomiso ampliado.

IV. Calidad institucional y corrupción pública: el Derecho frente a sus propias sombras

La corrupción en el sector público representa una de las amenazas más persistentes a la legalidad democrática, a la eficiencia del Estado y a la confianza ciudadana. Esta sección del libro aborda tanto los mecanismos institucionales de lucha contra la corrupción como los elementos estructurales que la posibilitan y reproducen.

Desde una perspectiva más amplia, esta parte del libro reivindica la necesidad de una ética pública sustentada en la transparencia, la rendición de cuentas y el fortalecimiento de las capacidades estatales. La prevención

de la corrupción no se limita al castigo penal, sino que requiere estructuras sólidas, reglas claras, incentivos institucionales y ciudadanía activa.

La última sección abre el foco hacia la interacción entre la empresa y su entorno social. En el contexto actual, marcado por la transición energética, la digitalización y el impacto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se impone una revisión profunda del rol empresarial en la construcción de un modelo económico justo, responsable y resiliente.

Los capítulos incluidos aquí exploran temas como la ética corporativa en los mercados financieros, la sostenibilidad como ventaja competitiva (por ejemplo, en la industria *fast fashion*), la transformación de las juntas generales hacia modelos telemáticos, y el uso de inteligencia artificial en la orientación laboral, los procesos farmacéuticos o la gestión del conocimiento universitario.

Asimismo, en la obra se analizan instrumentos jurídicos clave como la nueva Directiva europea sobre diligencia debida empresarial (Directiva UE 2024/1760), que refuerza la obligación de las compañías de prevenir impactos negativos en derechos humanos y medio ambiente a lo largo de sus cadenas de valor. La responsabilidad fiduciaria, la transparencia fundacional, y el derecho al olvido digital son otros ejes tratados, en los que el Derecho Penal, el Derecho Corporativo y la ética se entrecruzan.

Puede defenderse que esta sección concluye con una reflexión fundamental: la empresa, como actor colectivo de poder, debe redefinir su legitimidad en función de su contribución al bienestar común, el respeto por los derechos fundamentales y la sostenibilidad intergeneracional.

Desafíos Contemporáneos en el Derecho Penal, Ética Empresarial y Compliance Global no pretende ofrecer respuestas definitivas, sino abrir espacios de diálogo riguroso frente a problemáticas jurídicas en constante evolución. Desde el impacto de la tecnología en la prevención del delito, hasta las nuevas formas de regulación en materia de sostenibilidad y transparencia, los autores, reunidos en esta obra, aportan insumos valiosos para una comprensión crítica y actualizada del Derecho Penal y su relación con el tejido social, económico e institucional.

En última instancia, este libro reivindica la necesidad de un Derecho Penal moderno, interdisciplinario, equilibrado y con vocación garantista. Uno que, lejos de ser capturado por intereses sectoriales o lógicas tecnocráticas, contribuya a la construcción de sociedades más justas, responsables y democráticas.

ROBERTO CRUZ PALMERA
Universidad de Valladolid

SECCIÓN I.

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y COMPLIANCE PENAL: APUNTES BÁSICOS PARA UN SISTEMA ¿SEMI?-AUTOMATIZADO[1]

JOSÉ MATEOS BUSTAMANTE
Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU USO EN EL MUNDO DE LA EMPRESA

Resulta pesaroso escribir, en la introducción de un trabajo académico, sobre la importancia de la inteligencia artificial en el mundo presente y futuro. Es una carga que, confiamos, será innecesaria en el futuro, como sería hoy impensable el justificar un trabajo sobre la trascendencia de la rueda o de internet, pero que hoy aún requiere de, al menos, una breve referencia. La inteligencia artificial es hoy ya una realidad sobre la que no hay marcha atrás. El uso de estos sistemas se encuentra extendido en todos los niveles tecnológicos y sociales, y se emplean a diario: por un lado, son habituales los asistentes virtuales (Alexa o Siri), los sistemas de salud y bienestar (relojes o pulseras inteligentes de monitorización de sueño, frecuencia cardíaca, dieta, etc.) o los programas de ayuda a la conducción y navegación automática. Son frecuentes también, por otro lado, los modelos invisibles para el usuario, pero con una enorme trascendencia en sus distintos ámbitos: algoritmos de recomendación de redes sociales o plataformas de *streaming* que muestran contenido basado en intereses (o, quizá, no solamente basado en intereses), asistentes automatizados en plataformas de comercio electrónico, etc. Los asistentes de conversación (ChatGPT, Grok o Gemini) sustituyen ya en buena medida a los motores de búsqueda online tradicionales (Google,

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i "Neuro-Derechos Humanos y Derecho Penal" (PDI2023-149978NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER/UE.

Bing, etc.) y se están posicionando como una suerte de "asistente virtual generalizado" que sirven para básicamente cualquier cosa.

En ámbitos más especializados la inteligencia artificial tiene también un papel cada vez más prevalente. Es conocida la trascendencia que los modelos de inteligencia artificial tienen en el sector informático (redacción de código de programación, por ejemplo), pero también en el mundo académico, por ejemplo, son ya frecuentes los sistemas de análisis y resumen de contenido, lo que permite localizar ideas muy concretas en bibliotecas digitales o realizar borradores de *abstracts*.

El mundo de la empresa, evidentemente, no se ha quedado tampoco atrás en la implementación de sistemas de inteligencia artificial: Tanto grandes corporaciones como pequeñas y medianas empresas han adoptado soluciones basadas en inteligencia artificial para optimizar procesos, mejorar la toma de decisiones o mejorar la interacción con los clientes. En este último ámbito, los *chatbots* inteligentes permiten responder consultas, gestionar transacciones y ofrecer soporte automatizado en tiempo real. En la industria manufacturera, los robots con IA han mejorado la eficiencia en la producción y han contribuido a la reducción de costes operativos. Asimismo, en el sector financiero, los algoritmos de aprendizaje automático se utilizan para detectar fraudes y evaluar riesgos crediticios con mayor precisión. En el área de marketing, la inteligencia artificial permite personalizar anuncios publicitarios y optimizar estrategias según el comportamiento del usuario. Incluso en la gestión de recursos humanos, modelos de inteligencia artificial analizan currículums y predicen la idoneidad de los candidatos para determinados puestos, ascensos o incluso despidos.

2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL CAMPO DEL COMPLIANCE. USOS PRESENTES Y POSIBILIDADES A FUTURO

Específicamente en el campo de los programas de *compliance* penal, los modelos de inteligencia artificial permiten a las personas jurídicas unas nuevas perspectivas de actuación y un amplio abanico de posibilidades que serían, sin esta tecnología, o bien más complicados o

costosos, o, en algunos casos, simplemente imposibles (Butler, T. y O'Brien, L., 2019).

En concreto, la implementación de modelos de inteligencia artificial en el marco del compliance penal se está produciendo ya en los ámbitos siguientes.

2.1. Información y actualización de la normativa aplicable

Es sabido que los marcos regulatorios contemporáneos pueden ser un auténtico desafío, especialmente para las empresas, con independencia de su tamaño y sector. La dispersión normativa, no solamente en los distintos niveles españoles (estatal, autonómico y local), sino también supranacionales, a nivel europeo e internacional, convierte en ocasiones en un auténtico reto conocer cuál es la normativa aplicable, tanto general como sectorial.

Esta dificultad, evidentemente, ya venía siendo superada sin la ayuda de modelos de inteligencia artificial. No se trata, por lo tanto, de una nueva funcionalidad exclusiva y propia de estos modelos, sino que más bien se persigue, como veremos también en otros casos, la optimización y maximización de eficiencia, agilidad y coste de unos procesos que ya se estaban haciendo. Los modelos de inteligencia artificial permiten la más ágil identificación de la normativa aplicable, en tanto en cuanto su velocidad de procesado de información es varios órdenes de magnitud superior a la de los humanos. Igualmente, los cambios normativos en los diferentes niveles son también monitorizables de manera prácticamente inmediata. Estos sistemas permiten no solamente acceder de manera directa y sencilla a la normativa aplicable más actualizada, sino que posibilitan, por ejemplo, el resumen y categorización de esta normativa, extrayendo de ella los puntos más relevantes, relacionándola con la normativa anterior o incluso, desde una perspectiva más pedagógica, realizando esquemas o presentaciones para el mejor conocimiento de los procesos regulatorios por parte de los empleados u otras personas que necesiten aplicar diariamente los nuevos cambios normativos.

Evidentemente, e introducimos aquí una idea que retomaremos y desarrollaremos más adelante, la mayor velocidad de procesamiento de datos de un modelo de inteligencia artificial no significa, de manera

automática, un mejor tratamiento de esos datos o una política corporativa más acorde con los principios rectores del *compliance*. Los modelos de procesado automático presentan dificultades y retos que han de ser afrontados, pero esto no es distinto, como veremos, de cualquier otra tecnología.

2.2. Detección y prevención de riesgos de incumplimiento

Un segundo ámbito donde la inteligencia artificial está teniendo ya un papel relevante en el *compliance* penal es en la automatización de procesos de detección y prevención de riesgos de incumplimiento. Como puede comprenderse, los ejemplos de aplicaciones concretas aquí se dispersan mucho, especialmente por la diversidad de sectores en los que operan las personas jurídicas obligadas a este régimen: no son los mismos los riesgos de incumplimiento y responsabilidad penal en el sector de la construcción que en el sector bancario, por ejemplo, ni tampoco en un partido político o en una sociedad deportiva. Aquí, por lo tanto, nos vemos obligados más aún que en otros apartados a establecer determinadas utilidades de manera general, de nuevo relacionadas con la mayor capacidad de procesamiento de datos y de generación de redes que los conectan.

En las personas jurídicas con actividades con trascendencia económica, por ejemplo, el volcado de datos en tiempo real en modelos de inteligencia artificial permite analizar patrones sospechosos. Transacciones que en un sistema exclusivamente humano sólo pueden comprobarse o bien a posteriori o bien estableciendo un sistema de filtro previo (con las ineficiencias, retrasos y distorsiones que ello puede implicar), se analizan de manera automática por el propio sistema informático de la sociedad.

Otra modalidad de actuación en este ámbito tiene que ver con la prevención de conflictos de interés. El análisis más profundo de datos internos de empleados, por ejemplo, permitiría prevenir delitos relacionados con una posición de ventaja de un cliente por una relación privilegiada con un empleado de una empresa, en tanto en cuanto el sistema incorporaría como parte del proceso de contratación el análisis de estos posibles conflictos de interés. De nuevo, la capacidad de los modelos de inteligencia artificial de interconectar datos de manera mucho más

veloz y compleja que cualquier humano posibilita una mejor y más pronta detección de estos casos.

Por último, se puede destacar en este ámbito el análisis mediante modelos de lenguaje de las comunicaciones de los miembros de la persona jurídica. Un filtro de correo electrónico, por ejemplo, permite la detección de lenguaje sospechoso de malas prácticas, filtro que, además y gracias a los sistemas de *machine learning* de los modelos de inteligencia artificial, se mantiene permanentemente actualizado a los cambios y códigos que pudiesen utilizar sus autores.

En este apartado hemos introducido dos riesgos que, sin perjuicio de ser sistematizados más adelante, pincelamos ya aquí: el análisis de datos y comunicaciones personales de, por ejemplo, empleados de la persona jurídica, requiere un volcado masivo de esta información al modelo de inteligencia artificial, así como un acceso a comunicaciones (llamadas, correo electrónico, etc.) que puede resultar invasivo de la privacidad. El correcto uso y tratamiento de estos datos es también un reto que plantea el uso de esta tecnología y que veremos más adelante.

2.3. SISTEMAS DE AUDITORÍA Y CONTROL INTERNO

En el ámbito de las auditorías, los modelos de inteligencia artificial permiten una mayor optimización de recursos, actualización permanente y agilidad en la detección. Los sistemas de auditoría tradicionales son, por su propia vocación de alcance y profundidad, procesos costosos, ya sea en términos estrictamente monetarios o de tiempo, de distorsión de las actividades normales de la persona jurídica, etc.

Sin embargo, modelos de inteligencia artificial de auditoría permiten una revisión continua más que periódica: el análisis de reportes financieros o procesos administrativos deja de ser un procedimiento de control en el sentido estricto, como si fuese una fotografía de la situación de una empresa en un momento concreto, a ser un elemento integral de la actividad de la empresa que se monitoriza de manera constante. Esto, por una parte, facilita y abarata el propio proceso de auditoría, facilitando además que la persona jurídica pueda seguir llevando a cabo su

actividad sin una injerencia exterior que pudiera, por ejemplo, requerir actividades que distrajeran del trabajo, y además optimiza el proceso ajustándolo temporalmente, ya que permite corregir las ineficiencias o defectos de organización en el mismo momento en el que se producen, y no solamente tras su detección por parte de una auditoría tradicional.

2.4. GESTIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD

Un último ámbito que vamos a apuntar en este trabajo (por motivos de espacio, puesto que en realidad existen varios más) es el de la gestión y el tratamiento de la información personal y empresarial. Los modelos de inteligencia artificial, de nuevo derivado de su mayor capacidad de procesamiento de datos, permiten detectar filtraciones o accesos no autorizados a información confidencial, ya sean desde el interior de la persona jurídica o del exterior. Al igual que en otros ejemplos, los sistemas de inteligencia artificial posibilitan la anticipación de medidas, que pasan de ser correctivas a preventivas: no se trata ya de analizar cuándo y dónde ha existido una filtración de datos personales o empresariales, sino de establecer sistemas previos en los que determinados movimientos necesitan de una autorización previa del propio sistema. Pensemos en un sencillo ejemplo: es imposible, por ineficiente, establecer un filtro humano de correo electrónico que revise si en un mensaje enviado a un contacto exterior de la persona jurídica (por ejemplo, un proveedor) se están revelando datos confidenciales. Este mismo filtro, sin embargo, es muy sencillo con un modelo de inteligencia artificial que analice el texto del correo electrónico y prevenga al autor de que su contenido puede vulnerar la política de confidencialidad de la empresa, o bien que, simplemente, detenga el envío de ese correo y simultáneamente prevenga a los organismos de control corporativo.

Además, el tratamiento masivo de datos societarios por parte de modelos de inteligencia artificial permite también su mejor y más eficiente anonimización, sistema que en sí mismo previene ya de otros incumplimientos normativos. Sin querer entrar demasiado en lo técnico, sistemas de tokenización, *blockchain* o anonimización diferencial permiten realizar este proceso de manera segura, trazable y descentralizada.

3. RETOS, DESAFÍOS E IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN *COMPLIANCE*

De la lectura del epígrafe anterior podría parecer que el uso de sistemas de inteligencia artificial en entramados societarios es todo de color rosa. Si bien es cierto que el uso de este tipo de modelos puede suponer grandes ventajas en un correcto sistema de *compliance* penal, no lo es menos que ello puede implicar nuevos desafíos y retos, tanto a nivel estricto de responsabilidad y autoría penal como de otras naturalezas. A continuación pincelaremos algunos de ellos.

3.1. RESPONSABILIDAD POR ERRORES O INCUMPLIMIENTOS. EL FALLO DE ALINEAMIENTO

De la misma manera que en la propia definición de un sistema de *compliance* tradicional se encuentra la posibilidad de que éste falle y se cometan finalmente los resultados ilícitos perseguidos, no podemos esperar que un sistema integrado o complementado por modelos de inteligencia artificial sea infalible. En estos casos, la presencia de sistemas de inteligencia artificial, tanto en el diseño del programa como en su implementación en la persona jurídica, añade una capa adicional de dificultad de responsabilidad, que es justamente la del diseñador, programador, o, en términos más generales, del "autor" del modelo de inteligencia artificial, figura que hay que diferenciar del "piloto" del modelo de inteligencia artificial, esto es, la o las personas pertenecientes al entramado de la persona jurídica que han de encargarse de su correcto manejo, pero no de su diseño.

En este sentido, para plantear correctamente los problemas de responsabilidad en el marco del *compliance* penal por un fallo de un modelo de inteligencia artificial tenemos que trazar una diferencia fundamental: un fallo estructural del sistema, integral en su desarrollo, permitiría responsabilizar al desarrollador del modelo, mientras que un fallo en el uso (por ejemplo, en la introducción de los datos o en la actualización del modelo) no permitiría fundamentar esta misma responsabilidad, que habría de recaer exclusivamente dentro de la estructura de la persona jurídica. Esto, en definitiva, no resulta distinto de lo que ya se produce

hoy en día con otros sistemas tecnológicos tradicionales, como podría ser, por ejemplo, una cámara de seguridad o un programa informático.

Donde la implementación de sistemas de inteligencia artificial añade un problema inexistente anteriormente es en la situación que se conoce como "fallos de alineamiento", que ocurre cuando el desarrollo algorítmico del sistema de inteligencia artificial, definido en términos muy básicos por sus programadores originales, se desvía de su intención original, pero respetando sus directrices de comportamiento. Por ejemplo, un filtro de inteligencia artificial que fuese diseñado para detectar fraudes económicos podría, en lugar de bloquear las transacciones sospechosas e informar a los órganos de cumplimiento corporativo competentes, eliminar todo rastro de estas transacciones, lo cual, de facto, evitaría en sentido estricto su detección.

Este tipo de comportamientos inesperados de modelos de inteligencia artificial, que no son ya una especulación teórica sobre cómo podrían en un futuro comportarse los modelos de inteligencia artificial, sino que se están produciendo realmente en sistemas ya implementados, fascinan hoy a los expertos informáticos y suponen, con mucha diferencia, una de las principales dificultades para su uso generalizado, y por lo tanto también en el campo del *compliance*. En lo que nos toca en cuanto a sus efectos penales, el concepto de fallo de alineamiento encierra un reto complicado de resolver: el diseñador del algoritmo no parece poder ser responsabilizado de ninguna manera, puesto que el sistema de inteligencia artificial ha funcionado correctamente, y muy especialmente si esa desviación era imprevisible desde una perspectiva *ex ante*. Tampoco la persona jurídica parece poder ser responsable si el modelo se ha empleado de manera adecuada, suponiendo, evidentemente, que a este fallo de alineamiento no se le haya unido un comportamiento cómplice de los órganos de cumplimiento. Una tercera solución, la de la ausencia de responsabilidad, no parece tampoco satisfactoria desde una perspectiva de justicia.

Queremos finalizar esta idea con un matiz: la existencia de fallos de alineamiento no implica de manera necesaria que éstos sean siempre inevitables e imprevisibles. De hecho, la mejor programación, preparación, información y uso de un modelo de inteligencia artificial reduce la

posibilidad de estos fallos de alineamiento, al poderse predecir y evitar una mayor cantidad de desviaciones. Sin embargo, también parece cierto que las capacidades exponencialmente crecientes de un modelo de inteligencia artificial mediante procesos de *deep learning* hace también imposible prevenir con total seguridad que estos fallos se produzcan.

3.2. ÉTICA Y TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

El uso de modelos de inteligencia artificial en programas de *compliance* ha de ser absolutamente transparente. Ello no sólo ayuda a poder prevenir o minimizar fallos de alineamiento, como ya hemos visto, al poder controlar mejor su código e *inputs* de información, sino que además permite evitar o minimizar sesgos algorítmicos que repliquen prejuicios existentes en los datos con los que fueron entrenados. Por ejemplo, si los datos con los que fue inicialmente entrenado el sistema de inteligencia artificial incluían una desviación anómala (ya fuese ésta intencional o no), por muy pequeña que fuese, ese modelo podría reproducir esos mismos sesgos a una escala mayor, consolidando estereotipos de incumplimiento (O'Neil, 2016). Por ejemplo, si la mayoría de los casos previos involucraban empleados de nivel operativo y no directivos, el sistema podría subestimar irregularidades en los niveles más altos de la organización, creando una falsa sensación de seguridad. De la misma manera, sesgos algorítmicos de tipo discriminatorio (piénsese, por ejemplo, en un sesgo racial que asigna a los individuos de determinado origen una mayor probabilidad de cometer delitos que a otros), han de ser controlados.

Por otra parte, la opacidad de los modelos de inteligencia artificial puede ser un problema en sí mismo considerado, y no solamente por los efectos indeseados que puedan producir. Muchas soluciones de inteligencia artificial operan como "*cajas negras". U*tilizan modelos complejos, como redes neuronales profundas, cuyos procesos de decisión no son fácilmente interpretables por humanos. Esto significa que aunque el sistema de inteligencia artificial pueda ofrecer directrices sencillas, puede resultar difícil entender *por qué* ha llegado a esas conclusiones. Esta opacidad complica la auditoría y el control de sesgos, lo que

puede generar riesgos en otras áreas y dificultar el análisis y búsqueda de soluciones a un problema en el sistema.

3.3. PROTECCIÓN DE DATOS Y PRIVACIDAD

Paradójicamente, el uso de sistemas de inteligencia artificial en el tratamiento de datos personales u otra información sensible para protegerlos mejor (mediante, como vimos anteriormente, sistemas automatizados de anonimización, por ejemplo) presenta indirectamente un reto de protección de datos y privacidad, puesto que ha de ponerse en manos de un sistema automatizado un gran volumen de datos. Esto puede tener implicaciones en relación a un fallo de alineamiento, tal y como hemos explicado anteriormente, que provocase una recolección, recopilación o un tratamiento de datos ilícito por parte del sistema, pero también genera riesgos de vulnerabilidad, en tanto en cuanto un sistema de inteligencia artificial pudiese ser accesible desde el exterior.

De nuevo, los riesgos en materia de protección de datos y privacidad no aparecen con la implementación de modelos de inteligencia artificial. Lo que tratamos de plantear aquí es, más bien, que el uso de estos sistemas pueden presentar nuevas formas de vulneración de estos principios, lo cual requiere que vayan acompañados de nuevos protocolos de prevención y análisis de riesgos.

4. LA PROPUESTA EUROPEA FRENTE A LOS DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MARCO DEL COMPLIANCE. BREVE EXAMEN DEL REGLAMENTO 2024/1689

Evidentemente, los nuevos problemas derivados del uso de esta nueva tecnología en el marco del *compliance* penal requieren que se aborden estas cuestiones de manera específica. En ocasiones, las soluciones propuestas coincidirán con las propias de otras instituciones jurídico-penales, pero encontramos también propuestas específicas en materia de inteligencia artificial (Floridi, L., et al, 2018).

El reciente Reglamento de la Unión Europea 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024 (conocido como

"Reglamento de Inteligencia Artificial"), ha venido a dictar los principios generales de regulación de la fabricación, desarrollo y uso de estos sistemas en el ámbito europeo, y por lo tanto también en nuestro país.

La regulación, como puede sospecharse, es abstracta y al mismo tiempo compleja. En lo que afecta a materia de *compliance*, resulta interesante destacar que dentro de la clasificación tripartita que realiza el Reglamento de los distintos modelos de inteligencia artificial según el riesgo que representen (prohibido, alto, limitado o mínimo), los sistemas que se emplean en programas de *compliance* habitualmente se encontrarán en el nivel alto, en tanto en cuanto normalmente se encontrarán recogidas en el ámbito del Anexo 3, Apartado 3, de "empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo"[2], y también, aunque los matices de ambos preceptos tienen alguna diferencia sustancial, en el Considerando 57[3], donde, por cierto, se apuntan también algunas de las

2 En este Anexo III se clasifican como del alto riesgo los siguientes:

"a) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos.

b) Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones."

3 "También deben clasificarse como de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en los ámbitos del empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, en particular para la contratación y la selección de personal, para la toma de decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral, la promoción y la rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales y para la supervisión o evaluación de las personas en el marco de las relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales, a los medios de subsistencia de dichas personas y a los derechos de los trabajadores. Las relaciones contractuales de índole laboral deben incluir, de manera significativa, a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el programa de trabajo de la Comisión para 2021. Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo contra las mujeres, determinados grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad."

dificultades que hemos apuntado en anteriores epígrafes, como los posibles sesgos discriminatorios o la protección de datos personales.

Las consecuencias de esta clasificación dentro del "riesgo alto" de los modelos de inteligencia artificial empleados habitualmente en el marco del *compliace* implica numerosas obligaciones tanto para sus desarrolladores como para sus usuarios. Sin ánimo de ser excesivamente exhaustivos y remitiéndonos a la Sección 2 del Capítulo III del mencionado Reglamento, estas obligaciones consisten, de manera esquemática en las siguientes:

- Sistema de gestión de riesgos en el modelo de inteligencia artificial: un "*proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo*" que determina, evalúa y corrige sus riesgos (artículo 9).

- El uso de datos de entrenamiento adecuados, correctos, no sesgados, representativos y correctamente actualizados (artículo 10).

- Elaboración de documentación técnica clara y transparente (artículo 11).

- Conservación de registros de la actividad del modelo de inteligencia artificial (artículo 12).

- Transparencia y comunicación de información a los responsables del despliegue, a efectos de que no haya "defectos de uso" del sistema de inteligencia artificial (artículo 13).

- Supervisión humana: el Reglamento parece inclinarse por un modelo de "*man on the loop*": se establece la necesidad de intervención humana pero como factor de control externo al sistema de inteligencia artificial, en contraste con el otro modelo principal de intervención humana, el conocido como "*man in the loop*" (Mateos Bustamante, 2023). De esta manera, las personas físicas tienen la posibilidad de detener, corregir o controlar el proceso automatizado, pero no el requisito de que formen parte integral del sistema (artículo 14).

– Precisión, solidez y ciberseguridad: los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo deben desarrollarse al más alto nivel técnico posible en cada momento. Igualmente, deben funcionar en este mismo nivel en estos sentidos "*durante todo su ciclo de vida*" (artículo 15).

En definitiva, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea establece una serie de requisitos de implementación, formación, técnicos y de funcionamiento en cualquier sistema de inteligencia artificial de alto riesgo, como lo serán siempre aquellos empleados en el *compliance*. Los programas de cumplimiento que implementen estos modelos deberán así establecer una suerte de "*compliance* sobre el *compliance*", puesto que el modelo de inteligencia artificial ha de estar sometido igualmente a criterios legales establecidos.

5. CONCLUSIONES. RETOS DE FUTURO. DIFICULTADES DE LOS MODELOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL *COMPLIANCE* PENAL E HIPÓTESIS DE FICCIÓN

La implementación de modelos de inteligencia artificial en el marco del *compliance* penal está lejos de ser una cuestión resuelta. Las dificultades son grandes en muchos aspectos: comenzando por los más ajenos a nuestra disciplina, existen aún numerosas trabas técnicas y tecnológicas: los modelos de inteligencia artificial son todavía pocos, muy especializados en tareas concretas y la personalización suficiente para que un sistema de inteligencia artificial se integre de manera armónica en el ámbito del *compliance* de una persona jurídica es, en el momento en el que se escriben estas líneas, laboriosa. La perspectiva de futuro, sin embargo, es positiva en este sentido: a medida que la tecnología de inteligencia artificial se desarrolle y popularice es de esperar que igualmente lo haga su difusión. Los modelos de inteligencia artificial serán cada vez mejores, pero también serán cada vez más sencillos, accesibles y diversos, lo cual permitirá una implementación con un mejor alcance horizontal.

Esta primera dificultad trae de la mano también la segunda: el coste económico, tanto de diseño como de establecimiento, energético, etc., de estos sistemas de inteligencia artificial es a, día de hoy, muy elevado.

El diseño de un modelo de inteligencia artificial personalizado (o personalizable) para una persona jurídica en su conjunto, y que no se limite a tareas muy específicas, es aún inalcanzable económicamente para la gran mayoría de sociedades. Sin embargo, no nos detendremos demasiado en este aspecto, ya que es de nuevo previsible que la evolución marche en el mismo sentido que en el párrafo anterior: la mejor eficiencia de los modelos, la popularidad de su código y el mayor número de desarrolladores de *software* de inteligencia artificial hacen pensar que, en un futuro, estos programas van a ser cada vez más accesibles también en el plano económico.

Más interesantes nos parecen las dificultades dogmáticas sobre autoría, responsabilidad personal y societaria en el marco de un futuro hipotético de inteligencia artificial general (habitualmente conocida por sus siglas en inglés, "AGI"). En este planteamiento, los modelos de inteligencia artificial dejarían de ocuparse de tareas específicas (como hemos visto anteriormente, por ejemplo, el control de flujos monetarios, la anonimización de datos o la prevención de fugas de información secreta) para pasar a convertirse en auténticos "agentes universales" de seguridad (Quintero Olivares, 2019). El concepto de inteligencia artificial general es el del pensamiento artificial equiparable al humano: los modelos de inteligencia artificial se "cargan" con una serie de directrices básicas y unos procesos algorítmicos y de repetición mediante sistemas de *deep learning*, y se procede con ello a la creación de un modelo de aprendizaje autónomo capaz de afrontar cualquier problema de manera integral. Estos modelos de inteligencia artificial no han de ser programados para una tarea específica, sino que pueden abordar cualquier tipo de tarea.

La posibilidad de inteligencia artificial general en el marco del *compliance* penal sería, desde un punto de vista teórico, fascinante. Un sistema de inteligencia artificial general cumpliría el papel del sistema de *compliance* en su conjunto: sustituiría tanto al diseñador del programa como a su implementador, y también a las figuras internas de la persona jurídica como el *compliance officer* o los órganos de control. El sistema de inteligencia artificial se ocuparía de su propia actualización (adaptándose, por ejemplo, a los cambios normativos) y renovación según

los parámetros que en cada momento se le fuesen proporcionando. Desde el punto de vista de funcionamiento, se sustituiría el control del modelo de *compliance* por el control del sistema de inteligencia artificial: ya no sería necesario preocuparse del cumplimiento normativo de la persona jurídica, sino solamente de que el sistema de inteligencia artificial que se encarga del cumplimiento normativo funciona correctamente, se mantiene actualizado, debidamente alineado, etc. Los profesionales del *compliance* serían, en ese futuro hipotético, informáticos, no economistas o juristas. Al mismo tiempo, este sistema conllevaría un peligroso riesgo: la desconexión de los agentes humanos del programa de cumplimiento y la confianza absoluta en el sistema de inteligencia artificial haría los riesgos derivados de un fallo de alineamiento aún más graves, y aquí es donde se daría la dificultosa paradoja siguiente: confiaríamos en el superior criterio, experiencia y manejo de datos de una inteligencia artificial con unas capacidades a todas luces superiores a la de cualquier organismo de control, pero al mismo tiempo querríamos mantener un sistema de responsabilidad humana por la incorrecta vigilancia de esa inteligencia. En esta tensión entre un sistema más perfecto pero menos controlable y un sistema más defectuoso pero más controlable es donde, en nuestra modesta opinión, va a moverse el debate en un futuro quizá no tan lejano.

Queremos terminar volviendo a la órbita de lo presente: hoy, en el ámbito del *compliance* penal, los modelos de inteligencia artificial presentan nuevos y desafiantes retos en sus aspectos técnicos, organizativos y también jurídicos. Su implementación no es equiparable a un nuevo *software* o a un proceso de control más minucioso que el anterior, sino que suponen cambios de tipo cualitativo que facilitan y mejoran el control del cumplimiento corporativo. Sin embargo, la mayor complejidad y el funcionamiento tan diferente de estos modelos frente a los sistemas tradicionales implica también nuevos riesgos que sólo ahora han de tenerse en cuenta. La legislación europea es un marco amplio de control de estos riesgos que establece los criterios generales de actuación en esta materia, pero será necesario un mayor desarrollo normativo, sobre todo en aras de una mayor precisión y concreción de requisitos específicos según los distintos campos de aplicación de estos modelos. Está

por ver, además, si la fuerza de la ola de las posibilidades técnicas futuras derribará este inicial dique de contención normativo, pero, en el momento en el que se escriben estas líneas, creemos que es un marco satisfactorio que plantea las soluciones adecuadas con un adecuado grado de seguridad jurídica.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Butler, T. y O'Brien, L.(2019). Artificial intelligence for regulatory compliance. Are we there yet? *Journal of Financial Compliance*, 3 (1), 44-59

Floridi, L., Cowls, J., Beltrametti, M., Chatila, R., Chazerand, P., Dignum, V., Luetge, C., Madelin, R., Pagallo, U., Rossi, F., Schafer, B., Valcke, P., Vayena, E. (2018). An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations. *Minds & Machines* 28, 689–707.

Mateos Bustamante, J., (2023). De Stockfish a Skynet. Cuestiones principales de la inteligencia artificial y el derecho penal, *Revista electrónica de Estudios Penales y de Seguridad*, 12,

Quintero Olivares, G. (2019). La robótica ante el Derecho Penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas. *Revista electrónica de Estudios Penales y de Seguridad*, 1, 17-18.

O'Neil, C. (2016). Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. Crown.

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO POSIBLE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA PLUTOFILIA[4]*: UNA APROXIMACIÓN PRELIMINAR

CECILIA CUERVO NIETO
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de los programas de cumplimiento en el panorama penal español, tal y como hoy se conocen en cuanto a su eficacia penológica, tiene lugar en el año 2015, en virtud de la compleja y extensa reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Esta ley modificó profundamente el régimen jurídico de responsabilidad penal de las personas jurídicas inicialmente instaurado en España en el año 2010 mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que había introducido *ex novo* el art.31 bis CP, en el que se cimentaba la nueva regulación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, el legislador penal de 2015 remodeló considerablemente el referido precepto al tiempo que amplió la regulación de la materia añadiendo al respecto tres artículos más (los art. 31 *ter*, *quater* y *quinquies* del Código Penal, respectivamente) y cambiando asimismo la propia naturaleza penológica del *compliance*, que pasó de configurarse como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las

[4] *Este capítulo se desarrolla en el marco del proyecto coordinado de generación de conocimiento "**Plutofilia y Derecho Penal**", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con la cofinanciación del Fondo Social Europeo. Referencia del proyecto: **PID2022-142211NB-C21.**

personas jurídicas con arreglo a la regulación originaria del año 2010, a convertirse en una circunstancia con virtualidad eximente de dicha responsabilidad con la reforma del año 2015.

Como se sabe, los programas de cumplimiento son en la actualidad una institución clave tanto en su vertiente netamente interna o empresarial, como en su vertiente penal y procedimental. Es decir, los programas de cumplimiento (llamados expresamente por el legislador penal modelos de organización y gestión) reportan numerosos beneficios competitivos a las empresas que deciden dotarse de ellos en su actuación en los mercados, no solamente en su concurrencia competitiva con otras empresas pertenecientes a su mismo sector, sino también de cara a algo quizás más valioso, como es el crédito o consideración reputacional de la empresa en la percepción ajena de terceros sujetos con los que se relaciona, fundamentalmente sus clientes, tanto actuales como potenciales.

Asimismo, y al margen de la cultura de cumplimiento que el *compliance* pretende legítimamente instaurar en el ámbito interno y organizativo de las personas jurídicas, en la esfera penal las ventajas son también de máxima trascendencia toda vez que, si los programas de cumplimiento reúnen los requisitos que para cada caso exige el art. 31 bis CP, las empresas podrán quedar exentas de responsabilidad penal, o al menos ver la misma atenuada en caso de concurrencia y/o acreditación solamente parcial de los requisitos exigidos, desplegando así el *compliance* una eficacia de verdadera circunstancia eximente, ya sea completa o incompleta.

A mayor abundamiento, hay que precisar que, en relación con el ámbito penal, los programas de cumplimiento en España no tienen eficacia evitadora del procedimiento, en otras palabras, el hecho de que una empresa se haya dotado voluntariamente de un programa de cumplimiento – recuérdese que no existe, más allá de ciertos sectores muy específicos, como el del fútbol profesional, y aún de manera muy incipiente, una obligación o mandato jurídico y general para las empresas en nuestro país de dotarse e implementar un programa de cumplimiento interno, de modo que puede aún decirse que los *compliance* tienen una naturaleza, en general, voluntaria – no impide que se abra un procedimiento penal contra ella por la comisión en su seno de alguno de los delitos de

los expresamente señalados por el legislador penal por parte de alguna de las personas naturales capaces de vincularla, ya sea en la modalidad de directivos, ya sea en la modalidad de subordinados. La eficacia penológica del programa de cumplimiento radicará, por tanto, en que, una vez incoado el correspondiente procedimiento penal por el delito cometido y previa valoración por parte del juez de los requisitos del programa, así como de su adecuación y de su idoneidad objetiva y *ex ante* para evitar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la que se enmarca dicho programa de cumplimiento, puede operar como circunstancia eximente de la responsabilidad penal de la empresa, que, en consecuencia, verá extinguida, y excluida, toda responsabilidad penal por el delito en cuestión (sin perjuicio de lo ya apuntado de que, en caso de acreditación solo parcial de la concurrencia de los requisitos, o si estos solo concurrieran en parte pero con omisión del resto, la eficacia del programa de cumplimiento no sería ya la de una eximente completa, sino de una eximente incompleta con valor del circunstancia atenuante a los efectos del art.21.1 CP).

En relación con el título del presente trabajo, relativo a la posible relación existente entre los programas de cumplimiento y la plutofilia penal, conviene detenerse en el complejo concepto, o más bien, fenómeno, de la plutofilia penal.

Lo primero que quiero señalar al respecto es que no existe una definición legal ni oficial de la plutofilia. Es más, la plutofilia como tal, o mejor aún, el término plutofilia, no existe oficialmente, es decir, no figura en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), que no lo reconoce. De esta manera, para poder conocer su significado, que no su significación netamente penal, debemos acudir a la etimología. Así, la palabra plutofilia resulta de la conjunción de dos vocablos de origen griego, por una parte, *plutos*, que significa riqueza, y, por otro lado, *philos*, que significa amor, de modo que, literalmente, la plutofilia significa el amor por la riqueza, o, dicho de otro modo más elaborado, el sentimiento de adoración o amor por la riqueza o, más concretamente, por los ricos.

Respecto de la relación entre la plutofilia así definida y el Derecho Penal, es preciso acudir a la obra, verdaderamente pionera en la materia,

del profesor Terradillos Basoco que lleva por título *Aporofobia y Plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*. En este libro, Terradillos ofrece una construcción acerca de la verdadera significación penal de la plutofilia cuando expone su tesis de que en la actualidad – si bien en mi opinión se trata de una constante histórica presente en cualquier estructura de gobierno y de poder desde que el mundo es mundo –, la política criminal y el Derecho Penal en general presenta, como el dios de la mitología romana Jano, una estructura bifronte o bicéfala.

Así, de una parte, existe un sistema penal particularmente rigorista, inspirado en el más hostil punitivismo nacido de las políticas de la tolerancia cero inspiradas a su vez en teorías como la de las ventanas rotas (*Broken windows*) y enmarcado incluso en las coordenadas del Derecho Penal del enemigo de Jakobs, que busca criminalizar al diferente y al excluido – al "extraño a la comunidad" por utilizar terminología nacional socialista del Derecho Penal del Tercer *Reich* –, mediante normas penales profundamente severas que tipifican y castigan penalmente supuestos de delitos de bagatela cuyos autores responden a un perfil criminológico muy definido y que no dudan en omitir o directamente vulnerar las garantías penales más elementales en aras de la seguridad y del funcionamiento del sistema, entendido como colectivo supremo al que proteger.

En el otro extremo, el otro rostro de la política criminal vendría configurado por ese otro Derecho Penal, no ya represivo, sino benévolo que centra su mirada en aquellos sujetos que ya no son los marginales y peligrosos, sino los sujetos afines al sistema, que contribuyen a fortalecerlo y a hacerlo más funcional desde sus posiciones privilegiadas de poder político o económico. En definitiva, un Derecho Penal que busca ayudar mediante una respuesta penal más comprensiva, tolerante o incluso connivente a aquellos sujetos poderosos que son necesarios y útiles para el sistema por su funcionalidad para con el mismo. Este sería *grosso modo* el llamado Derecho Penal del amigo, en oposición a la mucho más popularmente empleada expresión del Derecho Penal del enemigo, dentro del cual puede distinguirse una vertiente estrictamente

económica que sería la plutofilia, basada en cuestiones netamente económicas y patrimoniales.

Es decir, el Derecho Penal del amigo, como fenómeno más genérico, busca a mi juicio favorecer a todo aquel que por su posición de poder resulta útil al sistema, ya sea por su condición de magnate de los negocios, ya sea por su condición de político o incluso por su condición de famoso o de personaje célebre. Dentro de esta concepción amplia del poder, puede distinguirse el poder estrictamente económico, esto es, el poder que ostentan los ricos, que serían los principales beneficiados por el Derecho Penal de la plutofilia como categoría, variante o subsistema dentro del fenómeno más amplio del Derecho Penal del amigo.

Así, por ejemplo, el delito de fraude contra la Hacienda Pública del art. 305 CP sería un ejemplo paradigmático del fenómeno netamente plutofílico, aunque también lo sería, al adscribirse la plutofilia al ámbito del Derecho Penal del amigo, de este último. El delito contra la Hacienda Pública, también llamado delito fiscal o delito tributario, castiga al que defraude, dejando de abonar (o por cualquiera de los procedimientos expresamente descritos al efecto en el tipo penal mencionado, configurado desde un punto de vista dogmático como un delito de medios determinados) conceptos por cuantía superior a los 120.000 euros dentro de un mismo periodo impositivo o de declaración. De acuerdo con el primer inciso del tipo y en lo que a la decripción de la conducta típica se refiere, este sería un precepto destinado a castigar a los más ricos, a aquellos contribuyentes de mayor poder adquisitivo por cuanto *a priori,* el sujeto activo del delito, de acuerdo con el importe mínimo de la cuantía defraudada expresamente exigido por el legislador, vendrá constituido por individuos con un capacidad económica considerable. Sin embargo, la percepción del precepto cambia por completo cuando se llega al apartado cuarto del referido art. 305 CP que regula la llamada regularización de la situación tributaria, configurada a modo de excusa absolutoria para la doctrina mayoritaria, que, *de facto,* implica consolidar una verdadera vía de escape que garantice a los sujetos activos de un delito ya consumado contra la Hacienda Pública una impunidad *ex post facto*, verdaderamente única en el Derecho Penal español toda vez que no existe respecto de ningún otro delito en el ordenamiento jurídico-

penal de nuestro país. De esta manera, en virtud de esta regularización, se consagra de manera casi expresa la primacía de los intereses finacieros de la Administración Tributaria, con lógica ventaja para los contribuyentes más cualificados a los que claramente se beneficia en detrimento de cualquier otro contribuyente cuya cuota defraudada no supere el umbral típico de los 120.000 euros por periodo de declaración y en perjuicio de cualquier otro delincuente que haya cometido cualquier otro delito, que, con claro agravio comparativo, no va a poder disfrutar de ninguna vía de escape análoga.

En definitiva, para lo que al presente capítulo ahora interesa, puede afirmarse que tanto la plutofilia, por razones típicamente económicas, como el Derecho Penal del amigo, por otras motivaciones además de la puramente económica – piénsese, por ejemplo, en la Ley de Aministía 1/2024, de 10 de junio, que responde a motivaciones políticas de muy diferente índole –, suponen la construcción de una política criminal asimétrica que segrega el Derecho Penal en subsectores o en velocidades como ya lo hicieran las propuestas de Silva Sánchez – de hecho, la segunda velocidad propuesta por el autor se aproxima a las tesis plutofílicas por cuanto se refiere a delitos de corte socioeconómico, abogando porque sean castigados con penas de multa y no con penas privativas de libertad, mientras que la tercera velocidad se enmarca en las tesis del Derecho Penal del enemigo –, en clara quiebra del principio de igualdad consagrado en la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) en los artículos 1.1, 9.2 y 14 respectivamente (sin perjuicio de otras referencias, dispersas a lo largo del articulado de la Carta Magna, a la igualdad como principio jurídico), gran perjudicado de la desigual deriva jánica de la política criminal.

2. OBJETIVOS

El presente capítulo se configura como la última de las tres aportaciones a la obra final, correspondiendo sucesivamente cada una de estas partes con las tres ponencias presentadas en el Primer Congreso Internacional sobre Ciencias Jurídicas, Empresa y Sociedad. Así, la primera aportación, en el primer capítulo, ofrecía los lineamientos generales del

régimen jurídico de responsabilidad penal de las personas jurídicas en España consagrado inicialmente en el año 2010, a modo de necesario marco teórico en el que transitar en la presenta investigación. Por su parte, el capítulo segundo, correspondiente con la segunda ponencia, se centraba en la figura de los programas de cumplimiento, como institución clave en el ámbito de la actual economía de empresa y del vigente Derecho Penal por su virtualidad como circunstancias eximente de la responsabilidad penal. Finalmente, el presente capítulo, correspondiente a la tercera y última ponencia, se centra también en los programas de cumplimiento pero lo hace ya desde una perspectiva mucho más recelosa, a fin de alertar y poner de manifiesto los graves riesgos que estos programas llevan consigo máxime en su espinosa relación con el complejo fenómeno de la plutofilia penal.

De esta manera, el objetivo de las páginas del presente capítulo es ofrecer una visión de los programas de cumplimiento como una institución que puede llegar a comprometer el principio de igualdad sobre el que debe pivotar el conjunto del Derecho español (incluyendo evidentemente el ordenamiento penal), toda vez que esta vía de eludir la responsabilidad penal no se reconoce más que a las personas jurídicas – no contando las personas físicas con una herramienta similar que, adecuándose a su diferente naturaleza, pueda llegar a suponer su plena exención de responsabilidad penal –, más allá del hecho de que, dentro del ámbito propio de las personas jurídicas, es asimismo evidente que serán las empresas de mayor dimensión y patrimonio aquellas que puedan más fácilmente dotarse de programas de cumplimiento de mejor calidad y eficacia de cara a superar la valoración judicial en el curso del procedimiento penal que se incoe como consecuencia de la comisión de un delito en su seno a los efectos que exige el art.31 bis CP. Así, determinar de qué manera los programas de cumplimiento puedan considerarse una manifestación del Derecho Penal de la plutofilia – concebido como aquel que ofrece un tratamiento penal más favorable para determinados sujetos (en este caso, las empresas, especialmente aquellas que cuenten con un elevado nivel de activos financieros, inmobiliarios, de capital, etc, en su haber) por razón de su elevado poder económico – constituye el principal objetivo de estas páginas.

3. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología, esta seguirá la línea general de las anteriores aportaciones, esto es, de los dos capítulos anteriores en materia de consideraciones generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento respectivamente, en cuanto a que se hará uso de la doctrina y de la jurisprudencia en la materia a fin de aportar una visión lo más completa posible sobre la materia objeto de estudio.

4. DISCUSIÓN, RESULTADOS Y CONCLUSIONES

En relación con los programas de cumplimiento, ya se ha hecho referencia a las ventajas que se derivan para las empresas cuando estas deciden voluntariamente implementar un programa de cumplimiento, tanto en lo tocante al ámbito interno, empresarial y de competitividad, como en relación con el ámbito estrictamente penal en caso de comisión de un hecho delictivo que reuna las condiciones del art.31 bis CP. No obstante, no puede perderse de vista el hecho de que, además de los referidos beneficios y la cultura del cumplimiento que el *compliance* ayuda a generar, este también implica una serie de riesgos que no deben desconocerse.

Estos riesgos se vinculan, en primer lugar al hecho de que, como se apuntaba en el inciso final del capítulo relativo a los programas de cumplimiento, el *compliance* supone una delegación de lo público en lo privado, es decir, una incipiente privatización en el ejercicio de funciones que de alguna manera participan en el ejercicio del *ius puniendi* estatal inherente al Derecho Penal. En segundo lugar, el *compliance* se configura en el imaginario colectivo como una suerte de parapeto, bula o trinchera desde la cual las empresas se sitúan en una posición de práctica impunidad mediante una interpretación de la naturaleza del programa de cumplimiento como un instrumento meramente formal que automáticamente excluye toda responsabilidad penal para la persona jurídica sin que en la práctica real llegue a evitar necesariamente de manera eficaz la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica. Finalmente, el *compliance* puede suponer un tratamiento penal

favorable a unos concretos sujetos frente a otros, en lo que aproxima la figura, o directamente la sitúa, en la órbita propia de la plutofilia penal.

En este sentido, en el vigente contexto deregulador de imbricación neoliberal en el que se enmarca la cultura del *compliance* penal, los programas de cumplimiento suponen sin duda una delegación en favor de una serie de empresas certificadoras privadas y particulares de las funciones preventivas y controladoras propias del Estado en su calidad de revisor y regulador, lo cual puede implicar una suerte de avanzadilla hacia una peligrosa privatización del ejercicio monopolístico del *ius puniendi,* con lo que ello implicaría de quiebra del Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en el art 1.1 de la Constitución Española de 1978.

Por otra parte, la constatación de la ineficacia real de muchos programas de cumplimiento – no en vano llamados muchas veces programas de "cumplo y miento", toda vez que las empresas se limitan muy habitualmente a plasmar sobre el papel, que todo lo aguanta, una serie de disposiciones prefijadas que en absoluto obedecen a la realidad concreta de las mismas – en la evitación de delitos acentúa e intensifica estos recelos en torno a la figura del *compliance.* De esta manera, la desconfianza surgida en relación con la efectividad de los programas de cumplimiento obedece así tanto a cuestiones formales relativas a la necesaria separación de poderes del Estado y al mantenimiento del monopolio del *ius puniendi* estatal, como a razones más funcionales o prácticas vinculadas a la prevención de los delitos.

En relación con la cuestionable eficacia preventiva de los programas de cumplimiento, no puede pasarse por alto el tristemente célebre asunto *Odebrecht*, protagonizado por la consultora brasileña del mismo nombre, en el que se organizó un complejo sistema de cohecho a escala global (con hasta 788 millones de euros defraudados en más de una decena de países) que puso de manifiesto que, las empresas – al margen de los diferentes sistemas de control que a nivel interno puedan con mayor o menor acierto llegar a desarrollar – ni pueden ni deben en modo alguno abstraerse del marco regulatorio correspondiente que les es exigible, en aras de una necesaria autonomía auto organizativa. Es más, en el caso *Odebrecht*, hay que decir que la empresa contaba paradójicamente con un sistema de cumplimiento interno y de ética

empresarial especialmente desarrollado y detallado, que comprendía una declaración de principios orientadores, un código de conducta de la organización e, incluso, una línea de ética interna. No obstante, todo ese complejo y minucioso sistema de cumplimiento demostró ser del todo insuficiente, toda vez que fue incapaz de prevenir de manera eficaz el grave escándalo de corrupción diseñado en el seno de la consultora brasileña. En suma, lo que el escándalo de *Odebrecht* nos demuestra es que la confianza en los programas de cumplimiento y su consideración social como imbatibles herramientas de lucha y, especialmente, de prevención de la delincuencia corporativay se enfrenta a fisuras que minan cada vez más la credibilidad en la verdadera utilidad de los mecanismos de control internos como alternativa al control del Estado.

No obstante, lo anterior no puede entenderse como una suerte de enmienda a la totalidad formulada contra la existencia misma de la autoregulación, sin duda necesaria, puesto que nadie mejor que la propia persona jurídica para conocer y controlar los riesgos inherentes a su funcionamiento. Sin embargo, lo que aquí se pretende subrayar es la necesidad de someter esa autoregulación a un control y a una fiscalización necesariamente públicas. Para ello, es preciso, en un primer término, que la empresa elabore un adecuado mapa de riesgos que sea capaz de ajustarse a la realidad concreta de la misma, evitando así el temido por extendido y frecuente "copia y pega" de diferentes programas de cumplimiento de carácter claramente superficial y meramente cortoplacista que, lejos de buscar la implantación en el seno de la corporación de una auténtica cultura del cumplimiento (verdaderamente loable y necesaria), únicamente pretende evitar una eventual e hipotética condena penal. En este sentido, es fundamental comprender que el solo hecho de adoptar, voluntariamente, un programa de cumplimiento no puede ni debe de ninguna manera garantizar *per se* ni la total prevención y evitación de la comisión del delito ni la consiguiente impunidad para el caso de su eventual comisión, toda vez que, y esto es algo trascendental, la potencial exención de responsabilidad penal que contempla el art. 31 bis apartado segundo del Código Penal no podrá nunca operar automáticamente sino que, por el contrario, será preciso, como se ha apuntado ya, evaluar detenidamente y en cada caso la idoneidad

formal y material de este concreto programa de cumplimiento en relación con el delito cometido.

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con la posible imbricación de los programas de cumplimiento en el contexto propio de la plutofilia, se ha tenido ya ocasión de advertir de que el *compliance* puede colocar, o más bien, coloca, a las personas jurídicas (y dentro dellas, particularmente a las empresas) que de manera voluntaria deciden dotarse de un código de cumplimiento interno en una situación claramente privilegiada respecto de aquellas otras empresas que por diversos factores no hayan querido (o no hayan podido) elaborar e implementar un programa de cumplimiento a nivel interno. Es decir, como es sabido y se ha reiterado en estas páginas, si el programa de cumplimiento reúne los requisitos que el art. 31 bis apartado segundo del Código Penal contempla, la concreta empresa que cuenta con el programa en cuestión podría ver cómo su responsabilidad penal se diluye ya sea en su totalidad o al menos parcialmente – siempre, claro está, que el concreto programa de cumplimiento haya superado exitosamente el juicio de eficacia *ex ante* que desde la doble perspectiva material y formal el órgano jurisdiccional correspondiente haya llevado a cabo –.

Es así evidente que las personas jurídicas que cuentan con un programa de cumplimiento van a disfrutar *a priori* de una posición inicialmente ventajosa de cara a un eventual procedimiento penal, sin perjuicio de que como se ha apuntado, el juzgador no estará en modo alguno vinculado al citado programa, no pudiendo incurrirse en ideseables automatismos valorativos a la hora de analizar cumplidamente los requistos del modelo de organización y gestión.

Es asimismo bien sabido que el elaborar inicialmente y ejecutar después un programa de cumplimiento dista mucho de ser una cuestión barata para las empresas desde un punto de vista económico. Es por ello que no todas las empresas pueden permitirse el dotarse de un *compliance guide* que sea además debidamente fiscalizado con posterioridad a través de una auditoría externa acometida por una empresa privada de certificación. Si a ello se añade la circunstancia de que el tejido empresarial español está de manera mayoritaria, hasta en un 99%, integrado por las llamadas pequeñas y medianas empresas (PYME) – que cuentan con

un balance general por cómputo anual inferior a los 43 millones de euros de media, con plantillas asimismo inferiores a los 250 trabajadores – no debe sorprender la todavía escasa implantación de la figura del *compliance* en España. A tal efecto, con arreglo a los datos proporcionados por el llamado "Informe sobre la PYME" y el documento "Cifras PYME", elaborados anual y mensualmente de manera respectiva por la Dirección General de la Industria y de la PYME, adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de España, en el pasado mes de diciembre del año 2024 (últimas cifras publicadas hasta el momento), de un total de 2.948.527 empresas existentes en España a esa fecha, 2.942.716 de ellas se encuentran catalogadas técnicamente como de pequeñas y medianas empresas, y tan solo 5.811 tienen la consideración de gran empresa con 250 o más trabajadores[5].

Es por ello que, teniendo en cuento el escaso nivel de facturación de la gran mayoría de estas PYMEs, muchas de ellas de carácter familiar y de muy pequeñas dimensiones, la implantación de los programas de cumplimiento no van a ser habituales ni se van a erigir en la regla general en el seno de esta clase de empresas, pero no por razones de mera voluntad sino por cuestiones puramente económicas y vinculadas al coste de oportunidad que implica que lo que una pequeña empresa invierte en la elaboración y posterior certificación de un *compliance guide* deja de invertirlo en otras cuestiones más determinantes de su productividad. No obstante, y aun cuando podría aparentemente resultar evidente que las empresas pequeñas no han de enfrentar graves problemas de delincuencia a nivel interna ni debieran necesitar habilitar canales de denuncia interna, es innegable que en este tipo de empresas de reducidas dimensiones (si bien, debe tenerse presente que muchas PYMEs pueden contar con un centenar de trabajadores, hasta el límite máximo de los 250) puede llegarse a cometer un delito del que se derive responsabilidad penal, siempre que la empresa en cuestión cuente con personalidad jurídica propia como ente autónomo y necesariamente diferenciado de las personas físicas que en ella intervienen – no sirviendo este debate respecto de las empresas unipersonales cuyos estatutos de

[5] https://ipyme.org/es-es/publicaciones/Paginas/publicaciones-estudios-categorias.aspx?categoria=cifras (última consulta realizada el día 10/03/2025).

constitución no contemplan una responsabilidad más allá del ámbito personal de la concreta persona física titular de esa empresa –.

Por ello, considero que sería deseable rebajar los costes de financiación del proceso de consolidación de un programa de cumplimiento interno, a fin de que el gasto inicial asumido por la empresa llegue a retornar a la misma, convirtiéndose en una auténtica inversión a largo plazo. Es decir, se trata de evitar un fenómeno que desgraciadamente ocurre muchas veces (y que ya se ha señalado en las páginas precedentes) con arreglo al cual muchas empresas, generalmente aunque no necesariamente, de tamaño medio o pequeño, por ahorrar gastos a la hora de desarrollar un programa de *compliance* penal recurren al llamado *compliance* de *low cost,* que supone que estas empresas lejos de elaborar un programa de cumplimiento capaz de ajustarse como una suerte de traje a medida a su respectiva realidad orgánica y operativa, adoptan un copia y pega estandarizado cuya objetiva ineficacia *ex ante* le aleja diametralmente de las exigencias de idoneidad contempladas en el art. 31 bis apartado segundo del Código Penal, impidiendo así la prevención adecuada de los delitos y la consiguiente reducción de la responsabilidad penal que de ellos se derive.

En definitiva, y a modo de recapitulación, puede decirse que, en relación con la plutofilia, el problema que plantea el *compliance* es fundamentalmente triple:

- De una parte, su discutible eficacia preventiva por cuanto, a pesar del incentivo empresarial que supone, no siempre impide la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica.

- Por otra parte, para las empresas el hecho de elaborar e implementar *ex novo* un programa de cumplimiento idóneo que sea posteriormente validado por una serie de entidades privadas de certificación supone un desembolso económico no siempre sencillo de afrontar para muchas de ellas, máxime si se tiene en cuenta que son las llamadas PYMEs las que integran la casi totalidad del tejido empresarial español.

– Asimismo, existe el preocupante riesgo de que el *compliance* pueda llegar a erigirse en una suerte de salvoconducto o bula que opere como parapeto tras el cual la persona jurídica se refugie cuando comete delitos (actuando indebidamente a modo de "vacuna jurídica preventiva"), privilegiando *a priori* a las grandes empresas – las poderosas en los términos señalados *supra* respecto de la plutofilia y el Derecho Penal del amigo – frente a las pequeñas que no pueden permitirse económicamente implementar un programa de cumplimiento, con clara conculcación del principio de igualdad.

Finalmente, quisiera añadir que lo expuesto en estas páginas constituyen los primeros resultados de una investigación que continuará y, espero, mejorará en el tiempo y que habrá de seguir avanzando en el estudio de esta materia, con futuras investigaciones que serán objeto de desarrollo en mi periodo de formación predoctoral sobre el complejo, novedoso y desafiante fenómeno de la plutofilia penal.

7. REFERENCIAS

Cuervo Nieto, C. (2023). "Reflexiones preliminares en torno al complejo concepto de plutofilia penal". *Diario La Ley*, nº 10285.

Cuervo Nieto, C. (2024)."La atenuante de reparación del daño del art.21.5 CP bajo el prisma del Derecho Penal de la plutofilia. ¿quién puede reparar?". *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 12, pp.47, 48 y 49.

Ferré Olivé, J.C. (2022)."Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho Penal", *Revista Penal México*, nº 20, p. 56.

Quintero Olivares, G. (2015). "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Thompson Reuters Aranzadi, p. 88.

Silva Sánchez, J.M. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Edisofer.

Terradillos Basoco, J.M. (2020). *Aporofobia y plutofilia. La deriva jánica de la política criminal contemporánea*, Bosch.

https://goo.su/acDIUN

REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

CECILIA CUERVO NIETO
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

Los programas de cumplimiento son en la actualidad una figura jurídica en franca expansión. No obstante, esta expansión no se limita únicamente al ámbito mercantil ni al estrictamente empresarial, claramente condicionados en todo caso por esta figura, sino que también se entiende a otros sectores del ordenamiento toda vez que dichos programas de cumplimiento llevan también consigo consecuencias de primera magnitud en un ámbito tan complejo como es el del Derecho Penal.

Es decir, los programas de cumplimiento, o por emplear el anglicismo con el que se conocen popularmente también en España, el *compliance* (también llamados *compliance programms, compliance guides* o *corporate defense)*, es una figura de naturaleza originariamente extra penal que nace como un mecanismo interno de autoregulación empresarial dentro de unas coordenadas de corte eficientista y mercantilista que no se compadecen, *a priori*, con las propias del ordenamiento jurídico penal y, sin embargo y a pesar de ello, pocas instituciones han generado en la última década mayor impacto en el Derecho Penal español. Ello se debe, a mi juicio, al ámbito particular de aplicación del *compliance* dentro del entramado punitivo. Es decir, los programas de cumplimiento limitan su eficacia a un sector penal muy particular, y también complejo, como es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A tal efecto, conviene recordar que la incorporación al ordenamiento jurídico español del régimen de responsabilidad penal de las personas

jurídicas tuvo lugar mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que reformó el Código Penal a fin de introducir dicha responsabilidad en virtud del art.31 bis, introducido *ex novo*. Las razones que sustentaron esta reforma son ya conocidas, pudiendo resumirse *grosso modo* en motivos de índole político criminal vinculados a la necesidad de perseguir de manera más eficaz ciertas modalidades delictivas desarrolladas en el seno de las grandes empresas investidas de personalidad jurídica propia. Así, las principales causas que motivaron la necesidad de evitar la situación de vacío legal existente, alimentada por el tradicional aunque obsoleto aforismo de *societas delinquere non potest*, se encuentran en el altísimo porcentaje de delitos socio económicos cometidos en el ámbito de este tipo de organizaciones, de modo que, con la finalidad de evitar la impunidad que conlleva la individualización de responsabilidades y de prevenir futuros comportamientos corporativos que puedan dañar bienes jurídicos importantes, se introdujo en España el art. 31 bis CP.

En relación con el tema central del presente capítulo, cabe aquí adelantar, en sede de Introducción, que el *compliance* no solamente le resulta extraño y ajeno al Derecho penal por cuanto su imbricación es esencialmente mercantil, sino que además su propio origen es también distante. Es decir, como se verá, el *compliance* presenta una naturaleza netamente anglosajona, en el sentido de que su nacimiento se produce en el marco de la legislación estadounidense del *common law*, basado en el precedente, y poco compatible *a priori* con el carácter legalista imperante en el modelo de *civil law* al que se adscribe el Derecho Penal español.

2. OBJETIVOS

El presente capítulo se enmarca como la segunda parte de una aportación más amplia integrada por tres capítulos de mi autoría incluidos en la presente obra final. Así, el primer capítulo analiza el régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aportando los fundamentos necesarios que configuran el marco teórico en el que se desarrolla la presente investigación. A continuación, el segundo capítulo, que ocupa estas páginas, avanza hacia la figura de los programas de cumplimiento, analizando su naturaleza, su significación y sus efectos

jurídico penales. Finalmente, el tercer capítulo se centra en los riesgos que los programas de cumplimiento llevan consigo como manifestación a mi juicio más que probable del llamado Derecho Penal de la plutofilia, entendiendo por plutofilia una manifestación concreta de corte netamente económico del fenómeno más amplio y generalista constituido por el Derecho Penal del amigo.

De esta manera, el objetivo de estas páginas, es ofrecer una visión inevitablemente sucinta a cerca de los programas de cumplimiento en el Derecho Penal español, desde una perspectiva no obstante, necesariamente crítica. Se expondrá por tanto un análisis relativo al nacimiento y origen, al que ya se aludía brevemente en la Introducción, de los *compliance programms*, así como relativo a su recepción en el ordenamiento jurídico español, concretamente en el penal, para, a partir de ello, analizar su contenido, finalidades y efectos, planteando finalmente unas observaciones críticas que permitan adelantar los que será el contenido de mi tercera aportación a esta obra colectiva, en relación con la compleja vinculación existente entre los programas de cumplimiento y el fenómeno de la plutofilia penal.

3. METODOLOGÍA

Respecto a la metodología, esta seguirá la línea general de la anterior aportación, esto es, del capítulo anterior en materia de consideraciones generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para poder responder cumplidamente al objetivo principal del presente capítulo, se empleará una metodología esencialmente mixta, basada en el empleo de diversas fuentes como herramientas de investigación y en su conjunta integración en el trabajo.

En primer lugar, como procede en cualquier aproximación investigadora en el ámbito jurídico, y más concretamente en el ámbito penal, esencialmente legalista en su imbricación, es preceptivo acudir al Derecho positivo, es decir a la ley, en este caso a las disposiciones del Código Penal de 1995 que regula desde el año 2010, con las trascendentales modificaciones acontecidas con posterioridad en el año 2015, la materia objeto de análisis. En particular, procede realizar un estudio

de los artículos 31 bis y ss del texto penal que establecen de manera especialmente minuciosa y prolija el régimen jurídico y las condiciones en que pueda serles exigida responsabilidad penal a las personas jurídicas en España, así como, en lo tocante al tema principal de estas páginas, los requisitos que el legislador español establece en el referido art.31 bis CP que deben reunir los programas de cumplimiento para llegar a desplegar sus efectos jurídicos.

A continuación, y a partir de la base legal referida, se consultarán las principales líneas doctrinales establecidas sobre el tema objeto de estudio a fin de conocer las aportaciones de la doctrina española de mayor relevancia, máxime en un tema originariamente tan controvertido, como ya se ha tenido ocasión de exponer.

Finalmente, también se acudirá a la jurisprudencia, particularmente del Tribunal Supremo, a fin de conocer cuál ha sido el criterio mayoritariamente seguido en sus sentencias y cuáles son los lineamientos generales de su jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la naturaleza y eficacia de los programas de cumplimiento en el seno del Derecho Penal español.

4. DISCUSIÓN, RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Como ya se ha tenido ocasión de exponer cumplidamente, en el año 2010 tuvo lugar en España un profundo cambio de paradigma en la concepción que se venía sosteniendo en torno a la noción de la responsabilidad penal. Este cambio se produjo como consecuencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio, por la que se modifica el Código Penal, que en virtud del artículo 31 bis CP, y con fundamento en el aforismo *societas delinquere et punire potest,* consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En España, el *compliance* con verdadero efecto jurídico de exención de la responsabilidad penal se encuentra normativamente previsto desde el año 2015 (en virtud de la modificación planteada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), en el apartado segundo del artículo 31 bis CP, bajo la expresa denominación de "modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el

riesgo de su comisión". Así, el legislador de 2015 avanza en la línea previamente marcada por la LO 5/2010, que, al introducir *ex novo* el artículo 31 bis CP, articuló asimismo en el apartado 4d) del citado precepto una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (reconducida actualmente al artículo 31 *quater*) para aquellas empresas que contaran, antes del juicio oral, con *"*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica", siendo esta circunstancia atenuante inicialmente prevista en la redacción originaria del artículo 31 bis CP el germen normativo de lo que hoy es la figura del *compliance* en nuestro país.

De esta manera, la incidencia de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (acertadamente considerada como una ley ómnibus por la complejidad de su contenido y el elevado número de materias que modificó, hasta el punto de poder considerarse como un verdadero antes y después del Código Penal de 1995) incide directamente en el valor penológico de los programas de cumplimiento que, en virtud de la citada ley, pasan de ser meras circunstancias atenuantes a verdaderas circunstancias eximentes, siempre que concurran los requisitos legales al efecto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, no acaban aquí las novedades que en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas introduce la LO 1/2015, puesto que la misma no solamente modifica en profundidad el art. 31 bis CP, sino que además introduce en el Código Penal hasta tres artículos nuevos sobre esta cuestión: el art. 31 *ter*, el art. 31 *quater* y el art. 31 *quinquies*, respectivamente.

En relación con la admisión y consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha jugado un papel determinante el contexto vigente, toda vez que las normas jurídicas, y en general el Derecho, es siempre deudor de un concreto contexto temporal y espacial. A tal efecto, el contexto que ha propiciado este trascendental hito en el modelo penal español no es otro que el proceso globalizador que ha convertido el mundo en una realidad hiperconectada entre sí. En este sentido, la Globalización ha puesto de relieve la existencia de nuevos poderes, los llamados poderes de hecho o poderes fácticos, cada vez más

determinantes en los procesos de formación del Derecho a diferentes niveles y en relación con diversos ejes temáticos.

Dentro de estos poderes fácticos que han conseguido rivalizar y aun desbancar en ocasiones a las instituciones políticas, democráticas y representativas de los Estados, de carácter tradicional y de dimensión interna (fundamentalmente los Parlamentos nacionales como órganos canalizadores y expresivos de la soberanía nacional), se incluyen las personas jurídicas, y muy en particular, las grandes entidades empresariales que actúan a escala global a través de espesos e intrincados entramados operativos situados estratégicamente en distintos países.

A tal efecto, este tipo de corporaciones empresariales que operan a nivel mundial, y que son habitualmente conocidas como empresas trasnacionales o multinacionales, ejercen en la actualidad una nueva modalidad de soberanía que pone en jaque (en tanto que rivaliza) a las tradicionales soberanías nacionales de los Estados – hoy en día en franco retroceso ante las limitaciones exteriores cada vez más intensas, como las derivadas de la omnipresente e implacable *lex mercatoria* (erigida en una suerte de «ley de la selva» en la que el pez más grande se come al más pequeño y sustentada a su vez en una relación darwinista alimentada por la progresiva inhibición de los Estados) –. Esta nueva soberanía ejercida al margen de los Parlamentos nacionales por parte de las grandes corporaciones empresariales recibe el nombre de soberanía económica o financiera, de carácter fundamentalmente fáctico. De esta manera, los operadores económicos, integrados en las citadas empresas trasnacionales, se logran consolidar como nuevos agentes reguladores a escala global, actuando a instancias de un espíritu intrínsecamente mercantilista y no imparcial de optimización de beneficios (como corresponde a toda empresa) que difícilmente se compadece con la satisfacción del interés general que debiera inspirar la labor de todo legislador. Es precisamente en este peculiar contexto actualmente vigente ante el cual el Derecho Penal debe ofrecer respuestas verdaderamente eficaces en su lucha contra un delito que, cada vez más habitualmente, extiende su *iter criminis* a lo largo de diferentes continentes. En este sentido, este necesario empuje ejercido por el actual Derecho Penal de la mano de su incuestionable compromiso de erradicación de la

criminalidad debe vertebrarse precisamente a través de la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (especialmente a estas grandes corporaciones económicas – tradicionalmente inmunes y por ello impunes a la reacción penal–), así como mediante un fortalecimiento de la acción penal exterior de la mano de una más ágil y eficaz cooperación a nivel procesal penal entre los diferentes Estados.

Tras esta breve digresión en relación con el contexto que enmarca a modo de coordenadas espaciales y temporales la génesis y el alumbramiento de la figura que ahora nos ocupa de los modelos de cumplimiento, procede continuar con el análisis de los mismos. A tal efecto, en relación con el nacimiento normativo del *compliance* en España, ya se ha expuesto que este novedoso marco regulatorio inicialmente diseñado en el año 2010 con arreglo a la citada LO 5/2010 (auténtico hito legislativo en materia penal) fue considerablemente apuntalado posteriormente en el año 2015 mediante la Ley Orgánica 1/2015, que, entre otras muchas novedades, modificó sensiblemente el apartado segundo del artículo 31 bis CP. En dicho precepto se viene a consagrar la eficacia penológica eximente (frente a la meramente atenuante prevista en la redacción original del año 2010 en los términos descritos *supra*) de los conocidos como programas de cumplimiento empresariales en España en el ámbito de la responsabilidad penal, sin perjuicio de que el legislador nacional no llega a emplear expresamente en ningún artículo del Código Penal el término de programas de cumplimiento, ni mucho menos utiliza el concepto anglosajón de *compliance guides* o *corporate defense,* sino que, ya se ha indicado que, de forma más genérica, se refiere literalmente a "modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión". En cualquier caso, al margen de la concreta terminología que se quiera emplear, la relevancia de estos conocidos como programas de cumplimiento estriba en que tales programas pueden llegar a determinar la completa exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre que los mismos se adecúen a las exigencias formuladas por el legislador en el apartado segundo del artículo 31 bis CP.

Teniendo en cuenta lo anterior, y más allá de la recepción del *compliance* en el Derecho Penal español – que ya se ha indicado que se produce en dos fases sucesivas, primeramente en el año 2010 y a continuación y de forma más rotunda en el año 2015 cuando el legislador penal dota de carta de naturaleza al *compliance* como circunstancia eximente de la responsabilidad penal –, procede hacer referencia al origen de los programas de cumplimiento no ya en España, sino a nivel global.

En cuanto al origen histórico de los programas de cumplimiento, *grosso modo* hay que recordar que el *compliance* nace en los Estados Unidos, fundamentalmente durante la década de los años sesenta, si bien, se afianzaría más intensamente en los años setenta y ochenta del pasado siglo. Su aparición fue en gran medida motivada por el estallido de graves escándalos de corrupción, de la que se derivó un lógico sentimiento de descrédito y consecuente desapego de la sociedad estadounidense hacia las instituciones y organismos tanto pertenecientes al sector público como al privado. Todo ello motivó la aprobación de la *Foreign Corrupt Practices Act* en el año 1977, vinculada fundamentalmente al ámbito empresarial de carácter privado, y que constituye, sin duda, el verdadero punto de partida de esta compleja institución. Posteriormente, desde Estados Unidos el *compliance* no tardó en extenderse al continente europeo, particularmente al Reino Unido, cuyo modelo económico, marcadamente neoliberal, resultó especialmente propicio para la expansión de esta figura.

Como se apuntaba al inicio de este capítulo, ya en la Introducción, el *compliance* es una figura que nace y tiene su primer desarrollo en el ámbito anglosajón del *common law* – regido esencialmente por el principio de oportunidad–, en el que adopta la naturaleza propia de una medida de carácter fundamentalmente procesal. No obstante, y a pesar de su estrecha vinculación a la cultura jurídica anglosajona, estadounidense y británica (eminentemente casuística y vertebrada en torno a la figura del precedente), también en la Europa continental del *civil law*, marcadamente legalista, de inspiración francesa y corte positivista, se ha venido expandiendo con notable éxito en los últimos años la figura del *compliance*, particularmente en Francia, Italia y España – cuyo sistema de *compliance guide* penal debe mucho precisamente al modelo italiano –.

Frente al carácter procesal de la figura de los programas de cumplimiento en el ámbito jurídico del *common law*, en España, dentro del marco del Derecho Continental, el *compliance* puede llegar a determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica responsable penalmente de un hecho delictivo, configurándose por lo tanto como una medida, no ya procesal o formal sino eminentemente sustantiva, que, si bien no puede llegar ni a excluir ni a impedir la incoación o apertura del proceso penal correspondiente, sí que atenúa o incluso exime las consecuencias jurídico penales – en función de que los requisitos exigidos por el legislador en el art. 31 bis CP, y referidos en el capítulo relativo a las consideraciones generales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, concurran o no en su totalidad respecto del caso concreto de que se trate, toda vez que la eficacia penológica del *compliance* no necesariamente ha de ser *per se* y en todo caso la de una eximente completa sino que puede también operar por la vía del art.21.1 del Código Penal como una eximente incompleta con valor de atenuante si los referidos requisitos legales solamente concurren, o pueden acreditarse, de manera parcial– derivadas del procedimiento penal en cuestión ya inocado previamente.

De esta manera, según lo expuesto en las líneas precedentes, y ante la ausencia de una definición legal de los programas de cumplimiento empresarial a nivel interno en el ordenamiento jurídico español (en el que, recuérdese, el legislador penal interno ni siquiera emplea la expresión de *compliance guides* ni su homóloga de programas de cumplimiento), el *compliance* podría definirse aproximativamente como aquel conjunto de medidas enunciadas necesariamente por escrito a modo de decálogo, modelo o guía de actuación, con arreglo a las cuales las personas jurídicas pretenden garatizar el cumplimiento de las reglas vigentes tanto para las propias empresas como para sus empleados, así como que las eventuales infracciones cometidas en su seno sean descubiertas y, en consecuencia, oportunamente sancionadas.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que, además, el *compliance* penal presenta en España ciertos rasgos *sui generis que* le confieren de una particular idiosincrasia.

En este sentido, ya se ha apuntado que, a diferencia de en Estados Unidos, en España la naturaleza del *compliance* es meramente sustantiva, no teniendo así un carácter evitador del proceso (en el sentido de llegar a excluirlo o impedirlo), sino de modulación o graduación de la responsabilidad penal, pudiendo reducirla o incluso eliminarla en su totalidad. Es por ello que será precisamente en el curso del correspondiente proceso penal – cuya existencia no ha podido evitar la existencia del concreto programa de cumplimiento – derivado de la previa comisión del hecho delictivo cuando deberá comprobarse la concurrencia en el mencionado programa de aquellos requisitos que el artículo 31 bis apartado segundo del Código Penal exige para la adecuación y validez exoneradora del programa de cumplimiento de que se trate, siempre en relación con la eficacia e idoneidad (lógicamente *ex ante)* del mismo.

Por otra parte, es importante señalar que, en España, cuando se habla de *compliance* hay que tener en cuenta que tener incorporado por una determinada empresa un programa de cumplimiento es siempre una opción en tanto que no existe en general ningún deber jurídico o mandato expreso al efecto. Esto es, en principio y en líneas generales, tener un programa de cumplimiento (o un modelo de organización y gestión para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, por utilizar la terminología expresamente empleada por el legislador penal) no es una obligación jurídica impuesta ni por el ordenamiento jurídico español en general ni menos aún por el propio Código Penal en particular. Otra cosa es que ello sea muy útil y beneficioso para las empresas para potenciar su competitividad, su productividad y su reputación social en relación con su propio funcionamiento y gestión interna, en relación con la valoración de sus respectivos activos, así como en su relación y proyección de cara a terceros sujetos y potenciales clientes, proveedores y socios, vinculándose en definitiva la eficacia de los programas de cumplimiento fundamentalmente a una cuestión de imagen pública de la empresa con todas las derivadas que dicha imagen implica en el ámbito del mercado y la concurrencia competitiva que las empresas enfrentan en el mismo. Y todo ello, sin perjuicio, claro está, de las notables ventajas existentes también a nivel penal en el sentido ya aludido de poder llegar la persona jurídica que cuenta con un

programa de cumplimiento a liberarse por completo de cualquier responsabilidad penal derivada de la comisión de hechos delictivos, generadores de dicha responsabilidad de acuerdo con la incriminación de *numerus clausus* que contempla el Código Penal, en su seno, ya sea por sus directivos o representantes legales, ya sea por sus subordinados.

De esta manera, a mi juicio, las normas relativas a la creación y posterior implementación de un programa de cumplimiento obedecerían en cuanto a su naturaleza, presuntamente no imperativa, a la llamada categoría de las normas de *soft law*, que son aquellas que, aun sin ser jurídicamente exigibles ni constituir verdaderos mandatos jurídicos– por cuanto no son *strictu sensu* verdaderamente vinculantes–, su cumplimiento sí que resulta notablemente conveniente o aconsejable, pero sin que se derive ninguna sanción en caso de que la persona jurídica decida no implementarlo. Así, como se apuntaba *supra*, de la creación (y posterior observancia) de un programa de cumplimiento se desprenden notables ventajas para aquella empresa que se rige por ese concreto *compliance guide*, redundando tales beneficios en una clara reafirmación de la misma tanto en el ámbito extraprocesal – en la vertiente puramente económica pero también reputacional enfocada hacia la optimización de resultados y hacia la mejora del funcionamiento interno del ente – como en el ámbito propiamente procesal – mediante la posibilidad de que la empresa en cuestión llegue a ver atenuada o incluso exonerada su respectiva responsabilidad penal en caso de la eventual comisión de un hecho delictivo en su seno –.

A tal efecto, se ha indicado que, *a priori,* la implementación por una determinada empresa de un concreto programa de cumplimiento es eminentemente potestativa, facultativa o voluntaria, pero en ningún caso imperativa o coercitiva. No obstante, conviene señalar que en España sí que existen ciertos sectores que (aunque de manera todavía muy minoritaria) muy recientemente han comenzado a abogar por esbozar una cierta tendencia dirigida a, de alguna manera, forzar o imponer un modelo de *compliance* que podría así llegar a catalogarse de cuasi preceptivo en cuanto a su naturaleza.

Sirva como ejemplo para ilustrar esta innovadora tendencia – no por residual, inexistente – el modelo desarrollado por la Real Federación

Española de Fútbol (por sus siglas, RFEF) que, con la vocación de dotar de trasparencia a un sector en ocasiones tan opaco como el del fútbol, exige con carácter obligatorio a los diferentes clubes de dicho deporte a nivel profesional la elaboración e implementación de un código de conducta interno o programa de cumplimiento, condicionándose a su respectiva implantación y a su consiguiente observancia y cumplimiento la participación de cada club de fútbol en la liga profesional. Para precisar más este punto, hay que señalar que esta *praxis* se instauró en el año 2015, cuando tuvo lugar una muy relevante modificación del artículo 55, apartado 19, de los Estatutos Sociales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), dirigiéndose esta modificación a imponer como requisito ineludible para la válida inscripción de los clubes de fútbol en cualquier modalidad de competición de carácter oficial, tanto en Primera como en Segunda División, la previa implementación por parte de tales clubes de un programa de cumplimiento a nivel interno, siendo esta importante modificación ya exigible desde la temporada 2016-2017 en adelante.

Tras esta breve digresión relativa a la naturaleza, generalmente, optativa y voluntaria del *compliance* como libre decisión adoptada por cada persona jurídica en cada caso, cabe retomar la cuestión de la naturaleza de los programas de cumplimiento. En este sentido, pueden diferenciarse dos percepciones opuestas sobre su filosofía o inspiración, que dan, a su vez, lugar a dos categorías distintas:

- De un lado, estarían los llamados programas de exclusiva vocación penal, estrictamente diseñados para eludir (en el sentido ya indicado de eximir o al menos atenuar la responsabilidad penal) una eventual responsabilidad derivada de la comisión de un hecho delictivo en el seno de la empresa en cuestión de que se trate.

- Frente a ello, hay una corriente mucho más integradora, cohesionadora y trasversal que es la que defiende la instauración definitiva a nivel interno de una verdadera cultura del cumplimiento en la organización empresarial. Por tanto, esta noción del *compliance* propone que los programas de cumplimiento

> no queden puramente vinculados o circunscritos al exclusivo ámbito penal focalizándose en la sola prevención de delitos, sino que estos programas deben además extenderse mucho más allá, trascendiendo así la esfera puramente preventiva, para alcanzar al núcleo o esencia mismo de la propia empresa, impregnando al conjunto de su actividad y potenciando la marca, el reconocimiento social y, en definitiva, su propia reputación mediante una clara vocación de compromiso en el cumplimiento de la legalidad y ética empresarial. Es por ello que, vincular la institución del *compliance* al ámbito exclusivamente penal mediante el incompleto concepto de *compliance* penal puede provocar (además de carencias, cuando no errores metodológicos relevantes) una suerte de desincentivación para la consecución del que a mi juicio debiera ser el fin último de todo programa de cumplimiento, cual es la construcción como señalaba de una verdadera cultura de cumplimiento en las empresas que extienda sus efectos a toda la vida y aspectos de las mismas (es decir, la llamada cultura o ética del cumplimiento o del *compliance*).

Finalmente, en cuanto al contenido de los programas de cumplimiento, cabe recordar que el Código Penal contempla un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas de doble vía, diferenciando según que el delito haya sido cometido por los considerados en sentido amplio como directivos (directivos, representantes, administradores legales, etc), o por los catalogados, también de manera flexible, como subordinados (incluyendo aquí a todo aquel que, aunque de manera temporal, tenga vinculación laboral o profesional con la perosna jurídica, integrándose en su estructura interna). En este sentido, también los requisitos formales y materiales de los programas de cumplimiento van a verse definidos por el legislador penal según la modalidad subjetiva de delito ante el que nos encontremos. Así, el Código Penal establece de manera muy prolija los requisitos que han de reunir los programas de cumplimiento cometidos por los directivos, siendo notablememte escueto en relación con los modelos de organización y gestión en los supuestos de delitos cometidos por los subordinados. No

obstante, para no reiterarme sobre este particular y extenderme en demasía al respecto, me remito en este punto a lo indicado al efecto con arreglo al art. 31 bis CP en el capítulo de mi autoría, publicado en esta obra sobre las consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España.

En todo caso, si bien los programas de cumplimiento, especialmente en su segunda acepción o corriente aludida *supra* de carácter integradora, son objetivamente positivos por cuanto promueven el desarrollo de una deseable cultura del cumplimiento en las empresas y por cuanto también favorecen la autogestión empresarial, no pueden desconocerse ni ignorarse los riesgos que asimismo llevan consigo los modelos de organización y gestión.

Tales riesgos se refieren fundamentalmente a una suerte de incipiente privatización de las funciones públicas de supervisión y vigilancia que históricamente han correspondido y se han ejercido en régimen de monopolio y exclusividad por el Estado a través de sus diferentes autoridades públicas. Asimismo, reconocer a las personas jurídicas una suerte de posibilidad de eludir plenamente su responsabilidad penal *ex post facto*, mientras que a las personas físicas no se les reconoce ninguna ventaja análoga, parece no compadecerse bien con el principio de igualdad consagrado en los art. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución Española de 1978 respectivamente. Es precisamente en relación con esta quiebra del principio de igualdad, con esta asimetría en el tratamiento penal entre los delitos cometidos por personas físicas y por personas jurídicas, donde puede plantearse la cuestión de la plutofilia penal y de la posible consideración del régimen jurídico de responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, y de los programas de cumplimiento en particular, como eventuales manifestaciones de lo que, todavía hoy, de manera muy incipiente se viene definiendo en la doctrina como Derecho Penal de la plutofilia.

7. REFERENCIAS

Cuervo Nieto, C. (2022).”Breves reflexiones sobre el compliance como instrumento híbrido entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, especial consideración a Lationamérica”, *Diario La Ley*, nº 10164, pp.1 y 2.

Ferré Olivé, J.C. (2019).”Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa”, *Revista Penal México*, nº 16-17, p. 80.

Kuhlen, L. (2013). “Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal”, *Compliancey teoría del DerechoPenal*, Marcial Pons, p. 51.

Lucas Romero, D. (2020). *Los delitos cometidos en el seno de la empresa y su defensa legal*. *La dimensión del modelo de compliance penal en la empresa,* Colex, p. 70.

Menéndez Conca, L.(2023). “Los *compliance programs* en los clubes de fútbol”, *Un mundo en aceleración: las ciencias, jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI,* Dykinson, pp. 760 y ss.

Quintero Olivares, G. (2015). “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*, Thompson Reuters Aranzadi, p. 88.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 234/2019, de 8 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 534/2020, de 22 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022, de 27 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 89/2023, de 10 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 298/2024, de 8 de abril.

ALGUNAS CUESTIONES PRÁTICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AL HILO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA 2ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

ÁLVARO MENDO ESTRELLA
Universidad Católica de Ávila

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Se han cumplido 15 años, tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal de la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas tras debatirse durante muchos años si era o no conveniente tal regulación jurídica.

Dicha normativa, tras una pequeña modificación operada por la Ley Orgánica 7/2012 que amplió la responsabilidad penal de las personas jurídicas también a los partidos políticos y sindicatos que estaban excluidos de tal responsabilidad en la regulación original, fue sustancialmente retocada por la conocida la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (entrada en vigor el 1 de julio).

Y en estos 3 lustros desde la introducción en nuestro Código penal de la responsabilidad penal de estos entes jurídicos y, sobre todo, a partir de la referida modificación de 2010, contamos ya con un importante cuerpo jurisprudencial no solo de la denominada jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales sino, también, de la sala 2ª (sala de lo Penal) del Tribunal Supremo.

Y como fácilmente puede imaginarse son numerosas las cuestiones de carácter práctico que se han ido suscitando a lo largo de estos 15 años

y a los que, en mayor o menor medida, han dado respuesta las decisiones judiciales emanadas de nuestro Alto Tribunal. Y este es precisamente el **objetivo** de nuestro trabajo: esclarecer los criterios y la evolución de nuestro Alto Tribunal al decidir sobre algunas cuestiones prácticas de especial relevancia en este campo.

Teniendo en cuenta la extensión concedida a este capítulo centraremos la investigación en conocer qué es lo que debe acreditar la acusación que pretende la condena de una persona jurídica, cuál es el alcance del beneficio directo o indirecto al que alude el artículo 31.bis.1 a y b del Código penal, cuál es el tratamiento de las denominadas empresas pantalla o el de las sociedades unipersonales en las que se confunden irremediablemente la persona jurídica y física.

2 ¿QUÉ DEBE PROBAR LA ACUSACIÓN?

De las diferentes cuestiones prácticas que nos planteamos abordar en este trabajo quizá sea esta la de mayor importancia, por su obvia aplicabilidad en todos los asuntos que puedan surgir y por ser la que mayores discrepancias ofrece en la evolución jurisprudencial al respecto, incluido algún importante voto particular.

Pues bien, como punto de partida, sistemática y cronológicamente, parece interesante traer a colación lo advertido por la sala 2ª de nuestro Alto Tribunal en la **STS 514/2015 de 2 de septiembre** al señalar que

> "parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal".

Y complementando lo expuesto por dicha resolución, la relevante **STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016**, conocida como la "bisiesta" obviamente por el día de su dictado, sitúa entre aquellos principios irrenunciables a los que aludía su antecesora a los de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, juez legalmente predeterminado por la ley o al derecho a un proceso con todas las garantías a los que podríamos añadir, en nuestra opinión, el principio probatorio de que quien alega ha de probar.

Considero evidente, atendiendo al principio de legalidad (31 bis.1, a y b del Código Penal), que además de demostrar la comisión de un delito en el ámbito de actuación habitual de una persona jurídica (así señala el precepto acabado de mencionar "por cuenta y en nombre de las mismas", "en el ejercicio de actividades sociales") debe igualmente acreditarse que el delito ha sido cometido por algunas de las personas a las que se refieren las letras a y b del artículo 31 bis.

En este sentido la **STS 154/2016 de 29 de febrero**, ya mencionada, recuerda que "lo que no admite duda […] es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad…".

Pero ¿basta solo con ello? Para responder a esta pregunta podemos aludir, de nuevo, a la **STS 154/2016 de 29 de febrero** (sentencia del Pleno) e, igualmente, a la posterior **STS221/2016 de 16 de marzo**, obviamente ambas de nuestra sala 2ª o de lo Penal.

Así, la primera señala al respecto que "la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal […] ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la **ausencia de una cultura de respeto al Derecho"** concluyendo, y respondiendo así a la pregunta que nos venimos formulando de qué debe probar el que acusa, que "el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, **no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo** esencial para la prosperidad de su pretensión".

Por su parte, la segunda de las resoluciones mencionadas, la **Sentencia 221/2016 de 16 de marzo** confirma claramente, en varios pasajes de su F.J 5, lo afirmado por su antecesora en cuanto a cuál ha de ser la carga probatoria de la acusación: así señala que.

> "desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, **pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí**. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015".

Y a mayor abundamiento concluye la sentencia que venimos refiriendo que "en definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia **impone que el Fiscal no se considere exento de** la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos -pericial, documental, testifical- para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad".

Y a la línea marcada por las dos sentencias mencionadas en los párrafos anteriores se adhiere también la posterior **Sentencia 516/2016 de 13 de junio** al indicar con absoluta nitidez que

> "El art. 31 bis señala los **presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito**, esto es, un delito cometido por persona física - representantes legales o por empleados - en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, **y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias**, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar".

Por tanto, a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, podremos extraer **a modo de conclusión** que: la acusación debe probar que se ha cometido un hecho delictivo por alguna de las personas mencionadas en el art. 31. bis. 1 a y b), en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto y, además, que ello se ha visto facilitado

por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos.

No obstante no podemos dejar de mencionar el relevante **voto particular** a la Sentencia 154/2016 emitido por 7 Magistrados de la Sala Segunda, alguno de cuyos pasajes conviene recordar: así, por ejemplo, cuando señala que

> "**Los elementos que configuran la responsabilidad penal** de las personas jurídicas **y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa** se relacionan por el Legislador en **el art 31 bis 1º CP, apartados a) y b)**. […] **la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas** o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art 31 bis. La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes".

Por tanto este relevante voto particular autoriza a **concluir** que:

1º. La acusación debe probar la comisión en el seno de la empresa de algún delito que haya sido cometido por sus representantes y subordinados, en beneficio directo o indirecto de la misma y actuando en su nombre o por su cuenta.

2º. La existencia de modelos de cumplimiento o *compliance*, como causa de exención de responsabilidad que son, debe ser probada por quien lo alegue es decir, por la persona jurídica en cuestión y no por la acusación.

Y ante esta diferente posición entre la jurisprudencia existente hasta aquel momento, año 2016, y el mencionado voto particular, avanzamos hasta la **STS de 19 de julio de 2017** que en su fundamento jurídico número 28 señala con absoluta claridad que para condenar a una persona jurídica debe acreditarse que:

a) “Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable […] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas”. b) “Concurre un innegable provecho o beneficio directo” o indirecto “para la sociedad” c) “Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito”.

Así las cosas, parece que se asienta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, aparte de probar por la acusación que se ha cometido un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica en el ejercicio de sus actividades, que necesariamente ha tenido que ser cometido por alguno de los sujetos mencionados en el artículo 31.bis.1 a y b) y que se ha cometido en beneficio directo o indirecto de aquella, recae sobre la acusación la carga de probar que el ente jurídico carecía de un sistema de control implementado para evitar la posible comisión de hechos delictivos.

Sin embargo, y esta es una de las principales aportaciones de este estudio sobre la evolución jurisprudencial de alguna cuestiones prácticas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, avanzando en el tiempo nos encontramos con la, a mi parecer, importante **Sentencia del Tribunal Supremo 298/2024 de 8 de abril** que efectivamente reconoce en su fundamento jurídico número 4, como elemento relevante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, “que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado por la actuación delictiva del agente” y en relación al mismo son destacables, en mi opinión, las siguientes consideraciones del Alto Tribunal, que trascribo:

1ª. “Se trata de un elemento negativo lo que, al margen de cuál sea su naturaleza, acarrea ciertas elementales consecuencias procesales. Entre otras: que **la carga de la alegación** de ese factor excluyente de la responsabilidad **recae**, en principio, **en la defensa**”.

2ª. “Si esta se abstiene de proponer prueba alguna al respecto, y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento […] será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento”.

3ª. Al mencionar literalmente que “En cuanto a la inexistencia de un plan eficaz de cumplimiento (falta de cultura de respeto al derecho según la semántica no ajena a la jurisprudencia de esta Sala)..” podemos deducir sin ningún género de duda que nuestro Tribunal Supremo está identificando claramente los modelos de compliance con la cultura de respeto al derecho.

Por tanto, son dos las conclusiones principales que podemos extraer del estudio de la evolución de la jurisprudencia en relación a la cuestión que nos venimos planteando: en *primer lugar*, que debe acreditarse la ausencia de una cultura de respeto al derecho o de un plan eficaz de cumplimiento pero que, a diferencia del estado de la jurisprudencia en 2016, actualmente ha de ser la propia persona jurídica la que acredite su existencia. Y *en segundo lugar*, que si bien en resoluciones previas (como en la propia Sentencia 154/2016 de 29 de febrero) parecía atisbarse que la cultura de respeto al derecho no es lo mismo que disponer de un plan eficaz de cumplimiento[6] (*compliance*), la Sentencia 298/2024 de 8 de abril equipara claramente ambos conceptos.

3. SOBRE EL BENEFICIO DIRECTO O INDIRECTO

El beneficio directo o indirecto es, como hemos adelantado y como claramente recoge el artículo 31 bis 1. a y b), otro elemento que debe acreditarse para la condena de la persona jurídica como responsable penal, ya sea el delito cometido por los representantes de la misma o por los

[6] Así, por ejemplo, cuando dicha resolución se refería a la cultura de respeto al Derecho como “núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, **independientemente de aquellos requisitos**, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento”. O cuando, igualmente, la misma resolución continuaba aludiendo a la cultura de respeto al derecho“..**más allá de** la eventual **existencia de modelos de organización y gestión** que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista”

subordinados a ellos. Y, tras 15 años de vigencia de la regulación jurídico penal de tal responsabilidad, parecen estar claros los contornos de dicho elemento.

En este sentido es una vez más la trascendental **Sentencia 154/2016 de 29 de febrero** la que claramente señala que "ese término de provecho o beneficio hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete".

Y extramuros de la jurisprudencia es conocido cómo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 considera que dicho elemento debe interpretarse que

> "como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés […] también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a la entidad, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella".

Trascurridos varios años desde la emisión de las referencias acabadas de trascribir podríamos preguntarnos si esta sigue la siendo la línea jurisprudencial seguida en la actualidad, siendo afirmativa la respuesta a tal interrogante. Mencionemos por todas, y por ser un asunto relativamente mediático (se trata del conocido como "caso Pescanova"), la **Sentencia del Tribunal Supremo 89/2023 de 10 de febrero** al señalar en su fundamento jurídico 27.5 que

> "Queda sentado, por tanto, que no es preciso para que pueda predicarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, colmadas todas las demás exigencias para ello, que los hechos delictivos hubieran producido efectivamente un beneficio para ésta. Pero sí debe ser exigido, a partir del texto legal vigente, que la conducta delictiva imputable a las personas físicas que actúan en representación o por cuenta de aquéllas, se realice en beneficio directo o indirecto de las mismas. Resulta **indispensable** así **que la conducta delictiva resulte beneficiosa**, **contemplada ex ante y enmarcada en el proyecto delictivo de su autor**, directa o indirectamente, **para la persona jurídica**, con independencia

> de que dicho beneficio llegue o no a materializarse" por lo que, incluso, podría considerarse colmado este requisito aunque se hubiera finalmente producido un perjuicio si la intención del autor era lograr un beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica.

4. LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES COMO SUJETOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Otra situación que no es inusual en la práctica de nuestros tribunales en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas es encontrarse como acusada a una sociedad unipersonal. Conviene recordar que según dispone el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital entendemos por tal

> "a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica o b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal".

Debemos recordar también que la sociedad unipersonal puede adoptar la forma jurídica de sociedad limitada (SLU) o sociedad anónima (SAU). Tampoco está demás aclarar que el socio puede asumir las labores de administrador o confiar las mismas a terceras personas.

Bajo estas premisas iniciales la pregunta que se plantea habitualmente es si las sociedades unipersonales son o no sujetos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La respuesta, con apoyo en el principio de legalidad, ha de ser a priori afirmativa, pues no se encuentra ninguna excepción al respecto en los artículos que nuestro Código Penal dedica a la responsabilidad penal de los entes jurídicos. Sin embargo, las dudas surgen cuando existe una identidad total entre la sociedad y el socio único, principalmente cuando éste también asume las funciones de administración pues, en tal caso, podría verse comprometido uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho Penal como es el de la prohibición del *bis in ídem*.

Afortunadamente, la respuesta y evolución de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal parece clara. En este contexto es destacable la

Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022 de 20 de junio pues entra, podemos decir de oficio, a responder a esta cuestión, lo que da muestra de su importancia práctica.

Señala esta resolución en su fundamento jurídico octavo tras preguntarse si "¿Es aceptable una doble penalidad -persona física y persona jurídica- cuando la persona física responsable penal es el único titular de la sociedad?" que "El non bis in ídem parece repudiar la doble condena […]. Cuando el condenado penalmente como persona física es el titular único de la sociedad no resulta factible imponer dos penalidades sin erosionar, no ya solo el principio del non bis in ídem, sino la misma racionalidad de las cosas". Y concluye por tanto que "se produce 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", de donde podemos deducir que sí sería posible la condena a la persona jurídica unipersonal cuando el administrador responsable penal no es el socio único de la sociedad.

Algo más cercana en el tiempo y en la misma línea la **Sentencia del Tribunal Supremo 321/2023 de 9 de mayo** señala en su fundamento jurídico primero que "*solo si cupiera identificar a la persona jurídica con el responsable penal* (lo que ocurrirá cuando el socio único es el responsable penal) *cabría renunciar a una de las condenas (la de la persona jurídica) para no lesionar la prohibición de bis in ídem*".

Por su parte, la posterior **Sentencia del Tribunal Supremo 833/2023 de 15 de noviembre,** incide en la doctrina marcada cuando en su fundamento jurídico decimoséptimo, aludiendo a la conocida Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 afirma que "*en aquellos casos en que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica […] deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación*". Doctrina que se consolidad en la **Sentencia del Tribunal Supremo 1073/2024 de 26 de noviembre** que en su fundamento jurídico 1.4 realiza un resumen ilustrativo de resoluciones precedentes y de cuanto venimos indicando.

Y no queremos terminar este apartado sin referirnos de nuevo a la **Sentencia del Tribunal Supremo 298/2024 de 8 de abril** que en su fundamento jurídico cuarto va más allá y aprecia también vulneración del bis in ídem incluso habiendo más de un socio al indicar que "es muy difícilmente aceptable la condena superpuesta de la persona jurídica a la de sus dos únicos socios: saldría muy mal parado el *non bis in idem*".

5. ¿Y QUÉ HAY DE LAS SOCIEDADES PANTALLA?

En relación con esta cuestión conviene, con carácter preliminar, aclarar qué entendemos por empresas o sociedades pantalla. En este sentido, para mayor rigor, aludiremos a una opinión doctrinal y otra jurisprudencial.

En cuanto a la primera es Villacorta (2017, p.2) quien las define como aquellas "que constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales". En cuanto a la segunda, es una vez más la **Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero** se refiere a las sociedades pantalla en su fundamento jurídico séptimo como aquellas "*creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física*".

Tras ello debemos por tanto preguntarnos si estas sociedades pantallas han de ser o no objeto de responsabilidad penal. La respuesta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo parece lineal, si atendemos a la evolución de la misma que es, al fin y al cabo, el objeto de este trabajo.

Pues bien, ya la propia **Sentencia 154/2016** se posiciona claramente al respecto al señalar que la empresa pantalla "ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia..". Idénticos términos se utilizan en la **Sentencia del Tribunal Supremo 108/2019 de 5 de marzo.**

Avanzando en el tiempo, la **Sentencia del Tribunal Supremo 534/2020 de 22 de octubre** nos indica en su fundamento jurídico cuarto que *"las denominadas "sociedades pantalla" que no tienen otro propósito que delinquir o encubrir actividades ilegales, están al margen del sistema penal para las personas jurídicas, y, por lo tanto, no pueden gozar de los derechos y garantías que el mismo ofrece, siendo inimputables a todos los efectos penales*". Y más recientemente todavía, la **Sentencia del Tribunal Supremo 833/2023 de 15 de noviembre** expone en su fundamento jurídico décimo séptimo que "*estamos ante una sociedad instrumental, que si bien formalmente es una persona jurídica, materialmente carece del suficiente desarrollo organizativo para ser diferenciada de la persona física, sin que pueda por ende serle de aplicación el art. 31 bis*".

A pesar de esta línea jurisprudencial estable, considero que pueden albergarse dudas al respecto por cuanto podemos encontrar en nuestro texto punitivo algunas menciones que avalarían la aplicación de esta regulación a las empresas pantalla. Así, por ejemplo, cuando el artículo 31 quinquies, después de exponer a qué entidades no les es aplicable este régimen, aclara que sí lo será cuando "se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal" o cuando el 66 bis.2ª.b) considera objeto de las penas previstas en el artículo 33.7 c) a g) a la persona jurídica que "se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales" entendiendo que ello se dará "siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal".

Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Supremo 534/2020 de 22 de octubre** avala, en su fundamento jurídico cuarto, la triple distinción que realiza la defensa de la persona jurídica en ese caso y según la cual

> "podemos encontrarnos básicamente, a estos efectos, con tres tipos de personas jurídicas: las que desarrollan una actividad legal, mayor que su actividad ilegal; aquellas que realizan mayor actividad ilegal que legal (citadas ex artículo 66 bis, 2ª, b) al tratar la modulación de las penas interdictivas), y por último las "sociedades pantalla", meros instrumentos del delito" considerando el Alto Tribunal que "en efecto, las dos primeras de las mencionadas son imputables, pues solo una empresa

con una mínima complejidad interna adquiere una capacidad autoorganizativa y, en consecuencia, permite hacerla responsable penalmente por las consecuencias derivadas de la "culpa organizativa", prevista por el artículo 31 bis del Código Penal" por lo que, en definitiva, el Tribunal Supremo no incluiría a las empresas pantalla en las personas jurídicas a las que se refiere el 66 bis, 2ª, b a pesar de que, literalmente, su actividad legal es menos relevante que la legal, aunque aquella sea nula y aunque, en nuestra opinión, si le fuera aplicable esta normativa probablemente fuera más sencillo el embargo de sus posibles activos derivados de los delitos cometidos.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. La investigación realizada con base en la evolución jurisprudencial de la sala 2ª del Tribunal Supremo acerca de algunas cuestiones de interés práctico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos permite concluir que, actualmente, debe acreditarse para poder condenar a una persona jurídica que se ha cometido un delito en nombre o por cuenta de la misma en el ejercicio de sus actividades, que necesariamente ha tenido que ser cometido por alguno de los sujetos mencionados en el artículo 31.bis.1 a y b), que se ha cometido en beneficio directo o indirecto de aquella y que carecía de un sistema de control implementado para evitar la posible comisión de hechos delictivos, si bien este último extremo, a tenor de lo asentado en la reciente STS 298/2024 de 8 de abril y en contraposición a lo expuesto en algunos precedentes jurisprudenciales, ha de ser probado por la propia persona jurídica.

Igualmente, la sentencia acabada de mencionar avala la equiparación de la cultura de respeto al derecho con los planes eficaces de cumplimiento.

II. El requisito típico consistente en el beneficio directo o indirecto para la persona jurídica parece claramente delimitado desde los inicios de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, si bien podemos añadir al hilo de alguna reciente y mediática sentencia de nuestro Alto Tribunal que, incluso, podría considerarse colmado este requisito aunque se hubiera finalmente producido un perjuicio si la intención del autor persona física era lograr un beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica.

III. Es también una cuestión habitual en la práctica la acusación a personas jurídicas unipersonales como pueden serlo las sociedades anónimas unipersonales o las sociedades limitadas unipersonales. En tales casos, podemos concluir que dichos entes jurídicos unipersonales solo podrán ser sujetos de responsabilidad penal y condenados, cuando la persona física responsable del delito en cuestión (por ejemplo, un administrador de hecho o de derecho) no sea el socio único. En caso de coincidencia solo deberá condenarse a la persona física para evitar así un *bis in ídem* proscrito.

IV. Y es más, en el estudio de la evolución jurisprudencial objeto de este trabajo observamos como incluso se considera infringido el *bis in idem* no solo cuando se trata de sociedades unipersonales sino también en supuesto con más de un socio, como es el examinado en la Sentencia 298/2024 de 8 de abril.

V. Es línea jurisprudencial constante que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es aplicable a las empresas pantalla si bien, en nuestra opinión, y en base al principio de legalidad, habría argumentos para sostener lo contrario lo que, a su vez, facilitaría la efectividad de consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica como, por ejemplo, el cobro de multas.

7. REFERENCIAS

Villacorta, M.A. (2017) La responsabilidad penal de las empresas. *Revista Contable*, nº 53, p.2.

EL ENFOQUE BASADO EN LA GESTIÓN DE RIESGOS Y LA DEBIDA DILIGENCIA EMPRESARIAL COMO ESTRATEGIA DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

LILIANA VAUDO GODINA
Universidad Metropolitana, Venezuela

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan en esta investigación, los principios que ordenan el buen gobierno corporativo y el impacto que tiene la debida diligencia, incluso respecto de terceras partes como criterio de actuación en toda la cadena de valor, lo cual permitirá el seguimiento de la gestión de *compliance,* y la mitigación de riesgos, en especial, de aquellos cuyas consecuencias sobre los derechos humanos y la sociedad puedan representar daños que acarreen responsabilidad penal.

En este sentido, las normas de estandarización internacional, pese a no ser de observación obligatoria para Venezuela, es recomendable que las empresas las incorporen a su regulación interna de manera voluntaria y las cumplan. En todo caso, lo ideal es que sirvan de modelo a los Estados para que su contenido sea incorporado a la legislación positiva, como está ocurriendo con otros países como los que forman parte de la Unión Europea, a fin de que, como buenas prácticas sobre gobierno corporativo, se cuente con una gestión de riesgos y se implemente la debida diligencia en toda la cadena de valor.

El Buen Gobierno o gobernanza corporativa, permite a las empresas participar de manera segura en el mercado global, al ofrecer un rostro transparente y confiable, respaldado por un score reputacional positivo, que brinda una imagen corporativa favorable.

Por otra parte, los criterios de sostenibilidad y la cultura de cumplimiento organizacional deben establecerse como ejes transversales a

toda la formación profesional y desarrollo empresarial, de manera que se logren internalizar como parte del buen desempeño organizacional, permitiendo generar una práctica constante en el ámbito de la prevención como en la mitigación y corrección en la gestión de riesgos.

2. OBJETIVOS

Durante el desarrollo de la presente investigación, se ha planteado como objetivo general, determinar el impacto que produce la autorregulación basada en estándares y normas internacionales, sobre el diseño e implementación de sistemas de gestión de *compliance.* Con la investigación se podrá establecer el modo en el cual impacta la debida diligencia tanto interna como ampliada, es decir, sobre terceros, en la correcta gestión de riesgos, de manera que impacte positivamente tanto en la imagen corporativa como en la calidad de los productos y servicios que brinda la empresa.

Serían, en consecuencia, objetivos específicos:

- Analizar la tendencia internacional hacia la implementación y seguimiento de la debida diligencia empresarial en las cadenas de suministro, incluyendo a los terceros
- Establecer la importancia de considerar las normas de estandarización como parámetros para el diseño y seguimiento de las políticas de gestión de riesgos empresariales
- Realizar consideraciones sobre los aspectos a ser incorporados para integrar la gestión de riesgos y la debida diligencia a las estrategias de buen gobierno corporativo

3. METODOLOGÍA

Para la investigación y desarrollo se utiliza el análisis documental con un enfoque descriptivo y analítico, sobre Leyes Como resultado y para dar respuesta al objeto planteado, se verá la importancia de la elaboración de indicadores de gestión y mapas de riesgo, que cuenten con la debida vigilancia por parte de personas certificadas como oficiales de cumplimiento, directivos y supervisores que se vinculen de manera

activa, tanto en la elaboración como en el seguimiento del cumplimiento, tanto por parte de la empresa como por parte de los *stakeholders* vinculados con los procesos económicos, tales como proveedores, contratistas, transportistas y clientes.

De manera que, de la discusión y comparación de las fuentes de investigación, podrá evidenciarse el modo en que la debida diligencia en las cadenas de suministro y los programas de *compliance* efectivos, permiten a las empresas prevenir la comisión de ilícitos, especialmente de carácter penal, por traspaso del riesgo permitido, concluyendo en la importancia de emplear normas internacionales, especialmente las emanadas de la Organización Internacional de Normalización, entre otras las normas ISO 37.301, 45.001, 28.001, 14.001, 22.000, 26.000, 37.001, 37.002, 37.008 y 9001, entre otras, que si bien no son de carácter obligatorio, sirven de guía para el diseño de políticas de cumplimiento voluntario y favorecen la puntuación reputacional favorable de la empresa.

Se revisan además las normas sobre debida diligencia en Francia, Alemania, la reciente directiva europea y las normas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), buscando establecer el impacto positivo que puede representar su implementación en las empresas.

4. RESULTADOS

Para entender cuáles son las bases para poder lograr un buen gobierno dentro de las empresas, es importante contar con una sólida regulación, que respete el ordenamiento jurídico positivo e incorpore desde la autorregulación, aquellos instrumentos normativos que sirven de guía para la construcción de parámetros de implementación de prácticas éticas y políticas de gestión de riesgos basadas en la debida diligencia. En virtud de ello, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha realizado las siguientes consideraciones:

Un gobierno corporativo eficaz requiere un marco legislativo, reglamentario e institucional sólido en el que los agentes del mercado puedan confiar cuando entablan relaciones contractuales privadas. Este marco de gobierno corporativo suele basarse en leyes, reglamentos, sistemas

de autorregulación, compromisos voluntarios y prácticas empresariales que son consecuencia de las circunstancias, la historia y la tradición específicas de los países OCDE, 2016, p. 15)

La concepción sobre el *compliance*, corporativo, acerca a la comprensión de los dos (2) principios que rigen las buenas prácticas, que, como indica Vaudo, cuenta con dos (2) principios: el *Due Diligence* (debida diligencia), vinculado a las políticas, valores y ética adoptadas por la empresa, en sus códigos de ética o de conducta, basado en las conductas que favorece y censura la empresa, así como la de seleccionar las personas a las cuales vincularse y a cuáles no, o lo que se entiende por debida diligencia de terceros. Igualmente, el principio de *Risk Assessment* (evaluación de riesgos) que permite priorizar de los recursos sobre los riesgos de incumplimiento. (Vaudo, 2022, pp.2-14).

4.1. Estándares y normas de buena gestión

Son normas dictadas por órganos internacionales e internos que establecen parámetros de normalización. Entre estos estándares, algunos establecen recomendaciones dirigidas a los administradores de las empresas, para que éstos procedan a desarrollar mecanismos destinados a prevenir, mitigar y corregir los resultados de impactos negativos derivados de la inobservancia o abuso, tomando en consideración la opinión de los grupos de interés involucrados con las consecuencias de la actividad económica, debiendo atender los riesgos de los terceros involucrados en las cadenas de valor.

En tal sentido, algunos de los parámetros a tener en consideración serán:

- Posibles impactos negativos sobre la tutela de derechos humanos
- Impactos negativos en el ámbito social y laboral, tales como la esclavitud laboral o el trabajo infantil
- Daños al medioambiente

Por su parte, la Directiva de la Unión Europea 2024-1760 del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad (CS3D) en las empresas, la cual fue aprobada el 13 de junio de 2024 y en vigencia para que los países de la Unión a fin de ser incorporada en su legislación positiva antes de julio de 2026, persigue

imponer nuevas responsabilidades a las empresas para que desarrollen un proceso de debida diligencia en sus cadenas de suministro. El objeto de esta directriz es lograr el respeto de los derechos humanos, frenar el cambio climático, mejorar la gobernanza corporativa con políticas de gestión socioambiental, obligando a que las empresas se involucren en los problemas sociales y ambientales que afectan al planeta.

Lo anteriormente mencionado quiere significar que las empresas adopten las medidas que resulten adecuadas, como, por ejemplo: la transparencia, la comunicación, los canales seguros de denuncia, el acceso a la información, procesos éticos de designación de los administradores, debiendo ser consideradas las posibles repercusiones sobre el desarrollo sostenible.

Estas directrices, deben ser acompañadas por la autorregulación, tomando como norte, otras regulaciones internacionales. Por esta razón, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha destacado la importancia que reviste contar con auditores externos que deban ser designados teniendo en consideración la Norma ISO 19.011, garantizando la transparencia de la evaluación empresarial. En tal sentido y para destacar su rol, ha expresado:

Los auditores externos responderán ante los accionistas y se comprometerán ante la empresa a actuar con la debida diligencia profesional durante la realización de la auditoría. Se considera una buena práctica que los auditores externos hayan sido recomendados por una comisión de auditoría independiente del Consejo de Administración, o por un órgano equivalente, y que los auditores externos sean nombrados o bien por este órgano o comisión o bien por la Junta de Accionistas directamente, pues así se subraya que estos profesionales responderán ante los accionistas. Asimismo, se recalca que los auditores externos adquieren un compromiso de actuar con la debida diligencia profesional ante la empresa, y no con uno o varios de los directivos con los que interactúen durante la realización de su trabajo. (2016, P. 49)

Por este motivo, las áreas principales de interés para garantizar una gobernanza eficaz en las empresas, suele centrarse en varios aspectos a considerar dentro de la organización empresarial y por ello, las normas sobre principios del buen gobierno atenden a diferentes sectores:

– El tratamiento equitativo que debe darse a todos los accionistas

  El deber de los directivos involucrarse en la gestión estratégica y de riesgos empresariales, tal como lo recomienda la Norma ISO 37301 de la Organización Internacional de Normalización (2021) Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios

– El rol que cumplen las demás esferas organizacionales para propulsar el entendimiento entre todos los actores

– La transparencia e información sobre las medidas que estás tomando la empresa vinculada con la sostenibilidad, la debida diligencia, los valores y misión de la organización. Por ejemplo, destaca el contenido del *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina*, también conocido como Acuerdo de Escazú (CEPAL, 2018). Este acuerdo regional, no fue aceptado ni ratificado por Venezuela, lo cual sienta un precedente negativo sobre el modo en el cual se realizan y vigilan las actividades económicas y sus consecuencias, en especial, todo lo relativo a las actividades extractivas de minerales y petróleo y las consecuencias para las personas y el ambiente.

– La responsabilidad del Consejo de Administración

Sobre la divulgación de Información, la OCDE ha manifestado, entre otras cosas:

Los canales que se utilicen para difundir la información permitirán que los usuarios accedan a información pertinente de modo igualitario, oportuno y eficiente en términos de coste. Los canales empleados para la difusión de datos pueden ser tan importantes como su propio contenido. A pesar de que en muchos casos las leyes disponen la divulgación de la información, presentarla y acceder a ella puede resultar difícil y costoso. (2016, pp. 50-52)

A pesar de lo costoso que pueda resultar divulgar la información, entendiendo que hay información privilegiada que no debe ser puesta al

conocimiento de todos, la OCDE también ha hecho énfasis en que el avance de la tecnología ha representado un avance en ese proceso de información, indicando que.

La presentación de informes preceptivos ha experimentado importantes mejoras en algunos países gracias a los sistemas electrónicos de entrega de documentación y de recuperación de datos. Se ha de dar el siguiente paso integrando distintas fuentes de información sobre la sociedad, incluidos los documentos presentados por los accionistas (OCDE, 2016, pp. 50-52).

En materia de debida diligencia, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha considerado que la debida diligencia es un estándar de conducta frente a diferentes formas de responsabilidad en el ámbito normativo y contractual, debiendo ser implementado por las empresas, independientemente de su forma jurídica, estructura o tamaño. Con base a este principio, establece que, en virtud de los contratos con terceros proveedores, empresas conjuntas, clientes, contratistas, trabajadores, asesores, consultores, trabajadores o franquicias, debe ser diligente con respecto a esos terceros, especialmente para la tutela de los derechos humanos. (2018, p.11)

Pero en todo caso, la implementación de estos programas de cumplimiento comienza con un buen gobierno corporativo, debiendo ser incorporados al diseño estratégico empresarial, tal y como lo recomienda la Norma ISO 37301-2021 de la Organización Internacional de Normalización, sobre Sistemas de Gestión de *Compliance*, es importante que la Alta Gerencia participe activamente en la toma de decisiones y conozca a todos los *stakeholders* con los cuales se relaciona, tales como sus trabajadores, clientes, contratistas, distribuidores o proveedores.

4.2. INCIDENCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA EN EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Algunos aspectos que van a influir en el Buen Gobierno Corporativo, van a incluir la necesidad de incorporar áreas de incidencia tales como:

Que la Alta Dirigencia se involucre en el diseño, implementación y seguimiento de los programas sobre sistema de gestión de *compliance*.

Iniciativa del Estado de informar a las empresas y sus actores interesados sobre las ventajas de la aplicación de prácticas sólidas de gobierno corporativo, teniendo en cuenta la necesidad y los frutos del diálogo y la cooperación internacional efectivos.

Incentivar el uso de prácticas ecológicas que beneficien a la sociedad y el ambiente (Adquisición de Bonos de carbono, Bonos verdes, intercambio de servicios, economía circular)

Criterios ESG

El deber de realizar estudios de impacto ambiental y la adopción de medidas de prevención y control atendiendo a las posibles consecuencias negativas que pudieran generarse de dicha evaluación, teniendo en consideración las posibles repercusiones sobre las personas y el ambiente.

Por otra parte, debe existir vigilancia por parte de los órganos de control, directivos y supervisores del cumplimiento del ordenamiento jurídico, y fomento de la prevención y precaución en el diseño de las políticas de gestión de riesgos para impedir la producción de algún resultado lesivo por traspaso del riesgo permitido, todo ello derivado, entre otras disposiciones, de las normas ISO 37301 sobre sistemas de gestión de *compliance,* 14004 sobre gestión ambiental, 22000 sobre inocuidad de los alimentos, 28.001 sobre seguridad en las cadenas de suministro, 26000 sobre responsabilidad social empresarial, 9001 sobre calidad, o la reciente 37003 sobre prevención de fraudes, todas emanadas de la Organización Internacional de Normalización (UBT/Compliance 2024), por mencionar algunas.

Aparte de los entes formales de vigilancia, basados en el principio de corresponsabilidad, también será deber de los trabajadores actuar con diligencia y vigilancia, debiendo reportar cualquier actividad sospechosa o irregular, para lo cual se debe establecer canales de denuncia seguros por parte de los oficiales y cuerpos de cumplimiento, basados en la norma ISO 37002 de la Organización Internacional de Normalización.

Asimismo, las metas de la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas, contemplan que las actividades económicas deben desarrollarse de manera sostenible, en consecuencia, es deber de las empresas buscar

el bienestar de la persona y la sociedad, generando impactos positivos en estos sectores y sobre el ambiente, tal como lo señala Barroso (2023, p.27). Asimismo, la diligencia debida permitirá que las generaciones futuras puedan acceder a recursos, bienes y servicios de calidad, sin generar daños a la salud tanto de sus trabajadores como de la colectividad.

Antes de la entrada en vigencia de la Directiva sobre Debida Diligencia, ya Francia y Alemania contaban con normas sobre debida diligencia en las cadenas de suministro. Según indica el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, la ley alemana persigue que las grandes empresas respeten los tratados internacionales destinados a tutelar las condiciones de vida y laborales como mejoras salariales dignas, asegurar la protección ambiental, la seguridad laboral y la alimentación; prohibiendo la esclavitud y la explotación laboral infantil; debiendo ser aplicada a toda la cadena de suministros y a cualquier empresa alemana o no, que participe o aspire participar en esa cadena (Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2021). Señala ese mismo órgano, en otro trabajo, que la ley francesa, contempla el deber de adoptar un enfoque basado en el riesgo, a fin de prevenir y mitigar posibles lesiones a bienes jurídicos, especialmente vinculados con la tutela de los derechos humanos y protección del ambiente. (Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, 2017)

Por tal razón, se busca establecer la manera en la cual dicho principio de debida diligencia facilita la tarea de realizar el seguimiento de la gestión de riesgos en los sistemas de cumplimiento empresarial; permitiendo prevenir y precaver las consecuencias dañinas que puedan originarse en las cadenas de suministro y perjudicar las relaciones comerciales.

Por ejemplo, en Venezuela, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario SUDEBAN en su normativa 083-18, establece tres (3) niveles de debida diligencia, un nivel alto que amerita una investigación profunda vinculada al uso de empresas consultoras que verifiquen la identidad del cliente, un segundo nivel moderado, cuya debida diligencia amerita una investigación moderada; y, un nivel bajo, de debida diligencia estándar; todo ello basado en las Recomendaciones 10 y 12 del Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI. (SUDEBAN 2019)

También en Venezuela, la Ley de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2005), contempla el deber de informar a los trabajadores sobre los riesgos de la actividad que realizan para que éstos decidan si desean o no realizarlas Asimismo, la Ley Orgánica del Ambiente (2006), obliga a las empresas a predecir, analizar e interpretar los efectos ambientales de la actividad económica, y frente a la ocurrencia de situaciones que afecten el ambiente, dispone en su artículo 34, la obligatoriedad de realizar experticias periódicas hasta por los diez (10) años siguientes a la sentencia condenatoria que se dicte, atendiendo al artículo 10 de la Ley Penal del Ambiente (2012) para asegurar la reparación el daño.

En este orden de ideas y siguiendo la Norma ISO 19011, surge un alto nivel de responsabilidad por parte del consejo de administración, a quien le compete garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas. Debiendo controlar la dirección y ofrecer una rentabilidad adecuada, controlar y evitar conflictos de intereses y lograr un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que puedan presentarse. Pero una tarea fundamental del consejo de administración tal y como lo indica la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, consistirá en supervisar el sistema de gestión de riesgos y garantizar que la empresa se ajuste a la legislación, cumpla con sus deberes fiscales, cumpla con la normativa ambiental, y la salud y seguridad social, siempre actuando de buena fe y con la diligencia debida. (OCDE y G20, 2016, p. 49-52).

5. DISCUSIÓN

De los criterios y recomendaciones emanados por la Organización para la Cooperación, el contenido de la ley alemana sobre debida diligencia en las cadenas de suministro (2021) y la debida diligencia es un principio de cumplimiento organizacional destinado a generar confianza en los *stakeholders,* entre los cuales destacan los proveedores, clientes, contratistas, inversionistas y consumidores; debiendo servir de modelo respecto a la implementación de políticas de cumplimiento, que tomen en cuenta recomendaciones y disposiciones regulatorias internacionales, entre las cuales destacan las Directrices de la Unión Europea -que

entran en vigencia a partir de 2027-, las leyes dictadas por países como Alemania (2021) y Francia (2017); así como las normas de estandarización, entre las cuales destacan las emanadas del al Organización Internacional de Normalización.

Pudiera entonces considerarse como lo señala Vaudo, que la debida diligencia es un proceso permanente de vigilancia sobre la debida gestión, el cual va a facilitar a las empresas "elaborar, gestionar, implementar y prevenir riesgos vinculados con su ámbito operativo en las cadenas de suministro y la posibilidad de mitigar posibles lesiones contra los derechos humanos" (Vaudo, 2024, p.111).

No puede dejarse de lado, como lo señalan las Normas ISO de la Organización Internacional de Normalización, las recomendaciones que deben ser adoptadas mediante autorregulación por las diferentes empresas, sin importar el tamaño, vinculadas con el deber que tiene la alta dirigencia empresarial, de vincularse con el diseño, seguimiento e implementación de los sistemas de gestión y cumplimiento, la ética, la prevención de la corrupción y fraudes, la gestión financiera, el cumplimiento tributario, la tutela del ambiente y los derechos humanos, garantizando el bienestar de la sociedad, incorporando criterios socioambientales y de buena gobernanza, de la mano de las demás esferas gerenciales, oficial de cumplimiento, asesores técnicos y la observancia de las recomendaciones de los entes regulatorios, con el fin de evitar ser objeto de sanciones, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

La debida supervisión de los sistemas de gestión de riesgos, en especial para la tutela de los derechos humanos y con miras al cumplimiento de las metas del milenio, implican el deber de implementar mecanismos que permitan la protección del ambiente y de la sociedad, facilitando el tránsito hacia una economía sostenible.

6. CONCLUSIONES

A nivel global ha surgido la preocupación dirigida hacia la implementación de la debida diligencia en la gestión de riesgos empresariales, que atienda los posibles riesgos que puedan producirse en las cadenas de suministro respecto de terceros.

Este principio de debida diligencia comprende el asumir el deber de supervisar la gestión que llevan a cabo las distintas esferas internas de la organización y aquellos *stakeholders* externos que se vinculan dentro de las cadenas de suministro en diferentes roles como contratistas, proveedores, clientes, transportistas, entre otros, para cuya contratación se requiere que cuenten con normas similares a las de la empresa y las cumplan, a fin de que los productos y servicios que se ofrezcan no provengan de actos proscritos como la explotación infantil, el tráfico de personas, la esclavitud laboral, o cualquier actividad que lleve implícita la violación de derechos humanos.

El consejo de administración tiene un rol fundamental que consiste en el deber de supervisar el sistema de gestión de riesgos debiendo garantizar que la empresa cumpla con las obligaciones fiscales, las normas de seguridad laboral, la normativa ambiental, y la salud y seguridad social, respetando los derechos humanos.

A nivel internacional ha surgido una amplia normativa de estandarización y leyes que contemplan de manera expresa el deber de implementar la debida diligencia, que, si bien no aplican de manera general a todos los países, pueden adoptarse en el ámbito de la regulación interna de la organización de manera voluntaria, representando un agregado a la reputación y productividad empresarial.

7. REFERENCIAS

AHK 2023 *Ley de la Debida Diligencia en la cadena de suministro* https://zakk.ahk.de/es/region/infocenter/ley-debida-diligencia Amnistía Internacional (2023) *Venezuela, Eventos 2022.* https://shre.ink/bkkd

Barrera, S y González, M 2020 Mecanismo de debida diligencia según los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas y derechos humanos. Elementos para su aplicación en terreno *Anuario de Derechos Humanos*, Vol.16 Número. 2 Doi 10.5354/0718-2279.2020.55735

Barroso,, M., Castillo, a y Ruiz, I. (2023). *La dimensión medioambiental y los ODS en la comunicación estratégica de las empresas de triple impacto*. Estudios sobre el Mensaje Periodístico, *29*(1), 27-42. https://doi.org/10.5209/esmp.80708

CEPAL (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Escazú, Costa Rica./

Ley *Penal del Ambiente* "Gaceta Oficial 39.913. Del 02/05/2012

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (2021) Aprueban en Alemania el Proyecto de Ley de Debida Diligencia en la Cadena de Suministro https://shre.ink/bkkq

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (2017) *Francia aprueba ley sobre el deber de vigilancia de las empresas.* https://shre.ink/bkkM

OCDE (2018) Guía de La OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable. https://shre.ink/bkkg

OCDE. (2016) Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20. Éditions OCDE. http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es

Organización de las Naciones Unidas (2011) Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos. :https://shre.ink/bkkp

Organización Internacional de Normalización. Secretaría Central de ISO (2015). ISO 37001: Sistemas de gestión antisoborno - Requisitos con orientación para su uso. [Versión electrónica] www.finanzas.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2019/08/ISO_37001_2016.pdf

Organización Internacional de Normalización. Secretaría Central de ISO (2021). ISO 37301: Sistemas de gestión de riesgos de *compliance*. https://n9.cl/z0it2

Organización Internacional de Normalización (2023). Norma ISO 42001-2023 Information technology — Artificial intelligence — Management system https://www.iso.org/es/contents/data/standard/08/12/81230.html

Organización Internacional de Normalización. (2022) *ISO 28001.* https://normasiso.org/norma-iso-28001/

Organización Internacional de Normalización Secretaría Central de ISO (2018). ISO 31000-2018: Administración/ Gestión de riesgos - Lineamientos guía. [Versión electrónica] https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es

Organización Internacional de Normalización. (2018) ISO 19011. *Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión*. http://cmdcertification.com

Organización Internacional de Normalización (2021) Norma ISO 37002 Sistemas de Gestión de canales de denuncia. https://www.iso.org/home.htm

Organización Internacional de Normalización. (2010). ISO 26000. Comisión Electrotécnica Internacional. https://www.iso.org/home.htm

Organización Internacional de Normalización (2015) Norma ISO l4004 *Sistemas de gestión ambiental — Directrices generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo* https://www.iso.org/home.htm

Organización Internacional de Normalización (2019) Norma ISO 31010-2019 *Gestión de Riesgos* https://shre.ink/bkkl

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2015) Objetivos de Desarrollo Sostenible. https://shre.ink/bkkH

UBT/Compliance (2024) La Norma ISO 37003: Fortaleciendo la prevención del Fraude
https://shre.ink/bkk9

Unión Europea (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (UE) 2016/679 del 27 de abril de 2016. https://www.boe.es/doue/2016/l19/L00001-00088.pdf nu

Vaudo, L. (2024) Cumplimiento Normativo Empresarial. La Debida diligencia como principio de actuación. Revista de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil SOVEDEM Tomo l2 2024. https://shre.ink/bkkn

Vaudo, L. (2022). Normas de buen gobierno corporativo: Prevenir con *compliance* y autorregulación. *International Visual Culture Review*, 2-l4. https://doi.org/l0.37467/revvisual.v9.3770

RELEVANCIA DEL COMPLIANCE EN MEGAPROYECTOS PÚBLICOS: CASO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO (TEXCOCO)

ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Puebla

1. INTRODUCCIÓN

Los megaproyectos de infraestructura pública, como el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México en Texcoco (AICM)[7] representan desafíos significativos para la gobernanza y la administración pública, estos proyectos suelen involucrar una alta inversión de recursos públicos, múltiples partes interesadas y un impacto directo en la economía, el medio ambiente y la sociedad, sin embargo, la falta de sistemas efectivos de *Compliance* y estrategias para la prevención de corrupción se traduce frecuentemente en sobrecostos, retrasos, conflictos sociales y daños al erario.

El AICM inicialmente concebido como un proyecto emblemático para modernizar la conectividad aérea del país, fue cancelado en 2018, generando un impacto económico superior a los 331 mil millones de pesos, la cancelación puso en evidencia carencias en la planeación inicial, la transparencia en la toma de decisiones y la gestión de riesgos asociados al proyecto.[8] Este caso subraya la necesidad de implementar marcos

[7] El tema-problema se desarrolló bajo los criterios del Simposio: Retos y perspectivas integrales en *Compliance*, prevención y corrupción pública y la línea de trabajo y las políticas de integridad y transparencia como herramientas para combatir la corrupción en empresas e instituciones públicas.

[8] En 2018 la Auditoría Superior de la Federación (ASF) estimó inicialmente un costo de aproximadamente 331 mil millones de pesos por la cancelación del AICM para 2019 la ASF

robustos de *Compliance*, capaces de anticipar y mitigar riesgos legales, financieros y éticos en los megaproyectos públicos.

La investigación intenta analizar la relevancia del *Compliance* en la prevención de corrupción y en la gestión de megaproyectos, utilizando el caso del AICM como ejemplo para proponer mejoras en las políticas de gobernanza pública en México.

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

- Examinar la importancia del *Compliance* en megaproyectos públicos como herramienta para prevenir riesgos de corrupción y promover la transparencia, utilizando el caso del AICM como referencia para identificar lecciones clave y proponer mejoras en las políticas de gobernanza en infraestructura pública.

2.2. Objetivos específicos

- Identificar los principios fundamentales del *Compliance* y su aplicación en la prevención de riesgos de corrupción en megaproyectos públicos, mediante el análisis de marcos normativos nacionales e internacionales aplicables.
- Analizar el caso del AICM para evaluar las debilidades y fortalezas en la implementación de medidas de *Compliance*, considerando los factores que favorecieron o dificultaron la transparencia y rendición de cuentas.
- Proponer estrategias y mejoras en las políticas de gobernanza y *Compliance* para futuros megaproyectos de infraestructura pública en México, con base en las lecciones aprendidas del AICM y en estándares internacionales de integridad y anticorrupción.

reconoció que había cometido un error en su cálculo anterior y ajustó el costo de cancelación del AICM a alrededor de 232 mil millones de pesos.

3. METODOLOGÍA

El enfoque metodológico adoptado en esta investigación combina análisis cualitativo y documental:

Se recopilaron y analizaron estudios académicos, informes oficiales y reportes de organizaciones internacionales sobre *Compliance*, corrupción y gobernanza en megaproyectos, se realizó un análisis detallado del AICM, abarcando desde su planeación inicial, las fallas detectadas, y los impactos económicos y sociales tras su cancelación, se examinaron prácticas internacionales exitosas en *Compliance* en megaproyectos para identificar modelos aplicables al contexto mexicano.

Con base en los hallazgos, se desarrollaron recomendaciones prácticas para fortalecer el marco de *Compliance* en megaproyectos públicos en México.

4. RESULTADOS

Se detectaron deficiencias en la transparencia y en la supervisión del AICM, lo que contribuyó a su cancelación y a un daño financiero significativo, la falta de estrategias de *Compliance* limitó la capacidad del gobierno para anticipar y mitigar riesgos legales, financieros y sociales en el proyecto.

El caso AICM sirve como advertencia y oportunidad para mejorar la gobernanza pública en México, destacando el papel central del *Compliance* en la prevención de riesgos y en la promoción de decisiones gubernamentales responsables.

5. DISCUSIÓN

El análisis del caso AICM pone en evidencia varios desafíos clave relacionados con la ausencia de mecanismos robustos de *Compliance*, durante la ejecución del proyecto, se reportaron irregularidades en la licitación y adjudicación de contratos, falta de transparencia en la gestión financiera y conflictos sociales derivados de un insuficiente análisis de impacto ambiental y social, estos problemas se exacerbaron con la

decisión de cancelar el proyecto, la cual, según expertos, careció de una evaluación técnica adecuada y estuvo motivada principalmente por razones políticas. (Órgano Interno de Control en el AICM, 2010)

Comparativamente, en otros países, los sistemas de *Compliance* han demostrado ser efectivos en la prevención de irregularidades en megaproyectos, por ejemplo, el modelo del Reino Unido para proyectos de infraestructura incluye auditorías independientes obligatorias, acceso público a información clave y participación ciudadana en la supervisión, estas prácticas contrastan con el caso mexicano, donde la supervisión es limitada y los incentivos para cumplir con las normativas son débiles. (Millán, 2009, pp. 4-6).

El caso del AICM destaca la importancia de implementar políticas de *Compliance* en todas las fases de un megaproyecto: desde la planeación y ejecución hasta su eventual terminación o cancelación, esto no solo protege el uso eficiente de los recursos públicos, sino que también refuerza la confianza ciudadana en las instituciones gubernamentales.

5.1. El *Compliance* y su aplicación en la prevención del riesgo de corrupción en megaproyectos públicos

La necesidad de adoptar un comportamiento ético y evitar cualquier acto de interés injustificado en los megaproyectos públicos resulta imperativa, diversas empresas han analizado cómo el cumplimiento de pautas éticas y normativas puede prevenir, disminuir o evitar riesgos, conflictos, retrasos y sobrecostos, favoreciendo un desarrollo económico, social y ambiental más sostenible en este tipo de proyectos. (Millán, 2009, pp. 58-62).

Esto se debe a que estas empresas suelen tener una influencia significativa en el mercado competitivo y mantienen una relación de dependencia predominante con sus órganos de control, además, la gestión de grandes proyectos se caracteriza por la intermitencia de sus fases, lo que implica que se deba destinar un tiempo y esfuerzo considerable al estudio y definición del modelo de gestión, aplicándolo en intervalos específicos y limitados.

En América Latina, la corrupción en los megaproyectos públicos es un problema estructural que puede representar entre el 10 % y el 30 % de la inversión total, más allá del evidente perjuicio económico y financiero, la corrupción afecta la dignidad humana, ya que no solo impacta negativamente la generación de riqueza y el desarrollo económico, sino que también distorsiona la distribución de bienes sociales, obstaculiza la libre competencia y propicia la concentración del poder de mercado, todo esto genera inestabilidad e incertidumbre, desviando la atención de los objetivos fundamentales del desarrollo. (Cancino, 2020, pp. 49-53).

En respuesta a estos desafíos, surge el *Compliance*, un concepto basado en la observancia de normas y principios éticos dentro de las organizaciones, su origen se remonta a Estados Unidos (EE.UU.) entre las décadas de 70´s y 80´s cuando la regulación empresarial se enfocaba en la prohibición de monopolios y el establecimiento de normativas fiscales y laborales, posteriormente, se ampliaron las regulaciones ambientales y se introdujeron disposiciones contra el soborno y requisitos en materia de transparencia contable.[9] (Casanovas, 2028, p. 10).

El *Compliance* se basa en principios esenciales para garantizar la integridad y legalidad dentro de las organizaciones, su objetivo principal es la prevención, que establece controles efectivos para evitar actos ilícitos, complementada por la detección mediante auditorías y supervisión para identificar posibles incumplimientos, cuando se presentan irregularidades, la organización debe responder y corregir, aplicando sanciones y ajustando procedimientos para evitar futuras violaciones normativas.

Otro elemento clave es la debida diligencia, que exige un análisis continuo de riesgos en las relaciones comerciales, asegurando que las decisiones empresariales se basen en evaluaciones responsables, estos esfuerzos deben ser proporcionales al tamaño y nivel de riesgo de la empresa, garantizando que los mecanismos de *Compliance* sean efectivos y adecuados a su estructura, asimismo, el compromiso de la alta

[9] En 2014, la organización internacional de normalización ISO publicó la norma ISO 19600 Sistemas de gestión de *Compliance*. Directrices, elaborada por el Comité Técnico AEN/CTN 307 Gestión de riesgos.

dirección *(tone at the top)*[10] es esencial para consolidar valores éticos en todos los niveles de la organización.

La capacitación y sensibilización del personal también juega un papel fundamental, asegurando que todos los miembros comprendan las normativas y su impacto, a esto se suma la implementación de canales de denuncia efectivos y protección para los denunciantes, lo que fortalece la confianza interna y la transparencia empresarial.

En el caso de México, el marco regulatorio en materia de *Compliance* ha evolucionado para fortalecer la integridad corporativa y combatir la corrupción, la *(Ley General de Responsabilidades Administrativas [LGRA] 2016)* forma parte del Sistema Nacional Anticorrupción y establece obligaciones éticas para servidores públicos y particulares, introduciendo el concepto de *"integridad empresarial"* y promoviendo la implementación de programas de cumplimiento en el sector privado, además, el *(Código Penal Federal [CPF] 2024)* contempla sanciones para personas jurídicas involucradas en actos de corrupción, reforzando la necesidad de contar con estrategias efectivas de *Compliance*.

Los megaproyectos financiados con recursos gubernamentales deben adherirse a la doctrina del gasto transparente y satisfacer las necesidades de la población, no obstante una elección inadecuada del proyecto, abusos de autoridad y actos de corrupción pueden convertirse en *"verdades de Estado"* que trascienden el ámbito contractual y persisten incluso después de renegociaciones. (Pastrana Valls, 2019, p. 25)

Recientemente, el Gobierno de la Ciudad de México (2025) anunció la creación de la Secretaría Anticorrupción y de Buen Gobierno, cuyo objetivo es prevenir actos de corrupción desde su origen mediante la promoción de la ética, la capacitación de servidores públicos y la modernización administrativa, esta Secretaría abarcará todos los niveles de la administración pública y fomentará la denuncia ciudadana con garantías de confidencialidad. (Secretaría Anticorrupción y Buen Gobierno, 2024).

[10] El *"tono at the top"* implica que los líderes de una organización establecen el tono para la ética, la integridad y el comportamiento de toda la empresa. Esto incluye cómo se toman decisiones, cómo se manejan los riesgos y cómo se promueven los valores corporativos.

El *Compliance* es clave en la gestión de megaproyectos públicos en México, como lo demostró el caso del AICM al implicar altos montos de inversión, múltiples contratistas y un gran impacto social, estos proyectos requieren un marco de control robusto que garantice la transparencia y la rendición de cuentas, normas nacionales como la *(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 2024)* la LGRA y la *(Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas [LOPSRM], 2024)* establecen la obligación de actuar con integridad, a nivel internacional, instrumentos como la *(Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción [CNUCC] 2024)* exigen medidas concretas para prevenir y sancionar la corrupción. (Congreso de la Unión, 2021).

La implementación efectiva del *Compliance* en megaproyectos implica evaluar constantemente los riesgos de corrupción, establecer códigos de ética, capacitar al personal, supervisar contratistas y proveedores e implementar canales de denuncia confiables, si se aplica adecuadamente, este modelo no solo refuerza la confianza ciudadana y la reputación institucional, sino que también contribuye a un uso eficiente de los recursos públicos y al éxito de los megaproyectos.

El fortalecimiento de la gobernanza y el *Compliance* en megaproyectos públicos no solo mejora la transparencia y eficiencia en la gestión de los recursos, sino que también garantiza su continuidad, es necesario establecer mecanismos normativos que impidan la cancelación arbitraria de estos proyectos por parte del titular del ejecutivo federal en turno, ya que el daño al erario puede ser incalculable y su recuperación tomar décadas.

La cancelación del AICM ejemplifica cómo la falta de regulación en este sentido puede derivar en pérdidas multimillonarias y afectar el desarrollo económico del país, la estabilidad de las inversiones públicas debe garantizarse con reglas claras que trasciendan ciclos políticos y eviten decisiones basadas en intereses partidistas.

5.2. Debilidades y fortalezas en la implementación de medidas de *Compliance* en el caso AICM: Factores que favorecieron o dificultaron la transparencia y rendición de cuentas

Dada la incertidumbre que generó la cancelación de las obras del AICM, resulta lógico preguntarse, si además de los factores políticos

existieron otras razones de fondo. Desde inicios del Siglo XXI, los programas de *Compliance* se han convertido en un elemento clave dentro del ámbito corporativo en México y de manera paralela, la administración pública ha adoptado programas de integridad en respuesta a la tendencia internacional de lucha contra la corrupción.

La aplicación de un marco regulatorio específico es fundamental para garantizar transparencia y certeza, esto no solo facilita la toma de decisiones informadas, sino que también minimiza los riesgos civiles, penales y mercantiles, además, la implementación de normativas *Compliance* aporta beneficios significativos, como una mayor percepción de reputación, el fortalecimiento de la confianza entre los grupos de interés, una mejor comunicación con los accionistas y una gestión más eficiente de la rentabilidad y la financiación, en contraste, la ausencia de esta cultura puede traducirse en sanciones, pérdida de reputación y, en consecuencia, una disminución de la confianza, lo que genera un alto costo reputacional y un incremento en los riesgos financieros. (Alvear-Tobar, 2024, pp.124-133).

En México, las grandes empresas, especialmente las que cotizan en bolsa o tienen operaciones multinacionales, suelen contar con departamentos de *Compliance* bien estructurados, a su vez, las universidades han incorporado este enfoque en sus programas académicos y en la formación de sus estudiantes, adaptándose a las exigencias del entorno empresarial y regulatorio, además, dentro del sector público, en los últimos años se ha fomentado una mayor atención a la ética, la probidad y la transparencia en la función administrativa, también la gestión del riesgo de corrupción se ha convertido en un eje central en numerosos organismos públicos de alto nivel, incluyendo instituciones académicas, priorizando la implementación de mecanismos para fortalecer la integridad y el cumplimiento normativo.

En el caso AICM aunque existieron esfuerzos por implementar medidas de *Compliance*, las deficiencias en su aplicación facilitaron prácticas de opacidad y corrupción, no obstante, el papel de organismos de control, la sociedad civil y la evolución normativa han sentado precedentes para mejorar la regulación y supervisión de megaproyectos públicos en México,

fortalecer estos mecanismos resulta esencial para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en futuros proyectos de infraestructura.

La cancelación del AICM generó un amplio debate en torno a la transparencia y la rendición de cuentas, este caso evidenció tanto las fortalezas como las debilidades en la implementación de medidas de *Compliance*, entendidas como el conjunto de políticas, procedimientos y controles orientados a garantizar el cumplimiento normativo y prevenir riesgos de corrupción. (Fiasep, 2023).

En el análisis de los principales factores que influyeron en la gestión del AICM, se identificaron elementos que tanto favorecieron como obstaculizaron la transparencia y la rendición de cuentas, la implementación de medidas de *Compliance* en este megaproyecto presentó diversas debilidades que comprometieron la adecuada supervisión y control, lo que generó riesgos significativos en términos de integridad, eficiencia y manejo de los recursos públicos.

En primer lugar, la ausencia de un marco normativo claro y uniforme reguló de manera deficiente el desarrollo del proyecto, aunque se aplicaban disposiciones de la LOPSRM y de la *(Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP], 2021)*, no existía una regulación específica que garantizara estándares sólidos de *Compliance* en la gestión de megaproyectos, además, la asignación de contratos estuvo marcada por conflictos de interés y antecedentes de corrupción.

Otro problema significativo fue la débil supervisión de los órganos de control, la Auditoría Superior de la Federación (ASF) identificó irregularidades en la gestión financiera del AICM, incluyendo sobrecostos injustificados y fallas en los procesos de licitación; sin embargo, la falta de facultades coercitivas efectivas limitó la imposición de sanciones adecuadas, asimismo, aunque el proyecto contemplaba un programa de integridad y ética como parte de su estrategia de *Compliance,* su implementación fue tardía e insuficiente, y la carencia de capacitación y sensibilización en prácticas de integridad entre las empresas contratistas debilitó su impacto en la prevención de actos ilícitos.

Sin embargo, se identificaron también fortalezas en la implementación del *Compliance*, la intervención de organismos como la ASF permitió

detectar diversas irregularidades en la gestión del proyecto, lo que impulsó avances en la rendición de cuentas, aunque sin generar consecuencias jurídicas inmediatas, además, la participación de la sociedad civil y la prensa fue fundamental, organizaciones como el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO)[11] y México Evalúa[12] jugaron un papel clave en la promoción de la vigilancia ciudadana.

Las investigaciones periodísticas, por su parte, expusieron fallas estructurales en la planeación y financiamiento del AICM, lo que incentivó una mayor exigencia de transparencia, como resultado se impulsó la discusión sobre la necesidad de fortalecer el marco normativo en materia de *Compliance*, lo que derivó en reformas como la *(Ley General de Responsabilidades Administrativas [LGRA] 2025)* y la *(Ley Nacional de Extinción de Dominio [LGED] 2017)* que incorporaron disposiciones más estrictas para combatir la corrupción en proyectos de infraestructura.

El marco jurídico aplicable a estos casos se encuentra en diversas normas nacionales e internacionales, la CPEUM en su artículo 134 establece que los recursos públicos deben ser administrados con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, la LGRA impone sanciones a servidores públicos y particulares involucrados en actos de corrupción, mientras que la LOPSRM regula los procedimientos de contratación en proyectos de infraestructura pública.

A nivel internacional, México está obligado a implementar mecanismos de prevención de la corrupción conforme a la *(Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [CNUCC] 2003)*[13] y adoptar medidas de *Compliance* en empresas que participan en contratación pública de acuerdo con la *(Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de*

[11] Es un centro de investigación en política pública que propone soluciones efectivas a los desafíos más importantes de México. Apartidistas y sin fines de lucro, proponemos política pública para transformar la vida de las personas y promover el libre ejercicio de sus derechos.

[12] Es un centro de pensamiento y análisis que se enfoca en la evaluación y el monitoreo de la operación gubernamental para elevar la calidad de sus resultados, apoyan los procesos de mejora de las políticas públicas a nivel federal, estatal y local mediante la generación y revisión de evidencia y la formulación de recomendaciones.

[13] Es un instrumento clave en la lucha global contra la corrupción, al establecer estándares comunes para prevenir y sancionar el soborno en transacciones comerciales internacionales.

la OCDE [CCCSPETCI-OCDE] 1997)[14] estos marcos normativos son clave para prevenir y sancionar la corrupción en megaproyectos como el AICM y garantizar una mayor transparencia y rendición de cuentas.

El caso AICM también evidenció la urgente necesidad de fortalecer las políticas de gobernanza y *Compliance*, identificando tanto debilidades como fortalezas, en consecuencia, es indispensable diseñar estrategias que aseguren una mayor transparencia, integridad y rendición de cuentas en futuras obras de infraestructura pública.

La adopción de estándares internacionales en materia de anticorrupción y el establecimiento de marcos normativos más sólidos permitirían prevenir riesgos y mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos, la implementación de mejores prácticas en *Compliance* no solo contribuiría a mitigar la corrupción, sino también a fortalecer la confianza ciudadana y atraer inversiones, por ello, es fundamental explorar estrategias y herramientas concretas que consoliden un modelo de gobernanza eficiente y transparente en la ejecución de megaproyectos. (Merchant Ubaldo, 2023).

5.3. Estrategias y mejoras en las políticas de gobernanza y *Compliance* para futuros megaproyectos de infraestructura pública en México, con base en las lecciones aprendidas del AICM y en estándares internacionales de integridad y anticorrupción

El AICM puso de manifiesto la necesidad de reforzar la gobernanza y las políticas de *Compliance,* los sobrecostos, la falta de transparencia y la cancelación sin evaluar su impacto han erosionado la confianza en el manejo de recursos públicos, para evitar la repetición de estos problemas, es crucial adoptar estrategias que optimicen la planificación, ejecución y supervisión de futuros proyectos, siguiendo estándares internacionales de integridad y anticorrupción.

[14] Es un instrumento fundamental para la lucha global contra la corrupción, al establecer un marco legal común y promover la cooperación internacional para prevenir y sancionar prácticas corruptas.

Este apartado presenta propuestas de mejora en la gobernanza y el *Compliance* para la infraestructura pública en México, basadas en las lecciones del AICM y en normas globales de integridad:

Uno de los primeros pasos es el fortalecimiento del marco normativo, lo que implica la creación y armonización de regulaciones que incorporen principios de transparencia, integridad y rendición de cuentas, la LOPSRM y la LAASSP deben ser actualizadas para incluir medidas claras de prevención de corrupción y conflictos de interés en la contratación de proyectos de infraestructura.

Además, es necesario implementar programas de integridad y ética desde la fase de planeación, la inclusión de cláusulas de integridad en los contratos de megaproyectos garantizaría que las empresas contratistas adopten programas de ética y cumplimiento alineados con estándares internacionales, como los establecidos en la *(Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, [CNUCC] 2003).*

El papel de los organismos de control también debe fortalecerse, otorgando mayor supervisión y fiscalización a entidades como la ASF instituciones como estas requieren atribuciones más robustas para sancionar irregularidades y garantizar el acceso a información en tiempo real para permitir un escrutinio público efectivo.

La participación ciudadana y la vigilancia independiente son estrategias clave para incrementar la transparencia en la ejecución de megaproyecto, la colaboración con organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación mediante iniciativas como mesas de observación ciudadana y plataformas digitales de acceso público permitiría detectar y prevenir irregularidades de manera oportuna.

Otro aspecto fundamental es la capacitación y formación en *Compliance* para servidores públicos y empresas contratistas, la profesionalización de los actores involucrados en la contratación pública, mediante formación continua en ética, integridad y gestión de riesgos, asegurará que las normativas y principios de buen gobierno sean aplicados de manera efectiva.

El uso de tecnologías innovadoras para la transparencia y trazabilidad de recursos puede ser una solución eficaz para mejorar la supervisión

de los megaproyectos, la digitalización y la implementación de tecnologías como *blockchain*[15] permitirían garantizar la trazabilidad de los contratos y evitar la manipulación de licitaciones, además, los sistemas electrónicos de contratación facilitarían el monitoreo eficiente de cada etapa del proyecto, reduciendo riesgos de corrupción, también la implementación de estas estrategias no solo fortalecerá la gobernanza en la gestión de infraestructura pública, sino que contribuiría a restaurar la confianza de los inversionistas y la sociedad en la administración de recursos públicos.

La construcción de un marco sólido de *Compliance* es indispensable para garantizar que los megaproyectos futuros se desarrollen con altos estándares de integridad, eficiencia y sostenibilidad.

TABLA 1. *Tabla Comparativa de Estrategias de Gobernanza y Compliance en Megaproyectos*

Estrategia	Descripción	Beneficios Esperados
Fortalecimiento del marco normativo	Creación y armonización de regulaciones para la transparencia y prevención de corrupción.	Reducción de vacíos legales y mayor claridad en los procesos de contratación.
Programas de integridad y ética	Inclusión de cláusulas de integridad en contratos para alinear a las empresas con estándares internacionales.	Mayor cumplimiento de normativas anticorrupción y reducción de riesgos éticos.
Supervisión y fiscalización reforzada	Otorgar más atribuciones a la ASFI para sancionar irregularidades.	Fiscalización más efectiva y reducción de impunidad en casos de corrupción.
Participación ciudadana y vigilancia independiente	Creación de plataformas digitales y mesas de observación ciudadana para monitoreo público.	Mayor control social y reducción de discrecionalidad en la toma de decisiones.
Capacitación en Compliance	Formación continua en ética y gestión de riesgos para servidores públicos y contratistas.	Profesionalización del sector y mejor aplicación de políticas de cumplimiento.
Uso de tecnología para la transparencia	Implementación de blockchain y contratación electrónica para monitoreo de megaproyectos.	Mayor trazabilidad, reducción de manipulaciones y optimización de recursos.

[15] Es una tecnología innovadora que ofrece soluciones para problemas de seguridad, transparencia y eficiencia en diversas industrias, aunque también enfrenta desafíos técnicos y ambientales.

Fuente: elaboración propia: La tabla se elabora a partir de la información presentada en el apartado, organizando de manera estructurada, su propósito es sintetizar visualmente la información, permitiendo una interpretación clara y concisa de los elementos expuestos.

6. CONCLUSIONES

El Finalmente podemos afirmar que el fortalecimiento de la gobernanza y el *Compliance* en megaproyectos no solo debe enfocarse en mejorar la transparencia y la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, sino también en garantizar la continuidad de estos proyectos a lo largo de los distintos periodos gubernamentales, es imperativo establecer mecanismos normativos que impidan que megaproyectos financiados con recursos públicos sean cancelados arbitrariamente por decisiones unilaterales de los ejecutivos en turno, ya que el daño al erario puede ser incalculable y su recuperación podría tomar décadas.

La cancelación del AICM es un claro ejemplo de cómo la falta de una regulación que garantice la estabilidad de inversiones públicas puede derivar en pérdidas multimillonarias, afectando la confianza de inversionistas, la credibilidad del Estado y, sobre todo, el desarrollo económico del país, blindar estos proyectos con reglas claras y mecanismos de control que trasciendan ciclos políticos es una necesidad urgente para evitar que decisiones basadas en intereses políticos o ideológicos comprometan el futuro financiero y estructural de la nación.

7. REFERENCIAS

Alfaro Izarraraz, Rafael, Guízar Vázquez, Francisco, & Vizcarra Bordi, Ivonne. (2011). EL traslado fallido del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México a Texcoco. Argumentos (México, D.F.), 24(65), 295-319. https://bit.ly/4ksOJFZ

Alvear-Tobar, E. (2024). El compliance y la cultura de cumplimiento como mecanismos para prevenir la corrupción. 593 Digital Publisher CEIT, 9(6-1), 124-133. https://bit.ly/4luKvVB

Cancino, M. (Año). Corrupción en megaproyectos: Marco conceptual y guía de análisis. Banco Interamericano de Desarrollo. https://bit.ly/3XUwLCm

Casanovas Alain, Estándares internacionales en Compliance: ISO 19600 e ISO 37001. Serie Compliance avanzado - 7. https://bit.ly/3XSdfq8

Congreso de la Unión. (2021). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. https://bit.ly/4h8NQiU

Congreso de la Unión. (2021). Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. http://bit.ly/4hD3p2s

Fiasep. (2023). Los principales retos y dificultades del compliance en el sector público. Fundación Fiasep. https://bit.ly/3XUxfZc

Merchant Ubaldo, R. D. (2023). Retos y desafíos del compliance gubernamental. El Terno. http://bit.ly/4ktCybT

México. (2016). Ley General de Responsabilidades Administrativas. Diario Oficial de la Federación. https://bit.ly/4kxLVaI

México. (2024). Código Penal Federal. Diario Oficial de la Federación. https://bit.ly/4irIeRV

Millán, G. (2009). Asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos: Experiencia del Reino Unido. Banco Interamericano de Desarrollo. https://bit.ly/4ktFZzk

Naciones Unidas. (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. https://bit.ly/4hC6vni

Órgano Interno de Control en el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, S.A. de C.V. (2010). Expediente INC-09/2009-AICM: Técnica Especializada G&C, S.A. de C.V. vs. Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, S.A. de C.V. (Gerencia de Recursos Materiales) (Oficio No. 09/448/TQR-091/2010). https://bit.ly/4i8aJEB

Pastrana Valls, A. (2019). Estudio sobre la corrupción en América Latina. Revista Mexicana de Opinión Pública, 14(27), 13-40. http://bit.ly/41uLfKn

Secretaría Anticorrupción y Buen Gobierno. (2024, 31 de diciembre). Decreto por el que se expide el Reglamento Interior de la Secretaría Anticorrupción y Buen Gobierno. Diario Oficial de la Federación (Edición Vespertina). https://bit.ly/4iJIRXm

DIGITAL COMPLIANCE AND CYBERSECURITY: AN IT AND LEGAL INVESTIGATION

ARIANNA MACERATINI
Department of Law, University of Macerata (ITALY)

1. INTRODUCTION

In the increasing digitisation and interdependence of information systems, cybersecurity and Compliance represent two fundamental pillars for protecting data and managing information. Both are indispensable for modern organisations but, although they are closely interconnected, they are often examined separately, with Compliance being considered in relation to laws, regulations and sector standards, and cybersecurity in relation to protecting the security digital infrastructures and information against external and internal threats. However, the integration between the two concepts is crucial to ensure the security and reliability of information systems, reducing the risks of data breaches and improving user confidence. In fact, the relationship between Compliance and cybersecurity can be defined as complementary and synergetic in that, on the one hand, Compliance establishes the regulatory and legal requirements that organisations must comply with in order to protect personal and corporate data, and, on the other hand, cybersecurity provides the tools and technologies needed to concretely protect data and IT infrastructures from cyber attacks or incidents: cybersecurity is, therefore, a matter of regulatory Compliance, showing how IT security systems cannot disregard the regulatory implications related to digital information management. This line of continuity between Compliance and cybersecurity also leads to the outlining of continuous training paths that can help every Country become more resilient in the face of cyber threats (Cannata, 2020).

2. OBJECTIVES

Guaranteeing the protection of tangible and intangible infrastructures and respect for privacy, ensuring that the enormous flow of data, including sensitive data, can cross telematic networks in Compliance with precise security standards, is an essential objective that involves companies and institutions, whose primary task is to protect the wellbeing, promoting a healthy relationship of citizens with digital technologies (Cannata, 2020). Compliance is definable as a set of rules, some legally required others voluntary, aimed at improving business operation: since the first ones are unavoidable, the essence and the true heart of Compliance lies in the voluntary rules, in all those that the entrepreneur decides to adopt in order to make his company safer, more efficient and more competitive (Arecco, F., Catellani, G., 2019). In this regard, a complex and original synergy between ethical codes, constitutional norms and European and national legislation comes to the attention, combined with standard voluntary regulatory instruments, such as ISO (International Standardization Organization) certifications, which follows a process called PDCA, i.e., Plan - Do - Check - Act (Arecco, F., Catellani, G., 2019). Adopting this perspective, Compliance represents a distinctive choice of company policy, in its various facets – as an organizational, procedural and economic investment - outlining the context analysis as fundamental, including technological characteristics of the specific sector (Arecco, F., Catellani, G., 2019). From these initial observations, it can be understood how cybersecurity, in providing IT tools and technological and regulatory solutions, represents a factor of primary importance in the implementation of Compliance. The effective deployment of intrusion detection systems (IDSs), firewalls, antivirus software, and identity management platforms appears necessary to ensure that security measures are effective in preventing cyber attacks and that vulnerabilities can be detected and mitigated in time, and it should therefore be noted that without adequate cybersecurity measures, organisations not only put their data at risk, but also they may incur legal penalties and reputational damage resulting from non-Compliance with regulations**,** showing how Compliance, in integration with security, is an important competitive factor that calls for a functioning

IT infrastructure. This work aims to demonstrate how the relation between Compliance and cybersecurity operates in two fundamental key areas of the activity of both companies and citizens, as users of digital technologies, namely, in risk management and in data protection, two aspects that are also in many ways linked and, therefore, can be addressed in a single security framework.

3. THE SYNERGY BETWEEN COMPLIANCE AND CYBERSECURITY IN RISK MANAGEMENT

The cybersecurity debate began in the United States (Koops, 2015), where the critical issues raised by the management of technological innovations and changing geopolitical conditions were already being debated in the 1970s. (Panattoni, 2020). With the evolution of information technologies and, above all, with the creation of the Internet, the attention was then focused on the vulnerabilities that characterised not so much computer devices, individually considered, but networks. From this, cybersecurity, rather than a purely technical IT issue, became an issue with a socio-political character. In highlighting the complexity of cybersecurity issues, the latter nowadays concerns critical infrastructures and organisations due to society's growing, in dependence on the operation of the most diverse technological applications, leading cybersecurity to differentiate itself from both information security and ICT security, precisely because of the particular social, cultural and political dimensions that distinguishes it. This characterisation is also due to the close link that exists between cyber security and cyberspace, in which the most diverse social and economic activities are carried out, posing a challenge to the exercise of public powers, which have traditionally tied their sovereignty to the element of territory (Rizzi, M. A., Serini, F., 2024): cyberspace represents, indeed, a geographically unlimited, non-physical space in which, regardless of time and distance, relationships develop between people, between computers and, finally, between people and computers (Hamelink, 2000). The cybernetic space therefore represents much more than the set of technological components of which it is composed, as it does not coincide with Internet

considered only as the global system of interconnected computer networks, to delineate a virtual environment that can be stratified through four different levels: a physical level, made up of the material devices that enable the network to function (computers, cables, routers, etc.); a logical level, in which the nature of the Internet platform is created through the assembly of the components that offer services to users; an information level, which includes the creation and distribution of information as well as interaction between users; a personal level comprising individuals who create sites, content or carry out online operations. This is therefore why cybersecurity goes far beyond just technical-IT issues, taking on nuances that include aspects and problems of a political and social nature (Clark, 2010; Panattoni, 2020). The complexity of cyberspace makes the latter emerge as a virtual place to be guarded, capable of highlighting all the difficulties in reconciling freedom, on which democracy is nourished, and security, on which its very resilience depends and, for these reasons, cybersecurity today assumes a strategic value, appearing at the top of the agenda of many States, in a constantly transforming geo-political scenario (Cannata, 2020). In this multifaceted domain - also described in 2013 by the *European Union cybersecurity strategy: An Open and Secure Cyberspace*, in which cyberspace is approached as a "complex environment of interaction between people, software and services", showing how limiting cybersecurity to the protection of information systems is outdated and misleading (Brighi, 2021) - the securing of cyber assets, by companies, does not only correspond to the mere private interest of protecting their own organisation, but looks beyond that, to the never fully achievable goal of making cyberspace a safer place, an outcome from which society as a whole will benefit (Panattoni, 2020). This leads to understand how cyber-security cannot be guaranteed only by technological or regulatory solutions, since there are no hardware or software products capable of ensuring complete cyber-security for the company. In other words, it would be illusory, in the face of growing complexity, to assume a definitively given security status, circumscribed within a rigidly structured technological and regulatory perimeter, but instead it would be fundamental to invest in the human factor, in preparing effective risk

prevention and governance interventions (Cannata, 2020). Having clarified this, the expression 'computer incident' means any event of a culpable or malicious nature aimed at damaging tangible, intangible and human resources that are of value to the system or organisation, an event to be understood in a broad sense, including not only *hacker* attacks, but also possible malfunctions, equipment failures, *bugs* in software and, finally, inappropriate behaviour by users of the computer system (Brighi, 2021). On the other hand, three strands of computer security can be declined: the robustness of systems, the resilience, guaranteed by specific detection controls, and the response of systems to attacks, mainly based on advanced data *backup* and *disaster recovery* tools (Brighi, 2021). It can, therefore, be distinguished an *active or logical security*, made up of the set of technologies and tools to protect digital data aimed at removing information from unauthorised users (Ziccardi, 2015) and, on the passive side, a *physical security* with a defensive purpose, in order to avoid immaterial and physical attacks to access systems, generally resolving with a series of measures to protect premises or computer programmes. However, the cyber-measures must be seen against the backdrop of a noticeable growth in cybercrime, fuelled by *Crime as a Service* that is by criminal organisations structured as real companies that offer software to launch cyber attacks without the user needing any special computer skills (Brighi, 2021), and by an increasingly widespread use of generative AI, also in criminal activities: there are, therefore, no computer systems that are not vulnerable (Panattoni, 2020), but cyber-threats are evolving rapidly, the most recent ones are related to *cyberwar* and *information warefare*, but cyber espionage and digtal industrial sabotage activities are also on the rise (Brighi, 2021). In reference to risk management, this implies identifying, assessing and reducing risks through preventive, detective and corrective measures, following an integrated approach that enables organisations to optimise resources, reduce exposure to attacks and ensure that systems comply with the security standards required by law. In this regard, the landscape concerning these issues is very jagged due to the relative novelty of the topic and the different stages in which companies

find themselves with respect to the digitisation process, which is currently undergoing a strong and decisive shift.

4. A LOOK AT EU LEGISLATION ON CYBERSECURITY IN RELATION TO THE MOST IMPORTANT ISO CERTIFICATIONS

In European legislation, the idea of cybersecurity has been developed since the 1981 *Strasbourg Convention*, in connection with the right to confidentiality of personal data: in fact, Art. no. 7 of the aforementioned *Convention* provides for the adoption of appropriate measures to protect personal data, stored in electronic form, against accidental or unauthorised destruction. Significant is also the definition offered by the EU Commission in 2001 in its *Communication on Cybercrime* in which 'computer and network system security' is described as the 'ability of a network or information system to resist, at a given level of confidentiality, unforeseen events or malicious acts that compromise the availability, authenticity, integrity and confidentiality of stored or transmitted data and the services provided by or accessible via that network or system'. This approach is also adopted by the *General Data Protection Regulation (GDPR), European Regulation No. 679/2016,* which describes cybersecurity as 'the ability of a network or information system to resist, at a given level of security, unforeseen events or unlawful or malicious acts that compromise the availability, authenticity, integrity and confidentiality of personal data stored or transmitted' (Art. no. 32). The same direction is pursued by the European Regulation no. 2019/881, so called '*Cybersecurity Act*', a document that expresses the European legislator's desire to standardise and implement the level of cybersecurity in the EU, in a perspective of *security by design* implemented by digital certification systems. These key regulatory texts were followed by the EU Directive No. 2555/2022, known as NIS2, where NIS stands for Network and Information Systems, which came into force on 17 January 2023, replacing the previous NIS1, No. 1148/2016, a measure that proved inadequate in excluding certain important categories of entities from regulation and in allowing Member States too much discretion in transposition, missing the objective of regulatory harmonisation. In contrast, the NIS2 expands the number of companies

and entities affected and which, as of 18 October 2024, will have to comply with security and risk management requirements, providing for ever tighter controls (Redazione Agenda Digitale, 2024). In particular, it will look at a risk management about the analysis of vulnerabilities and the identification of specific threats and the definition of mitigation plans, but also advanced data protection measures will be implemented such as end-to-end encryption and continuous monitoring to detect threats at an early stage (Redazione Agenda Digitale, 2024). In line with a typically European risk management approach is the AI Act, Regulation 2024/1689, which entered into force on 1 August 2024, proposes a step-by-step risk management, namely medium risk, high risk, up to an unacceptable level, according to a 'continuous iterative process executed throughout the entire life cycle of an AI system' (Art. no. 9) and related to different hypotheses of vulnerability of the fundamental rights of which the EU is the guarantor and which are expressed in the *Lisbon Treaty* of 2000 - such as human dignity, freedom, democracy, equality, and the rule of law, ensuring, at the same time, operability, efficiency and IT reliability (Catanzariti, 2022) - with the aim of not unreasonably limiting future developments in AI research and, at the same time, not depressing the market of digital products and services (Catanzariti, 2022). On this perspective, risk analysis is aimed at calculating the probability that a threat may be successful in order to assess the necessary defence investments, identifying the risks to be taken into account and the most remote or too difficult to cope with (Ziccardi, 2015) and, in this regard, many criticalities concerning both event analysis and risk assessment are to be highlighted, in the absence of precise indications on the legal remedies that can be introduced against the adverse consequences of artificial intelligence. Considering, therefore, among the most significant risks the technological and performance ones, as well as the risks concerning the security of information, personnel and intellectual property, the Compliance plan stands out and, specifically, the certification ISO 27001 on IT information security management, particularly important for companies or groups of companies that manage Big Data or sensitive data, indicating the requirements for implementing and maintaining IT security, through a complex control process. In fact, risk assessment is the main activity to

achieve an effective Compliance tailored to the specific company, depending on the degree of various types of risk how Compliance choiches will have to be calibrated (Arecco, F., Catellani, G., 2019). Naturally, risks can also be analyzed and managed by considering any opportunities they present, allowing profits to be increased and further created, as in ISO 31000 '*Risk management – Principles and guidelines*': remove, reduce or maintain risks depend on many operational factors and this makes it clear how IT security and Compliance go hand in hand, in their multiple implications (Arecco, F., Catellani, G., 2019). Equally important is certification UNI ISO 19600, specifically dedicated to Compliance, applicable to any type of organization and based on the PDCA scheme, underlining the function of Compliance Officer who will actually have to check the correct functioning of company Compliance with the aim of making the management and decision-making processes coincide, as far as possible, with the set of rules to adopt to face corporate risks (Arecco, F., Catellani, G., 2019).

5. CYBERSECURITY, COMPLIANCE AND DIGITAL DATA PROTECTION

The protection of digital data constitutes a central point, both in terms of cybersecurity and Compliance, as evidenced by the various European and national data protection regulations that require organisations to take appropriate measures to protect personal data from unauthorised access, theft, or possible disclosure to unauthorised third parties (Brighi, 2021). From this specific point of view, computer security can be defined by the acronym CIA (Rizzi, M. A., Serini, F., 2024), i.e., confidentality, integrity and availability (Brighi, 2021), where, in short, confidentality represents the circumstance that only authorised parties can access the information; integrity indicates the guarantee that data are not altered or deleted in any way, except by authorised parties; availability expresses the possibility for authorised parties to access the resources they need, through remote or direct access, and for a set time. Additional characteristics defining the security of information, data and information technologies and, more generally, of communication are the authenticity, that is the quality whereby an entity is what it claims to be, the

accountability, the non-repudiation, i.e. the ability to prove the occurrence of the event or action claimed to have happened as well as the entities from which it originated, and finally, the reliability, that is the property whereby the result and behaviour are consistent and correspond to those intended (Panattoni, 2020). A further interesting definition of cybersecurity, in reference to digital information, can be found in the international standard on information technology and security given by the new version of the already mentioned ISO/IEC 27001: 2022 '*Information security, cybersecurity and privacy protection - Information security management systems - Requirements*' which highlights how an adequate management of *Compliance* can be considered as the right compendium to security, leading to a correct consideration of the regulatory ecosystem and the interactions therein, by the formalisation and implementation of appropriate technical-organisational measures, mitigating the risk factors that loom over corporate *assets (Ponti, 2023) and representing* a guide for organisations in ensuring Compliance with cybersecurity best practices, particularly with regard to risk management in relation to data protection. Finally, it should be underlined how cybersecurity is to be parameterised on the individual and on the effectiveness of personal data protection, highlighting the criticalities often determined by the typical confidence that is created in virtual relations, with more intimate approaches and tones than normal, even when there is no certainty of the identity with whom one is interacting nor of the level of reliability and privacy (Ziccardi, 2015). The security of personal data implies, in fact, in the digital context, the need to foresee the behaviour of others as a risk factor, a factor that tends, precisely because it is the behaviour of others, to be beyond our control. Consequently, individual behaviour, in terms of IT security, is just as important as technological measures and this assumes a particular significance also in view of the almost total absence of anonymity on the Net, thanks also to sensors capable of correlating the digital data traces left by users on the Web (Ziccardi, 2015), explaining how safe surfing the Web is the slogan of many awareness and Compliance campaigns, since educating employees and customers in the proper use of the Internet can reduce many cyber risks (Agresti, 2020). The importance of protecting and properly handling personal data has been further emphasised by the introduction

of the GDPR *where* security and privacy form an inseparable pair (Panattoni, 2020), as is clear from Art. no. 5 which requires personal data to be 'processed in a way that ensures adequate security of personal data, including protection, by appropriate technical and organisational measures, against unauthorised or unlawful processing and accidental loss, destruction or damage'. The responsibility for data processing falls, in the first place, on the data controller, and, in this respect, the GDPR formalises the 'empowerment' of this figure, who is entrusted with the task of establishing, in an independent manner, the modalities, guarantees and limits of data processing, adopting appropriate and effective measures, with a wide margin of discretion. The same regulatory perspective is also expressed by the principle of *accountability*, in Art. no. 24, which requires the data controller to implement all appropriate technical and organisational measures to ensure and be able to demonstrate that processing is carried out in accordance with the EU Regulation. For this purpose, a company must ensure that its data management practices are in line with the principles and requirements of that regulation and these criteria include transparency in the collection and use of data, limiting data collection to the minimum necessary for the fulfilment of the stated purposes, the need to obtain explicit consent for data processing in various circumstances and the respect for the rights of data owners, including the right to access, rectify and erase data. In addition, companies must demonstrate that they have implemented appropriate security measures to protect personal data from loss, misuse or unauthorised access, through tools such as encryption, the use of strong passwords, staff training on data security, and enhancing policies, procedures and adequate measures to prevent and respond to data breaches. In this direction is collocated the provision, depending on the size of the company and the type of data managed, of a Data Protection Officer (DPO) with the responsibility of overseeing the company's Compliance with the GDPR, acting as a point of contact with the data protection authority, the provision of a Data Protection Impact Assessment (DPIA) that, in the hypothesis of data processing capable of entailing a high risk for the rights and freedoms of individuals, helps to identify and minimise the privacy risks in data processing, finally, the establishment of measures on requesting and managing consent, which must be free, specific, informed and

unequivocal. In addition, Compliance with GDPR implies, for companies, a series of obligations aimed at guaranteeing the responsible management of personal data that respects the subjective rights of the holders of digital information, such as, the obligation of transparency on the purposes, methods of collection and management of personal data, the limitation of the purpose for which personal data are collected to specific, explicit and legitimate ones, excluding further processing that is incompatible with these purposes, the accuracy, updating, integrity and confidentiality of personal data by technical or organisational measures, implemented by the controller and processor to ensure a level of security appropriate to the risk, as established by Art. no. 32. The measures chosen to guarantee the security of personal data must then ensure that only the personal data necessary for each specific purpose of the processing are processed by default (*data protection by default*) and that data protection is guaranteed from the design phase of the processing (*data protection by design*), providing that the right tools and settings to protect personal data are adopted from the outset, as required by Art. no. 25. Lastly, the GDPR stands in a relationship of complementarity and mutual support with the aforementioned European Directive NIS2 (Redazione Agenda Digitale, 2024), the latter concentrating mainly on the security of data transmission networks and information systems, the former, on the protection of personal data: therefore, it will be necessary to develop Compliance that encompasses both regulations, e.g. by implementing an effective digital data security management system, conducting regular cyber risk analyses, as well as monitoring and reporting on cyber incidents, structuring governance plans and outlining a clear definition of roles and responsibilities in each company.

6. SECURITY AWARENESS: A DRIVER FOR LEGAL COMPLIANCE

Last but not least, a continuos need emerges of awareness and training of the staff of companies, institutions and organisations, especially in the prevention of possible data breaches caused by human error. In this regard, a worrying number of employees of organisations are not equipped to cope with the increasing number of cyber attacks targeting their workplace, representing the weakest link in the system: as a result,

despite increasingly effective digital security systems being implemented, everything can be compromised by poorly trained users, putting at risk the organisation and the investments in security (Cannata, 2020). The human factor, therefore, in the relation between Compliance and cybersecurity, plays a fundamental role, since through emotional aspects and cognitive elements can be influenced the individual's behaviour in the virtual space, making a person more vulnerable and, although unintentionally and indirectly, a threat to the organisation (Rose, 2020). The most insidious cyber threat to organisations is, then, constituted by devious and persistent attacks that exploit the naivety and inadequate knowledge of insiders (Rose, 2020), as demonstrated by the increasingly frequent phenomenon of the *Business E-mail Compromise* - a type of scam that makes use of sophisticated computer skills but also of knowledge in the field of social engineering techniques, cognitive psychology, anthropology, social psychology, and group sociology (Rose, 2020) - in which the victims are almost always employees in the economic-financial sector who make payments by means of a bank transfer, often through the use of a corporate e-mail account, giving rise to a complex cyber threat which uses persuasion and empathy in order to gain the individual's trust and steal certain confidential information such as passwords, bank account numbers, names, confidential data and so on (Rose, 2020). Equally widespread are cases of computer fraud carried out through e-mail and smartphones, *phishing*, and *randsomware*, highlighting how, to date, an apparently trivial matter such as proper password management represents a real 'Achilles heel' of cybersecurity (Agresti, 2020). Of particular importance, therefore, is an appropriate protection of IT devices against unauthorised access, *malware*, and data loss, risks that can arise as much from poor configuration and maintenance as from incorrect use of the IT tools themselves (Agresti, 2020). In such guarantee procedures, security measures are not the same for all types of information, but depend on the level of classification assigned by companies through internal policies for the assignment of different levels of confidentiality - public, internal use, confidential, secret - and the corresponding measures to be taken for access, storage, transmission and deletion of the various types of data (Agresti, 2020). So, from the inexistence of absolutely valid security

measures, but from the certainty that it is, in any case, possible to modify individual behaviour to mitigate the risk associated with multiple cyber threats (Rose, 2020), derives the relevance of awareness-raising and security awareness campaigns, which aim to increase the level of user awareness of risk factors and the actions to be put in place in security governance, on the level of security of the organisation and, in parallel, the effectiveness of data protection programmes (Cannata, 2020), given that cybersecurity priorities are not the same for every organisation but depend on its characteristics, so that the objectives and contents of the awareness programme are unique to each organisation (Agresti, 2020). On the practical level of learning, in the field of IT security, a knowledge through experience and capable of involving multiple communication channels seems effective; an efficient cognitive ergonomics is also useful in the implementation of learning processes allowing an interaction between the cognitive system and information processing tools, for example, by using an immediate and friendly interface which can facilitate correct and fluid subjective interactions, providing a high level of usability (Rose, 2020). Indispensable, then, is an increase in individual motivation: many training programmes are perceived as too demanding or in conflict with the needs of productivity and business efficiency and to these prejudices can be remedied by gamification techniques, the use of films and multimedia material, motivating also by appealing to the sense of community of the members of any kind of organisation (Panattoni, 2020).

7. CONCLUSIONS: THE RELEVANCE OF A HOLISTIC APPROACH

Information resources are essential elements in today's democracies, representing both a means of information and free individual expression, and a parameter for the configuration and functioning of multiple infrastructures that provide essential services and functions for society and economic system (Rizzi, M. A., Serini, F., 2024). These indispensable tools have, however, transferred some of the biggest risks of cyberspace to real space: the global network is characterised, in fact, by being a system designed not so much to correspond to security criteria, but, abstractly, rather to those of free access, interoperability, and free

exchange of information, so that every society is as vulnerable as the information technology it uses (Losano, 2017). Thus, Compliance and cybersecurity describe not an endpoint, but a continuous process, as both are essential to ensure the effectiveness of data security measures and the integration between the two disciplines ensures that entities and organisations meet regulatory requirements without compromising operational security. In conclusion, Compliance and cybersecurity are closely linked and complementary: Compliance provides a regulatory framework that guides organisations towards appropriate security practices, while cybersecurity provides the solutions to ensure the protection of informations. The importance of the synergy between Compliance and cybersecurity does not, however, exempt organisations from facing several challenges in integrating the two, and one of the main difficulties is precisely the complexity of regulatory framework, which is constantly evolving and on which stakeholders need to be constantly updated to ensure that their cybersecurity practices comply with legal requirements. Among the many difficulties that characterize the system, it is sufficient to highlight that the specific regulatory corpus imposes on all public and private organizations that process personal data the obligation to clearly define and manage the roles of each individual within the organization; design and implement company processes that process personal data, ensuring that they are in line with the principles of privacy and carefully addressing all the risks associated with the processing of personal data, critical issues and complexities in the face of which a strong need for simplification emerges (Alverone, 2024). In addition, the number and diversity of regulations, firstly the difference between European and US legislation, can be very burdensome, particularly for companies that operate globally and must comply with local, regional and international regulations, and this can also result in significant costs and difficulties in the centralised management of security and Compliance policies. Finally, the challenge of continuous training should be mentioned, where human resources frequently represent the weak link in the chain for both cybersecurity and Compliance: it is evident, in this regard, how the lack of an adequate training on cyber risks and regulations can lead to human errors that are among the main causes of security breaches and penalties for non-Compliance. In order to

overcome these challenges, it seems necessary to adopt a "well-rounded" Compliance that enables the adoption of cybersecurity in a multidisciplinary view (Ponti, 2023), that is a holistic approach, encompassing legal/organisational/technical aspects, that integrates security and Compliance *by design*. Consequently, in this perspective, companies and organisations will have to ensure that cybersecurity policies are not only robust but that they are designed to meet regulatory obligations, at the same time, they must be ready to adapt to regulatory changes and to adopt innovative technologies to keep their systems secure. Of course, the adoption of a holistic approach also implies collaboration between IT security, legal and Compliance teams, in fact, only through a interdisciplinary cooperation is it possible to design and implement solutions that adequately address security needs while minimising IT and operational risks, in considering the diversity of roles and responsibilities (Ponti, 2023). In this way, an integration between cybersecurity and Compliance can help the organisation to be not only more flexible but also more adherent to new regulations on the protection of corporate data, adapting quickly to regulatory developments, with benefits both in terms of increased efficiency, effectiveness and transparency of the entire organisation, and in terms of the risks monitored, to the benefit of the market and the trust of customers reassured that their data are adequately protected (Ponti, 2023).

8. REFERENCES

Alverone, G. (2024). Compliance Privacy - Percorsi per imprese e P.A. Simone.

Agresti, E. M. (2020). Le principali aree di intervento e gli strumenti da presidiare. In N. Sotira (Ed.), Il fattore umano nella cyber security. Valori e strategie da costruire insieme (pp. 42-60). F. Angeli.

Arecco, F., Catellani, G. (2019). Cos'è la compliance aziendale. Wolters Kluwer.

Brighi, R. (2021). Cybersecurity. Dimensione pubblica e privata della sicurezza dei dati. In T. Casadei, S. Pietropaoli (Eds.), Diritto e tecnologie informatiche (pp. 135-147). Wolters Kluwer.Cannata, M. (2020). Prefazione. In N. Sotira (Ed.), Il fattore umano nella cyber security. Valori e strategie da costruire insieme (pp. 9-11). F. Angeli.

Casadei T., Pietropaoli S. (2020). Diritto e tecnologie informatiche. Wolters Kluwer.Catanzariti, M. (2022). Rischio e vulnerabilità nel modello europeo di intelligenza artificiale. SocietàMutamentoPolitica, (25)l3, pp. 73-82.

Clark, D. (2010, December 3). Characterizing cybers pace: past, present and future. DSpace@MIT. https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/l721.l/l4l692/Clark%20%282010%29%20Characterizing%20cyberspace.pdf?sequence=l&isAllowed=y

Forni L., Vettor T. (2017). Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale. Giappichelli.

Koops, B.J., Adams, S. (2015). The governance of cybersecurity. Tilburg Institute for Law, Technology, and Society.

Hamelink, C. J. (2000). The Ethic of Cyberspace. Sage Pubns Ltd.

Losano, M. G. (2017). Guerre ibride, omicidi mirati, droni, conflitti senza frontiere e senza diritto. In L. Forni, T. Vettor (Eds.), Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale (pp. 19-38). Giappichelli.

Panattoni, B. (2020). Compliance, Cybersecurity e sicurezza dei dati personali. Wolters Kluwer.

Ponti, C. (2023, May 22). Legal & Compliance, i 3 pilastri: sicurezza, cybersecurity e data protection. Riskcompliance.https://www.riskcompliance.it/news/legal-compliance-i-3-pilastri-sicurezza-cybersecurity-e-data-protection/

Rizzi M. A., Serini, F. (2024). Una proposta di studio dei concetti di cybersicurezza e cyberresilienza in senso giuridico tra ordinamento europeo e italiano. Rivista Italiana di Informatica e Diritto, (2)6, pp. 1-22.

Redazione Agenda Digitale (2024, October 29), Direttiva NIS2 e GDPR, come garantire la compliance. Agendadigitale.http://www.agendadigitale.eu

Rose, A. (2020). Aspetti psicologici e cognitivi: il valore dell'individuo nella cyber security. In N.

Sotira (Ed.), Il fattore umano nella cyber security. Valori e strategie da costruire insieme (pp. 19-28). F. Angeli.

Sotira N. (2020). Il fattore umano nella cyber security. Valori e strategie da costruire insieme. F. Angeli.

Ziccardi, G. (2015). Internet, controllo e libertà. Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica. R. Cortina.

EL AUGE DEL COMPLIANCE DIGITAL: RETOS Y OPORTUNIDADES EN LA ERA TECNOLÓGICA

OLIVAS MORILLO, PEDRO LUIS
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

El vertiginoso desarrollo de las tecnologías emergentes en las últimas décadas ha generado un cambio de paradigma en la forma en que las organizaciones abordan sus procesos internos y externos. El concepto de Compliance, tradicionalmente asociado con la observancia de normas y regulaciones en el ámbito corporativo, ha cobrado una nueva dimensión en la era digital. Tecnologías como la Inteligencia Artificial (IA), la cadena de bloques (*blockchain*) y el análisis masivo de datos (*big data*) presentan oportunidades significativas para optimizar la gestión del cumplimiento normativo, agilizar la detección de incumplimientos y mejorar la eficiencia de las auditorías internas. Sin embargo, también han introducido retos profundos en materia de ética, privacidad y gobernanza de la información.

Los programas de Compliance digital buscan no solo garantizar que una empresa cumpla con las obligaciones legales y regulatorias, sino también promover una cultura de integridad y responsabilidad social. Este aspecto adquiere especial relevancia ante la globalización de los mercados y la creciente interconexión de los sistemas tecnológicos. Un incidente de ciberseguridad, por ejemplo, puede tener repercusiones inmediatas en diferentes partes del mundo, con consecuencias legales y reputacionales de gran envergadura.

Asimismo, el proceso de digitalización impulsa la aparición de nuevas figuras de riesgo y de nuevos sujetos obligados. Los departamentos de TI, los proveedores de servicios en la nube y los desarrolladores de

algoritmos de IA se integran cada vez más en las cadenas de valor de las organizaciones, lo que diversifica los puntos de exposición y exige un mayor nivel de supervisión y coordinación. Del mismo modo, la adopción de tecnologías emergentes puede generar dependencia de proveedores externos, introduciendo factores adicionales de riesgo y potenciando la necesidad de instaurar sistemas de Compliance que trasciendan los límites de la propia entidad.

En este documento, se examinan los diversos frentes que confluyen en el Compliance digital. Para ello, se abordan tanto los aspectos prácticos (técnicos y organizativos) como los fundamentos legales y éticos que configuran el entramado regulatorio actual. Al ahondar en estas consideraciones, el estudio pretende aportar recomendaciones útiles y actualizadas para que las empresas y los legisladores afronten los desafíos propios de la era digital, asegurando un equilibrio entre innovación y protección de derechos fundamentales.

A lo largo de este trabajo, se profundiza también en los distintos mecanismos a través de los cuales las organizaciones pueden aprovechar las fortalezas de la IA, el *blockchain* y el *big data*, al tiempo que se discuten los riesgos que implican. La atención se centra en demostrar cómo la gestión de la seguridad de los datos, la transparencia algorítmica y la trazabilidad de la información se han convertido en pilares esenciales del Compliance moderno. De esta forma, se busca brindar una visión integral de los retos que plantea la transformación digital y cómo abordarlos de manera efectiva.

2. OBJETIVOS

Este estudio persigue el propósito de servir como referencia para quienes desean implementar o mejorar sus sistemas de Compliance en el contexto de la revolución digital. Para lograrlo, se han definido los siguientes objetivos específicos:

a) *Analizar el impacto de las tecnologías emergentes en el Compliance digital:*

– Explorar cómo la Inteligencia Artificial está revolucionando la automatización de procesos, la detección de riesgos y la toma de decisiones en materia de cumplimiento.

– Profundizar en el uso de *blockchain* para garantizar la inmutabilidad y la auditabilidad de los registros de cumplimiento, así como para respaldar la transparencia y la rastreabilidad en distintos ámbitos corporativos.

– Comprender de qué manera el *big data* puede emplearse para la analítica predictiva de comportamientos de riesgo, optimizando la distribución de recursos y la efectividad de las medidas de prevención.

b) Examinar los desafíos regulatorios y éticos:

– Identificar los principales vacíos legales que surgen cuando las organizaciones se basan en algoritmos complejos para la toma de decisiones, determinando la asignación de responsabilidad en caso de comportamientos inadecuados o sesgos discriminatorios.

– Revisar las normativas existentes, tales como el RGPD, la Directiva NIS2, la Ley de Servicios Digitales y el propuesto AI Act, y evaluar su grado de adecuación a las particularidades de las tecnologías emergentes.

– Reflexionar sobre la ética y la responsabilidad algorítmica, así como sobre los límites del uso de datos personales y la importancia de la protección de la privacidad.

Evaluar el marco normativo vigente y proponer mejoras:

– Examinar cómo los cambios legislativos a nivel internacional impactan en la capacidad de las organizaciones para adoptar soluciones tecnológicas seguras y efectivas.

– Ofrecer sugerencias de políticas públicas que promuevan la innovación responsable, el desarrollo de estándares globales y la colaboración entre diferentes partes interesadas.

– Proponer estrategias que faciliten la convergencia y la interoperabilidad de las regulaciones, impulsando la creación de ecosistemas digitales con altos niveles de seguridad y confianza.

Proponer estrategias y buenas prácticas de implementación:

– Diseñar pautas para la integración de tecnologías emergentes en los programas de cumplimiento, enfocándose en la gestión de riesgos, la documentación y la evaluación continua de la eficacia de las herramientas.

– Subrayar la importancia de la formación continua y la cultura de cumplimiento a todos los niveles jerárquicos de la organización.

– Proveer casos de uso y ejemplos prácticos que ilustren cómo las empresas pueden llevar a cabo exitosamente la transición hacia un entorno de Compliance digital.

3. METODOLOGÍA

Para cubrir la complejidad y la amplitud de los temas abordados, se empleó una metodología mixta centrada en varios enfoques:

a) Revisión bibliográfica y documental:

– Se realizó un análisis exhaustivo de libros, artículos académicos, informes de consultoras y documentos de organismos internacionales (e.g., la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, la OCDE) sobre Compliance y tecnologías emergentes.

– Se examinaron fuentes de noticias, revistas especializadas y repositorios de *white papers* para mantenerse al día sobre los avances tecnológicos y sus repercusiones en el marco regulatorio.

Estudio de normativa y guías legales:

- Se revisaron en detalle las normas más relevantes, entre ellas el RGPD (UE) 2016/679, la Directiva NIS2, la Directiva (UE) 2019/770 sobre contenidos digitales, el AI Act propuesto por la Comisión Europea, la Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act) y otras.

- Se consultaron las guías de interpretación emitidas por autoridades de protección de datos y por organismos internacionales, que sirvieron para contextualizar los puntos más críticos y debatidos.

Investigación jurisprudencial:

- Se analizaron resoluciones judiciales y sanciones administrativas relacionadas con incumplimientos normativos, haciendo hincapié en aquellos casos donde la tecnología jugaba un papel decisivo.

- La jurisprudencia examinada abarcó tanto los tribunales europeos como las autoridades de protección de datos, con la intención de identificar la tendencia de los órganos reguladores en la materia.

Casos de estudio y entrevistas:

- Se llevaron a cabo entrevistas estructuradas con profesionales de Compliance, expertos legales y técnicos en IA, blockchain y ciberseguridad, que aportaron una visión práctica y realista de los desafíos a los que se enfrentan las organizaciones.

- Asimismo, se seleccionaron varios casos de estudio de empresas de diferentes tamaños y sectores (financiero, tecnológico, salud, retail) que han implementado con éxito soluciones de Compliance digital, describiendo sus logros y dificultades.

Análisis crítico y síntesis:

- La información recopilada se sometió a un proceso de análisis crítico para evaluar la solidez de las conclusiones y la aplicabilidad de los hallazgos a diversos contextos.

– Finalmente, se elaboró una síntesis que integra tanto la perspectiva teórica como la experiencia práctica, ofreciendo así un documento comprehensivo y actualizado.

Con este enfoque metodológico, se aspira a proporcionar un análisis riguroso que permita comprender las implicaciones del Compliance digital y, a la vez, formular recomendaciones concretas para su implementación.

4. RESULTADOS

Los resultados obtenidos a partir de los datos cualitativos recopilados muestran que las innovaciones docentes y las tecnologías educativas han tenido un impacto positivo en la enseñanza del derecho, aunque también se han identificado desafíos significativos. A continuación, se presenta un análisis detallado de los principales hallazgos del estudio.

De la revisión bibliográfica, el estudio de casos y las entrevistas realizadas, se desprenden hallazgos que invitan a una reflexión profunda sobre la situación actual del Compliance digital:

a) Integración paulatina de tecnologías emergentes:

– La adopción de IA, *blockchain* y *big data* en programas de cumplimiento es creciente, pero no está exenta de cautela. Muchas empresas realizan proyectos piloto o despliegues parciales para evaluar la eficacia y los posibles riesgos.

– La falta de recursos económicos y humanos especializados limita la capacidad de las PYMES para acceder a estas tecnologías, lo que genera brechas en la competitividad y en la igualdad de condiciones.

Beneficios tangibles en eficiencia y gestión de riesgos:

– Varias organizaciones reportaron reducciones significativas en tiempos de auditoría y en costos operativos gracias a la automatización de tareas de control.

– La analítica predictiva permite focalizar los esfuerzos de Compliance en áreas críticas, lo que incrementa la probabilidad de detectar y prevenir conductas irregulares de manera temprana.

Problemáticas éticas y riesgo reputacional:

– La implementación de algoritmos de IA sin una debida evaluación de impacto ético y sin mecanismos de supervisión genera situaciones de discriminación o sesgo, que no solo incumplen la normativa, sino que además erosionan la imagen corporativa.

– El temor a brechas de seguridad y a casos de uso indebido de datos personales refuerza la importancia de adoptar protocolos de ciberseguridad sólidos y de cumplir escrupulosamente con las obligaciones de transparencia.

Desafíos en la coordinación y la formación:

– A pesar de la existencia de manuales, guías y códigos éticos, se constató una carencia en la coordinación de los diversos departamentos dentro de las organizaciones (TI, legal, RR.HH., etc.).

– La formación y sensibilización del personal en materia de Compliance digital es heterogénea, siendo más avanzada en sectores altamente regulados (p.ej., bancario) y menor en sectores con menos supervisión estatal.

Evolución constante del marco regulatorio:

– El RGPD supuso un punto de inflexión, pero nuevas normativas, como el AI Act o la actualización de la Directiva NIS, plantean requisitos más estrictos para la evaluación de riesgos y la protección de datos.

– Las empresas que operan globalmente enfrentan la complejidad de cumplir con regulaciones locales y extranjeras, debiendo implantar procesos de conformidad que equilibren la seguridad jurídica con la flexibilidad operacional.

5. DISCUSIÓN

En el mundo corporativo, el Compliance tradicional abarcaba principalmente temas de regulaciones financieras, sanitarias o industriales, centrándose en la prevención de prácticas ilícitas y en la mitigación de riesgos legales. La transformación digital ha expandido notablemente el alcance de estos programas, exigiendo la consideración de aspectos técnicos complejos, como la protección de datos personales, la ciberseguridad, la gobernanza de algoritmos y la compatibilidad con normativas transfronterizas.

A) Inteligencia Artificial (IA):

La IA ha sido uno de los principales motores de la denominada Cuarta Revolución Industrial, y su impacto en el Compliance digital es innegable. Desde la automatización de controles hasta la detección temprana de actividades irregulares, la IA aporta eficiencia y rapidez. Sin embargo, también plantea interrogantes éticos y legales.

La capacidad de la IA para procesar enormes volúmenes de datos en cuestión de segundos supera con creces las limitaciones de los equipos humanos, lo que se traduce en:

- Monitoreo continuo: Las organizaciones pueden implementar sistemas de IA que analizan transacciones financieras, correos electrónicos corporativos o registros de acceso a sistemas en tiempo real, alertando de inmediato sobre patrones sospechosos o anómalos.
- Análisis predictivo: Mediante el uso de algoritmos de *machine learning*, se pueden identificar tendencias y proyecciones de riesgo, permitiendo a la empresa anticiparse a posibles incidencias de cumplimiento y reforzar sus mecanismos de control.
- Disminución de falsos positivos: Las técnicas de IA, al entrenarse con grandes conjuntos de datos históricos, mejoran progresivamente su capacidad de discernir entre incidencias reales y situaciones benignas.

B) Transparencia algorítmica y explicabilidad:

Uno de los retos centrales de la IA en el ámbito del Compliance es la opacidad de algunos modelos, especialmente los basados en redes neuronales profundas. Esto da lugar a:

- Cuestión de responsabilidad: Cuando un sistema de IA adopta una decisión errónea o discriminatoria, surge la pregunta de quién es el responsable: ¿El desarrollador del algoritmo, la organización que implementa la IA o el proveedor de datos?
- Regulaciones emergentes: El propuesto Reglamento de la UE sobre IA (AI Act) establece categorías de riesgo y obligaciones de transparencia para sistemas de IA que afectan derechos fundamentales. La explicabilidad y la auditabilidad se tornan vitales para garantizar un uso ético y responsable.
- Riesgos reputacionales: La falta de claridad sobre cómo se llega a ciertas decisiones algorítmicas puede minar la confianza de clientes, empleados y accionistas, afectando el valor de la marca.

C) Sesgos y no discriminación

- Datasets desbalanceados: Si los datos históricos con los que se entrena un algoritmo de IA reflejan sesgos raciales, de género o socioeconómicos, estos se perpetuarán en las predicciones y decisiones futuras.
- Marco normativo: El RGPD incluye principios de no discriminación y de evaluaciones de impacto en la protección de datos, aplicables a los tratamientos masivos de datos por parte de sistemas de IA. Sin embargo, aún se discuten los límites en la legislación para controlar la proliferación de estos sesgos.
- Buenas prácticas: Las organizaciones deben adoptar estrategias de comprobación periódica de sesgos, así como promover la diversidad en los equipos de desarrollo y de supervisión de algoritmos.

D) Blockchain

La tecnología *blockchain* se destaca por su capacidad de ofrecer registros inmutables y distribuidos, pudiendo revolucionar el cumplimiento normativo en áreas como la trazabilidad de productos y la verificación documental.

E) Confianza y transparencia

- Inmutabilidad: Al almacenar la información en bloques cifrados y enlazados criptográficamente, se garantiza que cualquier alteración sea fácilmente detectable.
- Auditorías descentralizadas: Los participantes en la red blockchain pueden verificar las transacciones sin depender de una autoridad central, lo que reduce la posibilidad de fraudes y conlleva una transparencia mayor en los procesos.
- Reducción de costos: Al eliminar intermediarios y simplificar la verificación de la documentación, se pueden ahorrar recursos en tareas de cumplimiento, mejorando la eficiencia operativa.

F) Desafíos legales

- Derecho al olvido: El RGPD reconoce el derecho de los ciudadanos a solicitar la eliminación de sus datos personales. En una red descentralizada, donde los datos se almacenan en nodos dispersos, la implementación efectiva de este derecho resulta complicada.
- Jurisdicción aplicable: La naturaleza global y transfronteriza de las cadenas de bloques plantea interrogantes sobre qué legislación se debe aplicar y qué autoridades pueden ejercer competencias de supervisión o sanciones.
- Smart contracts y validez legal: Un contrato inteligente es un programa informático que se ejecuta automáticamente según las condiciones acordadas, sin la intervención humana. A pesar de sus beneficios en trámites legales, todavía persisten dudas sobre cómo encajan estos instrumentos en los ordenamientos jurídicos tradicionales.

G) Big Data y Analítica Predictiva

La recolección y el procesamiento de grandes volúmenes de datos se han convertido en un activo estratégico para las empresas que desean tomar decisiones más informadas y precisas, así como para robustecer sus esquemas de Compliance.

H) Identificación de patrones y análisis de riesgos

- Monitorización en tiempo real: Mediante la integración de datos de diversas fuentes (sistemas internos, redes sociales, portales públicos, etc.), las empresas pueden detectar indicios de fraude, corrupción o cualquier comportamiento anómalo.
- Priorización de esfuerzos: La analítica predictiva ayuda a focalizar la atención en las áreas más susceptibles a riesgos de incumplimiento, ajustando la planificación de auditorías y la asignación de recursos.
- Toma de decisiones informada: Los datos procesados permiten diseñar estrategias de prevención más certeras y fundamentadas, lo que puede repercutir de forma directa en la reducción de multas y sanciones.

I) Desafíos de privacidad y protección de datos

- Consentimiento y legitimidad: El RGPD obliga a las organizaciones a recopilar datos con fines específicos y legitimados, requiriendo consentimiento explícito o bases jurídicas claras. El análisis masivo puede entrar en conflicto con este principio si se exploran datos para finalidades no previstas inicialmente.
- Anonimización y seudonimización: Estas técnicas son esenciales para reducir el riesgo de identificación de personas en grandes conjuntos de datos. Sin embargo, la anonimidad no siempre está garantizada, especialmente cuando se combinan múltiples fuentes de información.

– Brechas de seguridad: La concentración de grandes volúmenes de datos en almacenes o lagos de datos (*data lakes*) aumenta la superficie de ataque para ciberdelincuentes, por lo que la ciberseguridad se torna prioritaria.

J) Retos éticos y de gobernanza de la información

– Uso secundario de los datos: Una vez recopilada la información, surgen tentaciones de utilizarla con fines comerciales o de vigilancia interna, lo que puede chocar con los valores de privacidad y buena fe contractual.

– Riesgos de discriminación: La utilización de datos demográficos o históricos de comportamiento pueden derivar en prácticas discriminatorias indirectas si no se establecen salvaguardas adecuadas.

– Gobernanza y roles de responsabilidad: Las corporaciones deben definir claramente quién gestiona y custodia los datos, así como los protocolos de auditoría para garantizar la transparencia en el uso de la información.

K) Marco normativo y adaptación legal

En la era digital, las normas se ven obligadas a evolucionar con celeridad para adecuarse a los avances tecnológicos. No obstante, la fragmentación legislativa, el solapamiento de regulaciones y la aparición de vacíos legales complican la labor de los responsables de Compliance.

Principales normas internacionales y regionales

– Reglamento General de Protección de Datos (RGPD): Con su carácter extraterritorial, ha marcado un hito en la protección de la privacidad y en la imposición de obligaciones de seguridad y transparencia para todas las empresas que tratan datos de ciudadanos de la UE.

– Directiva NIS2: Refuerza la ciberseguridad en redes y sistemas de información de sectores críticos, buscando la

cooperación transnacional y la armonización de los estándares mínimos de protección.

- AI Act (Propuesta de Reglamento de IA): Aún en discusión, prevé clasificar sistemas de IA según su nivel de riesgo y fijar requisitos de transparencia, robustez y supervisión humana.
- Ley de Servicios Digitales: Establece obligaciones para las plataformas digitales en materia de moderación de contenidos y protección de derechos fundamentales, con efectos directos en la gestión de datos y la rendición de cuentas.
- Otras normativas sectoriales: En sectores como el financiero, se suman regulaciones específicas (MiFID II, PSD2, Basilea III, FATCA, etc.) que imponen requisitos adicionales de transparencia y solvencia.

L) Fragmentación normativa y retos de armonización

- Distintas interpretaciones nacionales: Incluso dentro de la UE, los países miembros pueden adoptar posiciones divergentes en la transposición de directivas, generando ineficiencias para empresas que operan en varios Estados.
- Influencia extraterritorial de regulaciones: El RGPD ejemplifica cómo un bloque económico puede tener un gran impacto en la escena global, obligando a compañías de terceros países a adecuar sus prácticas. Sin embargo, esto también genera tensiones diplomáticas y dificulta la armonización internacional.
- Dificultades de supervisión: Con la irrupción de las tecnologías descentralizadas, los entes reguladores enfrentan el reto de vigilar actividades que pueden realizarse de manera anónima y sin fronteras claras.

M) Tendencias hacia la regulación flexible

- Códigos de conducta y autoregulación: En algunos sectores, se fomenta la creación de marcos voluntarios que complementen

las normativas, con la participación de la industria, organismos reguladores y la sociedad civil.

- Regulación basada en principios: En lugar de imponer reglas detalladas, se introducen principios generales que orientan la conducta y dan cierto margen de maniobra a las entidades para adaptarse a la constante evolución tecnológica.
- Cooperación público-privada: La complejidad de los retos digitales exige colaboración entre el sector público, las grandes empresas tecnológicas, las pymes, el mundo académico y la sociedad civil para diseñar soluciones consensuadas.

6. CONCLUSIONES

La irrupción de las tecnologías emergentes en el ámbito del Compliance digital está configurando un panorama repleto de oportunidades y, a la vez, de desafíos que requieren atención inmediata por parte de los responsables corporativos y de los legisladores.

A) Equilibrio entre innovación y protección de derechos

El uso de IA, *blockchain* y *big data* ofrece ventajas en la automatización de controles, la detección de riesgos y la optimización de procesos. Sin embargo, la implementación de estas tecnologías no debe hacerse en detrimento de la protección de los datos personales y de la salvaguarda de los derechos fundamentales. Los marcos regulatorios buscan, precisamente, articular este equilibrio entre la promoción de la innovación y la protección de la privacidad y la autonomía del individuo.

B) Cultura de cumplimiento y formación continua

El éxito de un programa de Compliance digital no solo depende de la adopción de herramientas tecnológicas, sino también de la generación de una cultura corporativa basada en la integridad, la rendición de cuentas y la colaboración. La alta dirección debe impulsar la formación y la capacitación del personal en materia de ciberseguridad, protección de

datos y buenas prácticas éticas, fomentando una visión transversal del cumplimiento en toda la empresa.

C) Relevancia de la gobernanza de algoritmos

La gobernanza de la IA y de cualquier sistema algorítmico adquiere una relevancia central en el Compliance digital. Las organizaciones deben implementar protocolos que garanticen la rendición de cuentas y la trazabilidad de las decisiones automatizadas, así como la detección y corrección de sesgos. La explicabilidad de los modelos es un elemento crítico para generar confianza y para cumplir con las nuevas exigencias regulatorias que puedan surgir.

D) Necesidad de colaborar en la creación de estándares y buenas prácticas

La cooperación público-privada se perfila como un factor decisivo para la creación de estándares internacionales y la armonización de criterios. Los códigos de conducta voluntarios y los proyectos de autorregulación sectorial pueden servir de complemento a la legislación, favoreciendo la interoperabilidad de los sistemas y la construcción de un ecosistema digital de confianza.

E) Perspectivas futuras y adaptación normativa

El ritmo acelerado de la innovación tecnológica obliga a los legisladores a adoptar un enfoque flexible y prospectivo. A medida que se consoliden avances como la computación cuántica o la IA general, las instituciones tendrán que redefinir ciertos principios básicos y generar nuevas normativas capaces de lidiar con las complejidades de la próxima década. Este escenario exige una relación más estrecha entre los sectores público y privado, así como una mayor inversión en investigación y desarrollo para garantizar la seguridad y la sostenibilidad de los ecosistemas digitales.

7. REFERENCIAS

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD).

Directiva (UE) 2016/1148 (NIS), sobre medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, y la posterior Directiva NIS2, que refuerza los requisitos de ciberseguridad.

Comisión Europea (2021). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas.

Reglamento de Servicios Digitales (Digital Services Act). 2022. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

European Data Protection Board (EDPB). (2019). Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2022). Artificial Intelligence in Society: Overcoming Challenges and Seizing Opportunities.

ENISA (European Union Agency for Cybersecurity). (2021). Threat Landscape 2021.

International Organization for Standardization (ISO). (2021). ISO 37301: Compliance Management Systems. Guidance.

International Organization for Standardization (ISO). (2018). ISO/IEC 27001: Information security management systems. Requirements.

Bühler, K., & Ferrari, V. (2020). Compliance 4.0: The Transformation of Governance, Risk and Compliance. Journal of Digital Law, 12(2), 45-58.

Gasser, U., & Scherer, M. (2019). A Note on the Ethical and Legal Implications of Artificial Intelligence. Harvard Public Law Working Paper, (18-07).

Veale, M., & Edwards, L. (2018). Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling. Computer Law & Security Review, 34(2), 398-404.

Leimester, S., & Böhm, M. (2021). Blockchain Technology and Its Impact on Business Model Innovation: A Literature Review. International Journal of Innovation Management, 25(4), 2150042.

Klein, S. (2020). Big Data-Driven Compliance: Challenges and Best Practices. Information & Communications Technology Law, 29(3), 347-364.

Zetzsche, D. A., Buckley, R. P., Arner, D. W., & Barberis, J. N. (2018). From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance. NYU Journal of Law & Business, 14(2), 393-446.

FAST FASHION Y SOSTENIBILIDAD: ÉTICA CORPORATIVA Y GESTIÓN AMBIENTAL COMO VENTAJA COMPETITIVA

Armando Osorno Sánchez
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
Cecilia Meza Lima
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

1. INTRODUCCIÓN

La *industria de la moda* ha sido señalada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como la segunda más contaminante del mundo: según datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), se estima que utiliza 93.000 millones de metros cúbicos de agua al año, que se tiran al mar medio millón de toneladas de microfibra y que produce más emisiones de carbono que todos los vuelos y envíos marítimos internacionales juntos (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 12 de abril de 2019).

El *impacto ambiental* que ha ocasionado esta industria se ha agravado con la aparición del *fast fashion (ff)*, un modelo de negocio que acelera todos los procesos de este sector, incluyendo la creación de diseños, la producción, la comercialización, el consumo y el descarte de ropa. Así, surge la necesidad de identificar qué instrumentos de gestión de *sostenibilidad* existen que permitan a las empresas del *ff* gestionar sus impactos ambientales, tomar decisiones con *ética corporativa* y a la vez, obtener *ventajas competitivas*.

2. OBJETIVO

Identificar los principales instrumentos de gestión de sostenibilidad corporativa y su incidencia en las relaciones comerciales, para deducir qué ventajas competitivas pueden obtener las empresas al implementarlos.

3. METODOLOGÍA

Se describen y analizan los principales instrumentos de gestión de sostenibilidad corporativa existentes a partir de la revisión de estándares internacionales. También se analiza la forma en que estos instrumentos son considerados en el establecimiento de relaciones comerciales. El examen de dicha información permite deducir cuáles son las ventajas competitivas que pueden obtener las empresas al implementarlos.

5. DISCUSIÓN

Existen estándares internacionales en materia de ética corporativa o Responsabilidad Social Empresarial (RSE) que incluyen aspectos de sostenibilidad y viceversa, pues se busca que las corporaciones asuman la responsabilidad de sus impactos en su entorno, incluido el medio ambiente. Su implementación no es obligatoria, pero su uso entre la industria ha ocasionado que las empresas decidan adoptarlos, pues puede incidir en sus relaciones comerciales y en la implementación de estrategias financieras y de negocio. Se analizan tres grupos de estándares internacionales en materia de RSE y sostenibilidad ambiental y se analizan las principales ventajas que su implementación ha traído consigo para la industria *ff*.

5.1. Algunas notas de la industria *FF* y su impacto ambiental

A lo largo de la historia, la industria de la moda ha evolucionado para satisfacer las necesidades de cada sociedad, pues es un reflejo de los *modos* de una sociedad. La moda es un uso o costumbre de vigencia temporal que con frecuencia es abandonado en un corto periodo de tiempo, y que la sociedad se interesa en seguir, pues le da cierto sentido de pertenencia y cohesión social.

La industria de la moda va desde la alta costura o *haute Couture,*[16] que se refiere a la moda de lujo, pasando por el *prêt à porter*,[17] nacido en 1949 en Estados Unidos como una alternativa a la alta costura, caracterizado por ofrecer ropa de diseñador pero a un costo accesible y con una mayor producción, hasta transformarse en modelos de negocio como la moda rápida o *ff*.

El origen de la *ff* se remite a 1975, cuando en una zona exclusiva de La Coruña, el empresario español Amancio Ortega abrió la primera tienda Zara (del grupo Inditex), con el lema "ropa de moda de mediana calidad a precios razonables" (Ghemawat y otro, 2003, p. 8). Desde un inicio, esta empresa se distinguió por su capacidad de diseño y producción, pues puede generar un modelo y tenerlo listo para su comercialización en un promedio de cuatro a cinco semanas, en comparación con otras marcas cuyos procesos son de hasta nueve meses (seis meses para su diseño y tres meses para su fabricación).

Zara puede producir hasta 11,000 artículos diferentes, cifra que rebasa los 2,000 a 4,000 productos anuales que lanzan otras compañías (Ghemawat y otro, 2003, p. 10). En las empresas *ff* como Zara también destacan su proceso de manufactura, que suele realizarse en países en vías de desarrollo que cuentan con legislaciones flexibles en materia laboral y ambiental, así como su proceso de ventas. Según Ghemawat y Nueno:

> Las políticas de mercadeo de Zara hacen énfasis en líneas de productos que sean amplias y cambien rápidamente, alta moda en su contenido (relativamente hablando) y calidad física razonable, no excesiva: 'ropa que uno use 10 veces', según dijo una persona. […] Se pretende que los precios, determinados centralmente, sean más bajos que los de los competidores en productos comparables en los principales mercados de Zara. (2003, p. 18)

[16] De acuerdo con Martínez Navarro es "la creación y confección de prendas exclusivas, elaboradas con materiales muy delicados y de alta calidad y precio" (2018, p. 21) y desde su aparición entre la nobleza europea del siglo XVII se caracterizó por ofrecer diseños personalizados y exclusivos, lanzados en dos temporadas al año (enero y julio) con un número reducido de diseños por cada temporada. Navarro, G. M. (2018). Marketing y comunicación de moda. ESIC Editorial, p. 21

[17] Se trata de una moda *ready to wear,* es decir, "una moda de medio lujo, de costo relativamente bajo, de corte y sabiduría muy personalizados" (Simona Segre, 2005, p. 150). Esta tendencia, que principalmente buscó producir prendas de vestir en masa a menor coste, hizo al mercado de la moda más accesible. Simona Segre, R. (2005). China and Italy: Fast fashion versus *prêt à porter* . Towards a new culture of fashion. *Fashion Theory*, *9*(1), 43–56. https://doi.org/10.2752/136270405778051527

Lo que buscan este tipo de empresas es que el ciclo de vida de la ropa sea *muy* corto, y que su producción, venta y descarte por parte del consumidor se acelere. La moda rápida es, como lo definió López Barrios en 2015, una "forma de producción de ropa que permite acortar los tiempos en la creación y realización del producto, efectuando su proceso de venta en forma más rápida" (p. 243), aunque también es una forma de consumo acelerado de prendas de vestir.

La industria *ff* ha tenido una gran aceptación entre la gente, principalmente entre el público joven, a pesar de los impactos negativos que trae consigo. Su proceso *creativo* ha sido cuestionado pues de acuerdo con Shi, Liu y otros, las empresas de moda rápida como Zara o H&M han sido acusadas de plagiar sus modelos de diseñadores de marcas de lujo, o de desfiles de moda *prêt à porter* en los que su personal se *inspira,* mientras que su proceso de manufactura es criticado debido a que se realiza principalmente en países menos desarrollados, donde la mano de obra tiene un costo bajo y se pueden ofrecer medidas de seguridad insuficientes para los trabajadores. Pero lo que más ha llamado la atención es el daño ambiental de este sector.

La industria *ff* causa un impacto ambiental en todas sus etapas productivas. En 2019 Jacometti señaló que ésta provoca daños ambientales: 1) durante la obtención de materia prima, pues se contaminan el agua y el suelo y existe un consumo indiscriminado de recursos no renovables y; 2) durante el proceso productivo, al generarse emisiones a la atmósfera y al descargar aguas con residuos peligrosos, como los químicos utilizados en los procesos de fabricación (p. 3).

Por su parte, la ONU ha señalado que la industria de la moda es la segunda más contaminante del mundo. Ha referido que:

> Los datos de la UNCTAD indican que el rubro del vestido utiliza cada año 93.000 millones de metros cúbicos de agua, un volumen suficiente para satisfacer las necesidades de cinco millones de personas, y que también cada año se tiran al mar medio millón de toneladas de microfibra, lo que equivale a 3 millones de barriles de petróleo.
>
> Además, la industria de la moda produce más emisiones de carbono que todos los vuelos y envíos marítimos internacionales juntos, con las consecuencias que ello tiene en el cambio climático y el calentamiento global. (ONU, 12 de abril de 2019)

El uso indiscriminado de fibras sintéticas en la industria de la *ff* también es un problema importante. Para fabricar poliéster, por ejemplo, se requiere de una gran cantidad de combustibles fósiles (petróleo). Además, al lavar ropa elaborada con esta fibra, se desprenden micro plásticos que desembocan en ríos y mares que al llegar a los océanos, afectan al medio marino. Los micro plásticos, como lo señaló Bernard en 2023, tardan cientos de años en descomponerse (p. 545).

Además, resulta preocupante la aparición de nuevas compañías que siguen el modelo de negocio de la *ff* pero que lo han potenciado. La empresa china Shein, por ejemplo, ha implementado *mejoras* a la industria de la moda rápida que le permite obtener ventaja frente sus competidores: emplea estrategias de marketing más agresivas, sus ventas se realizan mayormente en línea, lanza aproximadamente mil modelos nuevos por día y ofrece costos más bajos hasta en un 50% en comparación con sus competidores (Uchańska y Obłój, 2003, p. 54). Para autores como Uchańska y Obłój, esta estrategia ha dado paso a la *ultra ff*, mucho más agresiva que la moda rápida *tradicional* (2023, p. 51).

Debido a la alteración que la industria *ff* ocasiona en su entorno y en el medio ambiente, derivado de sus decisiones y acciones, ha surgido la necesidad de regular la forma en que gestionan sus impactos, no sólo desde una perspectiva jurídica en estricto sentido, sino a través de la promoción de una ética corporativa o de RSE, basada en principios morales que toda empresa *debería* asumir, en consideración a los efectos negativos de su actividad.

5.2. Una revisión conceptual de la RSE

El término RSE es utilizado cada vez con más frecuencia, aunque no deja de ser ambiguo. En el Libro verde, la Unión Europea la conceptualizó como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores" (Comisión de las Unidades Europeas, 2001, p. 7).

Por su parte, el Pacto Mundial (o Pacto Global) de las Naciones unidas ha definido a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) como "el

compromiso voluntario que las empresas hacen para la mejora social, económica y ambiental" (Asociación para las Naciones Unidas en España), mientras que la Red Española del Pacto Mundial la entiende como "las acciones voluntarias que las empresas llevan a cabo para gestionar sus impactos" (Pacto Mundial Red Española, 2024).

En suma, la RSE es un conjunto de actividades voluntarias que las organizaciones adoptan para equilibrar los intereses de la empresa con los de la sociedad. Se trata de criterios no vinculantes legalmente, pero que parten de obligaciones morales que toda organización debería tener. La RSE va más allá de las normas a las que se encuentran sujetas las empresas, (pues se presumen de antemano cumplidas en atención al principio de legalidad) y exigen un rol activo por parte de las corporaciones.

El concepto de RSE no es nuevo, pues a pesar de que en el siglo XVIII se consideró que los intereses corporativos y sociales son incompatibles entre sí y que siempre debe sacrificarse uno de ellos (Bowen, 1953, p. 14), en 1953 Howard Bowen señaló que el interés individual puede ser compatible con el interés social; sostuvo que la responsabilidad social de los empresarios consiste en tomar decisiones y líneas de acción que concuerden con los objetivos y valores de la sociedad (p. 6).

El autor abordó el término de la RSE partiendo de que las decisiones y las acciones de los empresarios influyen sobre las condiciones de vida de las personas. En lo individual, las empresas pudieran no tener un impacto importante, pero en conjunto, influyen en el sistema económico de un país, en la oferta y demanda, en la distribución de riqueza, en los tratados internacionales e incluso en la determinación del grado de explotación de recursos naturales (Bowen, 1953, pp. 3-4).

De acuerdo con sus ideas, debido a la posición estratégica de las empresas y al poder de decisión que tienen, no pueden limitarse a satisfacer sus intereses propios, de sus accionistas o de sus clientes: también están obligados a considerar las consecuencias sociales de sus decisiones particulares. Las empresas, vistas como servidores de la sociedad, están obligadas a buscar el cumplimiento de objetivos y valores deseados por la sociedad a través de la toma de sus decisiones.

Los conceptos aportados por Bowen presentan un equilibrio entre la obtención de un beneficio particular para el empresario (que se logra a través del beneficio económico de la empresa) y el beneficio social, lo que deja claro que no son opuestas ni excluyentes entre sí, sino que coexisten y son complementarias. Dicho de otra forma, se busca que ambos intereses tengan una relación dialógica, más que dialéctica.

5.3. Su discusión en las Naciones Unidas

El 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) aprobó una agenda que promueve los valores que setenta años atrás suscribieron las naciones y que refleja la búsqueda continua de un planeta seguro y sano. Así, mediante la resolución A/RES/70/1, las naciones fijaron 17 objetivos y 169 metas que conformarían la nueva agenda universal sobre la cual los países deberían trabajar.

Con el establecimiento de estos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se pretende unir esfuerzos para "erradicar la pobreza, eliminar el hambre, lograr el desarrollo sostenible y proporcionar una atención sanitaria y educación apropiadas para todos" (Acta de la Asamblea General de las Naciones Unidas [AG de las UN] A/70/PV.4, 2015, p. 11). Para la consecución de dichas metas, es necesario involucrar a otros sectores como las autoridades locales, la sociedad civil, las empresas y el sector privado. Al respecto, en la AG de 2015, el Director General de Aviva, el Sr. Mark Wilson señaló:

> […] he observado el rostro inaceptable del capitalismo. Pero también he visto que las empresas y el capitalismo han sido una de las grandes fuerzas de liberación en la historia. […] Estoy en este ámbito para lograr un impacto positivo en la vida de los clientes y la sociedad. La obtención de un beneficio es un subproducto, aunque muy importante, que permite que mis actividades empresariales también sigan siendo sostenibles. (Resolución A/70/PV.4, p. 11).

En esa discusión, la AG reconoció que aunque los países son los principales encargados de realizar y examinar el progreso obtenido en el cumplimiento de los ODS, para la consecución de las metas establecidas es necesario involucrar al sector privado. De igual forma, señaló que es necesario implementar el Pacto Mundial o Pacto Global, iniciativa que busca fomentar la participación del sector privado con las

Naciones Unidas, para que incorporen los diez principios relacionados con los derechos humanos, el medio ambiente, el trabajo y la lucha conta la corrupción. Es un llamamiento a las empresas a respetar los derechos humanos, buscar un desarrollo sostenible e impulsar la consecución de los ODS.

A partir de la AG de 2015, han surgido recomendaciones de organismos internacionales cuya finalidad es involucrar a las empresas en la promoción y respeto de los Derechos Humanos, como las líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Conducta Empresarial Responsable (Líneas Directrices), que buscan no sólo minimizar los impactos de las actividades de las corporaciones, sino también multiplicar los beneficios del comercio. Sin embargo, también existen otro tipo de documentos internacionales (con finalidades similares), emitidos por organismos no estatales, que establecen modelos de RSE y sostenibilidad para las empresas: se trata de los estándares internacionales.

5.4. Estándares de RSE y sostenibilidad

De acuerdo con la Real Academia Española (RAE), la palabra estándar (derivada de la palabra inglesa *standard)* tiene dos acepciones principales; para efectos de este trabajo, la definición que más refleja la naturaleza de un estándar regulatorio es la provista en el inciso 1, que se refiere a un adjetivo "que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia" (Real Academia Española [RAE], 2014, definición 1).

La palabra estándar tiene cinco denotaciones macadas como sinónimos, de las cuales el vocablo referencia es el que más se acerca al concepto propuesto por Molina, quien entiende a los estándares como:

> construcciones culturales, efectuadas por quienes poseen autoridad ética, técnica, teórica o científica, según el caso, de público conocimiento que nos dan confianza en nuestro accionar, pues nos sirven de guía y referencia, y a posteriori permite controlar lo producido para realizar sobre ello un juicio de valor. (2018, p. 239).

Por tanto, se trata de directrices elaboradas por autoridades técnicas, que se aplican a bienes, servicios y procesos, y que permiten conocer si éstos poseen cierto nivel de calidad. Estos instrumentos son una especie de *soft law*, es decir, "fenómenos jurídicos caracterizados por carecer

de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica" (Del Toro, 2006, p. 519), y aunque no crean responsabilidad alguna para quienes no las adoptan, sí generan reconocimiento y credibilidad para quienes sí lo hacen, lo que se traduce en beneficios para la organización.

Debido a la pluralidad de estándares, pertenecientes a distintas familias, es necesario elegir aquéllos que favorezcan a la operatividad de la industria *ff* y cuya adopción podría contribuir a que asuman una cultura de RSE y sostenibilidad. Destacan los siguientes estándares internacionales:

5.4.1. International Organization for Standardization[18] (ISO)

- Norma ISO 26000: Su objetivo es contribuir al desarrollo sostenible a través de la RSE; implementar la RSE en la organización y que sea considerada en la toma de decisiones e implementación de actividades, que deberían impactar positivamente en un desarrollo sostenible e implementar principios como la rendición de cuentas, la transparencia, el comportamiento ético, el respeto a los intereses de las partes interesadas y a la legalidad.
- Norma ISO 14001: Su objetivo es buscar un desarrollo sostenible a través del equilibrio entre los subsistemas ambiental, social y económico, así como buscar beneficios financieros y operacionales derivados de la aplicación de alternativas respetuosas con el medio ambiente, como la implementación de sistemas de gestión ambiental.
- ISO 5157:2020: Busca uniformar términos y definiciones utilizados en la industria textil, relacionados con el medio ambiente y la economía circular, para evitar prácticas indebidas en el sector sostenible de la industria como el *greenwashing*.

[18] Organismo especializado no gubernamental encargado de crear estándares internacionales que desde 1946 reúne expertos para acordar cómo hacer algo de la mejor forma posible. International Organization for Standardization (s.f.). *Abou ISO*. https://www.iso.org/about

5.4.2. Global Reporting Initiative (GRI)[19]

– GRI 2: Contenidos Generales 2021 (parte de Estándares GRI para la elaboración de informes de sostenibilidad): Su objetivo es proporcionar contenidos para que las organizaciones presenten información sobre sus prácticas de presentación de informes; actividades y trabajadores; gobernanza; estrategias, políticas y prácticas; y participación de los grupos de interés.

5.4.3. AccountAbility[20]

– Estándares AA1000: Busca mejorar el desempeño de la organización al mismo tiempo que se crea valor social, económico y ambiental, promover la medición del impacto de las acciones de las organizaciones para que se hagan responsables de sus resultados y promover la transparencia de la organización sobre los impactos de su políticas, decisiones, acciones, productos, servicios y desempeño.

Estos instrumentos están dirigidos a todo tipo de organizaciones, sin considerar su tamaño, localización o actividad, pero cobran importancia para aquéllas que han sido señaladas por violar derechos humanos, normas laborales o por causar graves afectaciones al medio ambiente, como la industria *ff*. De acuerdo con los propios estándares, su implementación genera mayor credibilidad y una mejora en la reputación corporativa, por lo que algunas compañías del sector ya han adoptado estos modelos de conducta empresarial. No obstante, se busca conocer si además de estos beneficios, su implementación impacta en la competitividad de la industria de la moda rápida.

[19] Mejores prácticas internaciones cuyo objetivo es que las organizaciones informen al público sobre los impactos económicos, ambientales y sociales de sus actividades, así como sus contribuciones positivas y negativas de éstas, en cuanto a desarrollo sostenible. GRI (sin fecha). *The global leader for sustainability reporting*. https://www.globalreporting.org/

[20] Firma global, encargada de proporcionar servicios de consultoría y de estándares de sostenibilidad. AccountAbility. (s.f.). *30 Years of Setting the Standard for Sustainability*. https://www.accountability.org/standards

5.5. RSE, RENTABILIDAD Y COMPETITIVIDAD EN LA INDUSTRIA *FF*

De acuerdo con la RAE, la palabra *rentabilidad* tiene dos denotaciones, siendo la más adecuada la que se refiere a la "Cualidad de rentable" (RAE, 2014, definición 1). En el mismo sentido, ya desde 1986 Sánchez Segura conceptualizaba a la rentabilidad económica como aquélla que:

> tiene por objetivo medir la eficacia de la empresa en la utilización de sus inversiones, comparando un indicador de beneficio (numerador del *ratio*) que el activo neto total, como variable descriptiva de los medios disponibles por la empresa para conseguir aquéllos (denominador del *ratio*) (p. 161).

Por otro lado, el término *competitividad*, íntimamente ligado a la rentabilidad, es una palabra que de acuerdo con la RAE denota la "capacidad para competir" (RAE, 2014, 1). Por su parte, en 1987 Campos la conceptualizó como la "capacidad de una empresa u organización para desarrollar y mantener sistemáticamente ventajas comparativas que le permita disfrutar de una posición favorable en el entorno en el que actúa" (p. 734).

Ambos términos son indicadores importantes de las empresas e inciden en sus estrategias y decisiones corporativas; a su vez, existen factores que inciden en la competitividad y rentabilidad de las corporaciones. La implementación de estándares de RSE y sostenibilidad permite a las empresas realizar una mejor gestión de sus impactos, pero también repercute en el manejo de sus recursos, lo que puede significar una ventaja competitiva que a largo plazo, impacta en su rentabilidad.

Por estas razones, y a partir de la inclusión del sector privado en la Agenda 2030, las empresas han incorporado las políticas de sostenibilidad como un eje transversal de sus actividades. Por ejemplo, de acuerdo con un reporte de PwC, en 2021 las empresas globales nombraron el mismo número de *Chief Sustainability Officer* (CSO) que en los ocho años anteriores juntos. De igual forma, se estima que actualmente el 49% de los consejos de administración discuten sobre temas de sostenibilidad.

Para efectos de este trabajo, es relevante la confluencia de sostenibilidad y ventajas competitivas. Se analiza la información ambiental no financiera de cinco empresas emblemáticas de la industria *ff*:

- Zara (de Grupo Inditex), de nacionalidad española y pionera en este modelo de negocio.
- H&M (H & M Hennes & Mauritz AB) de nacionalidad Suiza y constantemente comparada con Zara por su acelerado modelo de negocio y por incurrir en prácticas comerciales cuestionables.
- GAP (GAP Inc), considerada como una competidora directa de Zara.
- Uniqlo (Fast Retailing Co. Ltd.), compañía asociada con la *ff* pero que intenta manejar una línea distinta al priorizar la funcionalidad y durabilidad.
- Shein, empresa relacionada con la ultra *ff*.
- Primark (Primark Limited), empresa *ff* considerada como competidora directa de Zara y H&M pero con precios aún más bajos.

La información objeto de análisis es la divulgada por las propias organizaciones y de ella se extrae: 1) que estándares internacionales de los señalados en este trabajo han implementado; 2) qué actividad realizan para conocer los riesgos y beneficios derivados principalmente del cambio climático, en relación con las necesidades y actividades propias de cada empresa y; 3) la ventaja que obtienen al realizar esta actividad. Se muestran los resultados en la siguiente tabla:

De las seis empresas analizadas, cinco elaboran informes no financieros o informes ambientales basados en algún estándar internacional de RSE y sostenibilidad. Cuatro de estas empresas divulgan su información sostenible con base en el estándar GRI¸ en relación con *the Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD) que, si bien no es un estándar, sí proporciona una guía y una metodología específica para analizar riesgos y medidas de mitigación, relacionadas con el cambio climático.

Respecto de los estándares ISO, sólo Inditex y Primark manifestaron haber implementado el estándar ISO 5001, mientras que los estándares de *AccountAbility* únicamente fueron implementados por Inditex. Aunque Uniqlo cuenta con un reporte integrado para el año 2023, que incluye información y estrategias de sostenibilidad, no adopta ningún tipo de estándar en la materia. Por su parte, Primark cuenta con un informe de ética y sostenibilidad para 2023 y aún se encuentra en proceso de desarrollar la información relacionada con TCFD, aunque sí ha implementado el estándar ISO 5001.

TABLA 1. *Estándares internaciones y ventajas competitivas aplicados por la industria ff*

	Industria de Diseño Textil, S.A. (Inditex)	**H & M Hennes & Mauritz AB H&M**	**GAP Inc**	**Fast Retailing Co. Ltd. Uniqlo Co. Ltd**	**Shein**	**Primark Limited**
Estándares implementados	• Estándar *GRI*, en relación con the *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD) • Norma AA1000 APS (2018) *Accountability* • Norma ISO 5001	• Estándar *GRI*, en relación con the *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD)	• Estándar *GRI*, en relación con the *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD)	• No reporta adopción de estándares	• No divulga información	• TCFD en progreso • Norma ISO 50001
Ejercicio realizado por la empresa con base en el estándar	Evalúa y gestiona los riesgos y oportunidades derivados del cambio climático.	Evalúa y divulga los riesgos que el cambio climático supone para la empresa y sus proveedores.	Divulga cómo identifica, evalúa y gestiona los riesgos relacionados con el clima. Divulga los impactos reales y potenciales de los riesgos y oportunidades relacionados con el clima en los negocios de la organización.	No reporta	No reporta	No reporta
Beneficios	Obtiene información esencial para mejorar decisiones y lograr una gestión eficaz. Detecta riesgos y oportunidades derivadas del cambio climático (riesgos físicos y de transición).	Detecta los principales riesgos asociados con el cambio climático. Detecta e intenta mitigar riesgos. Traza un mapa de su cadena de valor, evaluando y clasificado los riesgos en todas las partes del negocio, como de materias primas, producción, logística, ventas y clientes (incluidos riesgos de transición más generales).	Realiza una planificación financiera.	No reporta	No reporta	No reporta

Fuente: Elaboración propia con información obtenida de los informes no financieros y de sustentabilidad divulgados por Inditex, H&M, GAP, Uniqlo y Primark, así como de la página de internet de Shein

6. RESULTADOS

De acuerdo con la información obtenida se detecta que las empresas que implementan el estándar GRI y a la par el TCFD, logran detectar a corto, mediano y largo plazo, los riesgos que pueden sufrir en su organización propia y con sus proveedores, como resultado del cambio climático, y esto les permite proyectar medidas para mitigar dichos riesgos e incluso, realizar planeaciones estratégicas financieras y cambios en su modelo de negocio. En cambio, las empresas que no adoptan este estándar desconocen el tipo de riesgo que pueden llegar a enfrentar, así como su impacto económico.

De igual forma, se resalta que de las empresas analizadas, sólo Inditex, H&M y GAP han sido incluidas en el Ranking 2024 de *The Sustainability Yearbook*, del *Dow Jones Sustainability Indices* (DJSI). Se trata de una familia de índices considerados como referentes a nivel mundial, utilizado por inversores que buscan empresas que reconozcan la importancia de las prácticas empresariales sostenibles, con la finalidad de generar valor a largo plazo a sus partes interesadas (accionistas).

Esta familia de índices es un referente para aquéllos que desean reflejar en su cartera de inversión sus convicciones de sostenibilidad. Las empresas señaladas son las únicas de las analizadas que implementaron los estándares GRI, lo que sugiere una relación entre presentación de información ambiental y establecimientos de mecanismos para manejar sus impactos y un impacto en su reconocimiento mundial como empresas sostenibles.

Lo anterior, evidencia que estas empresas pueden tener mayor visibilidad ante inversores, clientes, proveedores y cualquier persona que esté interesada en establecer relaciones con comerciales y de negocios con compañías comprometidas con la sostenibilidad. Se deduce que la inclusión de estándares internacionales en materia de RSE y sostenibilidad puede impactar positivamente en la rentabilidad de las empresas y otorgar ventajas competitivas.

Finalmente se enfatiza que la información divulgada por las empresas y el análisis realizado en este trabajo se enfoca principalmente en la sostenibilidad de los procesos productivos y de comercialización de las empresas; sin embargo, esto deja de lado un factor importante de la industria *ff*: el consumo. Para algunos autores, esta etapa también causa

un impacto ambiental negativo, por lo que su análisis puede ser objeto de futuras líneas de investigación.

7. REFERENCIAS

AccountAbility. (s.f.). *30 Years of Setting the Standard for Sustainability.* https://bit.ly/424fBot

Acta de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Septuagésimo período de sesiones. 25 de septiembre de 2015. 4ª sesión plenaria. https://bit.ly/4hhojnR

Asociación para las Naciones Unidas en España. La responsabilidad social. https://bit.ly/4i6bzSj

Bernard, A. (2023). The hidden costs behind cheap clothing: Addressing fast fashion's environmental and humanitarian impact. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, *25*(3), 541. https://bit.ly/3DWz0yi

Bowen, H. R. (2013). *Social responsibilities of the businessman*. *University of Iowa Press.* https://bit.ly/4kTy0vB

Campos, E. B. (1987). *La competitividad de la empresa española*. Revista Española de Financiación y Contabilidad, 16(54), 733–740. https://bit.ly/3FyQ6mz

Comisión de las comunidades europeas (2001). *Libro Verde, Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas,* Comisión de las comunidades europeas, 1-26. https://bit.ly/4iygUBH

Del Toro Huerta, M.I. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional.* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI, 513-549. https://bit.ly/4kwUxhK

Ghemawat, P., Nueno, J.L. (2003). ZARA: moda rápida, *Harvard Business School Publishing*, 703-497. https://bit.ly/4i8QZRc

GRI (sin fecha). *The global leader for sustainability reporting*. https://bit.ly/3FywaA7

Hardcastle, K. (14 de octubre de 2024). Uniqlo: A force of fabric in the fast fashion sector. *Forbes.* https://bit.ly/4hc31YD

Inditex (2023). Estado de información no financiera. https://bit.ly/4bOalc5

International Organization for Standardization (s.f.). *Abou ISO*. https://bit.ly/3DxAq2p

Jacometti, V. (2019). Circular economy and waste in the fashion industry. *Laws*, *8*(4), 27. https://doi.org/10.3390/laws8040027

López Barrios, M. C. (2020). Fast Fashion y su impacto ambiental. *Actas de Diseño*, *18*, 243-247. https://doi.org/10.18682/add.vi18.2467

Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 25(1), 233–256. https://doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233

Navarro, G. M. (2018). *Marketing y comunicación de moda*. ESIC Editorial, p. 21

Organización de las Naciones Unidas (12 de abril de 2019), *El costo ambiental de estar a la moda.* https://bit.ly/3DvBhAE

Pacto Mundial de la ONU España. (2023). ODS, Año 8. Rentabilidad económica y agenda 2030: la sostenibilidad como sinónimo de negocio para las empresas. https://bit.ly/3Ra4vYH

Pacto Mundial Red Española (10 de junio 2024). De la Responsabilidad social corporativa (RSC) a la sostenibilidad empresarial. https://bit.ly/3DFET31

Primark: El poder de las gangas. (15 de septiembre de 2011). IESE Insight. https://bit.ly/3DN1s5L

Real Academia Española. (2004). Competitividad. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 05 de marzo de 2025, de https://bit.ly/43LdtTN

Real Academia Española. (2004). Estándar. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 05 de marzo de 2025, de https://bit.ly/41vhtFt

Real Academia Española. (2004). Rentabilidad. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 05 de marzo de 2025, de https://bit.ly/41wFYC1

Resolución A/RES/70/1 de la Asamblea General de la ONU. Septuagésimo período de sesiones del 25 de septiembre de 2015. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. https://bit.ly/4iJz2Zu

S&P Global (11 de febrero de 2025). *The Sustainability Yearbook - 2024 Rankings.* https://bit.ly/41sB7BT

S&P Global (s.f). *Family index DSJI.* https://bit.ly/4hF8lE2

Segura, A. S. (1994). La rentabilidad económica y financiera de la gran empresa española. Análisis de los factores determinantes. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 23(78), 159–179. https://bit.ly/4hF8iIm

Shi, Z. (June), Liu, X., Lee, D., & Srinivasan, K. (2023). How Do Fast-Fashion Copycats Affect the Popularity of Premium Brands? Evidence from Social Media. *Journal of Marketing Research*, 60(6), 1027-1051. https://doi.org/10.1177/00222437231164403

Simona Segre, R. (2005). China and Italy: Fast fashion versus *prêt à porter*. Towards a new culture of fashion. *Fashion Theory*, *9*(1), 43–56. https://doi.org/10.2752/136270405778051527

Uchańska-Bieniusiewicz, A., & Obłój, K. (2023). Disrupting fast fashion: A case study of Shein's innovative business model. *International Entrepreneurship Review*, 9(3), 45–59. https://doi.org/10.15678/IER.2023.0903.03

CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Cecilia Cuervo Nieto
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la Teoría Jurídica del Delito desde su origen como disciplina autónoma a finales del siglo XIX, coincidiendo con el nacimiento mismo de las ciencias experimentales, se ha vertebrado y construido sobre la base de conductas individuales cometidas por personas físicas individualmente consideradas. Siendo así las cosas, no resulta extraño que la doctrina científica se haya mostrado tradicionalmente contraria a la posibilidad de que pudiera exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas así como a la posibilidad de que las mismas pudieran llegar a ser consideradas como sujetos activos de un delito, invocando para ello el intensamente arraigado aforismo *societas delinquere non potest*, con arreglo al cual se consideraba que solamente las personas físicas podían ser sujetos activos de los hechos delictivos.

Sin embargo, este estado de cosas, que pervivía desde el nacimiento mismo del Derecho Penal como ciencia experimental, como se ha indicado en el párrafo precedente, vendría a cambiar drásticamente en España en el año 2010, en virtud de la reforma del Código Penal (en adelante, CP) aprobada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que establece una regulación novedosa al respecto sobre la base del nuevo aforismo *societas delinquere et puniri potest*.

A tal efecto, en relación con la citada Ley y con la posibilidad de incriminación de las personas jurídicas que la misma introducía, se suscitó

un intenso debate entre la doctrina, pudiendo diferenciarse con nitidez las dos principales líneas argumentativas recíprocamente enfrentadas.

Así, los argumentos contrarios a las novedades que introducía la referida Lo 5/2010 pueden sintetizarse (además de en el mencionado aforismo *societas delinquere non potest*) en los siguientes fundamentos:

- En un estricto sentido técnico jurídico, las personas jurídicas, en tanto que carecen de la condición de persona desde una perspectiva civilista, carecen también de personalidad y, por ende, de capacidad jurídica autónoma. Ello implica que las personas jurídicas carecen de capacidad de culpa, o dicho en otras palabras, de imputabilidad, si por tal se entiende la capacidad biopsíquica precisa para entender el carácter antijurídico de un determinado comportamiento y adecuar la conducta a dicha percepción, a dicha comprensión.

- Asimismo, las personas jurídicas, resulta evidente, carecen como tal de capacidad de acción, no pudiendo por sí mismas realizar un comportamiento independiente de la voluntad humana. Es sabido que, precisamente, ante este vacío operativo se articulan las llamadas teorías de la representación en virtud de las cuales las personas jurídicas operan y actúan en el tráfico jurídico a través de un sujeto, persona natural, dotado de plena capacidad de obrar que vincula en sus actos a la persona jurídica en cuyo nombre y representación actúa.

- Por otra parte, las personas jurídicas carecen de capacidad de pena o, al menos, de las penas más relevantes como son las penas privativas de libertad por cuanto, al no contar con una realidad corpórea, no pueden ser físicamente aprehendidas ni internadas en un centro penitenciario.

- Por último, la tesis favorable a la exigencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas atentaría, conforme al criterio de estos autores, contra el principio de personalidad de las penas y de responsabilidad penal individual – con arreglo a los cuales la responsabilidad penal solamente será exigible a

personas concretas y por sus actos propios, sin que pueda admitirse una responsabilidad colectiva o grupal extensible al grupo familiar o social de la persona que materialmente realizó la acción típica, antijurídica, culpable y punible que constituye el delito – al suponer una sanción indirecta para todos los miembros de una colectividad, como es la persona jurídica, considerada como un ente aglutinador de un conjunto de individuos o personas físicas.

Por el contrario, los argumentos favorables a la idea rupturista de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas descansan fundamentalmente en nociones pragmáticas de justicia material y, más aún, de política criminal, vinculadas a la necesidad de perseguir eficazmente la delincuencia en el seno de las grandes empresas y corporaciones económicas que en la actualidad, por su intensa complejidad organizativa y estructural a nivel interno, trascienden con sus actos la dimensión meramente individual y que además copan la actividad económica de los países erigiéndose asimismo, no solamente en agentes económicos, sino también en actores políticos de primera magnitud.

A mayor abundamiento, y en relación con esa complejidad organizativa referida, existen supuestos en los cuales resulta muy difícil, si no imposible, identificar a la concreta persona física responsable de los delitos cometidos en el ámbito de la persona jurídica debido a la multiplicidad de sujetos que intervienen en su funcionamiento así como al hecho de que las cualidades exigidas para la autoría de determinados delitos no concurren en la persona física actuante sino en la persona jurídica. Todo ello lleva a la necesidad de instaurar en el ordenamiento jurídico español un régimen jurídico legal y autónomo que permita la exigencia de una responsabilidad de naturaleza verdadera y netamente penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno, con sujeción a una serie de requisitos que el legislador español determina con precisión y que serán objeto de examen en las páginas sucesivas.

De esta manera, en el año 2010 se introduce por primera vez en España, y no de forma pacífica entre la doctrina como se ha podido apuntar brevemente *supra*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en

consonancia con lo que venía siendo ya habitual en otros países de nuestro entorno jurídico, como Francia o Portugal – no así, por ejemplo, en Italia, país en el que se establece una responsabilidad para las personas jurídicas de índole, al menos formalmente, administrativa aunque materialmente "para penal", o en Alemania, donde no se ha regulado todavía ningún tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas –.

Posteriormente, y para cerrar esta escueta introducción al tema objeto de estudio, es importante constatar que el régimen jurídico introducido en el año 2010 ha sido objeto de una profunda remodelación normativa mediante la compleja reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de la cual se dota de carta de naturaleza a los llamados programas de cumplimiento también conocidos como *compliance programms*, que adquirirán así una verdadera naturaleza excluyente (a modo de causa de exclusión) de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, obrando como una eximente, completa o incompleta con un valor penológico de circunstancia atenuante ex art.21.1 CP en función de las concretas circunstancias del caso.

2. OBJETIVOS

- El presente estudio tiene por objeto ofrecer de manera descriptiva pero también analítica los lineamientos generales del régimen jurídico de incriminación penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español. Para ello, se pretende aportar un estudio de los caracteres que definen esta peculiar regulación verdaderamente novedosa en su momento en la materia.

- En este sentido, este capítulo que aquí se presenta pretende ser el primero de otros tres, operando a forma de pórtico introductorio de los otros dos que también forman parte de este estudio. Es decir, este primer capítulo se centra en las cuestiones de base que configuran el actual marco teórico de la cuestión relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentos necesarios para poder comprender la temática que integra el objeto de las otras dos aportaciones a la obra final, relativas a la

figura de los programas de cumplimiento y al posible carácter plutofílico de los referidos programas respectivamente.

– De esta manera, el objetivo principal de estas páginas es presentar mediante este capítulo las nociones básicas que permitan comprender los requisitos legales y el mecanismo legal en el que descansa y se fundamenta la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, teniendo en cuenta que estas por sí solas nunca podrán ser físicamente autores materiales de ningún hecho delictivo.

3. METODOLOGÍA

Para poder responder cumplidamente al objetivo principal del presente capítulo, se empleará una metodología esencialmente mixta, basada en el empleo de diversas fuentes como herramientas de investigación y en su conjunta integración en el trabajo.

En primer lugar, como procede en cualquier aproximación investigadora en el ámbito jurídico, y más concretamente en el ámbito penal, esencialmente legalista en su imbricación, es preceptivo acudir al Derecho positivo, es decir a la ley, en este caso a las disposiciones del Código Penal de 1995 que regula desde el año 2010 la materia objeto de análisis. En particular, procede realizar un estudio de los artículos 31 bis y ss del código que establecen de manera especialmente minuciosa y prolija el régimen jurídico y las condiciones en que pueda serles exigida responsabilidad penal a las personas jurídicas en España.

A continuación, y a partir de la base legal referida, se consultarán las principales líneas doctrinales establecidas sobre el tema objeto de estudio a fin de conocer las aportaciones de la doctrina española de mayor relevancia, máxime en un tema originariamente tan controvertido como ya se ha tenido ocasión de exponer (si bien en el año 2025 son ya muy escasas las voces que cuestionan la necesidad, utilidad y adecuación de la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas). No obstante, la existencia de un cierto consenso doctrinal en la actualidad en relación con esta responsabilidad penal no disminuye en modo alguno el

interés y la necesidad de enriquecer el contenido de estas páginas con las aportaciones más destacadas de la doctrina penal en la materia.

Finalmente, también se acudirá a la jurisprudencia, particularmente del Tribunal Supremo, a fin de conocer cuál ha sido el criterio mayoritariamente seguido en sus sentencias y cuáles son los lineamientos generales de su jurisprudencia en la interpretación y aplicación del régimen consagrado en los art.31 bis y ss del Código Penal.

4. DISCUSIÓN, RESULTADOS Y CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, corresponde adentrarse en el régimen jurídico de responsabilidad penal de las personas jurídicas actualmente vigente en España.

Para ello, lo primero que debe hacerse es señalar las características que singularizan esta forma de responsabilidad penal, que son las siguientes:

- En primer lugar, se trata de una responsabilidad penal necesariamente limitada y concebida de una manera restrictiva en la medida que las personas jurídicas no van a responder por cualesquiera delitos sino solamente por los que expresamente determine en cada caso el legislador penal. Es decir, el modelo de incriminación penal que se consagra en nuestro código es un modelo de *numerus clausus*, en virtud del cual el legislador deberá determinar con carácter exhaustivo cuáles son los delitos que dan lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quedando estas excluidas de toda responsabilidad penal para el resto de supuestos, es decir, por cualesquiera otros delitos no expresamente previstos al efecto en el código. En este sentido, el Código Penal adopta un *modus operandi* similar al seguido en otros supuestos como la responsabilidad penal por los llamados actos preparatorios – recuérdese que en España, la regla general es que las resoluciones manifestadas previas a la comisión de un delito no son punibles salvo para aquellas concretas figuras delictivas que sí contemplen dicha responsabilidad, por ejemplo, los delitos contra la vida en los que se contempla expresamente el carácter punible de la

provocación, la conspiración y la proposición para delinquir ex art. 141 CP en relación con los delitos de homicidio doloso y asesinato –, así como la tipificación de la imprudencia, que en España sigue también un modelo de incriminación penal, ex art.10 y 12 CP, marcadamente excepcional y de *numerus clausus* – toda vez que la regla general en relación con la modalidad subjetiva de los delitos es su tipificación dolosa, encontrándose por defecto todos los delitos tipificados siempre en su modalidad dolosa y, de manera adicional y excepcionalmente, algunos de ellos, expresamente señalados al efecto por el legislador, también en su modalidad imprudente –. No obstante lo anterior, no existe en el Código Penal un listado minucioso que describa de manera sistemática y ordenada los diferentes tipos delictivos que generan en su caso responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino que hay que acudir al conjunto del articulado de la Parte Especial del código (Libro II) para poder determinar si en cada caso y en relación con cada concreta figura delictiva se deriva o no responsabilidad penal para las personas jurídicas. De esta manera, son, por ejemplo, delitos que generan responsabilidad penal para las personas jurídicas, entre otros, los delitos contra el medio ambiente ex art. 328 CP en relación con el art.325 CP; contra la Seguridad Social ex art.310 bis CP en relación con el art.307 CP; contra la Hacienda Pública ex art.310 bis CP en relación con el art.305 CP; el delito de corrupción de menores ex art.189 ter CP en relación con el art. 189 CP; el delito de estafa ex art.251 bis CP en relación con el art. 248 CP o el delito de trata de personas con arreglo al apartado séptimo del art. 177 bis CP. Se observa así, con estas materias de tan dispar naturaleza como las referidas, el carácter marcadamente asistemático de la selección que el legislador realiza a la hora de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habiendo sido criticadas notables exclusiones como por ejemplo los delitos contra los derechos de los trabajadores en los que la particular previsión contenida en el art. 318 CP resulta insuficiente, además de anómala en relación con el régimen

general de incriminación previsto para las figuras delictivas referidas *supra* a modo de ejemplo.

– En segundo lugar y aunque *a priori* pueda parecer redundante, el régimen de incriminación penal de los art.31 bis y ss CP se refiere únicamente a las personas jurídicas *strictu sensu*. Es decir, en el régimen jurídico que se pretende analizar, no estarán incluidos los entes sin personalidad jurídica – tales como sociedades irregulares no inscritas debidamente en el Registro Mercantil o sociedades de hecho, por ejemplo –, a los que serán de aplicación las consecuencias accesorias previstas en el art.129 CP para aquellas empresas, organizaciones, grupos no incluidos en la regulación del art. 31 bis y ss CP. Tampoco tendrán la condición de persona jurídica, quedando en consecuencia excluidos del régimen objeto de análisis el Estado, las Comunidades Autónomas, las Administraciones públicas territoriales e institucionales así como las demás entidades que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, como por ejemplo, las organizaciones internacionales de Derecho Público. Asimismo, cabe destacar que la redacción originaria de la L0 5/2010 establecía que tanto los partidos políticos como los sindicatos de trabajadores quedaban exentos del régimen incriminatorio de los art.31 bis y ss CP, si bien esta inicial exención vino a ser acertadamente eliminada en virtud de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que, conforme al tenor literal de su Exposición de Motivos "modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad (…)", suprimiéndose la excepción prevista en el art.31 bis CP, apartado quinto, en favor de los dos colectivos señalados.

– La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una responsabilidad autónoma e independiente de la responsabilidad penal de aquella persona física que materialmente haya cometido el hecho delictivo en cuestión. Es decir, la persona jurídica, como ya se apuntó, carece de capacidad autónoma de

> actuación, al no tener ni cuerpo ni voluntad, debiendo actuar en el tráfico jurídico a través de una persona física que opera en su nombre. Pues bien, en el ámbito delictivo, tampoco la persona jurídica puede cometer el delito por sí misma, sino que el delito en puridad y materialmente es físicamente ejecutado por una persona natural que actúa en el seno y en nombre de la persona jurídica, con capacidad para vincularla, como se verá.

Así, la responsabilidad penal de la persona jurídica y de la persona física actuante son independientes entre sí y por lo tanto, no se excluyen la una a la otra, de modo que el hecho de que se sancione a la persona física materialmente ejecutora del delito no impide que se exija responsabilidad penal a la persona jurídica en cuyo nombre actúa y tampoco excluye la sanción penal por ese mismo delito para la persona jurídica, siendo así ambas responsables penalmente por un mismo hecho delictivo. Se trata, en definitiva, de un sistema de responsabilidad penal acumulativa en virtud del cual la sanción penal de una persona jurídica no exime de responsabilidad a quienes cometen materialmente el delito, debiendo responder personalmente por el mismo. No obstante, y en aras de preservar y respetar el principio de proporcionalidad, se establece un límite a la duplicidad sancionadora en virtud del cual si la pena impuesta a la persona física y a la persona jurídica es la pena de multa (pena esta que es la más frecuente en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con arreglo al art.33.7 a. CP), el juez deberá modular el importe de la multa para que la suma total de las dos multas impuestas no resulte desproporcionado con la gravedad del delito cometido.

En esencia, sobre esta cuestión hay que precisar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad de las personas físicas que cometen el delito, siendo independiente así del grado de culpabilidad y/o perseguibilidad de quien materialmente cometió ese delito. De esta manera, piénsese por ejemplo en el supuesto de un administrador de una empresa que, para ahorrar costes a la misma, decide realizar vertidos ilegales de sus residuos en el cauce de un río (se trataría de un delito medioambiental del art.325 CP, que, como se ha indicado es uno de los delitos que expresamente contempla el legislador español que genera responsabilidad penal para las personas

jurídicas). Pues, en principio y siempre que concurran los requisitos legales, de ese delito medioambiental responderán tanto el administrador persona física que materialmente adoptó la decisión delictiva como la persona jurídica en cuyo seno y nombre ha actuado y sin que la sanción penal al administrador excluya la sanción penal a la empresa y *vice-versa.* Es más, ambas responsabilidades son tan independientes la una de la otra que si el administrador falleciera (recuérdese que la muerte es causa de extinción de la acción penal ex art.130.1.1º CP), o se sustrajera a la acción de la justicia o resultare personalmente inimputable o amparado en una causa de exculpación (como por ejemplo, un miedo insuperable) – esto es, se trata de que, de alguna manera, no pudiera exigírsele responsabilidad penal por mor de cuestiones vinculadas a la culpabilidad y/o punibilidad– ello no impediría en modo alguno que a la empresa se le exigiera responsabilidad penal y se le impusiera la correspondiente sanción en vía penal.

Cuestión diferente sería, no obstante, que la persona natural que ejecuta materialmente el delito (en nuestro ejemplo, el administrador de la empresa) actuase amparada por una causa de justificación – legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o cumplimiento de un deber ex art.20 CP, apartados cuarto, quinto y séptimo respectivamente – que excluya el carácter antijurídico del acto en cuestión, en cuyo caso, al no ser el acto antijurídico, aunque sí típico, no se generará ninguna responsabilidad penal ni para la empresa a la que pertenece el administrador, ni para el propio administrador. De este modo, hay que tener en cuenta que una cosa sería la concurrencia en el hecho de una causa de justificación y, otra muy distinta, la concurrencia de una causa que afecte a la culpabilidad y perseguibilidad o punibilidad de la persona natural, en los términos ya expuestos.

Finalmente, en relación con la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hay que señalar que, conforme a lo ya indicado, se desprende que el diseño del legislador penal español en cuanto al modelo de responsabilidad penal se ajusta a la naturaleza, no de un modelo de heterorresponsabilidad de corte vicarial – basado en una responsabilidad por un hecho que se entiende ajeno a la propia persona jurídica –, sino de un modelo de autorresponsabilidad en virtud del cual

se consagra una responsabilidad propia de la persona jurídica que se hace descansar en una suerte de culpa *in eligendo* (en relación con los llamados delitos de los directivos o representantes de la persona jurídica, elegidos por esta) y de culpa *in vigilando* (en relación con los delitos cometidos por los subordinados de la persona jurídica, a los que esta debía vigilar adecuadamente), de conformidad con lo previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

Habiendo expuesto así las características principales que definen este régimen jurídico general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, procede examinar a continuación los requisitos legales de dicha responsabilidad.

A tal efecto, hay que tener en cuenta que el Código Penal español establece un sistema de incriminación penal de las personas jurídicas de doble vía, que distingue en función de quién haya cometido el delito, es decir, distingue según quién sea la persona física o natural que materialmente ejecuta el hecho delictivo. Así, como ya se adelantaba, se diferencia entre los llamados delitos de los directivos y los conocidos como delitos de los subordinados, siempre que, en todo caso, la persona física en cuestión se encuentre vinculada a la persona jurídica – ya sea en calidad de directivo, ya sea en calidad de subordinado –, actúe en el seno de la persona jurídica en cuestión, no extralimitándose sino operando en el ejercicio de aquellas funciones que por su cargo le corresponden, y cometa el delito en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica en cuyo seno actúa – no respondiendo la persona jurídica en los supuestos en que la persona física actuante, directivo o subordinado, pretenda únicamente la consecución de un beneficio exclusivamente privado o personal del cual no va a participar ni beneficiarse la persona jurídica. No obstante lo anterior, conviene precisar que la Sentencia del Tribunal Supremo 89/2023, de 10 de febrero, recaída en el llamado "caso Pescanova", señaló que las personas jurídicas pueden ser condenadas penalmente incluso en el supuesto de que finalmente se les reporte un perjuicio, siempre que originariamente la conducta punible sí que se hubiera llevado a cabo con la finalidad de proporcionarle a la persona jurídica un beneficio, directo o indirecto –.

En cuanto a los delitos de los directivos, conviene precisar, ante la ausencia de una definición legal al respecto contenida en el propio código, qué se entiende a estos efectos de incriminación penal por directivos. Es directivo en este sentido todo aquel que ostente capacidades de mando y de dirección efectiva en la persona jurídica de que se trate, incluyéndose los representantes legales y todos aquellos que se encuentren facultados para tomar decisiones, bien individualmente bien mediante un órgano colegiado del que formen parte, así como los que cuenten con facultades de organización y de control interno, siempre que todos ellos actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo indirecto.

Respecto de los subordinados, hay también aquí que precisar que no se entiende únicamente por tal aquellos que cuenten con un contrato de trabajo en vigor con la empresa, percibiendo una nómina o un salario de la misma, sino que aquí la interpretación (nuevamente necesaria ante el vacío conceptual del legislador penal) es mucho más amplia, alcanzando a cualesquiera personas que, aunque de manera temporal, provisional o transitoria, presten sus servicios profesionales remunerados a la persona jurídica. Es decir, se entiende en este punto por subordinados a quienes, actuando en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, cometen delitos como consecuencia de un incumplimiento grave por parte de los directivos referidos *supra* de sus facultades de supervisión, vigilancia y control, incluyendo tanto a los empleados con contrato de trabajo como a cualesquiera otras personas que se encuentren temporalmente vinculadas a la persona jurídica, estando integrados en la organización interna de la misma aunque sea de manera temporal (como por ejemplo, un subcontratista, o un autónomo vinculado a la empresa en virtud de un contrato de prestación de servicios).

Habiendo expuesto los caracteres y requisitos que presiden el régimen jurídico en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, procede realizar, aunque escuetamente puesto que será objeto de un análisis mucho más detallado en otras aportaciones de esta obra, una mención a la figura del programa de cumplimiento o *compliance.*

Al inicio de este capítulo ya se tuvo ocasión de introducir la cuestión tocante a los programas de cumplimiento o *compliance,* constituidos como una de las importantes novedades incorporadas por la Lo 1/2015, que los configura como causa de exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En puridad, los programas de cumplimiento tal y como se encuentran concebidos en la legislación penal vigente tienen su origen en Estados Unidos, siendo una institución de imbricación típicamente anglosajona. Estos programas se podrían definir como una suerte de decálogo, modelo o guía de actuación redactada por escrito y que es desarrollado por una persona jurídica con el principal objetivo de prevenir y/o gestionar los riesgos penales que puedan surgir en el seno de la misma. De esta manera, si una empresa quiere eludir la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus directivos y/o subordinados deberá contar previamente y de antemano con un programa de cumplimiento. Se trata así de una forma de trasladar las funciones preventivas a las empresas a cambio de una cierta impunidad, si bien la exclusión de la responsabilidad penal en modo alguno puede operar de manera automática, sino que el programa de cumplimiento para que pueda *a posteriori* excluir la responsabilidad penal deberá ser objetiva y apriorísticamente idóneo y adecuado en relación con las concretas circunstancias del caso en cuestión, que deberán ser siempre valoradas por el juez en el marco del correspondiente proceso penal que se incoe por la comisión del delito de que se trate en el seno de la persona jurídica.

A tal efecto, se plantea la cuestión de determinar cuáles sean aquellos requisitos formales que deba reunir un programa de cumplimiento para poder erigirse en una circunstancia eximente, completa o al menos incompleta, de la responsabilidad penal. En este sentido, se mantiene también el modelo de incriminación de doble vía ya referido, en el sentido de que el legislador penal diferencia respecto de los requisitos de los programas de cumplimiento en función de que se trate de delitos cometidos por los directivos o por los subordinados de la persona jurídica.

En primer lugar, respecto de los delitos de los directivos, el Código Penal ofrece en el apartado quinto del art.31 bis una regulación particularmente detallada, hasta el punto de que se haya criticado este nivel de minuciosidad, por ser más propio de la legislación mercantil o

administrativa que verdaderamente penal. En todo caso, la eficacia exoneradora del *compliance* en relación con los delitos de los directivos se condiciona a la concurrencia cumulativa de los siguientes requisitos:

- El órgano de administración de la persona jurídica debe haber adoptado y ejecutado un programa de cumplimiento anteriormente a la comisión del delito. En este sentido, conviene aclarar que el Código Penal no emplea en ninguna parte de su articulado el término de programa de cumplimiento y menos aún, el término *compliance*, sino que se refiere a esta figura bajo la expresión "modelos de organización y gestión", que deberán incorporar una serie de elementos formales (tales como protocolos de actuación, mapas de riesgo, sistemas disciplinarios, etc) que se enumeran de manera muy minuciosa como se adelantaba en el art. 31 bis 5ºCP.

- La supervisión del funcionamiento de ese programa de cumplimiento debe estar encomendada a un órgano específico de la persona jurídica con capacidad autónoma de control o, en su caso, a un órgano de control legalmente establecido al efecto. No obstante lo anterior, tratándose de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, que son aquellas que están autorizadas por la normativa mercantil a presentar la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, el órgano de vigilancia o supervisión puede ser el mismo órgano de administración, como por ejemplo el Consejo de Administración.

- Los directivos deben cometer el delito eludiendo fraudulentamente el programa de cumplimiento en virtud de algún tipo de engaño, ardid o maniobra mendaz por su parte.

- Finalmente, es preciso que no se haya producido ninguna omisión o ejercicio insuficiente en las funciones propias del órgano de vigilancia.

En segundo lugar, en relación con los delitos de los subordinados, llama la atención que el legislador penal sea notablemente menos exigente en cuanto a los requisitos formales y de contenido que han de reunir los

"modelos de organización y gestión" en estos casos. Así, frente a las prolijas exigencias relativas a los delitos de los directivos, el art 31 bis 4º CP se limita en estos supuestos de delitos de los subordinados a establecer que la persona jurídica deberá contar con un programa eficaz de prevención de delitos adoptado antes de la comisión del delito que "resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión" como único presupuesto de la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas y sin especificar nada más al respecto.

Por último, cabe hacer una breve mención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. En este sentido, no existen agravantes específicas para las personas jurídicas, sin perjuicio de la relativa a la reincidencia – por la vía de las agravantes genéricas del art.22 CP en relación con el art.66 bis CP que contempla que ha de tenerse en cuenta la reincidencia para la aplicación de sanciones superiores a dos años –, única agravante por tanto aplicable a las mismas. Respecto de las circunstancias atenuantes – expresamente previstas en el art. 31 *quater* CP con carácter específico para las personas jurídicas –, todas ellas operan en el ámbito de la punibilidad, refiriéndose a actuaciones posteriores a la comisión del delito, como son la confesión a la autoridad con anterioridad a que el procedimiento se dirija contra la persona jurídica, la colaboración con la justicia en cualquier momento del proceso, la reparación del daño en cualquier momento del procedimiento anterior al juicio oral y la adopción por parte de la empresa después del delito y antes del inicio del juicio oral de medidas de control y prevención de futuros delitos. Asimismo, como se ha tenido ya ocasión de señalar, el *compliance* puede operar, además de como eximente completa, como atenuante por la vía de las eximentes incompletas ex art. 21.1 CP en el caso de que no concurran todos los elementos descritos, es decir, cuando los requisitos exigidos en cada caso para el programa de cumplimiento solamente puedan ser objeto de una acreditación parcial.

7. REFERENCIAS

Bacigalupo Saggese, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch.

Baldomino Díaz, R. y Martínez Patón, V. (2022). *Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Tirant lo Blanch.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 1/2015.

Ferre Martínez, C. (2011). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch.

Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Aranzadi.

Maqueda Abreu, M.L. y Laurenzo Copello, P. (2022) *El Derecho Penal en casos. Parte General.* Tirant lo Blanch.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 234/2019, de 8 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo 534/2020, de 22 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 747/2022, de 27 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 89/2023, de 10 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 298/2024, de 8 de abril.

TAXATION CONFLICT IN PROFESSIONAL SPORTS: IMAGE RIGHTS AND ARTICLE 18.1 OF THE SPANISH CONSTITUTION

DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCTION

Article 31.1 of the Spanish Constitution (CE) states that all individuals must contribute to public expenditure according to their economic capacity through a fair tax system based on the principles of equality and progressivity. It also specifies that this system must, under no circumstances, have a confiscatory effect. From this provision, the key principles of generality, economic capacity, fairness, equality, progressivity, and non-confiscation can be derived. Additionally, section 3 of the same article prohibits the imposition of personal or patrimonial public obligations on citizens unless prescribed by law.

In parallel, Law 58/2003, of 17 December, on General Taxation (LGT), sets out the principles governing the organisation and application of the tax system. Article 3.1 states that taxation should be structured according to taxpayers' economic capacity and should be based on fairness, generality, equality, progressivity, equitable distribution of tax burdens, and non-confiscation.

The determination of the legally protected interest in crimes against the public treasury is a subject of legal debate. Some scholars argue that Article 305 of the Criminal Code (CP) seeks to protect the public treasury and safeguard the assets of public administrations, ensuring the fulfilment of society's collective interests. Others interpret this provision in light of Article 31 CE, emphasising solidarity and the duty of loyalty among citizens.

This latter perspective is supported by Supreme Court Judgment (STS) 643/2005, of 19 May, which states that tax fraud represents a serious violation of the principles of tax solidarity essential to a democratic society. However, STS 1940/2000, of 18 December, takes a different stance, arguing that the legally protected interest in tax fraud is primarily an instrument for securing social objectives through tax collection.

According to STS 192/2006, of 1 February, tax offences are characterised by the deliberate failure to declare income, an act that violates the legally enforceable obligation established in Article 31 CE. Tax fraud involves intentional evasion, whether by failing to report taxable income or deliberately avoiding tax liabilities.

Further clarifications on the nature of tax fraud are provided in STS 496/2020, of 8 October, which defines tax offences as actions intended to actively or passively defraud the public treasury, constituting a breach of duty. In line with this, STS 1244/2003, of 3 October, states that tax fraud occurs when an individual fails to fulfil their tax obligations. This ruling highlights that both acts and omissions leading to tax evasion are punishable, including the failure to pay taxes, remit withheld amounts, or withhold required taxes, as well as the improper receipt of tax refunds or undue fiscal benefits.

The Supreme Court further specifies that fraudulent intent is a crucial element of tax fraud. STS 801/2008, of 26 November, establishes that a fraudulent act must be carried out with the intent to deceive the public treasury. This typically involves concealing taxable events or falsely reducing tax liabilities to lower tax obligations.

Regarding the financial threshold that distinguishes administrative tax infractions from criminal offences, STS 1505/2005, of 25 November, establishes that amounts below €120,000 do not warrant criminal investigation but instead fall under administrative sanctions.

Ensuring the protection of public assets within the framework of the welfare state requires that public administrations have sufficient resources. This reinforces the idea that the legally protected interest in tax fraud cases is rooted in Article 31 CE, which outlines the fundamental principles of taxation. In fact, Constitutional Court Judgment (STC) 50/1995,

of 23 February, justifies the criminal classification of tax fraud on the grounds that it constitutes a violation of fiscal obligations. The ruling characterises tax fraud as a harmful and reprehensible act that undermines the principles of solidarity and loyalty enshrined in Article 31 CE.

2. TAX REGIME OF ATHLETES AND THE TAXATION OF IMAGE RIGHTS

Since the late 20th century, the expansion of globalisation, the growth of both national and international trade, and the increasing prominence of advertising have led numerous companies to contract public figures for the commercial use of their image. As a result, athletes have secured substantial additional income through such agreements.

Today, athletes receive a significant portion of their earnings through advertising contracts with major brands, often relegating the salaries they receive from their clubs or teams to a secondary role. A clear example of a national elite athlete who has represented major brands is the former Spanish tennis player Rafael Nadal, who signed endorsement deals with Nike, KIA, and Tommy Hilfiger, among others.

The tax implications for athletes depend on the nature of their activity, whether they are employees or independent professionals, as well as on how income derived from the assignment of image rights is taxed. This type of income benefits from a special tax regime under Article 92 of Law 35/2006, of 28 November, on Personal Income Tax and the Partial Amendment of the Laws on Corporate Tax, Non-Resident Income Tax, and Wealth Tax (LIRPF).

The rationale behind such agreements is clear: the athlete brings intangible values such as effort, solidarity, and trust to the brand in exchange for financial compensation. This transaction, in which the athlete assigns their image rights, constitutes a commercial contract. However, it also opens the possibility for various tax evasion strategies, which can lead to offences against the public treasury. In such cases, the assignor (the athlete) transfers ownership of their image rights in exchange for financial compensation, while the entity exploiting the image assumes the role of assignee.

As a result, high-profile athletes, including Leo Messi, Xabi Alonso, Cristiano Ronaldo, and Jorge Lorenzo, have been investigated by the Spanish Tax Agency due to the taxation of image rights and their commercial exploitation by assignee companies. The treatment of these rights remains one of the most contentious issues in sports taxation.

2.1. The Right to One's Own Image

Article 18.1 of the Spanish Constitution (CE) recognises the right to one's own image as a fundamental right derived from human dignity and closely linked to other recognised rights, such as honour and privacy. However, when discussing the assignment of image rights, it is essential to consider its dual nature—both as a fundamental right and as a legal asset with potential economic value. This right includes a moral component that prevents its waiver or transfer, as an individual's image is not inherently an economic asset, except in cases where compensation is awarded for its unauthorised use by a third party as reparation for damages. For this reason, personality rights are considered extra-patrimonial in nature.

Nevertheless, individuals entitled to the right to their own image often receive substantial remuneration for granting its use. The right holder may authorise or consent to the capture and publication of their image in exchange for financial compensation, without this implying a waiver or transfer of their protected legal right. Thus, while the right to one's image has a moral dimension, it can also encompass an economic component, allowing for its commercialisation or exploitation without compromising its status as a fundamental right under the Constitution.

For athletes, this process involves an assignment rather than a transfer of rights—meaning that the right holder permits a third party to use or benefit from their image without relinquishing ownership. Supreme Court Judgment (STC) 117/1994, of 25 April, established that an individual's image can acquire autonomous economic value, making it subject to commercial transactions. Furthermore, the right to one's image is regulated not only in Article 18.1 CE but also in Organic Law (LO) 1/1982, of 5 May, on the Civil Protection of the Right to Personal and Family Privacy, Honour, and One's Own Image.

In summary, the right to one's image grants individuals the legitimate authority to allow or restrict the capture and dissemination of their image through explicit consent or authorisation. This right is not purely moral but also has a significant economic dimension, which, given the substantial financial transactions involved, carries important tax implications.

2.2. The Assignment of Image Rights

Through such contracts, professional athletes often receive remuneration that far exceeds their club salaries or independently generated income. Moreover, this source of revenue can serve as a mechanism to reduce tax liability, as income from image rights is taxed under different regulations than employment income.

These arrangements typically involve the creation of companies specifically designed to receive the athlete's earnings, ensuring that they are taxed at lower rates. From a fiscal perspective, such income is subject to Corporate Tax (IS) rather than Personal Income Tax (IRPF), leading to a lower overall tax burden due to the difference in applicable tax rates.

However, where are the legal boundaries of these operations? And does the law explicitly regulate them? Supreme Court Judgments STS 274/2002, of 18 September; STS 719/2009, of 16 November; STS 1140/2010, of 29 December; and Constitutional Court Judgments STC 23/1988, of 2 December, and STC 117/1997, of 25 April, have recognised the right of individuals to assign their image rights to third parties. This recognition led to the reform of Law 40/1998, of 9 December, on Personal Income Tax (IRPF), which introduced an anti-evasion clause related to the special taxation regime for image rights. This measure was intended to curb financial engineering strategies employed by some athletes to avoid taxation under IRPF in Spain.

The structure of these operations typically involves assigning image rights to companies located in low-tax jurisdictions, which then sign contracts with other entities based in countries such as the United Kingdom or Switzerland. These jurisdictions either have low taxation or highly favourable double taxation agreements, enabling the management of services linked to the commercial exploitation of athletes' image

rights. The intermediary company acts as a financial conduit between the club and the athlete, allowing the latter to retain a higher net income due to the reduced or null tax rate applied to image rights earnings.

In complex or suspicious cases, where the corporate structure suggests an intent to evade taxes, the tax authorities may refer the matter to the Public Prosecutor's Office if there is reason to believe that a simulation has taken place. This referral occurs when tax liabilities exceed the threshold established in Article 305.1 of the Criminal Code (CP), potentially constituting a tax fraud offence if the objective and subjective elements of the crime are met.

2.3. Tax Regime for Professional Athletes

The tax regulations applicable to professional athletes depend on various factors, including residency status, employment status, and the classification of earned income. A key distinction must be made between athletes working under a special employment regime and self-employed professional athletes, as established in Article 2.1(d) of the Workers' Statute (ET).

Athletes under the special employment regime—such as footballers, basketball players, handball players, and cyclists—perform their activities under the organisational and managerial framework of a club or sports organisation. As such, they receive employment income, which is regulated by Article 1.2 of Royal Decree (RD) 1006/1985, of 26 June, on the special employment relationship of professional athletes, and Article 17.1 of the Personal Income Tax Law (LIRPF).

In such cases, residency status is a crucial factor in determining tax treatment. Spanish tax residents are subject to Personal Income Tax (IRPF) on their worldwide income, whereas non-residents are taxed only on income generated in Spain under the Non-Resident Income Tax (IRNR). In addition to their salaries, professional athletes may earn other types of income not directly related to their sporting activity. Among these, the most significant are earnings from the commercial exploitation of their image rights. Such income may be classified as employment income, investment income, or business income. Additionally, in the case

of resident athletes, it may be considered imputed income from the assignment of image rights, as stipulated in Article 6.1 of the LIRPF.

Due to their employment status, these athletes are not subject to Value Added Tax (VAT) or Business Activity Tax (IAE).

Conversely, self-employed professional athletes—such as tennis players, golfers, and boxers—do not have an employment relationship with a sports entity and therefore do not earn employment income. Instead, they receive business income, which is taxed globally under the IRPF if they are residents or taxed in Spain under the IRNR if they are non-residents. They may also receive other types of income unrelated to their sporting activity, similar to salaried athletes. However, the exploitation of their image rights can only generate investment income or business income—never employment income or imputed income, as Article 92 of the LIRPF does not apply to them.

This distinction arises because self-employed earnings result from the production or distribution of services on a self-employed basis, involving the management of production means or resources. Consequently, compensation received for image rights cannot be classified as employment income (since no employment relationship exists) or imputed income.

Another significant difference between self-employed athletes and salaried athletes concerns their relationship with other taxes. Unlike athletes working for a club, self-employed athletes are subject to VAT, as they provide taxable services under the terms established in Article 4 of Law 37/1992, of 28 December, on VAT.

3. SIMULATION AND IMAGE RIGHTS: TAX FRAUD IN PRACTICE

3.1. Limits of Tax Infringement and Tax Crime

The distinction between a criminal offence under Article 305 of the Criminal Code (CP) and an administrative tax infringement establishes the boundary between these two legal categories. Tax fraud occurs when a fraudulent act, carried out intentionally and deliberately, is used to evade tax payments—either by omitting taxable income or failing to

pay the corresponding tax liability, including withheld amounts derived from a taxable event. Additionally, the law stipulates that for tax fraud to qualify as a criminal offence, the amount defrauded from the public treasury must exceed €120,000.

A tax infringement, by contrast, consists of a voluntary and intentional breach of a legal duty. For an infringement to be penalised, its elements must be met, and the offender must be demonstrably culpable, either through intent or negligence. The differentiation between these two categories hinges on the intentional and deliberate nature of the conduct and whether the amount evaded surpasses the €120,000 threshold established in Article 305.1 CP.

If the amount does not exceed this threshold, the offence is classified as a minor, serious (in cases of concealment), or very serious (if fraudulent means are employed) administrative tax infringement. However, if the amount surpasses the threshold and the act meets the remaining objective and subjective legal criteria, it qualifies as a criminal offence of tax fraud.

3.2. Tax Fraud vs. Simulation: Legal Implications Under Article 305 of the Criminal Code

The General Tax Law (LGT), in Chapter 2, Section 3, which deals with the interpretation, classification, and integration of tax regulations, differentiates between tax fraud, referred to as a conflict in the application of tax law, and simulation, as outlined in Articles 15 and 16.

The Supreme Court, in STS 751/2003, of 28 November, and STS 1336/2002, of 15 July, distinguishes between tax fraud, simulation, and tax planning. These rulings establish that simulation involves the staging of a seemingly legitimate business transaction designed to mislead observers, preventing them from recognising that the actual transaction concealed behind this façade is in conflict with the law. Thus, simulation entails an element of concealment, disguising a taxable event through an apparent business arrangement or fictitious transaction.

The LGT defines a conflict in the application of tax law as a situation in which a taxable event is wholly or partially avoided, or the tax base or liability is reduced through transactions that are artificial or

inappropriate for achieving their declared purpose. This also applies to cases in which transactions produce no significant legal or economic effects other than tax savings and the effects that would have been obtained through standard transactions.

Tax fraud occurs when a taxpayer reduces their tax burden by invoking a legal provision that does not genuinely apply to their situation, while the correct provision is another. However, unlike simulation, tax fraud involves a real legal transaction, rather than a mere façade or act of concealment.

In STS 1336/2002, of 15 July, the Supreme Court defines tax planning as the various legal options available to taxpayers, allowing them to choose the most favourable option in accordance with their interests. The crucial difference between tax planning, tax fraud, and simulation is that tax planning relies on legitimate alternatives, while tax fraud and simulation involve deception or misuse of legal provisions.

STS 751/2003, of 28 November, ruled that conduct initially considered tax fraud may ultimately meet the objective and subjective elements of the criminal offence described in Article 305 of the Criminal Code (CP). In such cases, fraud against the public treasury is committed through an apparent scheme involving fictitious transactions intended to obscure reality. Similarly, STS 643/2005, of 19 May, determined that any form of tax fraud constitutes a serious violation of constitutional principles, which require the fair and honest contribution to public services and collective obligations.

The Supreme Court has repeatedly asserted that when fraud—whether through simulation or tax fraud—is committed against the national, regional, local, or autonomous treasury, or against the European Union, and exceeds the legal threshold, and if the perpetrator deliberately conceals the taxable event with full awareness and intent, the offence should be classified as a criminal act against the public treasury.

From a doctrinal perspective, two main theories exist regarding the classification of tax offences: the theory of deception and the theory of breach of duty. The theory of deception holds that tax fraud requires a fraudulent act intended to conceal relevant fiscal data from the tax authorities, thereby misleading them and evading tax payments. In this

interpretation, the offence consists of both non-payment and deception. The Constitutional Court, in STC 120/2005, of 10 May, supports this view, arguing that for tax fraud to constitute a criminal offence, there must be an act of concealment that is integral to the intent to defraud. Under this theory, tax fraud cannot be classified as a criminal offence unless deception is present, as it otherwise involves merely exploiting a legal provision that may not be applicable rather than actively misleading the authorities.

In contrast, proponents of the breach of duty theory argue that any deliberate attempt to evade taxes, provided that the amount meets the statutory threshold, constitutes a tax offence. This is the position taken by the Supreme Court, which holds that tax fraud should be penalised outright if it results in non-payment of taxes, asserting that fraud does not necessarily require deception.

Personally, I do not support imposing custodial sentences for tax-related offences that are not sufficiently severe. Tax fraud requires more than merely avoiding tax payments (even when exceeding the legal threshold), as non-payment alone does not constitute a sufficiently serious offence to warrant criminal prosecution. The key element is proving the existence of factual concealment, deception, or simulation in the taxpayer's actions, whether through simulation or a conflict in the application of tax law.

4. TAX FRAUD THROUGH THE SIMULATED ASSIGNMENT OF IMAGE RIGHTS (THE CASE OF XABI ALONSO)

Professional athletes, particularly footballers, often seek to reduce or eliminate their tax burden through complex financial and tax structures, especially in relation to the assignment of image rights. These earnings are typically substantial and, in Spain, are classified as employment income subject to Personal Income Tax (IRPF).

The events in question date back to 2009, when Xabi Alonso was transferred from Liverpool to Real Madrid. While playing for the British club, he assigned his image rights to Kardzali, a company based in Madeira (Portugal), which acted as the first assignee to manage and exploit

these rights. Later, Kardzali transferred 5% of these rights to Real Madrid, making the club the second assignee. This transaction was entirely legal, and Alonso received income that was taxed through Kardzali, a company in which he held 100% ownership.

The dispute arose in 2012, when the Spanish Tax Agency concluded that Alonso's relationship with Kardzali was fictitious (or simulated) and was intended to evade taxes on income derived from the assignment of his image rights. Until then, Alonso had been taxed only on his employment income from Real Madrid, while his image rights income had not been declared under IRPF. The Tax Agency argued that these earnings should have been subject to IRPF alongside his employment salary.

As a result, the State Attorney's Office, the Public Prosecutor's Office, and the Spanish Tax Agency accused Alonso of multiple offences against the public treasury, alleging that he had evaded IRPF payments for 2010, 2011, and 2012. The alleged fraud exceeded the threshold set out in Article 305 of the Criminal Code (CP) and was carried out through an intermediary company with which he was suspected of maintaining a simulated relationship. While the prosecution and defence agreed on the facts and the interpretation of Article 92 of the Personal Income Tax Law (LIRPF), they disagreed on the actual function of Kardzali as an assignee company.

Alonso based his defence on Article 92 of the LIRPF, arguing that his use of Kardzali was legitimate because the conditions outlined in the law had been met. These conditions included: (1) his employment relationship with Real Madrid, (2) the club's acquisition of his image rights from the first assignee (Kardzali), and (3) the requirement that at least 85% of his total remuneration came from employment income. Since Kardzali had transferred only 5% of his image rights to Real Madrid—an amount below the 15% limit—the case hinged on the interpretation of these provisions.With Article 92 LIRPF unable to support the Tax Agency's position, the key issue became whether Kardzali actively participated in the commercial exploitation of Alonso's image rights. The law requires that such assignments be real and effective, rather than artificial structures used to evade taxation.

The prosecution argued that the assignment lacked legitimacy because Kardzali had no infrastructure and functioned solely as a financial vehicle, facilitating payments without engaging in any actual exploitation of Alonso's image. They also claimed that Adidas, which had signed an exclusive image rights contract with Alonso, did not object when he transferred his rights to Kardzali, which raised further suspicion about the legitimacy of the operation.

However, the Madrid Provincial Court rejected these arguments. It ruled that the lack of infrastructure was not relevant, as subcontracting was common in such cases, and a complex corporate structure was not required to manage a footballer's image rights. Regarding Adidas's response, the court found that it had been proven that the company had been informed and had accepted the agreement with Kardzali. The court also accepted evidence that Kardzali issued invoices, collected payments, and that expert testimony confirmed a significant increase in the company's business volume following the assignment. Additionally, it was shown that Alonso acquired shares in Kardzali to secure repayment of his credit with the company and had declared these shares in his wealth tax return.

For these reasons, the court ruled in favour of Alonso (Madrid Provincial Court Judgment 177/2021, 8 April, Section 30), concluding that Kardzali was a legitimate assignee that had actively participated in the exploitation of the image rights. The court found no evidence of simulation, citing the issuance of invoices, increased business activity, and significant operational expenses as proof that Kardzali was a genuine business entity. This prevented Alonso from being convicted of multiple tax fraud offences under Article 305 CP.

Despite this, the Public Prosecutor's Office appealed the decision before the High Court of Justice of Madrid (STJM 223/2021, 29 June) and later before the Supreme Court, which also acquitted Alonso (STS 785/2023, 24 October).

Although the courts did not explicitly rule on whether this case constituted a conflict in the application of tax law, it is plausible that it falls under tax planning. The application of Article 92 LIRPF is contingent

on three key conditions, and if these are met, reliance on this provision is legitimate. In this case, there was no attempt to exploit a more favourable legal provision to avoid taxation or reduce tax liability; rather, all conditions for the provision's application were met.

The acquittal of Alonso set a legal precedent, as he became the first professional athlete to successfully defend himself against the Spanish Tax Agency. Unlike Cristiano Ronaldo and Leo Messi, who admitted wrongdoing to avoid trial and reduce potential penalties, Alonso maintained his innocence from the outset and refused to reach a settlement with the Public Prosecutor's Office.

5. CONCLUSIONS

The substantial earnings of elite athletes create strong incentives to establish tax structures aimed at reducing their tax burden. One of the most common strategies involves the use of intermediary companies, allowing athletes to subject their income to lower tax rates—either by locating these entities in tax havens or low-tax jurisdictions or by opting for corporate taxation, which is subject to a lower rate than personal income tax (IRPF). The primary goal of such practices is tax avoidance and the maximisation of fiscal benefits, which ultimately results in significant harm not only to public finances but also to society as a whole.

A considerable portion of an athlete's income derives from image rights, which are assigned to third parties—either individuals or legal entities—that exploit the athlete's image in exchange for substantial financial compensation. The economic transfer of image rights is thus capable of generating taxable income, which, for tax purposes, triggers the obligation to pay IRPF. However, the classification of such income depends on several factors, including the existence of an employment contract with a sports entity, whether the athlete assigns their image rights to an assignee company for commercial exploitation, and the nature of the company involved.

The imputation of income serves as an anti-evasion measure, under which the legislator presumes that if specific legal conditions are met, the taxpayer must be taxed under IRPF rather than benefiting from alternative

tax structures that allow income to be taxed through an intermediary company. This illustrates how the taxation of image rights can, in some circumstances, constitute tax fraud in the realm of professional sports.

It is important to recognise that not all tax avoidance practices are classified in the same way. The assignment of image rights can be structured in ways that facilitate tax fraud, making it essential to determine which elements render such practices legally and fiscally objectionable.

Jurisprudence establishes that for an offence against the public treasury to be determined, the conduct must involve an act or omission of fraud intended to evade tax payments or unjustly obtain tax benefits. Additionally, the act must be committed with intent to defraud, incorporating an element of concealment or deception that facilitates its execution. Finally, the amount of fraud must exceed the threshold of €120,000, as set out in Article 305 of the Criminal Code (CP). Any fraudulent activity below this threshold constitutes a tax infringement, classified as minor, serious (if concealment is involved), or very serious (if fraudulent means are used), depending on the degree of culpability, but remains within the administrative sanctioning framework.

The concepts of tax fraud, simulation, and tax planning are closely linked to tax avoidance, making it essential to distinguish between them. This is where jurisprudence diverges regarding the criminal consequences of such practices.

The Supreme Court adheres to the breach of duty theory, holding that any conduct involving simulation or tax fraud may constitute a criminal offence against the public treasury. In contrast, the Constitutional Court supports the deception theory, arguing that a conflict in the application of tax law cannot constitute a criminal offence, as such conduct merely seeks to exploit a legal provision rather than engaging in deception or concealment, which are key components required for a criminal classification.

Rather than focusing on introducing new anti-evasion measures, the solution should be to develop a national and international tax system specifically for athletes, regulating all scenarios that could lead to tax conflicts within the framework of professional sports taxation. Ultimately, this is an exceptional situation, as athletes receive substantial

compensation within short career spans, which naturally motivates them to seek tax-saving alternatives in preparation for retirement.

The almost inevitable presence of legal loopholes, combined with the complexity of classifying and interpreting income from image rights, makes this issue particularly challenging. However, this does not preclude the continuous introduction of new regulations or judicial interpretations that, at least for now, provide solutions to tax avoidance schemes.

6. JURISPRUDENCE

STC 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988) ECLI:ES:TC:1988:231

STC 117/1994, de 25 de abril (BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1994) ECLI:ES:TC:1994:117

STC 50/1995, de 23 de febrero (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 1995) ECLI:ES:TC:1995:50

STC 117/1997, de 23 de junio (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997) ECLI:ES:TC:1997:117

STS 1940/2000, de 18 de diciembre (Sala de lo Penal)

STS 1336/2002, de 15 de julio (Sala de lo Penal)

STS 1244/2003, de 3 de octubre (Sala de lo Penal)

STS 751/2003, de 28 de noviembre (Sala de lo Penal)

STC 120/2005, de 10 de mayo (BOE núm. 136, de 08 de junio de 2005) ECLI:ES:TC:2005:120

STS 643/2005, de 19 mayo (Sala de lo Penal)

STS 1505/2005 de 25 de noviembre (Sala de lo Penal)

STS 192/2006, de 1 de febrero (Sala de lo Penal)

STS 801/2008, de 26 de noviembre (Sala de lo Penal)

STS 719/2009, de 16 de noviembre (Sala de lo Civil)

STS 1140/2010, de 29 de diciembre (Sala de lo Penal)

STS 496/2020, de 8 de octubre (Sala de lo Penal)

SAP Madrid 177/2021, 8 de abril, de la Sección 30ª

STSJ Madrid 223/2021, 29 de junio (Sala de lo Civil y Penal)

STS 785/2023, de 24 de octubre (Sala de lo Penal)

VINCULACIÓN CON LA SOCIEDAD, Y LA CAPACITACIÓN PARA APRENDER A EMPRENDER-CASO CEDEREA

GORKI AGUIRRE TORRES
Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil
DANIELA CABANILLA GUERRA
Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil

1. INTRODUCCIÓN

Siendo que la Academia se preocupa de la transferencia de conocimientos y dar soluciones científicas y técnicas a las problemáticas existentes en las diferentes áreas de las ciencias en donde interactúa, en este caso la Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil UTEG a través de su Dirección de Vinculación con la Sociedad, realizó una intervención comunitaria en interacción con el Centro de Desintoxicación y Reeducación del adicto CEDEREA (CETAD - Ministerio de salud, 2025). En donde se logró dar capacitación y asistencia técnica profesional en áreas como: Habilidades Blandas, administración de empresas, Finanzas, Talento Humano, Contabilidad, Márquetin, esto a cargo de estudiantes de Posgrado de diferentes programas de maestría. Siendo que como Objetivo se planteó: Implementar un programa de capacitación educativa con miras a generar emprendimientos en la colectividad, con la intervención comunitaria de la vinculación con la sociedad, con base en el convenio interinstitucional CEDEREA-UTEG. Logrando excelentes resultados en cuanto a la puesta en práctica de las capacitaciones a los internos de CEDEREA, estableciendo emprendimientos que ayudaron motivacionalmente y económicamente a estas personas y sus familias. Finalmente se logró realizar un diagnóstico socioeconómico educativo, posintervención de la vinculación con la sociedad realizada

por los estudiantes de maestría de UTEG, dando resultados satisfactorios en cuanto a la capacitación recibida y puesta en práctica de lo aprendido, con un criterio técnico.

1.1. La Vinculación con la sociedad.

La vinculación con la sociedad y la capacitación para aprender a emprender son dos pilares fundamentales en el desarrollo de instituciones que buscan no solo rehabilitar, sino también integrar a las personas en procesos de reinserción social y productiva. En el caso de una clínica de rehabilitación de adicciones como CEDEREA, estos conceptos adquieren una relevancia particular, ya que se busca no solo la recuperación individual, sino también la creación de oportunidades para que los pacientes puedan reintegrarse a la sociedad de manera activa y productiva.

La vinculación con la sociedad se refiere a la interacción entre una institución y su entorno social, con el objetivo de generar un impacto positivo en la comunidad. En el contexto de una clínica de rehabilitación, esta vinculación implica la creación de redes de apoyo, la promoción de la salud mental y la prevención de las adicciones en la comunidad. Según Delors (1996), la educación y la formación deben estar orientadas hacia el desarrollo de competencias que permitan a los individuos participar activamente en la sociedad (UNESDOC, 1996). En este sentido, CEDEREA puede desempeñar un papel crucial al establecer alianzas con organizaciones locales, instituciones educativas y empresas para promover la reinserción social de sus pacientes.

Haciendo un análisis retrospectivo sobre la vinculación con la sociedad y estableciendo un marco con autoridad para intervenir interinstitucionalmente en la solución de problemáticas comunitarias, es importante renombrar lo que se indica “Aguirre(2021) sobre la vinculación:

Como un apéndice del desarrollo comunitario, aparece la Vinculación con la Comunidad, resultando ser la actividad teórica, técnica, práctica que propone, que, otros actores sociales de otras comunidades se vinculen entre comunidades. Esto establece satisfacer una necesidad de logro, u objetivo propuesto por parte de una de ellas o de las dos partes. (Aguirre-Gorki, 2021).

En cuanto a la normativa de la Ley Orgánica de Educación Superior, esta señala sobre el acompañamiento académico de la vinculación en el Art. 125.- "Programas y cursos de vinculación con la sociedad.- Las instituciones del Sistema de Educación Superior realizarán programas y cursos de vinculación con la sociedad guiados por el personal académico" (SENESCYT, 2024).

Además, la vinculación con la sociedad también implica la responsabilidad social de la institución. Como señala Freeman (1984), las organizaciones deben considerar los intereses de todos los grupos de interés (stakeholders) en sus decisiones y acciones (Cortez, 2025). En el caso de CEDEREA, esto significa no solo enfocarse en la rehabilitación de los pacientes, sino también en la prevención de las adicciones y en la sensibilización de la comunidad sobre este problema.

FIGURA 1. *Inauguración e inicio del proyecto Interinstitucional CEDEREA-UTEG*

1.2. Integración de la Vinculación con la Sociedad y la Capacitación para Emprender

La capacitación para aprender a emprender es un proceso educativo que busca desarrollar habilidades y competencias que permitan a los individuos crear y gestionar sus propios proyectos o negocios. En el contexto de una clínica de rehabilitación, esta capacitación puede ser una herramienta poderosa para la reinserción social y laboral de los pacientes. Según Hisrich y Peters (2002), el emprendimiento no solo implica la creación de negocios, sino también la capacidad de identificar oportunidades y tomar decisiones en condiciones de incertidumbre (Cedeño, 2020).

Para los pacientes de CEDEREA, la capacitación en emprendimiento puede ser una vía para reconstruir sus vidas y recuperar su autonomía. Como señala Gartner (1985), el emprendimiento es un proceso dinámico que implica la interacción entre el individuo, el entorno y la oportunidad (Gartner, 1985). En este sentido, la clínica puede ofrecer programas de capacitación que incluyan formación en habilidades empresariales, gestión financiera y desarrollo de planes de negocio, lo que permitirá a los pacientes no solo reintegrarse al mercado laboral, sino también generar sus propias fuentes de ingreso.

La integración de la vinculación con la sociedad y la capacitación para emprender en una clínica de rehabilitación como CEDEREA puede generar un impacto significativo en la comunidad. Por un lado, la vinculación con la sociedad permite a la clínica establecer redes de apoyo y colaboración que faciliten la reinserción de los pacientes. Por otro lado, la capacitación en emprendimiento proporciona a los pacientes las herramientas necesarias para reconstruir sus vidas y contribuir al desarrollo económico y social de su comunidad. Según Porter y Kramer (2011), las organizaciones pueden crear valor compartido al abordar problemas sociales de manera que también generen beneficios económicos (Fumás, 2011). En el caso de CEDEREA, esto podría traducirse en la creación de programas de emprendimiento que no solo beneficien a los pacientes, sino que también contribuyan al desarrollo económico local. Por ejemplo, la clínica podría establecer alianzas con empresas locales para ofrecer pasantías o empleos a los pacientes que hayan completado

su rehabilitación y capacitación en emprendimiento, desarrollando una verdadera recuperación e inserción a la sociedad con aspectos motivacionales, inteligenciados con productividad que cataloga a los internos como entes útiles a la sociedad.

FIGURA 2. *Producto de uno de los proyectos establecidos por los internos de CEDEREA*

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo general

- Implementar un programa de capacitación educativa con miras a generar emprendimientos en la colectividad, con la intervención comunitaria de la vinculación con la sociedad, con base en el convenio interinstitucional CEDEREA-UTEG.

2.2. Objetivos específicos

- Realizar un diagnóstico posintervención de la vinculación con la sociedad realizada por los estudiantes de maestría de UTEG, con miras a generar emprendimientos en la colectividad- caso CEDEREA.
- Presentar un análisis de los resultados del diagnóstico posintervención de la vinculación con la sociedad realizada por los estudiantes de maestría de UTEG, con miras a generar emprendimientos en la colectividad- caso CEDEREA

3. METODOLOGÍA

La unidad de análisis a ser investigada se centró hacia los usuarios o internos Centro de Desintoxicación y Reeducación del adicto CEDEREA, tomando en cuenta una población de 33 internos, y la participación con la acción vinculante de intervención comunitaria por parte de 70 estudiantes de Posgrado de UTEG, durante un año de actividades comunitarias de apoyo educativo, social y productivo.

Se utilizó la metodología de la investigación científica para estudio de casos, combinada con la investigación acción, con enfoque cuali-cuantitativo, y una evaluación diagnóstica socioeconómica educativa empírica In Situ con ampliación de datos estadísticos para establecer la efectividad del programa ejecutado, denominado: “Capacitación en liderazgo e ideas de negocio para crear emprendimientos con base motivacional, dirigidos a usuarios en rehabilitación de CEDEREA”.

Dicho Programa y actividad de vinculación e investigación estableció pertenencia a las líneas de investigación y Vinculación de la UTEG: Línea de Investigación Nro. 2: "Gestión Empresarial, Responsabilidad Social y Competitividad de la Empresa Ecuatoriana"; y Línea de Vinculación Nro. 2: "Formalización y desarrollo del emprendimiento y su competitividad."

Se crearon 4 subprogramas de acción vinculante con interacción de profesionales expertos, quienes trabajaron las siguientes áreas o subprogramas: 1.- Capacitación en liderazgo, e ideas de negocio para crear emprendimientos con base motivacional, dirigidos a las personas en recuperación que pertenecen al centro de rehabilitación CEDEREA. 2.- Acción Práctica financiera para emprendedores, dirigidos a las personas en recuperación que pertenecen al centro de rehabilitación CEDEREA. 3.- Capacitación en liderazgo, Marketing e ideas de negocio para crear emprendimientos con base motivacional, dirigidos a las personas en recuperación que pertenecen al centro de rehabilitación CEDEREA. 4.- Módulo Práctico de implementación de técnicas y tecnologías de Negocios para emprendedores, dirigidos a las personas en recuperación que pertenecen al centro de rehabilitación CEDEREA.

Igualmente de estableció un Cronograma y malla de capacitación por cada intervención grupal del área del conocimiento, en donde se instauró capacitación presencial y Online, de acuerdo a requerimiento del conocimiento y puesta en práctica de las actividades, esto, con el fin de lograr al finalizar la capacitación de cada grupo una demostración práctica de lo aprendido, consolidando en primer término la construcción del conocimiento adquirido en respuesta de acción productiva, esto a través de la creación de emprendimientos, para luego darles seguimiento técnico grupal, por áreas de conocimiento y aprendizaje profesional como: Avance de manejo con criterio empresarial concatenado a conocer cómo manejar sus propias finanzas, contabilidad, administración, márquetin empresarial y e-commerce. Talento humano y habilidades blandas, como factor de liderazgo y atención al cliente. completándose el ciclo de creación de emprendimientos, producción, valor agregado, comercialización bajo criterios técnicos de logro de manejo porcentual de ganancias.

A continuación, dentro del aspecto metodológico, se procedió a realizar el diagnóstico correspondiente, posintervención de la vinculación con la sociedad, ejecutada por los estudiantes de los programas de maestría de UTEG, aclarando que el diagnóstico se ejecutó al finalizar cuatro módulos de trabajo: Finanzas, Mercadotecnia, E-commerce y Habilidades Blandas. Finalmente, se pasó a tabular los resultados y unificar el total de todos los módulos, siendo así se plasmaron los resultados anotados en la investigación. Se ejecutó la recolección de datos empírica a través de encuestas In situ, aplicando un test encabezando los correspondientes datos personales y 20 preguntas diagnósticas en relación al tema investigativo. (Anexo 1).

Se captó información diagnóstica al final de cada módulo de capacitación, con el fin de evaluar aspectos relacionados al logro del aprendizaje, puesta en práctica y valor agregado de beneficio personal y comunitario. Esto es realizando 4 encuestas relacionadas a los módulos de: Finanzas, Mercadotecnia, e-commerce y Habilidades Blandas, que fueron escogidas de los diferentes módulos instituidos. Pasando luego a unificar y tabular resultados de la investigación, para dar un resultado comparativo con criterio amplio y verificado en la línea de tiempo que duró el programa, con la idea de tener una visión más clara del resultado práctico obtenido.

FIGURA 3. *Unas de las Capacitación dadas por los maestrantes de Posgrado UTEG, dirigidas a los internos de CEDEREA*

4. RESULTADOS

Como resultado, se logró dar capacitación técnica práctica de acción emprendedora, a 115 personas, durante 4 módulos y cada módulo fluctuó de entre 27 a 30 estudiantes capacitados, en donde se consiguió crear motivación empresarial, formando emprendimientos y fuentes de trabajo para los grupos de personas de CEDEREA que entraron en el programa de vinculación con la sociedad de la Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil, siendo que fueron capacitados con criterio académico, con apoyo de estudiantes de posgrado, que realizaron la transferencia de conocimientos con profesionalismo, motivación, calidad y calidez.

En cuanto al resultado diagnóstico, para resumir, se tomó los datos más relevantes para ilustrar su dimensión, siendo así, se los representó de la siguiente manera:

4.1. En cuanto a los Datos de control:

1) En la pregunta sobre la edad, tenemos que la población de internos fluctúa entre jóvenes y adultos de entre 18 a 60 años, siendo que hay una mayoría de jóvenes internos que representan el 80%, de un total de 115 internos.

TABLA 1. *Edad de las personas intervenidas por módulo e investigación realizada en CEDEREA.*

Edad	1era investigación	2da investigación	3ra investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
18 a 35	18	25	21	25	89
36 a 45	3	4	3	4	14
46 a 60	6	1	4	1	12
61 o MAS	0	0	0	0	0
TOTAL	27	30	28	30	115

2) En la pregunta sobre su instrucción, se observó que la mayoría de los internos capacitados fueron bachilleres en un 75%, sin estudio el 13% y profesionales el 11%

TABLA 2. *Situación académica de las personas intervenidas por módulo e investigación realizada en CEDEREA*

Situación Académica	1era investigación	2da investigación	3ra investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
Sin estudio	2	6	1	6	15
Bachiller	20	22	22	22	86
Título profesional	5	2	4	2	13
En blanco	0	0	1	0	1
TOTAL	27	30	28	30	115

3) En la pregunta sobre estado civil, se percibió que la mayoría de internos son solteros en un 70%, casados 13%, unión libre 10%, divorciados un 9%, y una sola persona viuda.

TABLA 3. *Estado civil de las personas intervenidas por módulo e investigación realizada en CEDEREA*

Estado civil	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
Soltero	13	25	17	25	80
Casado	5	2	6	2	15
Divorciado	5	1	2	1	9
Viudo	1	0	0	0	1
Unión libre	3	2	3	2	10
TOTAL	27	30	28	30	115

4.2. En referencia, a las preguntas de validación diagnóstica, tenemos:

1) En cuanto a los temas dados en las clases, me encuentro:

La satisfacción de los temas dados en las diferentes clases, fue de relevancia, presentando mucha satisfacción en un 42%, excelente satisfacción en un 34% y satisfechos en un 20%, y con un 3% de poca satisfacción.

TABLA 4. *En cuanto a la satisfacción de los temas dados en las clases.*

Satisfacción	Respuestas al diagnóstico por módulos.				
	Finanzas	Mercadotecnia	E-commerce	Habilidades blandas	Total
Insatisfecho	1	0	0	0	1
Poco satisfecho	1	1	0	2	4
Satisfecho	6	5	8	4	23
Muy satisfecho	14	12	9	13	48
Excelente	5	12	11	11	39
TOTAL	27	30	28	30	115

2) En cuanto a responder a inquietudes planteadas en clase, me encuentro:

La satisfacción de los internos intervenidos, reflejó mucha satisfacción en cuanto a las respuestas e inquietudes presentadas en clase, en un 36%, siguiéndole de una forma satisfactoria en un 29%, y de manera excelente un 17%.

TABLA 5. *En cuanto a responder inquietudes planteadas en clases.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
Insatisfecho	1	0	0	0	1
Poco satisfecho	1	0	0	0	1
Satisfecho	6	10	9	8	33
Muy satisfecho	13	12	14	14	41
Excelente	6	8	5	8	19
TOTAL	27	30	28	30	115

3) En cuanto al conocimiento de los temas por parte de los expositores, me encuentro:

Los estudiantes internos demostraron excelente satisfacción en un 43% en relación a la capacidad y conocimiento de los temas expuestos por parte de los profesionales que dieron las capacitaciones, un 36% quedaron muy satisfechos, mientras que el 19% fueron satisfechos, y un 1% satisfechos.

TABLA 6. *En cuanto al conocimiento de los expositores, de los temas expuestos en clase.*

Satisfacción	Respuestas al diagnóstico por módulos.				
	Finanzas	Mercadotecnia	E-commerce	Habilidades blandas	Total
Insatisfecho	1	0	0	0	1
Poco satisfecho	1	0	0	0	1
Satisfecho	4	6	7	5	22
Muy satisfecho	15	9	8	9	41
Excelente	6	15	13	16	50
TOTAL	27	30	28	30	115

4) En cuanto al profesionalismo de los expositores, me encuentro:

Se denotó que los estudiantes intervenidos estuvieron Muy satisfechos en un 45% en cuanto al profesionalismo de los expositores, un 43% los calificaron como excelentes, un 9% se denotaron como satisfechos y un 3% como poco satisfechos.

TABLA 7. *En cuanto al conocimiento de los expositores, de los temas expuestos en clase.*

Satisfacción	Respuestas al diagnóstico por módulos.				
	Finanzas	Mercadotecnia	E-commerce	Habilidades blandas	Total
Insatisfecho	0	0	0	0	0
Poco satisfecho	2	0	0	1	3
Satisfecho	4	2	3	1	10
Muy satisfecho	14	12	12	14	52
Excelente	7	16	13	14	50
TOTAL	27	30	28	30	115

4.3. PRACTICIDAD EN CUANTO A UTILIZAR EL CONOCIMIENTO ADQUIRIDO

1) En cuanto a lo aprendido en el seminario, puedo indicar que:

Un 39% indican que les sirve mucho en la práctica, mientras que le sirve en la practica a un 29%, a un 265 les sirvió de manera excelente en la práctica, en contra posición que a un 2% no les ha servido en la práctica.

TABLA 8. *En cuanto a lo aprendido y satisfacción al servir en la práctica.*

Satisfacción	Respuestas al diagnóstico por módulos.				
	Finanzas	Mercadotecnia	E-commerce	Habilidades blandas	Total
No me ha servido en la práctica	1	0	1	0	2
Me ha servido poco en la práctica	1	2	0	2	6
Me sirve en la práctica	8	12	4	9	33
Me sirve mucho en la práctica	11	6	16	12	45
Me sirve de manera excelente en la práctica	6	10	7	7	30
TOTAL	27	30	28	30	115

2) En cuanto a la utilización de los temas dados en el seminario, puedo indicar que:

Se estableció que los temas aprendidos en clase les ha servido mucho en la práctica en un 50%, siguiéndole un 29% que indicaron que les ha servido de manera excelente, así mismo un 17% indicó que les sirve en la práctica, mientras que contradictoriamente no les ha servido a un 2%.

TABLA 9. *Sobre los temas dados en clase y satisfacción al servir en la práctica.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
No me ha servido en la práctica	1	0	1	0	2
Me ha servido poco en la práctica	1	0	0	1	2
Me sirve en la práctica	3	7	4	6	20
Me sirve mucho en la práctica	15	15	15	13	58
Me sirve de manera excelente en la práctica	7	8	8	10	33
TOTAL	27	30	28	30	115

3) En cuanto a mi expectativa de conocimientos y puesta en práctica de lo aprendido, puedo indicar que:

Siendo que la expectativa que tenías los entes capacitados, demuestra que les ha servido mucho en la práctica con un 41%, siguiéndole el que les ha servido de manera excelente en un 35%, y un 19% indican que les ha servido satisfactoriamente, a cambio un 3% no les ha servido en la práctica.

TABLA 10. *Frente a las expectativas de conocimiento y puesta en práctica de lo aprendido.*

Satisfacción	Respuestas al diagnóstico por módulos.				
	Finanzas	Mercadotecnia	E-commerce	Habilidades blandas	Total
No me ha servido en la práctica	1	1	1	1	3
Me ha servido poco en la práctica	1	0	0	0	1
Me sirve en la práctica	6	6	5	5	22
Me sirve mucho en la práctica	11	12	14	10	47
Me sirve de manera excelente en la práctica	8	10	8	14	40
TOTAL	27	30	28	30	115

4) En cuanto a replicar lo aprendido en el seminario, puedo indicar que:

Se ha establecido que han replicado lo aprendido y les ha servido mucho en la práctica en un 49%, les sirvió de manera excelente en un 27%, y a un 18% les sirvió en la práctica, y solo a un 1% no le sirvió.

TABLA 11. *Replicar lo aprendido y les ha servido en la práctica*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
No me ha servido en la práctica	0	0	1	0	1
Me ha servido poco en la práctica	3	2	0	1	6
Me sirve en la práctica	4	6	4	7	21

Me sirve mucho en la práctica	15	12	15	14	56
Me sirve de manera excelente en la práctica	5	10	8	8	31
TOTAL	27	30	28	30	115

4.4. SUGERENCIAS DE PRÓXIMAS CAPACITACIONES EN BASE A SU INTERÉS

Una vez que ha culminado el seminario, se les hizo la pregunta sobre qué temas le gustaría aprender en un futuro, relacionándolo con su proyecto grupal establecido, y su interés de un futuro proyecto propio. Puede marcar varios ítems.

1) Administración de empresas y emprendimientos:

En este caso estuvieron de acuerdo en profundizar el conocimiento en administración de empresas en un 91%.

TABLA 12. *Profundizar el conocimiento en administración de empresas*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	24	30	21	30	105
NO	3	0	5	0	8
EN BLANCO	0	0	2	0	2
TOTAL	27	30	28	30	115

2) Finanzas y Recaudaciones de Impuestos:

En el caso de las finanzas, desean seguir profundizando el estudio en un 36%.

TABLA 13. *Interés por profundizar la capacitación en Habilidades Blandas*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	14	13	_	13	40
NO	8	17	–	17	42
EN BLANCO	5	0	–	0	5
TOTAL	27	30	28	30	115

3) Habilidades Blandas:

El 64% de los internos desean seguir capacitándose en Habilidades blandas.

Tabla 14. *Interés por profundizar la capacitación en Habilidades Blandas.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	18	15	14	15	62
NO	5	15	6	15	41
EN BLANCO	4	0	8	0	12
TOTAL	27	30	28	30	115

4) Plan de negocios:

La capacitación a futuro en planes de negocios, marcó un 82% de interés para seguir capacitándose y profundizar los estudios.

TABLA 15. *Interés por profundizar la capacitación en Plan de negocios.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	18	28	20	28	94
NO	5	2	3	2	12
EN BLANCO	4	0	5	0	9
TOTAL	27	30	28	30	115

4.5. PRODUCTO FINAL DE LA CAPACITACIÓN

1) Le servirá de ejemplo para futuros proyectos

El 90% están seguros que la capacitación le servirá para trabajar futuros proyectos.

TABLA 16. *Seguridad ante la capacitación para realizar futuros proyectos.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	26	25	34	25	110
NO	1	1	0	1	3
TAL VEZ	0	1	0	1	2
TOTAL	27	27	34	27	115

2) Le dará seguimiento al proyecto trabajado:

El 82% aseguraron les darán seguimiento a sus proyectos creados, y trabajados durante la capacitación

TABLA 17. *Darán seguimiento a los proyectos creados en la capacitación.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	4ta investigación	Respuestas TOTAL
SI	23	20	25	27	95
NO	4	7	3	0	14
TAL VEZ	_	3	0	3	6
TOTAL	27	30	28	30	115

4) Desea seguir aprendiendo más sobre emprendimientos o proyectos:

Los internos desean en un 90% seguir aprendiendo sobre actividades relacionadas con criterio académico, que los lleve a desarrollar emprendimientos.

TABLA 18. *El deseo de seguir aprendiendo más sobre emprendimientos o proyectos.*

Satisfacción	1era investigación	2da investigación	3era investigación	3era investigación	Respuestas TOTAL
SI	26	27	27	28	108
NO	1	0	1	2	4
TAL VEZ	0	3	0	0	3
TOTAL	27	30	28	30	115

5. DISCUSIÓN

Los resultados establecen un logro referencial en cuanto a establecer un marco confiable y de alto porcentaje de satisfacción motivacional en los internos de la clínica CEDEREA, en cuanto a aprender a emprender, con criterio de desarrollar productividad en las personas internas, y las familias que se vinculan a esta comunidad con problemas de salud en cuanto a adicciones.

Los resultados reflejan confianza, motivación, y seguridad al emprender, bajo parámetros técnicos, basados en la capacitación y conocimiento adquirido. A más de los resultados empíricos, se refleja resultados subjetivos sociales, como es el caso de que las familias han apoyado cada uno de los emprendimientos creados y continuados por los internos, lo que visualiza desarrollar una concatenación de aprendizaje, triangulando la adquisición de saberes entre las instituciones y los maestrantes que los reparten, el alumno que la recibe, y las familias que apoyan y observan los resultados.

El 91% de los las personas intervenidas con la vinculación de CEDEREA, pretenden seguir aprendiendo a emprender, especialmente con capacitaciones en Administración de empresas y emprendimientos.

6. CONCLUSIONES

El vídeo proporciona una Se concluye que, la acción de vinculación comunitaria de la academia, pudo lograr resultados satisfactorios para

favorecer y solventar necesidades de aprendizaje en diferentes áreas, inclusive en áreas problémicas y delicadas de la sociedad.

Así mismo, se establecieron, con base al diagnóstico socioeconómico, educativo, resultados positivos y alentadores en cuanto a la aceptación de la población beneficiada, frente a la intervención comunitaria.

Se lograron resultados satisfactorios en cuanto a crear emprendimientos, con seguimiento y acompañamiento de los mismos, así mismo la enseñanza aprendizaje fue catalogada como profesional y técnica.

El 90% de las personas intervenidas con la vinculación con la sociedad pretender seguir aprendiendo más sobre emprendimientos u proyectos.

El trabajo realizado por los maestrantes de Posgrado de la UTEG, también vivieron aspectos motivacionales, que los llevó a establecer ahínco en sus acciones colaborativas de aprendizaje, transformándose la acción vinculante realizada en una acción colaborativa de fe y de empeño por colaborar a fortalecer el desarrollo productivo, con tinte social comunitario.

8. REFERENCIAS

Aguirre-Gorki. (2021). *Vinculación con la sociedad, una acción de soporte técnico práctico para el desarrollo sostenible - Tomo I* (I ed., Vol. I). Guayaquil: Universidad Tecnológica Empresarial de Guayaquil. https://www.uteg.edu.ec/wp-content/uploads/2022/10/vinculacion-sociedad.pdf

Cedeño, A. E. (2020). El emprendimiento en América Latina: Un análisis de su etimología, tipología y proceso. *ECA SINERGIA, 11*(2), 47-50. https://doi.org/https://doi.org/10.33936/eca_sinergia.v11i2.2115

CETAD - Ministerio de salud. (2025). *https://www.salud.gob.ec*. Ministerio de Salud: https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/estad_con_permiso_de_funcionamiento_vigente_2017_para_publicar_07-03-2017.pdf

Cortez, E. A. (2025). La Teoría de los Stakeholders: un análisis centrado en los grupos dentro de la organización y propuesta de un nuevo grupo. *Pensamiento Crítico- Revista de investigación multidisciplinaria, 1*(1). https://pensamientocriticoudf.com.mx/4-no-6/14-4-no-6-02/36-la-teoria-de-los-stakeholders-un-analisis-centrado-en-los-grupos-dentro-de-la-organizacion-y-propuesta-de-un-nuevo-grupo-html

Fumás, V. S. (2011). Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y Creación de Valor Compartido. *Revista de responsabilidad social de la empresa, 1*(9), 15-40. https://accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/9_2.pdf

Gartner, W. B. (1985). Un marco conceptual para describir el fenómeno de la creación de nuevas empresas. *JSTOR, 10*(4), 696-706. https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2307/258039

SENESCYT. (2024). *Ley Orgánica de Educación Superior.* Quito, Ecuador: REgistro Oficial Nro: 298 -2020. https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/loes.pdf

UNESDOC. (1996). *UNESDOC.UNESCO*. https://unesdoc.unesco.org/: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_spa

SECCIÓN II.

DESAFÍOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO SEGURIDAD, DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGÍA

TERRORISMO INTERNACIONAL, DERECHOS HUMANOS, PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES. SU DEBATE EN LA ONU

Blanca Yaquelin Zenteno Trejo[21]
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

1. INTRODUCCIÓN

Entre los principios y propósitos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas (Carta de las NU) figura el de la Paz y Seguridad Internacionales (Py SI.), transversalizando todo su texto, y dejando claro en su preámbulo que una de las finalidades de las NU consiste en: "[…] unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, […]" (Carta de las NU, 1945, preámbulo, línea 11).

Este propósito trae implícito una condena al terrorismo internacional en todas sus formas y manifestaciones (actos, métodos y prácticas) como lo ha afirmado la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) independientemente del sujeto o los sujetos de los que provengan estos actos, por ejemplo, se ha dicho que pueden emanar de las civilizaciones, grupos étnicos, religiosos, etcétera. pero también de los propios Estados o naciones y de agentes no estatales.

Lo anterior, justifica la documentación de las acciones de la AG y el CS, mediante un capítulo histórico, para someter al debate académico posterior, la ausencia de una definición global e institucional de terrorismo internacional y de la incrementación de este problema.

[21] Profesora investigadora adscrita a la Facultad de Derecho de la BUAP. Líneas de investigación: Derecho Internacional (Público y Privado), Derechos Humanos, y Derecho y Educación. Contacto: byzentenotrejo@hotmail.com y blanca.zenteno@correo.buap.mx

2. OBJETIVO

- Documentar el debate histórico desde 1945 al 2017 emprendido interior de la AG de las NU relativo a su trabajo de prevención, combate y eliminación del terrorismo internacional y su vínculo con los derechos humanos (DD. HH.) y la Py SI.

3. METODOLOGÍA

Se seleccionaron 20 resoluciones representativas de la AG y 2 del Consejo de Seguridad (CS) del periodo de 1945-2017, que dan cuenta de la relación entre el terrorismo internacional y los DD. HH. como temas pendientes para el logro de la Py SI. Se recurre a los métodos analítico y descriptivo para la construcción documental.

4. RESULTADOS

Una línea del tiempo que abarca el periodo 1945-2017. En ella se incluyen las resoluciones sobre terrorismo internacional más significativas de la AG, vinculadas a los DD. HH. y la Py SI. Ellas abonan a la explicación y a la preocupación histórica de la necesidad de una definición de terrorismo internacional.

5. DISCUSIÓN

Hablar de terrorismo internacional, indudablemente lleva a vincularlo con los DD. HH. referenciados en la Carta de la ONU como primer instrumento vinculante en el marco del Derecho Internacional (DI) contemporáneo. En ella, las NU se proponen la Py SI. a la vez que confirman su "[…] fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres […]" (Carta de las NU, 1945, preámbulo, líneas 4 y 5).

Así, la AG como uno de los órganos principales de la ONU, desde 1945 ha colocado en su agenda planteamientos relacionados con el mantenimiento de la Py SI. y desde 1946 con el *Proyecto de declaración de derechos y libertades humanos fundamentales*, el desarrollo y

codificación del DI de los DD. HH. (Resolución 43 (I), 1946, p. 60) dejando clara la necesidad de vincularlos.

Distintas resoluciones entre 1972 a 1989 instaron a los Estados a la plena observancia de instrumentos relacionados con la preocupación del terrorismo internacional como: la *Declaración sobre los principios de DI relativa a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados*, la *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*, la definición de agresión y los cuatro *Convenios de Ginebra* de 1949 con sus tres protocolos adicionales en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH) aplicables en los conflictos armados (resoluciones 3034 (XXVII), 1972; 31/102, 1976; 32/147, 1977; 34/145, 1979; 36/109, 1981; 38/130,1983; 40/61, 1985; 42/159, 1987 y la 44/29,1989).

Las resoluciones de la AG de las décadas de los setenta y los ochenta dieron cuenta de que el terrorismo internacional provocaba violaciones masivas y patentes de DD. HH. y de las libertades fundamentales, como la pérdida o sacrificio injustificado de vidas humanas inocentes u otros atentados contra la dignidad del ser humano.

El combate al terrorismo requería de la cooperación internacional (CI) para la elaboración de medidas de prevención eficaz y del estudio de las causas subyacentes del problema, para encontrar soluciones justas y pacíficas y a fin de eliminarlo de manera urgente y definitiva.

La AG consideró como acto represivo y de terrorismo, la negativa a los pueblos de ejercer su derecho inalienable a la Libre determinación y a su independencia realizada por los regímenes extranjeros, coloniales y racistas (resoluciones 3034 (XXVII), 1972; 31/102, 1976; 32/147, 1977; 34/145, 1979; 36/109, 1981; 38/130,1983; 40/61, 1985; 42/159, 1987 y la 44/29,1989).

En este contexto, el 18 de diciembre de 1972 la AG, estableció un *Comité especial sobre el terrorismo internacional* (Comité Especial), para estudiar sus causas subyacentes y recomendar medidas prácticas para su combate (Resolución 3034 (XXVII), 1972, pp. 127 y 128).

El 15 de diciembre de 1976, la AG invitó a los Estados a formar parte de las convenciones internacionales relacionadas con los diversos aspectos

del terrorismo internacional, y a que el Comité Especial rindiera informes de su trabajo periódicamente (Resolución 31/102, 1976, p. 198).

El 16 de diciembre de 1977 se pidió al secretario general de la ONU a que presentara al Comité Especial un estudio de las observaciones informadas por los Estados para que las examinara y se diera pronta eliminación al problema (Resolución 32/147, 1977, p. 225).

El 17 de diciembre de 1979, la AG instó a los Estados a que contribuyeran a la eliminación de las causas subyacentes del problema y de abstenerse de organizar o instigar actos de guerra civil o de ayudar, consentir u organizar actos de terrorismo en otro Estado o en contra de sus ciudadanos. La CI ayudaría al intercambio de información relativa a la prevención del terrorismo internacional y la lucha contra él (resoluciones 34/145, 1979, p. 281, 38/130, 1983, p. 305, 42/159, 1987, p. 319 y 44/29, 1989, p. 321).

Se propuso la concertación de tratados o de cláusulas especiales relativas a la extradición o el enjuiciamiento de terroristas internacionales y se afirmó "la necesidad de celebrar un convenio o convenios internacionales adicionales sobre el terrorismo internacional" (Resolución 34/145, 1979, p. 281).

Era urgente atender el problema del colonialismo, racismo y ocupación extranjera que podían dar lugar al terrorismo y poner en peligro la Py SI. Se solicitó la preparación de una recopilación de la legislación nacional de los Estados relativas a la lucha del terrorismo internacional (Resolución 34/145, 1979, p. 282).

En la década de los ochenta, la AG requirió que los Estados observaran y aplicaran las recomendaciones del Comité Especial, por los efectos perniciosos del terrorismo sobre las relaciones de amistad entre los Estados. Así como, armonizar su legislación interna con los instrumentos internacionales para dar pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas.

Era necesario concertar tratados especiales o incorporar cláusulas relativas a la aprehensión, enjuiciamiento o la extradición de los autores o

perpetradores del terrorismo internacional (resoluciones 36/109, 1981, p. 293, 38/130, 1983, p. 305, 42/159, 1987, p. 319 y 44/29, 1989, p. 321).

Entre 1985 y 1989, la AG afirmó la necesidad de una CI bilateral, regional y multilateral para eliminar el "flagelo criminal" referente al terrorismo y sus causas subyacentes. Urgía que los Estados formaran parte de un conjunto de instrumentos jurídicos[22] que referían delitos relacionados con actos de terrorismo (resoluciones 40/61, 1985, p. 328 y 42/159, 1987, pp. 318 y 319, 44/29, 1989, p. 321).

El 9 de diciembre de 1985, la AG instó a "mantener y salvaguardar los derechos básicos de las personas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y las normas generalmente aceptadas" (Resolución 40/61, 1985, p. 328).

Por primera vez, la AG calificó "de criminales todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo, dondequiera y por quienquiera sean cometidos, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y su seguridad" (resoluciones 40/61, 1985, p. 328 y 44/29, 1989, p. 322).

El 7 de diciembre de 1987 la AG, convocó a "una conferencia internacional para definir el terrorismo y diferenciarlo de la lucha de los pueblos por la liberación nacional" y deploró la:

> persistencia de todos los actos terroristas, incluidos aquellos en que participan directa o indirectamente Estados, que propagan la violencia y el terror, pueden ocasionar la pérdida de vidas humanas y daños materiales y ponen en peligro el desarrollo normal de las relaciones internacionales (Resolución 42/159, 1987, p. 319).

Lo anterior, porque amenazaba la Py SI. y las relaciones de amistad entre los Estados. Se requería una CI multinivel, para fortalecer la confianza entre los Estados y se redujera la tirantez entre ellos. Se propuso que en la lucha contra este problema "podría ser más eficaz si se llegara

[22] 1) Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves 1963, 2) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, 3) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971, 4) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973, 5) la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979 y 6) Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980.

a una definición del terrorismo internacional sobre la que hubiera acuerdo general" (Resolución 42/159, 1987, p. 319).

Respecto a la atención del terrorismo abordo de barcos o contra estos, o la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, la Organización Marítima Internacional (OMI) jugó un papel importante. Se pidió a la Unión Postal Universal, la Organización Mundial de Turismo y al Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) ser partes en la solución de este problema (resoluciones 42/159, 1987, pp. 319 y 320; y 44/29, 1989, p. 321).

El 4 diciembre de 1989, la AG, instó a la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), a continuar trabajando en la detección de explosivos plásticos o en láminas y sobre el establecimiento de un régimen internacional de marcas de esos explosivos que permitieran detectar su presencia en atención a la Resolución 635 (1989) del 14 de junio de 1989 y la 638/1989 del 31 de julio de 1989 del CS relativa a la toma de rehenes (Resolución 44/29, 1989, pp. 321-323).

El 4 diciembre de 1989, se afirmó que el terrorismo podía poner en peligro la integridad territorial, la seguridad de los Estados, el orden constitucional de los Estados y los DD. HH. fundamentales, porque cada vez estaba más vinculado a grupos terroristas, traficantes de drogas y bandas paramilitares. Era necesario mantener las garantías de las personas de conformidad con los DD. HH. y las normas internacionales generalmente aceptadas (Resolución 44/29, 1989, pp. 322 y 323).

Se reconoció que en la lucha contra el terrorismo "podría ser más eficaz si se llegara a una definición del terrorismo internacional sobre la que hubiera acuerdo internacional" (Resolución 44/29, 1989, p. 322) y se exigió que se pusiera,

> en libertad de inmediato, sanos y salvos a todos los rehenes y otras personas capturadas, dondequiera y en poder de quienquiera se encuentren […] Exhorta a todos los Estados a que ejerzan su influencia política de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios de derecho internacional […] evitar la comisión de actos de toma de rehenes y la captura de personas (Resolución 44/29, 1989, p. 323).

La persistencia a escala mundial de actos de terrorismo internacional en medios de transportes aéreos y marítimos internacionales, hizo

necesario proporcionar seguridad en este ámbito, para poner en libertad a rehenes y otras personas capturadas, dio origen a que entre 1963 y 1991 bajo los auspicios de la OACI, la OMI y el OIEA se desarrollara un marco jurídico que combatiera el problema.

A raíz de varios secuestros de aviones, algunos Estados acordaron los siguientes acuerdos: 1) Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves 1963, 2) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, 3) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 y 4) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1988.

Los acuerdos anteriores constituyeron una respuesta a las amenazas a la seguridad de buques, pasajeros y tripulantes y de "sustracciones de buques que de forma deliberada eran embarrancados o volados mediante el uso de explosivos. Los pasajeros eran amenazados y en ocasiones asesinados." (OMI, 2025).

Los problemas supra que se venían presentando en la década de los ochenta, permitieron también la adopción del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988 y el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988.

La toma de rehenes y de delitos cometidos contra personas que gozaban de protección internacional, como los agentes diplomáticos, favorecieron la aprobación de la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973* y *la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979* (Resolución 638 (1989) del Consejo de Seguridad del 31 de julio de 1989).

La alarma creciente del uso de armas de destrucción en masa utilizadas por terroristas entre otros motivos, instó la adopción de la *Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980*, y en

1991, la aprobación del *Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, aplicable a actos de terrorismo*.

La Resolución 46/51 (9 de diciembre de 1991) refirió a la participación del Estado en los actos terroristas y en la protección de los DD. HH. y en consideración a las recomendaciones del Comité Especial, afirmó la:

> persistencia a escala mundial de actos de terrorismo internacional en todas sus formas incluidos aquellos en que participan directa o indirectamente Estados, que ponen en peligro o cobran vidas humanas inocentes, tienen un efecto perjudicial en las relaciones internacionales y pueden comprometer incluso la integridad territorial y la seguridad de los Estados (Resolución 46/51, 1991, p. 312).

Esta Resolución afirmó el vínculo estrecho entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas y otros crímenes. Esto requería la adopción de medidas para cumplir los convenios citados *supra*, y para "mantener y proteger los derechos fundamentales y las garantías de las personas, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y las normas internacionales generalmente aceptadas." (Resolución 46/51, 1991, p. 312).

El 9 de diciembre de 1991, la AG calificó de criminales e injustificables todos los actos, métodos y prácticas terroristas, por lo que se requería: 1) un acuerdo internacional que lo definiera, 2) asegurar la aprehensión, el enjuiciamiento o la extradición de los autores de esos actos y 3) que los Estados se hicieran parte en los convenios internacionales existentes, para contribuir a la eliminación gradual de las causas del terrorismo que ponían en peligro la Py SI. (Resolución 46/51, 1991, p. 312).

El 25 de junio de 1993, la *Declaración y Programa de acción de Viena*, aprobados por la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* "condenó las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos que seguían ocurriendo en muchas partes del mundo." (1993, p. 10). Además, hizo énfasis en la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones, las desapariciones, la intolerancia religiosa, la incapacidad de mantener el imperio de la ley, etcétera.

El 20 de diciembre de 1993, la AG afirmó la responsabilidad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y su oficina (ACNUDH) de promover y proteger el goce efectivo de todos los

DD. HH. sin hacer distinción, y conforme a los principios de imparcialidad, objetividad y no selectividad (Resolución 48/141, 1993, p. 310).

El 9 de diciembre de 1994, se aprobó la *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional* (figuraba como un Anexo). En ella, se afirmó la persistencia en todo el mundo de actos de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones (algunos basados en la intolerancia o el extremismo) que involucraban a los Estados de manera directa o indirectamente (Resolución 49/60, 1994, 326).

También se hizo hincapié en el vínculo entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas, bandas paramilitares, comercio ilícito de armas, blanqueo de capitales, contrabando de material nuclear u otros materiales letales y se instó a los Estados a eliminar al terrorismo y a someter a la justicia todos los actos de terrorismo que ponían en peligro el orden constitucional de los Estados, los DD. HH. fundamentales y la Py SI. (Resolución 49/60, 1994, p. 326).

El 17 de diciembre de 1996, se aprobó la *Declaración complementaria de la Declaración de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*, en la que expresó la necesidad de fortalecer la CI entre distintos sujetos de DI "a fin de prevenir, combatir y eliminar el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, dondequiera y por quienquiera sea cometido" (Resolución 51/210,1996, p. 391).

En 1996 se resaltó el trabajo de la Unesco "Hacía una cultura de paz" y observó "que los atentados terroristas con bombas, explosivos u otros mecanismos incendiarios o mortíferos se han difundido cada vez más" (Resolución 51/210, 1996, p. 392).

Lo anterior, llevó a reflexionar sobre el examen urgente del marco jurídico internacional, para asegurar que se abarcaran todos los aspectos requeridos o mediante una convención general sobre el terrorismo internacional.

El 17 de diciembre de 1996, la AG afirmó la necesidad de mejorar la CI para impedir el uso de materiales nucleares, químicos y biológicos con fines terroristas. Se reafirmó que todos los actos, métodos y prácticas terroristas dondequiera y por quienquiera sean cometidos eran criminales e injustificables, además:

> Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos (Resolución 51/210, 1996, p. 392).

Se exhortó a todos los Estados a adoptar medidas como las contenidas en la Conferencia ministerial sobre el terrorismo (30 de julio de 1996), y en el Plan de acción aprobado por la Conferencia especializada interamericana sobre terrorismo (23 al 26 de abril de 1996) bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y conforme al DI, el DI de los DD. HH. "para prevenir el terrorismo y fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo" (Resolución 51/210, 1996, p. 392).

En un contexto en el que los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos eran cada vez más generalizados y de que las normas jurídicas multilaterales de esa época no bastaban para hacerles frente, el 15 de diciembre de 1997, la AG adoptó el *Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* (1997, preámbulo, p. 1).

El 9 de diciembre de 1999 se adoptó el *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo*, por la preocupación de que ningún instrumento jurídico multilateral refería explícitamente a la financiación del terrorismo, a pesar de que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependían de la financiación que podían obtener los terroristas. Así que, la financiación debía prevenirse y reprimirse mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores (1999, preámbulo, p.1).

El 18 de diciembre de 2002, la AG reiteró que el párrafo 17 de la sección I de la *Declaración y Programa de acción de Viena*, eran acciones para lograr la observancia de la Carta de la ONU y la DUDH (entre otros) para lograr la paz. Sostuvo que:

> los actos, métodos y prácticas terroristas, en todas sus formas y manifestaciones, son actividades orientadas hacia la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizan a

> los gobiernos legítimamente constituidos, y que la comunidad internacional debe tomar las medidas oportunas para reforzar su cooperación a fin de prevenir y combatir el terrorismo (Resolución 57/219, 2002, p.1).

El 18 de diciembre de 2022, la AG, reafirmó la importancia de respetar todos los DD. HH. las libertades fundamentales y el estado de derecho, incluso en respuesta al terrorismo y a su temor. Les recordó a los Estados su deber de proteger a todas las personas (Resolución 57/219, 2002, p.1).

Por otro lado, en 2003, el CS, aprobó la *Declaración sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo* (20 de enero) para que los Estados se cercioraran de que las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo, cumplieran todas las obligaciones contraídas conforme al DI de los DD. HH. el refugio y el DIH.

El CS, reafirmó que los actos de terrorismo amenazan gravemente la Py SI. por ser criminales e injustificables, independientemente de los motivos y del lugar donde se cometan. Había que condenarlos en forma inequívoca, especialmente si lesionaban a civiles en forma indiscriminada (Resolución 1456 (2003), 2003, pp. 2 y 4).

El CS expuso que en un mundo cada vez más globalizado era más fácil explotar tecnologías, comunicaciones y recursos avanzados para objetivos criminales. Los terroristas tenían acceso a materiales nucleares, químicos, biológicos, y otros potencialmente letales. Urgía hacer más estrictas las medidas para detectar y detener las corrientes de financiación y fondos para fines terroristas y evitar la delincuencia transnacional organizada, el blanqueo de capitales, el uso y el tráfico ilícitos de drogas y armas (Resolución 1456, 2003, p. 2).

Entre 2003 y 2005 la AG hizo énfasis en la dignidad humana y sus libertades fundamentales, en las prácticas democráticas y el imperio de la ley y reafirmó que el terrorismo estaba orientado a destruir los DD. HH. (resoluciones 58/187, 2003, pp. 1-4 y 60/158, 2005, pp. 1 y 3). También lo confirmaron las resoluciones de la Comisión de los Derechos humanos: 2003/68 (25 de abril de 2003), 2004/87 (21 de abril de 2004) y 2005/80 (21 de abril de 2005).

Motivos por los cuales la AG, nuevamente el 16 de diciembre de 2005, condenó de manera inequívoca “todos los actos, métodos y prácticas

terroristas en todas sus formas y manifestaciones y dondequiera y por quienquiera que sean cometidos, independientemente de su motivación, por ser criminales e injustificables," (Resolución 60/158, 2005, p. 2).

El 16 de diciembre de 2005, la AG instó a los Estados a tomar en cuenta y poner a disposición de sus autoridades nacionales competentes la "Recopilación de Jurisprudencia de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales sobre la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo" (Resolución 60/158, 2005, pp. 1 y 3) a efectos de lo expuesto en los párrafos precedentes.

El 19 de diciembre de 2005, el CS reconoció "que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están interrelacionados y se refuerzan mutuamente" y que requiere "un enfoque coordinado, coherente e integrado de la consolidación de la paz y la reconciliación después de los conflictos para una paz duradera" (Resolución S2005/803, 2005, p. 1).

En 2005, como parte del seguimiento y revisión del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988, y a raíz de los actos que amenazaban la Py SI. se firmó el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, con el objetivo de:

> prevenir y reprimir los actos de terrorismo contra los buques y mejorar la seguridad a bordo y en tierra, reduciendo de ese modo los riesgos para los pasajeros, tripulaciones y personal portuario, tanto a bordo de los buques como en las zonas portuarias, así como para los buques y sus cargas (2005, preámbulo, líneas 9-12).

También se firmaron el Protocolo de 2005 relativo al Protocolo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, y otras enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 2005, y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear también de 2005.

Este último convenio, afirmó que los actos de terrorismo nuclear podían conducir consecuencias graves y amenazar la Py SI. y que:

> las disposiciones jurídicas multilaterales vigentes no bastan para hacer frente […] a esos atentados, […] que se intensifique la cooperación

> internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos actos terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores (2005, preámbulo).

En el *Documento final de la Cumbre Mundial de 2005*, los gobiernos del mundo acordaron los Objetivos del Desarrollo del Milenio para el 2015. En ellos figuraban tópicos como el del terrorismo, la consolidación, mantenimiento y establecimiento de la paz, la responsabilidad de proteger, DD. HH. democracia e imperio de la ley (2005, p. 2).

El 8 de septiembre de 2006, la AG propuso la idea de una *estrategia de lucha contra terrorismo* para fortalecer a la comunidad internacional, debilitar a los terroristas, adoptar medidas para reforzar los mecanismos de DD. HH. crear un Consejo de Derechos Humanos y reafirmar la democracia como valor universal, ya que el terrorismo deterioraba la comprensión intercultural y no aseguraba el respeto de todas las religiones, valores religiosos, creencias o culturas (Resolución 60/288, 2006, p. 2).

La Resolución 60/288, entre otras ideas aludió a: 1) una conferencia de alto nivel que resultara en un convenio que fuera la respuesta internacional al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones y 2) un convenio internacional que resolviera la definición jurídica y el alcance de los actos abarcados (Resolución 60/288, 2006, p. 2).

El informe de 2006 "Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo" dio origen a la *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo* (en forma de anexo dentro de la Resolución 60/288) aprobada el 08 de septiembre de 2006. La Estrategia sería examinada (avances, logros, posibilidad de actualización, etcétera.) cada dos años (Resolución 60/288, 2006, p. 3.).

En la Resolución 60/288 figuraba un *Plan de acción*, que afirmaba que el terrorismo era una "amenaza grave" a la Py SI. En él se volvió a condenar "de manera sistemática, inequívoca y firme, el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones" (Resolución 60/288, 2006, p. 3).

Este Plan de acción contenía 4 medidas relativas al terrorismo: 1) hacer frente a las condiciones que propician su propagación, 2) prevenirlo y combatirlo, 3) aumentar la capacidad de los Estados para prevenirlo y luchar contra él (fortalecer el papel del sistema de las NU), y 4) asegurar

el respeto de los DD. HH. y el imperio de la ley como base fundamental en esta lucha (Resolución 60/288, 2006, pp. 3-11).

El 10 de septiembre de 2010 se modernizaron y consolidaron dos tratados (adoptados en 1971) con el: 1) el Convenio[23] para la represión de actos ilícitos relacionados con la seguridad de la aviación civil internacional y el 2) Protocolo[24] complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

Ambos tipifican delitos cometidos contra la aeronave, los pasajeros y tripulantes y contienen "una cláusula que prevé que un Estado no puede rehusarse a extraditar a una persona que haya cometido delito por la sola razón de que el delito sea un delito político" (2010, p. 1).

Ambos tienen como objetivo el de prevenir la comisión de los delitos prescritos en ellos, de procesar y penar a las personas (físicas y jurídicas) que los cometan, y de aplicar la *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo* (2006), para ampliar el régimen del tratado mundial de lucha contra el terrorismo.

El 4 de abril de 2014 se firmó el *Protocolo que modifica el Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves* motivado por el creciente número de incidentes a bordo de una aeronave, y para de mejorar la capacidad de los Estados relativa a ampliar su jurisdicción sobre infracciones y actos pertinentes al Estado de aterrizaje y el Estado del explotador. Extiende la protección jurídica a los oficiales de seguridad de a bordo.

El 15 de enero de 2016, en la AG se presentó un *Plan de acción para prevenir el extremismo violento*, con un enfoque integral con más de 70 recomendaciones de la AG y del CS (proceso interinstitucional) y medidas preventivas sistemáticas (nacionales, regionales y mundiales) enfocadas a las condiciones subyacentes que conllevaban a las personas a radicalizarse y unirse a grupos extremistas violentos.

---

[23] Modernizó y consolidó al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 y el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (1988).

[24] Actualizó la Conferencia internacional sobre derecho aeronáutico.

El Plan se aprobó el 12 de febrero de 2016 considerando el examen de la *Estrategia global contra el terrorismo* (junio de 2016), y otros foros (NU, Oficina de lucha contra el terrorismo, 2025).

En este contexto, los días 7 y 8 de abril de 2016 y en julio de ese mismo año, se llevó a cabo la *Conferencia de Ginebra sobre la prevención del extremismo violento: el camino a seguir*. Se aprobó la quinta revisión de la *Estrategia global contra el terrorismo*. Se recomendó que los Estados Miembros consideraran la aplicación de las recomendaciones del Plan de Acción, según su contexto nacional (NU, Oficina de lucha contra el terrorismo, 2025).

El 1 de julio de 2016, la AG reafirmó que el *terrorismo y el extremismo violento cuando condujera al terrorismo* (TEVT) no debían vincularse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico. Uno de sus objetivos era el de destruir los DD. HH. las libertades fundamentales, el estado de derecho (nacional e internacional). Debía combatirse con firmeza y de manera unificada, coordinada, inclusiva y transparente (Resolución 70/291, 2016, pp. 1 y 2).

Los Estados debían promover y respetar los valores aceptados universalmente en todas las áreas del DI, para contrarrestar el TEVT. Se debía evitar la deshumanización de sus víctimas, la discriminación, la exclusión política, la marginación socioeconómica, etcétera ya que ninguna de estas condiciones podía ser excusa para cometer actos de terrorismo, ni de justificarlos (Resolución 70/291, 2016, pp. 3-5 y 7).

El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, afirmó la existencia de violaciones y abusos cometidos (asesinatos, mutilaciones, secuestros, violencia sexual, reclutamiento, etcétera.) por grupos terroristas contra los niños, mujeres y jóvenes que podían constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad (Resolución 70/291, 2016, p. 3).

La radicalización de las mujeres y el reclutamiento de niños y jóvenes en actos de TEVT requería estrategias que incluyeran sus voces y desalentaran su participación, mediante una cultura de paz, tolerancia y diálogo intercultural e interreligioso. Además de promover el pluralismo y la diversidad, con programas de educación, prevención, alfabetización mediática e informacional (Resolución 70/291, 2016, pp. 6 y 7).

El empleo sistemático de menores para ejecutar ataques terroristas ocasionaba que hubiera niños privados de su libertad, sospechosos, acusados o declarados culpables de infringir la ley o que eran víctimas y testigos de delitos. Debían ser tratados con dignidad y acorde con sus derechos y necesidades, para reintegrarlos. Esto obligaba a comprender cómo eran motivados a cometer actos terroristas y qué factores los impulsaban (Resolución 70/291, 2016, pp. 7 y 11).

Las comunicaciones digitales, las tecnologías, la Internet, etcétera, podían promover la tolerancia, el diálogo y la paz entre los pueblos, y útiles para contrarrestar la propagación del terrorismo, la incitación y el reclutamiento de personas. Junto con procedimientos, prácticas, legislación, la reunión de datos personales, y la vigilancia en gran escala, ayudarían a respetar y defender el derecho a la privacidad (Resolución 70/291, 2016, pp. 7, 8, 11 y 12).

Se instó nuevamente a los Estados a formar parte de los convenios y protocolos internacionales contra el terrorismo, a concertar un convenio general sobre el terrorismo internacional, aplicar las resoluciones de la AG y del CS relacionadas con el problema y las relativas a la memoria, la dignidad, el respeto, la justicia y la verdad, de conformidad con el DI.

Los Estados debían asegurarse antes de conceder asilo, que el solicitante no hubiera cometido o participado (organizado, facilitado o planificado) en actos de terrorismo de conformidad con el DI de los DD. HH. el derecho de los refugiados y el DIH (Resolución 70/291, 2016, pp. 9 y 10).

El 1 de julio de 2016, que afirmó que se debía integrar al régimen de sanciones al Estado Islámico en el Iraq y el *Levante* (*Daesh*), *Al-Qaida* y sus entidades asociadas porque seguían siendo un problema (resoluciones del CS: 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015), que incluyera nombres de personas, grupos, empresas y entidades. Que los Estados no pusieran sus recursos económicos a disposición de estos sujetos. Se debía velar por procedimientos imparciales y transparentes (Resolución 70/291, 2016, p. 16).

La AG consideró que la arquitectura antiterrorista de las NU contempla los cuatro pilares de la EGNUT y su constante actualización para luchar contra el TEVT de manera integrada y equilibrada. En este contexto, la

AG decidió establecer el 15 de junio de 2017 la *Oficina de Lucha contra el Terrorismo* (Resolución 71/291, 2017, pp. 1 y 2).

El CS el 21 de diciembre de 2017, expuso tópicos para ser atendidos por los Estados, por ejemplo, se habló de la seguridad de las fronteras e intercambio de información (impedir la circulación de terroristas con controles fronterizos y emisión de documentos de identidad y viaje). Se requerían medidas judiciales y la CI, para asegurar el enjuiciamiento a personas por financiar, planificar, preparar o cometer actos terroristas.

El CS afirmó la necesidad de estrategias para el enjuiciamiento, rehabilitación y reintegración (con la debida investigación) de aquellos que mediante evaluaciones minuciosas de riesgo se tengan motivos para creer que son terroristas, así como las iniciativas de las NU relacionadas con el regreso y el traslado de los combatientes terroristas extranjeros y su inclusión en listas de sanciones (Resolución 2396 (2017), pp. 6-13).

6. CONCLUSIONES

El terrorismo abarca actos, métodos y prácticas criminales e injustificables, que propagan la violencia y el terror, de distintas formas y manifestaciones y con motivaciones diversas. Esto es suficiente para que los Estados lo condenen de manera sistemática, inequívoca y firme.

El terrorismo, por un lado, violenta los DD. HH. y las libertades fundamentales, como la pérdida de vidas humanas y daños materiales, que son atentados contra la dignidad del ser humano, que involucran a niños, mujeres y jóvenes convirtiéndolos en víctimas y victimarios.

Por otro lado, el terrorismo desestabiliza a los gobiernos constituidos legítimamente, vulnera la seguridad y orden constitucional de los Estados, su integridad territorial, el desarrollo de sus relaciones de amistad, la democracia y el estado de derecho. En conclusión, la Py SI.

El terrorismo también deteriora la comprensión intercultural, pero esto no es nuevo. Desde antes de la firma de la Carta de la ONU (1945) ya se realizaban actos terroristas por parte de los regímenes extranjeros, coloniales y racistas hacia otros pueblos.

A 80 años de la firma de la Carta de la ONU ciertos Estados (Estado Islámico, Al-Qaida, ISIS, etcétera) o grupos siguen organizando (o instigando) actos terroristas en otros Estados o en contra de sus ciudadanos, a pesar de estar incluidos en los regímenes de sanciones.

Las resoluciones de la AG y del CS, los tratados y cláusulas especiales sobre terrorismo, la CI y la armonización legislativa de los Estados, no han sido suficientes para eliminarlo, ya sea, porque no abarcan todos sus aspectos, o por incumplimiento a obligaciones internacionales.

Se ha requerido la concertación de una convención general sobre el terrorismo internacional que intente combatir el problema de manera integral. A la fecha no ha sido posible.

Las distintas causas subyacentes del problema, no permiten la eliminación definitiva del terrorismo internacional, porque desafortunadamente involucraban a algunos Estados de manera directa o indirecta.

La alarma creciente del uso de materiales nucleares o armas de destrucción en masa utilizados por terroristas agrava aún más el problema ya que con la ayuda de las tecnologías, comunicaciones y recursos avanzados se logran objetivos criminales.

Para prevenir y combatir el terrorismo y el extremismo violento, se debe reforzar la CI de manera unificada, coordinada, inclusiva y transparente, practicar la tolerancia y diálogo intercultural e interreligioso, y promover el pluralismo.

7. REFERENCIAS

Carta de las Naciones Unidas. San Francisco. 26 de junio de 1945 en. Entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

Convención internacional contra la toma de rehenes. Nueva York. 17 de diciembre de 1979. Entrada en vigor 3 de junio de 1983.

Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Nueva York. 14 diciembre 1973.

Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Viena y Nueva York. 3 de marzo de 1980. Entrada en vigor 8 de febrero de 1987.

Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York. 9 de diciembre de 1999. Entrada en vigor el 10 de abril de 2002.

Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Nueva York. 14 de septiembre de 2005.

Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Nueva York. 15 de diciembre de 1997. Entrada en vigor 23 de mayo del 2001 de conformidad con el artículo 22 (1).

Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Montreal. 23 de septiembre de 1971.

Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la seguridad de la aviación civil internacional. Beijing. 10 de septiembre de 2010.

Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves. La Haya. 16 de diciembre de 1970. Entrada en vigor 14 de octubre de 1971.

Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves Tokio. 14 de septiembre de 1963.

Declaración y Programa de Acción de Viena. Aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena. 25 de junio de 1993.

Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005. Nueva York. 14 al 16 de septiembre de 2005.

Naciones Unidas (12 de febrero de 2025). *Desafíos globales. Lucha contra el terrorismo*. https://lc.cx/CE0jPC

Naciones Unidas. Oficina de lucha contra el terrorismo (29 de enero de 2025). *Plan of action to prevent violent extremism.* https://www.un.org/counterterrorism/plan-of-action-to-prevent-violent-extremism

Organización Marítima Internacional (22 de enero de 2025). https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/SUA-Treaties.asp

Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves. Beijing. 10 de septiembre de 2010.

Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Londres. 14 de octubre de 2005.

Protocolo de 2005 relativo al Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Londres. 14 de octubre de 2005.

Protocolo que modifica el Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves. Montreal. 4 de abril de 2014.

Resolución 1456 (2003). 4688ª sesión, celebrada el 20 de enero de 2003. Reunión de alto nivel de Consejo de Seguridad: la lucha contra el terrorismo. Declaración adjunta sobre la cuestión de la lucha contra el terrorismo. https://docs.un.org/es/S/RES/1456%20(2003)

Resolución 2396 (2017) del Consejo de Seguridad de la ONU. 8148ª sesión el 21 de diciembre de 2017. https://docs.un.org/es/S/RES/2396(2017)

Resolución 3034 (XXVII) de la Asamblea General de la ONU. 2114ª sesión plenaria de 18 de diciembre de 1972. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su perdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/3034(XXVII)

Resolución 31/102 de la Asamblea General de la ONU. 99ª sesión plenaria del 15 de diciembre de 1976. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/31/102

Resolución 32/147 de la Asamblea General de la ONU. 105a. sesión plenaria 16 de diciembre de 1977. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/32/147

Resolución 34/145 de la Asamblea General de la ONU. 105ª sesión plenaria del 17 de diciembre de 1979. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/34/145

Resolución 36/109 de la Asamblea General de la ONU. 92ª sesión plenaria de 10 de diciembre de 1981. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen si origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/36/109

Resolución 38/130 de la Asamblea General de la ONU. 101ª sesión plenaria del 19 de diciembre de 1983. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/38/130

Resolución 40/61 de la Asamblea General de la ONU. 108ª sesión plenaria del 09 de diciembre de 1985. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales. https://docs.un.org/es/A/RES/40/61

Resolución 42/159 de la Asamblea General de la ONU. 94ª sesión plenaria del 07 de diciembre de 1987. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su perdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales: a) Informe del Secretario General; b) Convocación, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de una conferencia internacional para definir el terrorismo y diferenciarlo de la lucha de los pueblos por la liberación nacional. https://docs.un.org/es/A/RES/42/159

Resolución 43 (I) de la Asamblea General de la ONU. Quincuagésima quinta reunión plenaria del 11 de diciembre de 1946. Resolución adoptada sobre el informe del Comité Mixto de los Comités Primero y Tercero. Proyecto de Declaración de derechos y libertades humanos fundamentales. https://docs.un.org/es/A/RES/43(I)

Resolución 44/29 de la Asamblea General de la ONU. 72ª sesión plenaria del 04 diciembre de 1989. Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales: a) Informe del Secretario General; b) Convocación, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de una conferencia internacional para definir el terrorismo y diferenciarlo de la lucha de los pueblos por la liberación nacional. https://docs.un.org/es/A/RES/44/29

Resolución 46/51 de la Asamblea General de la ONU. 67ª sesión plenaria del 09 de diciembre de 1991. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. https://docs.un.org/es/A/RES/46/51

Resolución 48/141 de la Asamblea General de la ONU. 85ª sesión plenaria de 20 de diciembre de 1993. Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos. https://docs.un.org/es/A/RES/48/141

Resolución 49/60 de la Asamblea General de la ONU. 84ª sesión plenaria del 09 de diciembre de 1994. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Anexo Declaración sobre medidas para eliminar al terrorismo internacional. https://docs.un.org/es/A/RES/49/60

Resolución 51/210 de la Asamblea General de la ONU. 88ª sesión plenaria del 17 de diciembre de 1996. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. https://docs.un.org/es/A/RES/51/210

Resolución 57/219 de la Asamblea General de la ONU. 77ª sesión plenaria 18 de diciembre de 2002. Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. https://docs.un.org/es/A/RES/57/219

Resolución 58/187 de la Asamblea General de la ONU. 77ª sesión plenaria 22 de diciembre de 2003. Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n03/505/83/pdf/n0350583.pdf

Resolución 60/158 de la Asamblea General de la ONU. 64ª sesión plenaria del 16 de diciembre de 2005. Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. https://docs.un.org/es/A/RES/60/158

Resolución 60/288 de la Asamblea General de la ONU. 99ª sesión plenaria 8 de septiembre de 2006. Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. https://docs.un.org/es/A/RES/60/288

Resolución 70/291 de la Asamblea General de la ONU. 110ª sesión plenaria 1 de julio de 2016. Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo. https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n16/206/12/pdf/n1620612.pdf

Resolución 71/291 de la Asamblea General de la ONU. 87ª sesión plenaria 15 de junio de 2017. Refuerzo de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas de ayudar a los Estados Miembros en la aplicación de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo. https://docs.un.org/es/A/RES/71/291

Resolución S/2005/803 del Consejo de Seguridad. Dinamarca y República Unida de Tanzania: proyecto de resolución del 19 diciembre de 2005.

EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) POR LAS EMPRESAS FARMACÉUTICAS: NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO PENAL

Francisco Almenar Pineda
Universidad de Valencia
Grupo de investigación IUSPEN GIUV2023-576

1. INTRODUCCIÓN

La IA ha emergido con fuerza en múltiples sectores, demostrando su potencial para mejorar la vida de las personas. Los ejemplos de su aplicación son abundantes, como los recogidos en la web del Gobierno de España: compras en Internet, publicidad, motores de búsqueda, asistentes personales digitales, traducción de idiomas, infraestructuras inteligentes, o ciberseguridad (Gobierno de España, Presidencia del Gobierno, 2023).

Estos sistemas también han cambiado el diagnóstico de enfermedades, permitiendo una detección más temprana y precisa que los medios tradicionales (Ruibal-Tavares et al., 2023, p. 27). Así, se han utilizado en la optimación de tratamientos médicos personalizados (Alvan López et al., 2024), o en la investigación de nuevos medicamentos (Matsingos et al. 2021, p. 655), revolucionando la forma en que las empresas farmacéuticas operan. De forma más ambiciosa, China ya cuenta con el primer hospital con doctores y enfermeras generados por IA para diagnosticar y tratar enfermedades con una precisión del 93.06% (O'Sullivan-Dale, 2024) y una capacidad de atención de 3.000 pacientes por día (Allist, 2024).

Sin embargo, esta transformación también conlleva numerosos desafíos, especialmente para el Derecho penal. Entre ellos, la complejidad de los sistemas de IA plantea interrogantes sobre la responsabilidad, la protección de datos y el cumplimiento normativo. Este artículo explora

cómo estas tecnologías están cambiando la industria farmacéutica planteando nuevos retos legales con su implementación.

2. LA IA EN LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA.

2.1. DESCUBRIMIENTO DE FÁRMACOS.

La elaboración de nuevos medicamentos es un proceso largo, complejo y costoso que tradicionalmente ha dependido de la experimentación y la investigación, empezando con la identificación de compuestos que se unen a un blanco terapéutico o que muestran actividad biológica en un ensayo de tamizaje in vitro, pasando por encontrar aquellos que tengan propiedades farmacéuticas atractivas, incluyendo la baja toxicidad, para ser sometidos a evaluaciones experimentales que implican ensayos en líneas celulares, animales, y posteriores pruebas clínicas en humanos, hasta que son finalmente aprobados (Saldívar-González et al., 2017). La IA ha demostrado que puede ser utilizada de forma eficaz en diferentes partes del descubrimiento de fármacos, incluido su diseño, la síntesis química, la selección, la polifarmacología y su reutilización (Paul et al., 2020). Por tanto, esta tecnología ha introducido métodos innovadores que permiten a las empresas farmacéuticas analizar grandes volúmenes de datos para detectar riesgos potenciales, gestionar la seguridad de los medicamente e identificar compuestos potenciales más rápidamente (Gil Cabero, 2025). Sus algoritmos de aprendizaje automático pueden predecir la forma en que interactuarán diferentes moléculas, como en la denominada biología de sistemas, o en la identificación de factores genéticos o ambientales que influyen en el desarrollo de enfermedades (Simón Vallés, 2024), lo que acelera el proceso de descubrimiento de medicamentos y reduce sus costes (Yuntas, 2023).

2.2. PERSONALIZACIÓN DE TRATAMIENTOS

El desarrollo de terapias personalizadas es otra área donde la IA está teniendo un impacto significativo. Un claro ejemplo lo constituye la identificación de células diana o *target*, en las que se localiza el receptor que regula su funcionamiento específico (Aramburo, 2014), pero que requiere de un análisis muy costoso en tiempo y recursos. A través del

estudio de datos genómicos y clínicos, la IA puede ayudar a los médicos a diseñar tratamientos adaptados a las características individuales de cada paciente, mostrando la evolución clínica desfavorable y los puntos de intervención sobre los que puede actuar un fármaco. Todo ello mejora la eficacia de los tratamientos y minimiza los efectos secundarios (Galmarini, 2023), lo que representa un avance importante en la medicina personalizada.

2.3. OPTIMIZACIÓN DE PROCESOS.

La IA también está mejorando procesos en la producción de medicamentos y en la cadena de suministro. Además de la reducción de costes que supone la personalización de tratamientos, esa herramienta permite realizar una predicción precisa de la demanda futura para optimizar la producción, gestionar inventarios para evitar desabastecimientos y excesos, optimizar las rutas de transporte, prevenir transacciones fraudulentas, o analizar los riesgos en los proveedores, haciendo posible que las empresas farmacéuticas operen de manera más eficiente (Ramos et al., 2024). Esto se traduce en ahorro de recursos para este sector y en una mejora en la disponibilidad de medicamentos para los pacientes.

2.4. DESAFÍOS LEGALES EN EL USO DE IA EN LA PRODUCCIÓN FARMACÉUTICA.

A pesar de las numerosas ventajas que la IA está aportando a la industria farmacéutica, su implementación conlleva varios retos legales, especialmente desde el punto de vista del Derecho penal. Se plantean a continuación algunas reflexiones sobre los problemas que el uso inadecuado de esa tecnología puede provocar desde este último punto de vista, como son la determinación de la persona física o jurídica responsable, la tutela de los datos personales, los delitos contra la propiedad industrial, los fraudes o las falsedades:

2.5. RESPONSABILIDAD PENAL.

En nuestro ordenamiento jurídico, se consideran responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices (artículo 27 del Código Penal (CP)), siendo los primeros quienes realizan el hecho por sí solos,

conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, equiparándose a ellos los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado (artículo 28 del CP); mientras que son cómplices los que, no hallándose comprendidos en esos casos, cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (artículo 29 del CP).

Como explica entre la doctrina penalista Jakobs, en la determinación de la autoría y participación del delito, se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por suceso delictivo (Jakobs, 1997, p. 718). Por ello, uno de los principales retos es la atribución de responsabilidad penal en caso de daños causados por el uso de sistemas de IA. En el contexto farmacéutico, un error en el algoritmo de IA al identificar una enfermedad donde no la hay (falso positivo), al ignorarla donde sí que existe (falso negativo) (Sánchez García, 2022), o utilizado para el diseño de medicamentos o la dosificación de tratamientos, podría tener consecuencias graves para la salud de los pacientes. La legislación penal exige identificar a un sujeto responsable, pero la complejidad de los sistemas de IA dificulta esta tarea.

2.5.1. Dificultades en la atribución de responsabilidad

Los obstáculos para determinar la responsabilidad penal se agravan por la naturaleza autónoma que pueden tener los sistemas de IA. Así, en las definiciones analizadas entre 55 documentos por Samoili, López-Cobo, Gómez, De Prato, Martínez-Plumed y Delipetrev, se reitera que esta herramienta presenta las siguientes características: (i) percepción del entorno, incluida la consideración de la complejidad del mundo real; (ii) procesamiento de la información: recopilación e interpretación de entradas (en forma de datos); (iii) toma de decisiones (comprendiendo el razonamiento y el aprendizaje): realización de acciones, ejecución de tareas (incluida la adaptación, la reacción a los cambios en el entorno) con cierto nivel de autonomía; y (iv) logro de objetivos específicos: considerada la razón última de los sistemas de IA (Samoili et al., 2020, p.8).

Por ello, si un algoritmo produce un resultado erróneo que causa daño, surge la pregunta de si la responsabilidad recae en los desarrolladores del software, en los fabricantes del dispositivo que lo utiliza, o incluso

en la propia IA. Esta incertidumbre jurídica requiere una actualización normativa para establecer criterios claros de imputación.

2.5.2. Propuestas de adaptación legislativa

La IA actualmente no opera de forma autónoma, por cuanto es decisión autónoma la que adopta el propio agente sin control humano significativo, es decir, que la determinación del objetivo y los medios debería ser realizada por el propio ente artificial (De la Cuesta, 2016, p. 168). Este planteamiento nos permite excluir de entrada la responsabilidad penal de la IA, en la medida que son las personas quienes todavía determinan los medios y propósitos al utilizarla.

No obstante, que no sea factible exigir responsabilidad penal a ese instrumento, no significa que no deban castigarse las acciones que atentan contra los bienes jurídicos protegidos cuando interviene la IA. La evolución de la política criminal supone la necesaria renovación legislativa, actuando el Derecho penal cuando los mecanismos de tutela existentes no resultan eficaces para dar respuesta a los desafíos que plantean esas nuevas tecnologías. Como indica Borja Jiménez, es posible que surjan nuevas cuestiones político-criminales que no pueden ser resueltas con el Derecho penal clásico, lo que propiciará la reforma legal para tratar de dar una respuesta a las nuevas conductas potencialmente lesivas para los bienes jurídico tradicionales (Borja Jiménez, 2011, p. 273-276).

Por tanto, para abordar estos retos, es fundamental que el marco normativo evolucione. Una posible solución podría ser la creación de un régimen de responsabilidad objetiva para los titulares de sistemas de IA en el ámbito farmacéutico (Beneyto et al., 2023), con la exigencia de transparencia en el modelo utilizado, siendo este uno de los valores más reiterados entre las directrices éticas publicadas sobre IA (Jobin et al., 2019, p. 391), así como imponiendo robustez técnica, por la que debe ser capaz de manejar situaciones inesperadas o excepcionales sin caer en errores graves tal y como se defiende desde la Comisión Europea (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, p. 5). Esto implicaría que las empresas fueran responsables de los daños causados por sus sistemas de IA, independientemente de su culpa. Sin embargo, esta propuesta plantea interrogantes sobre la viabilidad y la justicia de

tal enfoque, p.ej. cuando se trata de empresas insolventes o cuando las mercantiles han adoptado todas las medidas a su alcance para evitar el resultado lesivo. Otra opción sería establecer garantías de fiabilidad, como explica Valls Prieto, regulando la creación de los sistemas desde una perspectiva preventiva de los riesgos, de tal forma que se comporten de forma fiable y evitando los riesgos que se consideran inaceptables (Valls Prieto, 2022, p. 13). Este régimen, donde sean esas empresas farmacéuticas, como personas jurídicas, las que respondan por los resultados lesivos por falta de previsión entiendo que resulta la opción más equitativa y sencilla de legislar, por los mismos motivos que desarrolla Rivas Verdes-Montenegro para justificar las penas previstas en el Código Penal para las personas morales (Rivas Verdes-Montenegro, 2010, p. 2 y 3): (i) por motivos estructurales, en la medida que la organización aumenta el peligro de que las personas que por ellas actúan pueden verse tentadas a hacer un uso indebido de la IA al difuminar en cierta medida su responsabilidad; (ii) por el equilibrio que supone no solo castigar al administrador, sino a la propia persona jurídica, alcanzando a todos los que participan de ella; (iii) por la reducción de costes procesales para el Estado, siendo que la persona moral está en mejor posición para la prevención y persecución, al utilizarse la IA con sus propios recursos; y (iv) por motivos económicos, suprimiendo el beneficio ilícitamente obtenido mediante la utilización de la IA.

El establecimiento de un régimen donde sean esas empresas quienes respondan por los resultados lesivos, en los casos que se han excedido de los riesgos aceptables en el uso de la IA, puede resultar la opción más equitativa y sencilla de legislar. Esta regulación permitiría exigirles que observen las normas y se encarguen de perseguir dentro de su organización a quienes las contravengan, tipificando así su responsabilidad penal por contravenir las reglas preestablecidas.

2.6. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Otro desafío significativo es la protección de datos personales. En el ámbito sanitario, los métodos de tratamiento tradicionales normalmente aportan una visión generalizada de atención al paciente, que puede resultar ineficaz, mientras que las empresas farmacéuticas actualmente

utilizan IA para analizar datos, incluyendo información sensible de pacientes, a fin de poder analizar a cada sujeto y determinar el tratamiento adaptado a sus necesidades (Inzaugarat, 2024).

Así pues, la privacidad es un derecho amenazado por los sistemas de IA durante todo el proceso de gestión de datos (Vigil Martin, 2022), tanto los que son facilitados previamente por el individuo, como los que se van generando en la interacción con el sistema: clasificación por sexo, género o edad, orientación política o religiosa, que exige garantías de que la información recabada se utiliza respetando la legislación vigente.

Por ello, esos nuevos procedimientos y la obligación de limitar el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad y el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, conforme al artículo 18.4 de la Constitución Española (CE), condicionan el desarrollo de esta tecnología en el campo de la sanidad.

En este sentido, la normativa sobre la materia, como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Reglamento 2016/679), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), establecen estrictas directrices sobre cómo se deben manejar estos datos.

2.6.1. Riesgos de incumplimiento

El incumplimiento de la normativa de protección de datos puede dar lugar a las sanciones administrativas previstas en los artículos 83 y 84 del Reglamento 2016/679, y en los artículos 71 y siguientes de la LOPD. Para los casos más graves, el artículo 197 del Código Penal establece la responsabilidad penal para quien sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. E igualmente para quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Este precepto establece penas más graves para las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o si las conductas se llevan a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. La sanción es mayor cuando los hechos afectan a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Y todavía está prevista una pena más grave cuando la acción se realiza con fines lucrativos.

Estas previsiones son especialmente relevantes en el contexto farmacéutico, donde la información de los pacientes es extremadamente sensible, circunstancia que, según se ha expuesto, agrava la pena en caso de infracción penal, y donde estas empresas operan con ánimo de lucro, elemento que de nuevo incrementa la sanción.

2.6.2. Medidas propuestas

Las empresas farmacéuticas, como el resto de ciudadanos y poderes públicos a la luz del artículo 9.1 de la CE, deben implementar las condiciones adecuadas para garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Entre los modelos existentes, destaca el régimen de autorregulación fomentado por la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica establecida en España (FARMAINDUSTRIA), a través del Código de Conducta regulador del tratamiento de datos personales en el ámbito de los ensayos clínicos y otras investigaciones clínicas y de farmacovigilancia, de 24 de febrero de 2022. Este conjunto de normas tiene por objeto establecer las reglas para los titulares de autorización de comercialización, o sus representantes en España, en el tratamiento de datos personales de los sujetos de ensayos clínicos, pacientes y profesionales sanitarios, con ocasión de una investigación clínica, o en el cumplimiento de las obligaciones de farmacovigilancia establecidas en la normativa reguladora de los medicamentos (artículo 3.1). Todo ello, previa adhesión voluntaria de las citadas entidades (artículo 3.4).

En su apartado Introducción se incluye: (i) para las medidas de investigación: el tratamiento de datos codificado, actividad que igualmente requiere del cumplimiento de las obligaciones legales pero que no necesita el consentimiento del sujeto cuando se trata de investigaciones clínicas; la necesidad de informar sobre esta normativa a la persona afectada; la incorporación del tercero de confianza, al que es posible acudir para la codificación de datos de los participantes en investigaciones, sin que sea posible su re-identificación; (ii) para la farmacovigilancia: se distingue entre datos codificados o no, y se regula la obligación de garantizar elevados niveles de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios. La infracción de sus disposiciones por parte de los adheridos al Código conlleva sanciones, que van desde la mera amonestación hasta la publicación de la sanción impuesta y exclusión del Código de Conducta de esa entidad, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por la Agencia Española de Protección de Datos (artículo 5.2).

No obstante, el carácter voluntario de esta propuesta de autorregulación limita en buena medida sus efectos prácticos, por lo que parece más adecuado establecer unas medidas de imperativa observancia, cuyo incumplimiento determine responsabilidades penales:

En primer lugar, la exigencia de garantías de veracidad a las empresas farmacéuticas sobre los datos que se utilizan. Esta medida implicaría proteger su seguridad en el sistema de almacenamiento, y durante el procesamiento, defendiéndolos de ciberataques y usos indebidos (García-Milá, 2024), es decir, salvaguardando su confidencialidad, integridad y disponibilidad. Precisamente la IA se ha mostrado como una eficaz herramienta en el monitoreo y detección de amenazas en tiempo real (Vercheval, 2024).

Con ello, se podría comprobar que los datos son correctos y suficientemente variados para evitar también sesgos derivados de su parcialidad, a lo que podría ayudar la solución expuesta por Vida Fernández, consistente en una evolución abierta y participativa en el desarrollo tecnológico de la IA (Vida Fernández, 2018, p. 222), pero esta tarea no resulta sencilla por razones derivadas de la normativa de patentes, tan

necesarias para la innovación en este sector y a las que se hace referencia en el siguiente punto de este trabajo.

En segundo lugar, sería conveniente garantizar el consentimiento informado y la transparencia, que tiene lugar cuando se proporcionan a los titulares de datos personales todos los detalles acerca del tratamiento (Morales Cáceres, 2020) y se posibilita el control e información sobre el modelo de negocio realizado, sobre los datos y el sistema utilizado (Sánchez del Álamo, 2024). Como explican el grupo de expertos sobre IA de la Comisión Europea, documentando las referencias y los procesos que dan lugar a la decisión del sistema de IA, así como los algoritmos utilizados, también se permite identificar las razones por las que una hipotética decisión fue errónea, lo que, a su vez, podría ayudar a prevenir errores futuros. Por otra parte, la trazabilidad facilita la auditabilidad y la explicabilidad de los procesos técnicos de ese sistema, así como las decisiones humanas relacionadas, es decir, sería posible que las decisiones tomadas por ese procedimiento pudieran ser entendidas y rastreadas por seres humanos (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, p. 18).

Por último, la exigencia de rendición de cuentas, que supone la obligación de establecer mecanismos para garantizar la responsabilidad por los sistemas de IA y sus resultados, tanto antes como después de su desarrollo, implementación y uso por parte de las empresas farmacéuticas (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, p. 19).

Desde mi punto de vista, todo ello implica utilizar protocolos claros para el manejo de datos en el contexto de la IA, a efectos de asegurar el respeto a la normativa y los bienes jurídicos protegidos, prevenir las responsabilidades y poder dilucidarlas en caso de infracción penal.

De esta forma, la regulación penal de una materia tan extensa, compleja y en continuo cambio exigiría una remisión a la normativa administrativa de protección de datos, donde podrían incorporarse los citados requisitos y, en consecuencia, supondría exigir la adopción de medidas de seguridad y la formación del personal dentro de la industria farmacéutica.

2.7. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Si consideramos que hoy día prácticamente cualquier delito es susceptible de cometerse o verse favorecido a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Almenar Pineda, 2018, p. 36), la IA también puede facilitar la comisión de hechos ilícitos relacionados con la propiedad industrial. En el sector farmacéutico, donde la innovación es clave, la progresiva intervención de robots, sistemas automatizados de forma habitual (Cabrales Acosta, 2024), o el uso de IA para replicar fórmulas patentadas sin autorización podría infringir esos derechos.

La vulneración de esos intereses está tipificada en los artículos 273 a 277 del Código Penal. Entre ellos, se incluye el castigo para el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos, así como para el que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.

Estas situaciones plantean interrogantes sobre cómo el Derecho penal puede abordar la autoría y participación en estos delitos cuando intervienen sistemas autónomos.

2.7.1. Desafíos en la protección de patentes

La protección de patentes es fundamental para fomentar la innovación en la industria farmacéutica (Fenwarth Benito-Revollo et al., 2016, p. 24). Al estar casi ausente la curva de aprendizaje en fabricación, la ingente inversión que una nueva entidad química representa podría ser copiada por una fracción ínfima de ese coste y dejarían al innovador farmacéutico expoliado y desprovisto de ventaja competitiva si no fuera por la patente (Ortún Rubio, 2004, p. 195).

Por ello, aunque la capacidad de la IA para analizar y replicar fórmulas patentadas plantea numerosos retos significativos (Veiga, 2024), aquí se consideran fundamentalmente dos desde una perspectiva penal: (i) por una parte, cómo prevenir las conductas ilícitas; (ii) por otra, si un

sistema de IA desarrolla un nuevo compuesto que infringe una patente existente, surge la pregunta de quién es el responsable: el desarrollador del software, la empresa que utiliza la IA, o el propio sistema de IA.

2.7.2. Propuestas para la protección de la propiedad industrial

Respecto al primer reto planteado, la prevención de infracciones contra los derechos de propiedad industrial nos lleva a la propuesta de transparencia sobre el modelo de negocio realizado, datos y sistema utilizado, que permite su auditoría y rendición de cuentas, a fin de corregir cualquier irregularidad, tal y como se ha explicado en el punto anterior relativo a la protección de datos.

En cuanto a la responsabilidad por la infracción, el planteamiento de la IA como desarrolladora de un nuevo fármaco y, por tanto, posible responsable de su creación ha sido objeto de rechazo generalizado. Un ejemplo fue la IA denominada *DABUS* fue presentada por su creador Stephen Thaler como inventora ante diversas oficinas de patentes de distintos Estados, siendo rechazada por distintos motivos en cada uno de ellos. No obstante, es destacable que en el caso Thaler v Commissioner of Patents (2021) FCA 879, fundamento 10, el Tribunal Federal de Australia llegara a considerar que pudiera ser inventora, término equivalente a agente, entendido como persona o cosa que inventa; que muchas invenciones son patentables sin que se pueda decir sensatamente que un ser humano sea inventor; y porque nada dice la Ley de patentes en sentido contrario.

Aunque la citada resolución fue revocada por el Pleno del Tribunal Federal de Australia, *Commissioner of Patents vs Thaler* (2022), en fecha 13 de abril de 2022, por ser Thaler la persona física propietaria de los derechos de DABUS y del ordenador donde funcionaba ese software, planteaba el debate de la posible consideración de esta tecnología como agente de invención. En concreto, el Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se ha pronunciado en su sesión de 16 a 20 de octubre de 2023 sobre el tratamiento de la IA como posible inventor, concluyendo que actualmente no ha llegado al punto de crear invenciones de forma autónoma (Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes, 2023, p. 6).

Sin llegar al extremo de calificar a la IA como inventora, agente o ente dotado de personalidad jurídica, para abordar estos desafíos, considero esencial que el marco legal evolucione para incluir disposiciones específicas sobre la propiedad industrial en el contexto de la IA. El nuevo régimen podría incorporar la previsión de responsabilidad para los desarrolladores, fabricantes, programadores, propietarios y usuarios de IA (Laín Moyano, 2021, p. 221), que deben facilitar la identificación de la autoría y la participación en delitos relacionados con la propiedad industrial. Esta idea sería factible con la exigencia de transparencia y rendición de cuentas mencionada anteriormente. En este sentido, actualmente es posible la protección de aquellos derechos utilizando la propia IA. Por ejemplo, con programas como *TrackStreet MAP Compliance Software*, que identifica a los vendedores del producto, o *Brandshield*, que monotoriza y rastrea las falsificaciones o las violaciones de patentes y marcas, tanto en sitios web, como en aplicaciones móviles o redes sociales.

2.8. FRAUDES Y FALSEDADES

Por último, la implementación de la IA en la industria farmacéutica, con todas sus bondades en el desarrollo de medicamentos, diagnósticos y gestión de datos clínicos, también abre la puerta a fraudes y falsedades que pueden comprometer el patrimonio, el orden socioeconómico, la seguridad del tráfico jurídico o incluso la salud pública (Morán Espinosa, 2021, p. 305). En particular, existe el riesgo de que esta nueva tecnología sea utilizada para eludir controles, cometer fraudes, alterar los resultados de ensayos clínicos o crear campañas de marketing engañosas, atentando contra esos bienes jurídicos. En el contexto del Derecho penal, estos desafíos requieren respuestas normativas y de los operadores jurídicos encaminadas a prevenir abusos y garantizar la protección de los derechos y libertades.

2.8.1. Posibles fraudes y desafíos en el uso de la ia

Las empresas farmacéuticas pueden emplear la IA para optimizar costos y acelerar investigaciones, pero también existe el riesgo de que utilicen estas tecnologías con fines fraudulentos. Caldwell, Andrews, Tanay y

Griffin han desarrollado algunos ejemplos de conductas ilícitas a través de estas nuevas tecnologías (Caldwell et al., 2020, p. 3), incluyendo:

1. Manipulación de datos clínicos: La IA puede ser utilizada para manipulación y control social (Loján Alvarado et al., 2024, p. 1971), alterar o fabricar resultados de ensayos clínicos con el objetivo de obtener aprobaciones regulatorias de forma indebida. A mayor abundamiento, la modificación de algoritmos para alterar resultados de ensayos clínicos, o la generación de datos falsos mediante aprendizaje automático, son prácticas difíciles de identificar sin un análisis tecnológico especializado. Esta práctica puede poner en peligro la salud pública al permitir la comercialización de fármacos ineficaces o peligrosos, estando el Derecho penal limitado en cuanto a la previsión de estas conductas. En concreto, en el artículo 282 del Código Penal se castiga a quienes, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, pero requiriendo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin que se contemplen las particularidades de la IA.

2. Falsificación de patentes y competencia desleal: Mediante el uso de IA, algunas empresas pueden generar patentes basadas en datos manipulados. Esto distorsiona el mercado y perjudica la innovación legítima. Por una parte, pudiendo constituir un delito contra el libre mercado de su artículo 284, referido a quienes alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación. Pero la conducta tendría difícil encuadre cuando se hiciese uso de la IA sin esa alteración de precios. Por otra parte, entre las falsedades, el artículo 393 del CP castiga al que a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso alterado en alguno de sus elementos o requisitos esenciales. Aquí el problema sería su

aplicación a los casos del uso de la IA sin voluntad de causar ese perjuicio ajeno, por cuanto faltaría este elemento del tipo.

3. Publicidad engañosa: los algoritmos de IA pueden crear campañas publicitarias basadas en afirmaciones falsas sobre la eficacia o seguridad de los medicamentos, lo que puede inducir a error a médicos y pacientes. Este tipo de comportamientos constituyen actos de engaño conforme al artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, donde se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. Para los casos más graves podría ser aplicable el citado artículo 282 del CP, con las mencionadas limitaciones derivadas de su actual redacción.

4. Protección del patrimonio: los fraudes farmacéuticos pueden generar pérdidas económicas significativas para los sistemas de salud y los consumidores. Se puede citar la comercialización de medicamentos basados en datos falsos, que es susceptible de causar gastos innecesarios en tratamientos ineficaces, o incluso peligrosos. Esto no solo afecta a los individuos, sino que también desestabiliza el orden socioeconómico al generar desconfianza en las instituciones y en el mercado farmacéutico. Para los casos en los que, existiendo ánimo de lucro, se utilizase engaño bastante para producir error, induciendo a realizar actos de disposición, podría apreciarse el delito de estafa del artículo 248 del CP. Sin embargo, no parece posible que, por el uso de la IA, se aplique automáticamente el artículo 249, referido a la estafa informática, por cuanto esta se limita a los casos en los que se consigue una transferencia no consentida.

5. Corrupción en la aprobación de medicamentos: las empresas farmacéuticas pueden utilizar IA para identificar puntos débiles en los sistemas regulatorios y explotarlos para lograr la aprobación de productos de manera ilícita. En estos supuestos,

se estaría empleando engaño, que reconducirse al delito de estafa del artículo 248 del CP, si con ánimo de lucro existiese un desplazamiento patrimonial a favor de esas empresas; o bien al delito de falsedad del artículo 399 del CP, si se consiguiese un documento o certificado emitido por la autoridad competente como consecuencia del error provocado.

6. Globalización: la actuación de estas empresas en más de un Estado dificulta la tarea de determinar la jurisdicción competente y las leyes aplicables, ya que los delitos pueden ser cometidos desde múltiples países con efectos transfronterizos, exigiendo la coordinación internacional para su persecución (Soler Pedroza et al., 2014, p. 17 y 18). Se evidencia así que los avances de naturaleza económica, social o tecnológica en el marco de la globalización dan lugar a novedosos tipos de sociedades, y con ellas también inéditas formas de cometer delitos, razón por la cual la estructura penal requiere de nuevos instrumentos en la lucha contra esta delincuencia (Morillas Cueva, 2011, p. 15).

2.8.2. Propuestas para afrontar estos retos.

Para abordar estos desafíos, es fundamental adaptar el Derecho penal español a esta nueva etapa de la era digital con medidas específicas, entre las que se proponen las siguientes:

1. Tipificación de delitos relacionados con la IA: la escasa referencia al uso de nuevas tecnologías en los tipos actuales y la exigencia de requisitos que pueden no concurrir cuando se utiliza esa herramienta, hacen necesario actualizarlos para comprender los fraudes cometidos mediante IA en el ámbito farmacéutico, incluyendo la manipulación de datos clínicos, la generación de información falsa mediante algoritmos y el uso indebido en marketing engañoso. Sin llegar a la regulación ética que propone Zamarro Ballesteros (Zamarro Ballesteros, 2023), por no ser esta la función del Derecho penal (Kelsen, 2009, p. 5), entiendo que es preciso legislar en la materia.

2. Mayor supervisión regulatoria y transparencia: Es necesario reforzar los controles sobre el uso de IA en la industria farmacéutica, tal y como propone Martín Ayala, mediante auditorías especializadas y obligatorias sobre los algoritmos utilizados en la investigación y comercialización de medicamentos, que detecten posibles manipulaciones de datos (Martín Ayala, 2023, p. 159). La creación de organismos en la supervisión de la IA podría contar con expertos en tecnología y Derecho para identificar y prevenir prácticas fraudulentas. Además del denominado sistema de gestión de riesgos (Monroy, 2024), previsto para los proveedores de IA, en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA, las empresas farmacéuticas deberían estar obligadas a publicar información detallada sobre cómo utilizan la IA en sus procesos, lo que permitiría un mayor control por parte de las autoridades y la sociedad civil con carácter preventivo, y simplificaría la persecución de las conductas ilícitas.

3. Uso de IA para combatir el fraude: Las autoridades pueden emplear tecnologías avanzadas para identificar patrones sospechosos en los ensayos clínicos y evitar la difusión de información falsa (Cinelli et al., 2019, p. 16). Actualmente, la propia IA permite contribuir en la seguridad a través de aplicaciones orientadas a la prevención, control de la transparencia en la información o detección de alteraciones o fraudes (Periano Torriani et al., 2023, p. 121). Constituye un claro ejemplo el uso de algoritmos predictivos como *i2AN* o *PredPol*, que informan sobre dónde y cuándo podría tener lugar el próximo hecho criminal.

4. Colaboración internacional: Atendido el hecho de que la actividad del sector farmacéutico tiene alcance transnacional, sería preciso fortalecer la colaboración internacional para perseguir los posibles delitos, la creación de acuerdos bilaterales y multilaterales que faciliten el intercambio de información y la coordinación entre autoridades judiciales y policiales, pero también incluyendo mecanismos de coordinación y

colaboración con los proveedores de tecnología y de sistemas de IA (Velasco et al., 2024, p. 72).

5. Responsabilidad penal de las empresas: La legislación debe prever sanciones para las compañías que empleen IA con fines fraudulentos, incluyendo suspensión de actividades, prohibiciones de operar en el sector y su disolución. De esta forma, conforme al artículo 31 ter del CP y como indica Bacigalupo Seggese, la responsabilidad penal de la persona jurídica no dependería de la responsabilidad penal de la persona física, sino de que exista un hecho de conexión que se atribuya a la persona física representante legal o miembro de un órgano social, o en ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio de la persona jurídica (Bacigalupo Seggese, 2011, p. 4).

En definitiva, castigar a la persona jurídica con independencia de la falta de individualización del delito en persona física concreta supondría un fortalecimiento de las medidas de presión sobre aquélla, en cuanto a la adopción de medios para tratar de evitar la comisión de un delito y, a su vez, obstaculizar obras de ingeniería procesal o que por parte de los encargados o representantes de la persona jurídica se tratara de esconder o ayudar al infractor para de esta forma dificultar a su vez el enjuiciamiento de estas entidades (Almenar Pineda, 2024, p. 20). Es decir, estamos ante una medida más, dirigida a facilitar la prevención y persecución de estos delitos, ya de por sí complejos.

Las citadas medidas podrían contribuir a prevenir las prácticas atentatorias contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la seguridad jurídica o la salud pública, tratando de garantizar un uso de la IA respetuoso con los bienes jurídicos tradicionales.

3. CONCLUSIÓN

La IA está transformando la industria farmacéutica de forma acelerada, ofreciendo avances significativos en el descubrimiento de fármacos, la personalización de tratamientos y la optimización de procesos. No obstante, su implementación también plantea importantes retos para el

Derecho penal, especialmente en materia de responsabilidad, protección de datos, propiedad industrial y fraudes. Para abordar estos desafíos, resulta necesaria la adaptación del marco jurídico a fin de garantizar la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales, garantizando un uso adecuado de la IA, sin obstaculizar los avances en este sector tan importante para la salud pública.

Para ello, resulta fundamental que los legisladores, las empresas farmacéuticas, los proveedores de nuevas tecnologías y los operadores jurídicos trabajen juntos con el fin de desarrollar un marco legal que aborde estos desafíos de manera efectiva. Solo así se podrá garantizar que los beneficios de la IA en la industria farmacéutica se maximicen, al tiempo que se protegen los derechos de los pacientes y usuarios, y se fomenta la innovación.

En conclusión, la evolución de la IA en el sector farmacéutico es un fenómeno en constante desarrollo, que previsiblemente va a poner a prueba los límites del Derecho penal en el futuro. La clave para su sostenibilidad estará en encontrar un equilibrio entre la innovación y la protección de los derechos y libertades, asegurando que la IA se utilice de manera responsable en beneficio común.

4. REFERENCIAS

Allist, D. (2024). Robo-doc – the world's first AI hospital unveiled. *Medium*, *14 de junio de 2024*. https://medium.com/@daneallist/robo-doc-the-worlds-first-ai-hospital-unveiled-4e3974b58645#:~:text=The%20new%20kind%20of%20hospital,to%20take%20care%20of%20patients

Almenar Pineda, F. (2018). *Ciberdelincuencia*. Juruá. 36.

Almenar Pineda, F. (2024). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ciberdelitos. *Estudios Penales y Criminológicos*, *nº 45, diciembre 2024*, 20.

Alvan López, K.R., Imbachi Minda, S.J., Pérez Imbachi, J.N., Loaiza Rincón, D.M., Benaque Valle, A.M., y Jaso Carrasco, M. (2024). El uso de Inteligencia Artificial en diagnósticos y tratamientos. *Revista Ocronos*, *8*. https://revistamedica.com/uso-inteligencia-artificial-diagnosticos-tratamientos/

Aramburo, P. (2014). Dianas terapéuticas contra el cáncer, ¿cómo funcionan?, *Instituto de Técnicas Avanzadas Contra el Cáncer*, *16 de agosto de 2014*. https://itaccancer.es/dianas-terapeuticas-contra-el-cancer-como-funcionan/

Bacigalupo Saggese, S. (2011). Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 *bis* y 129 CP). *Diario La Ley on-line, nº 7541, 5 de enero de 2011*, 4.

Beneyto, A., Contreras, I., y Vehi, J. (2023). Inteligencia artificial y diabetes, *Revista Diabetes*, *11 de diciembre de 2023*. https://www.revistadiabetes.org/tecnologia/inteligencia-artificial-y-diabetes/

Borja Jiménez, E. (2011). *Curso de política criminal*. Tirant lo Blanch. 273-276.

Cabrales Acosta, J.M. (2024). La inteligencia artificial y la nueva delincuencia, *Lefebvre El Derecho*, *26 de marzo de 2024*. https://elderecho.com/la-inteligencia-artificial-y-la-nueva-delincuencia#:~:text=para%20su%20comisión.-,Delitos%20contra%20la%20propiedad%20intelectual%2C%20industrial%20y%20otros,de%20delitos%20por%20su%20naturaleza

Caldwell, M., Andrews, J.T.A., Tanay, T., y Griffin, L.D. (2020). AI-enabled future crime, *Crime Science, nº 14, 2020*. https://crimesciencejournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40163-020-00123-8

Cinelli, V., y Manrique Gan, A. (2019). El uso de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional, vol. 5, nº 2, 2019*, 16.

Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (2023). La Inteligencia Artificial (IA) y la calidad de inventor, *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 20 de octubre de 2023*. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_35/scp_35_7.pdf

De la Cuesta Aguado, P.M. (2016). La ambigüedad no es programable: racionalización normativa y control interno en inteligencia artificial, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, *nº 44, octubre-diciembre 2016*, p. 168.

Fenwarth Benito-Revollo, C., y López Cardona, I.C. (2016). Las patentes farmacéuticas como una herramienta para la garantía del derecho al acceso de medicamentos de calidad en Colombia, Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, nº 16, julio-diciembre de 2016.

Galmarini, C.M. (2023). La inteligencia artificial revoluciona la investigación farmacológica, *BBVA*, *3 de julio de 2023*. https://www.bbva.com/es/innovacion/la-inteligencia-artificial-revoluciona-la-investigacion-farmacologica/

García-Milà, P. (2024). Reforzando la seguridad de datos frente a la IA, *Founderz*, *2024*. https://founderz.com/es/blog/seguridad-de-datos-ia/

Gil Cabero, E. (2025). Nuevas aplicaciones de la IA en ciencias de la vida: hacia una nueva era. *VASS*, *21 de enero de 2025*. https://vasscompany.com/latam/es/insights/blogs-articles/ia-ciencias-vida/

Gobierno de España, Presidencia del Gobierno (2023). ¿Qué es la Inteligencia Artificial?, *Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia*, *19 de abril de 2023*. https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr

High-level Expert Group on Artificial Intelligence (2019). Ethics guidelines for trustworthy IA, *European Comission*, *8 de abril de 2019*. https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-ethics-guidelines.pdf

Inzaugarat, M.E. (2024). La IA en los productos farmacéuticos: beneficios, retos y perspectivas, *Datacamp*, *7 de septiembre de 2024*. https://www.datacamp.com/es/blog/ai-in-pharmaceuticals?dc_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, 718.

Jobin, A., Ienca, M., y Vayena, E. (2019). The global landscape of IA ethics guidelines, *Nature machine intelligence*, *2 de septiembre de 2019*. https://www.researchgate.net/publication/335579286_The_global_landscape_of_AI_ethics_guidelines

Kelsen, H. (2009). *General Theory of Law and State*. The Lawbook Exchange. 5.

Laín Moyano, G. (2021). Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente, *Ars Iuris Salmanticensis, Estudios, Vol. 9, junio 2021*. https://doi.org/10.14201/AIS202191197232

Loján Alvarado, H.P., y Cárdenas Villavicencio, O.E. (2024). Regulación del manejo de la Inteligencia Artificial, consecuencias y daños a la sociedad por su mal uso, *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, vol. 8, nº 1, enero-febrero 2024*.

Martín Ayala, M. (2023). La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario, *Derecho y Salud, vol. 33, 2023*. https://www.ajs.es/sites/default/files/2023-12/vol33_Extra_03_09_Ponencia.pdf

Matsingos, C., Urdaneta, A.M., Camilo Hernández, J., y Peña Silva, R.A. (2021). Aplicaciones de la inteligencia artificial en la farmacología básica y clínica, *Revista Medicina*, *octubre-diciembre 2021*, 655.

Monroy, S. (2024). Todo sobre la Ley de Inteligencia Artificial: ¿qué debes saber?, *apd, 15 de julio de 2024*. https://www.apd.es/ley-inteligencia-artificial/

Morales Cáceres, A. (2020). El impacto de la Inteligencia Artificial en la protección de datos personales, *World Compliance Association, 1 de septiembre de 2020*. https://www.worldcomplianceassociation.com/2767/articulo-el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-la-proteccin-de-datos-personales.html

Morán Espinosa, A. (2021). Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, vol. 15, nº 48, julio-diciembre de 2021*. https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf

Morillas Cueva, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Anales de Derecho*, *nº 29, 2011,* 15.

O'Sullivan-Dale, U. (2024). World's first IA hospital with virtual doctors opens in China. *Robotics&automation*. https://roboticsandautomationmagazine.co.uk/news/healthcare/worlds-first-ai-hospital-with-virtual-doctors-opens-in-china.html

Ortún Rubio, V. (2004). Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica. *Cuadernos económicos de ICE*, *nº 67, 2004*, 195.

Paul, D., Sanap, G., Shenoy, S., Kalyane, D., Kalia, K., y Tekade, R.K. (2020). Artificial intelligence in drug discovery and development. *Drug Discov Today*, *21 de octubre de 2020*. https://pmc-ncbi-nlm-nih-gov.translate.goog/articles/PMC7577280/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=rq#:~:text=AI%20can%20be%20used%20effectively,and%20uncertainty%20of%20the%20data.

Peirano Torriani, G.D., De la Flor Sáenz, L.E., Vilchez Astucuri, J., Rojas Barnett, J., y Ataucusi Ataucusi, Y. (2023). Inteligencia Artificial: tecnologías para la productividad y un Estado efectivo, *Ceplan, diciembre de 2023*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5621283/4983064-ceplan-inteligencia-artificial-tecnologias-para-la-productividad-y-un-estado-efectivo.pdf

Ramos, A., Cavadas, D., y Horcajada, L. (2024). La IA en la cadena de suministro: principales aplicaciones, *Asociación para el Progreso de la Dirección*, *30 de noviembre de 2024*. https://www.apd.es/ia-en-la-cadena-de-suministro/

Rivas Verdes-Montenegro, C. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas, *La Ley Penal*, *nº 75*, 2 y 3.

Ruibal-Tavares, E., Tadeo Calleja-López, J.R., Noé Rivera-Rosas, C., y Aguilera-Duarte, L.J. (2023). Inteligencia Artificial en medicina: panorama actual. *REMUS*, *10*, 27.

Saldívar-González, F., Prieto-Martínez, F., y Medina-Franco, J.L. (2017). Descubrimiento y desarrollo de fármacos: un enfoque computacional, *Educación química*, *vol. 28, nº 1, enero 2017*. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-893X2017000100009#:~:text=El%20descubrimiento%20de%20fármacos%20es,de%20Química%20Farmacéutica%20es%20fundamental.

Samoili, S., López-Cobo, M., Gómez, E., De Prato, G., Martínez-Plumed, F., y Delipetrev, B. (2020). AI Watch, defining Artificial Intelligence, *JRC Publications (Comisión Europea)*, *2020*. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cc0f1b6-59dd-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-en

Sánchez del Álamo, J. (2024). La influencia de la inteligencia artificial en la protección de datos personales: una perspectiva jurídica, *Ponter*, *30 de octubre de 2024*. https://ponter.es/la-influencia-de-la-inteligencia-artificial-en-la-proteccion-de-datos-personales-una-perspectiva-juridica/

Sánchez García, J.J. (2022). Siete riesgos de la inteligencia artificial en salud, *Telefónica empresas*, *4 de agosto de 2022*. https://www.telefonicaempresas.es/grandes-empresas/blog/riesgos-inteligencia-artificial-salud/

Simón Vallés, C. (2024). Inteligencia artificial y biología de sistemas: el futuro de la salud uterina, *Fundación Carlos Simón*, *9 de septiembre de 2024*. https://fundacioncarlossimon.com/inteligencia-artificial-y-biologia-de-sistemas-el-futuro-de-la-salud-uterina/

Soler Pedroza, I., y Guillermo Jiménez, W. (2014). ¿Cómo establecer la jurisdicción y competencia en casos de internet? Tendencias internacionales y nacionales, *Diálogos de saberes, nº 41, diciembre de 2014*.

Valls Prieto, J. (2022). Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *31 de agosto de 2022*. http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-27.pdf

Veiga, M. (2024). Inteligencia Artificial y su relación con la Propiedad Industrial e Intelectual, *Agentes propiedad industrial, 11 de octubre de 2024*. https://agentes-propiedad-industrial.es/articulos/articulo-agentes-propiedad-industrial-patentes-marcas-inteligencia-artificial-y-su-relaci-n-con-la-propiedad-industrial-e-intelectual-/

Velasco, C., Garcia Periche, J., Gómez Gómez, J.D., y Bueno Benedí, M. (2024). Inteligencia artificial y crimen organizado, *Programa El Paccto 2.0*, *noviembre de 2024*. https://www.fiiapp.org/wp-content/uploads/2024/11/ELPACCTO2-IAyCrimen-ES.pdf

Vercheval, S. (2024). Inteligencia artificial para ciberseguridad: qué es y cómo se relacionan, *Inboundcycle*, *16 de octubre de 2024*. https://www.inboundcycle.com/blog-de-inbound-marketing/ia-para-ciberseguridad

Vida Fernández, J. (2018). Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea. En De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., y Piñar Mañas, J.L. (Dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, *Boletín Oficial del Estado*, *junio de 2018*, 222.

Vigil Martin, E. (2022). Inteligencia Artificial ética en sanidad. Recomendaciones para la adopción de IA respetuosa, transparente, segura y justa, *Asociación DigitalES*, *febrero de 2022*. https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2022/02/Informe_IA_Etica_en_Sanidad.pdf

Yuntas, C. (2023). La IA está revolucionando la investigación y desarrollo de fármacos, *Revista Hipótesis, nº 15, 18 de julio de 2023*. https://www.ull.es/portal/hipotesis/la-ia-esta-revolucionando-la-investigacion-y-desarrollo-de-farmacos/

Zamarro Ballesteros, R. (2023). Culpable, la IA, *Abogacía Española*, *10 de octubre de 2023*. https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/culpable-la-ia/

SECCIÓN III.

NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES

A VUELTAS CON LAS COMPLICADAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE EL DELITO FISCAL Y EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

DAVID GARCÍA GUERRERO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito del Derecho Penal Tributario, tributaristas y penalistas no han cesado en analizar las distintas problemáticas del delito de blanqueo de capitales, más todavía si entran en juego los delitos contra la Hacienda Pública, comúnmente denominados delitos fiscales[25]. Sin embargo, dada la ausencia de una posición unánime[26], escenario seguramente influenciado por la normativa vigente, se hace necesario analizar críticamente la posición de la jurisprudencia mayor.

Dos van a ser las cuestiones fundamentales que girarían en torno a esta relación y que van a ser los protagonistas en el presente capítulo.

La primera de ellas es si aquellos bienes que constituirían los bienes que proceden de la comisión de un delito y que después son sometidos

[25] Para tener una visión de conjunto de la relación entre el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, cabe destacar el profundo y relevante estudio realizado por SÁNCHEZ PEDROCHE sobre la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: "Comentarios a la nueva Ley de represión del fraude fiscal", en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núms. 461-462, 2021).

[26] En este sentido, *vid.* GONZÁLEZ URIEL, D.: *Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, 2022; así como VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "Relaciones entre los delitos de fraude fiscal y blanqueo: una polémica que no cesa", en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, 2017 (versión online).

a una o varias acciones subsumibles en el tipo del delito de blanqueo de capitales pueden sancionarse por un delito contra la Hacienda Pública.

Por su parte, la segunda cuestión fundamental es, al contrario, si la cuota defraudada en un delito fiscal integra el delito de blanqueo de capitales.

Ahora bien, antes de proceder al estudio sosegado doctrinal y jurisprudencial de sendas problemáticas, convendría realizar una serie de premisas o puntualizaciones en relación con la regulación jurídica de los dos tipos penales que interesan de cara a nuestra investigación: el delito de blanqueo de capitales y el delito contra la Hacienda Pública.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Apriorísticamente, es menester señalar las críticas que desde destacados sectores doctrinales se han venido realizando a la regulación del delito de blanqueo de capitales[27]. Si bien son extensas y distintas, para el caso del presente estudio, consideramos que una de ellas, la excesiva amplitud en la definición de la acción típica, es fundamental.

Así, FERNÁNDEZ BERMEJO afirma el tipo de blanqueo de capitales del artículo 301.1 del Código Penal, *in primis,* puede señalarse como "cajón de sastre", tal y como puede apreciarse de la redacción literal de la acción típica:

> "El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos […]".

Para este autor, las consecuencias son inadmisibles, puesto que, con una acción típica tan sumamente amplia, el Ministerio Fiscal puede perseguir

[27] Sobre las distintas técnicas empleadas en el lavado de activos, *vid.* CARDOSO LÓPEZ, M. J.: "Blanqueo de capitales: técnicas de blanqueo y relación con el sistema tributario", en Cuadernos de Formación. Colaboración 4/15, vol. 19, 2015, págs. 47 y ss.

toda secuela de cualquier infracción penal que haya conllevado beneficios. Así las cosas, no considera que encaje con los principios *non bis in idem,* seguridad jurídica, mínima intervención y proporcionalidad[28].

Ahora bien, la problemática se torna especialmente compleja en ámbito fiscal, máxime cuando el entramado no se circunscribe únicamente al territorio español. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que las operaciones económicas se muevan a lo largo se distintos países. Es más, incluso póngase que se trata de jurisdicciones no cooperativas -acuñadas anteriormente como paraísos fiscales-. Como bien señala MUÑIZ PÉREZ, el *ius puniendi* estatal se circunscribe al territorio del país. El autor está poniendo de manifiesto las limitaciones del principio de territorialidad que es de máxima aplicación para el Derecho Penal. Es más, atendiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo español 265/2015, se pretende con el lavado de activos la incorporación al tráfico legal de los bienes obtenidos en el seno de una actividad delictiva; no obstante, el citado autor recuerda que, en el supuesto de las jurisdicciones no cooperativas, "el dinero de la actividad no vuelve al tráfico legal, sino que se queda en el paraíso, con lo que no se produciría blanqueo"[29].

Si, de un lado, pues, encontramos una acción típica en el delito de blanqueo de capitales excesivamente amplia, la situación respecto al delito contra la Hacienda Pública no es mucho más halagüeña, esto es, en sede del artículo 305 del Código Penal español.

Efectivamente, entendemos que la teoría del Derecho Penal del Enemigo de JAKOBS[30] habría encontrado su plasmación en la regulación de los elementos del tipo penal de defraudación tributaria. Sin ánimo de exhaustividad y con el objetivo de centrarnos en los elementos

---

[28] FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "La desatinada regulación penal del autoblanqueo de capitales (1)", en *La Ley Penal,* núm. 128, 2017, págs. 2 a 3 (versión online).

[29] MUÑIZ PÉREZ, J. C.: *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 178 y ss.

[30] En este sentido, *vid.* JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo,* Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 55 y 56; así como MUÑOZ CONDE, F.: "La generalización del Derecho Penal de excepción. Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo", en *Ciencia Jurídica*, vol. 1, núm. 1, 2012.

que consideramos más perniciosos, se habrían de traer a colación dos de ellos: la cuota defraudada y la pena.

Comenzando por el *quantum* eludido a la Hacienda Pública a partir del cual pasa de ser una infracción tributaria a una infracción penal, éste será de 120.000 euros para el caso de la Hacienda estatal, autonómica, foral o local, mientras que bajará a la cantidad de 100.000 si se tratase del fisco de la Unión Europea -si bien existe un tipo atenuado para la Hacienda comunitaria cuando la cuota defraudada esté entre 10.000 y 100.000 euros[31].

Poner en marcha la maquinaria represiva de un Estado para someter a un sujeto -persona física o jurídica- por estas cantidades mínimas a un proceso penal se podría considerar innecesario desde el punto de vista de que el Derecho Penal ha de ser la última *ratio*, siendo especialmente visible en el tipo atenuado del delito fiscal contra la Hacienda de la Unión Europea, máxime cuando existe un procedimiento tributario sancionador desde el que poder encauzarse[32].

Con respecto a la pena en el supuesto de que el sujeto activo del delito sea una persona física es especialmente relevante, por un lado, la pena de prisión, y, por otro lado, la multa. Se castiga con cárcel de 1 a 5 años el tipo básico del 305.1 -Hacienda estatal, autonómica, foral o local- y para el primer párrafo del 305.3 -Hacienda de la Unión Europea-, si bien para el tipo atenuado del segundo párrafo del 305.3 -fisco comunitario- la pena de prisión es de tres meses a un año. La multa, por el contrario, para el apartado 1 y el párrafo primero del apartado 3 del

[31] Sobre su relación con el dolo, *vid.* CALVO VÉRGEZ, J.: "La transcendencia del dolo en la configuración del delito fiscal", en *Zergak: Gaceta tributaria del País Vasco*, núm. 57, 2019.

[32] Habría de plantearse si el delito contra la Hacienda Pública no debería ser una infracción reservada para los casos más graves de defraudación tributaria, esto es, si los supuestos previstos en el tipo agravado del artículo 305 *bis* del Código Penal no habrían de ser el tipo básico del artículo 305: a) que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros; b) que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal; y c) que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito. De esta forma, los casos no subsumibles en estos tres supuestos irían por la vía del procedimiento tributario sancionador.

artículo 305, será del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada -siendo acumulativa a la pena de prisión-; mientras que para el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 305 la multa es del tanto al triplo -si bien el juzgador optará por la prisión o por la multa-.

Todas ellas, como puede apreciarse, conllevan un hostigamiento al reo defraudador fiscal que podría ser excesivo, máxime si se toma como punto de referencia el *quantum* defraudado mínimo a partir del cual la conducta puede ser constitutiva de delito, puesto que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social *ex* artículo 25.2 de la Constitución española[33].

De las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas, queremos destacar la gravedad de la disolución judicial de la persona jurídica, así como la inhabilitación permanente para el ejercicio de actividades comerciales -una sociedad, por lógica, ha de desempeñar actividad comercial-[34]. Se estaría en presencia, a nuestro juicio, de la "muerte" de la persona jurídica, o de su sometimiento a un estado crítico.

Como puede apreciarse, son penas especialmente gravosas en relación con una cuota defraudada, que conllevan un especial reproche penal, incluso excesivo, si se nos permite.

Todos estos elementos -o consideraciones, atendiendo al título otorgado a este epígrafe del estudio- son manifestaciones negativas de partida de cada uno de los tipos penales implicados que, cuando concurren conjuntamente y se ha aplicar una relación concursal, hacen aumentar las normales preocupaciones en pro de los derechos de los ciudadanos.

---

[33] Tengamos en cuenta en que el defraudador fiscal que ingresa en prisión puede ser un empresario o un ciudadano cuyo perfil está alejado del resto de sujetos que pueden ingresar en los centros penitenciarios. Por lo tanto, si su estancia en la cárcel puede conllevar que el sujeto salga de ella incluso peor de como entró, añádasele una multa que puede llegar al séxtuplo de la cuantía defraudada. ¿Qué vida, pues, le queda a este reo? He aquí, de nuevo, un verdadero tratamiento de "enemigo" al defraudador fiscal en el sentido anteriormente expuesto del Derecho Penal del Enemigo de JAKOBS.

[34] TROPPAN, A. y TOSI, L.: *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Wolters Kluwer Italia, Milán, 2022.

3. ¿LOS BIENES OBJETO DE BLANQUEO PODRÍAN INTEGRAR UN DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA?

Para LÓPEZ ESPADAFOR y LOMBARDERO EXPÓSITO, tomando como base el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución española -que consagra los principios materiales de justicia tributaria[35]-, junto con sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los bienes blanqueados no constituyen el patrimonio del sujeto blanqueador en tanto en cuanto esa relación jurídica está prohibida. Para los autores, el único destino de los activos blanqueados es el comiso.

Es más, continúan su razonamiento afirmando que, en principio, atendiendo a la apariencia de Derecho, si los activos blanqueados pertenecen al sujeto blanqueador, este último habría de tributar por el incremento de su patrimonio. De igual forma, en virtud de la aplicación del principio de equidad, un sujeto activo de un delito -en este caso, de blanqueo de capitales- no habría de tener una situación más ventajosa fiscalmente que un ciudadano que cumple con lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico. No obstante, ésta es una premisa, si bien no podría exigírsele desde el punto de vista jurídico al sujeto blanqueador que declarase los activos blanqueados con el fin de que tributase el incremento de su patrimonio en estricta aplicación del autoencubrimiento impune[36].

Pues bien, sobre la materia de si el delito de blanqueo de capitales puede ser antecedente del delito fiscal, LAFONT NICUESA destaca el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 485/2019, de 28 de junio[37] por su carácter pedagógico, dado que efectúa una recopilación

[35] Para entender la virtualidad práctica de este precepto constitucional, en una visión holística junto con la redistribución de la riqueza, *vid.* LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: *El Derecho Financiero y Tributario como articulación jurídica de la redistribución de la riqueza*, Dykinson, Madrid, 2023.

[36] LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. y LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M.: "Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales", en *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF,* núm. 323, 2009, pág. 46.

[37] En este caso, se analizaba un asunto de beneficios que fueron obtenidos por una actividad delictiva -prostitución coactiva-. Interesa a nuestro estudio porque subyace de fondo si el dinero generado por una actividad ilícita y, por ende, no declarado a la Administración Tributaria, constituiría delito fiscal.

jurisprudencial en esta sede, fundamentalmente de resoluciones del Tribunal Supremo en cuanto jurisprudencia mayor.

Así las cosas, la Audiencia Provincial de Tarragona trae a colación el Caso Nécora[38] y el Caso Roldán[39], asuntos en los que se sentenció que era compatible que una conducta delictiva plural conllevase malversación, cohecho y estafa, junto con delitos derivados de las ganancias que no habían sido declaradas conforme a Derecho. Lo anterior fue igualmente sostenido en el Caso Urralburu[40].

Ahora bien, especialmente relevante es este último, es decir, el Caso Urralburu, por una precisión que realiza el Tribunal Supremo. Téngase en cuenta que, hasta el momento, se estaba hablando de concurso de delitos. No obstante, recuerdan los magistrados del Alto tribunal español que no hay que olvidar que también existe la posibilidad de que se aplique un concurso de normas *ex* artículo 8 del Código Penal español, osease, de un régimen de absorción punitiva[41].

Si la premisa es que es perfectamente plausible un concurso de delitos entre una infracción penal que genere un beneficio económico y otra infracción penal contra la Hacienda Pública, el Tribunal Supremo subraya que, en el supuesto de que los beneficios procedan de hechos delictivos que ya hayan sido objeto de condena penal, entonces sí que cabría un concurso de normas en el que el delito fuente -en este caso, el blanqueo de capitales- absorbería el delito fiscal[42].

Más específicamente se señalan tres requisitos: el primero es que los ingresos que se hayan generado por el delito contra la Hacienda Pública procedan de modo tanto directo como inmediato del delito anterior; además, que el delito inicial sea objeto de condena; y, por último, que

---

[38] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 649/1996, de 7 de diciembre.

[39] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1493/1999, de 21 de diciembre.

[40] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 20/2001, de 28 de marzo.

[41] LAFONT NICUESA, L.: "Elementos del tipo penal", en GUTIÉRREZ GÓMEZ, E., LAFONT NICUESA, L. y REMÓN PEÑALVER, E.: La aplicación práctica del delito fiscal. Especial referencia a la regularización y a la responsabilidad penal de la persona jurídica, Wolters Kluwer Bosch, Madrid, 2021, págs. 37 y 38.

[42] HERRERA MOLINA, P. M.: *Fiscalidad de los actos ilícitos,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, págs. 78 y ss.

la condena del delito fuente incluya el comiso de las ganancias que hayan sido obtenidas en esta infracción penal o la condena a su devolución vía responsabilidad civil[43].

4. EL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA COMO ANTECEDENTE DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

El segundo escenario que se planteaba al comienzo del presente estudio es el delito fiscal como antecedente del blanqueo de activos[44].

Pues bien, MAZA MILLÁN señala la relevancia en la materia de estudio de la resolución judicial del Caso Gürtel dirimido en el Tribunal Supremo[45], en el que se analiza la cuestión en su Fundamento Jurídico 251 al señalar las posiciones existentes y al justificar por qué acepta que el delito contra la Hacienda Pública pueda ser delito antecedente del blanqueo de capitales[46].

---

[43] DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R.: *El blanqueo de capitales y el delito de fraude fiscal,* Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2016, pág. 218.

[44] Antes de abordar la posición de la jurisprudencia mayor, queríamos reflejar las ideas de FERNÁNDEZ JUNQUERA: si se atiene a la naturaleza de ambos delitos, el fraude fiscal tiene como objeto dinero que no se declara, o no se ingresa, o que se recibe indebidamente del fisco, esto es, la finalidad es que se oculte a la Hacienda Pública; por su parte, el blanqueo de dinero consiste en dar apariencia de legalidad, en introducirlo en el circuito legal del dinero. En consecuencia, esta premisa, para la autora, hace que, de base, aparezca una incompatibilidad del delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo de capitales (FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: "Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización fiscal", en Revista Española de Derecho Financiero, núm. 155, 2012, pág. 6 -versión online-). Como posición doctrinal contraria, *vid.* GARCÍA BAÑUELOS, J. A.: "El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales", en *Quincena Fiscal,* núm. 1, 2015 (versión online). Permítasenos señalar, igualmente, que MALLADA FERNÁNDEZ pone de manifiesto que, ante la regulación actual, atendiendo al artículo 305.4 del Código Penal, se podría producir la situación de que Fiscalía denunciase la comisión de un delito de blanqueo de capitales en el momento en el que tenga conocimiento de que un sujeto haya satisfecho la cuota defraudada (MALLADA FERNÁNDEZ, C.: "El delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales", en *Quincena Fiscal,* núm. 10, 2012 -versión online-).

[45] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 507/2020, de 14 de octubre.

[46] MAZA MILLÁN, M.: "Concurso del delito fiscal con el delito contable, blanqueo de capitales, cohecho, administración desleal y otros delitos económicos", en LOMA-OSORIO, D. y ULLATE, A. (coords.): *Manual práctico del delito fiscal,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 739 y ss.

Efectivamente, los magistrados del Tribunal Supremo deciden fundamentar su posición, en primer lugar, contraargumentando jurídicamente la posición con la que no están de acuerdo, y, posteriormente, dan los motivos de su decisión.

Así las cosas, la posición con la que los magistrados no están de acuerdo es la que afirma que el delito contra la Hacienda Pública no puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales, "principalmente porque no origina los fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador".

Para el Tribunal Supremo, pues, la cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo de capitales. El delito contra la Hacienda Pública se origina por eludir el pago de tributos[47], por lo que el bien procedente del delito fiscal es la cantidad monetaria que corresponde a la cuota tributaria; y el dinero es, a su vez, un bien en el sentido de lo previsto en la regulación jurídica del delito de blanqueo de capitales. Consideran que no es que se ingrese ese *quantum*, sino que se encuentra ya en el patrimonio del defraudador fiscal constituyendo una parte de ese patrimonio, aspecto que no impediría la consideración de que la cuota tributaria proceda del delito de defraudación tributaria.

El tipo penal de blanqueo de capitales -artículo 301 del Código Penal- prevé que sea objeto material de la susodicha infracción aquel bien que tenga su origen -apartado 1- o procedan de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva -apartado 2-. Para el Tribunal Supremo, "origen" y "procedencia" son equivalentes, haciendo referencia a que están originados en un delito grave los bienes que tienen su "causa" en ella.

Sentada esa premisa fundamental, los magistrados del Caso Gürtel abordan los criterios para la determinación con precisión sobre cuándo un bien -la cuota tributaria- tiene su causa en una actividad delictiva previa -el delito contra la Hacienda Pública-. La solución es que la

[47] Amén de las conductas relacionadas con cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma (*ex* artículo 305 del Código Penal).

relación entre el bien y la actividad delictiva previa -insistimos, entre la cuota tributaria y el delito fiscal, respectivamente- ha de ser de tipo casual, debiendo existir, pues, "contaminación".

Las teorías que han sido desarrolladas por la Ciencia jurídico-penal para afirmar que existe una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado tendrá como utilidad precisar qué bienes específicos guardan una conexión causal con un delito previo. De esta forma, un bien procederá de una actividad delictiva previa, si al suprimir mentalmente esa actividad delictiva previa, el bien desaparece en su configuración concreta que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. *A contrario sensu,* si la actividad delictiva previa no es condición del patrimonio actual o la existencia del bien, no habría nexo causal ni, consecuentemente, contaminación.

La teoría de la doctrina que niega que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo de capitales se fundamenta en que la relación causal con la actividad delictiva previa -el delito fiscal- necesita de la obtención por parte del autor de algo que no tenía antes de la comisión delictual y que esta última conlleve un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes.

Frente a ello, la posición que adoptan los magistrados del Tribunal Supremo es que, al aplicar las teorías causales válidas en la Ciencia jurídico-penal -sin necesidad de atender a "causalidades hipotéticas"-, la comisión de un delito de defraudación tributaria conlleva un aumento patrimonial del sujeto defraudador con bienes que, de otro modo, no estarían en el mismo. Aspecto que viene fundamentado en la descripción de la acción en el artículo 305 del Código Penal, en el que se afirma que la cantidad defraudada ha de superar los 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Esa cantidad monetaria se encuentra en el patrimonio del sujeto activo del delito fiscal en tanto en cuanto ha defraudado al fisco, y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito contra la Hacienda Pública.

El *quantum* defraudado al fisco es el bien derivado del delito, siendo, pues, idóneo para constituir el objeto material del delito de blanqueo de

capitales. Concluye el Tribunal Supremo en este asunto que las conductas típicas descritas en el artículo 301 del Código Penal pueden recaer sobre la cuota tributaria[48].

DELGADO SANCHO señala que la posición jurisprudencial de la Audiencia Nacional[49] es la misma que la del Tribunal Supremo, llegando a citar la Sentencia del Caso Gürtel, así como otras resoluciones jurídicas, en su Sentencia núm. 5/2021[50].

La parte de la cuota que se ve afectada por la contaminación de la que hablaba el Tribunal Supremo requiere que, durante la investigación, se pueda identificar "razonablemente" la parte de los bienes del patrimonio del evasor fiscal que constituyen la cuota tributaria. Se prevén dos escenarios, tal y como se plantean a continuación.

El primero es que la acción típica del blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que, de forma obligatoria, incluye todo o parte de la cuota tributaria; dicho de otro modo, se blanquea todo el patrimonio del autor del delito previo o, en su defecto, una parte tan significativa que es superior a la parte lícita comprendiendo una parte del valor de la cuota tributaria eludida al fisco. El resultado es que los jueces y magistrados, ante esta situación, podrían determinar con certeza que los bienes obtenidos del delito contra la Hacienda Pública se encuentran, de forma total o parcial, en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo de capitales.

El segundo escenario consiste en la identificación de la cuantía de la base liquidable sobre la que se ha eludido la obligación del pago de impuestos. Partiendo de la idea de que la cuota tributaria es el resultado de aplicar a la base liquidable con carácter general el tipo de gravamen que corresponda, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto, habrá delito de blanqueo de capitales si se

[48] Fundamento Jurídico 251 de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 507/2020, de 14 de octubre.

[49] DELGADO SANCHO, C. D.: Delitos contra la Hacienda Pública. Análisis detallado de las conductas delictuales contra la Hacienda Pública, 2ª ed., Colex, La Coruña, 2023, págs. 130 a 132.

[50] Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 5/2021, de 3 de marzo.

transfiere la totalidad de la base[51], porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

LAFONT NICUESA, trayendo a colación la Sentencia del Tribunal Supremo del Caso Ballena Blanca[52], afirma que los bienes que conforman la cuota tributaria quedan contaminados en el momento en que se produce el vencimiento de los plazos para la declaración.

Además, la problemática es evidente si se trata de dinero, debido a su naturaleza fungible. En concreto, se podrá determinar que el dinero blanqueado y la cuota defraudada son lo mismo, que hay identidad, basándose en una serie de elementos indiciarios. En ese caso, Ballena Blanca, bastó que existía simultaneidad temporal entre los periodos en que se produce la elusión del pago del tributo de que se trate y las actividades de blanqueo de activos, junto con el hecho de que la mayoría del *quantum* defraudado a la Hacienda Pública ha sido blanqueada, y, además, el sistema de canalización del dinero con sociedades interpuestas. Todo lo anterior fue suficiente como elementos indiciarios para acreditar su vinculación con el delito de defraudación tributaria y, en consecuencia, la naturaleza ilícita del dinero[53].

Un último elemento que se pretende analizar es qué ha determinado la jurisprudencia mayor sobre la cuestión de si podría invocarse una violación del principio *non bis in idem* en los supuestos de concurso entre el delito contra la Hacienda Pública y el delito de blanqueo de capitales. Volviendo a la Sentencia del Tribunal Supremo del Caso Gürtel, rechazan los magistrados que se vulnere el principio *non bis in idem.*

---

[51] En este punto, se quiere dejar constancia de que tanto la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 507/2020, de 14 de octubre, como la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 5/2021, de 3 de marzo, a lo largo de todo este segundo escenario que plantean, hacen referencia sistemática a la base liquidable; no obstante, afirman que "Por tanto, habrá delito de blanqueo de capitales si se transfiere la totalidad de la base imponible, […]". Hemos de entender que ambos órganos jurisdiccionales están haciendo mención a la base liquidable, puesto que es posible que la cuantía que constituye base imponible no coincida con el quantum de base liquidable.

[52] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2216/2011, de 5 de diciembre.

[53] LAFONT NICUESA, L.: "Elementos del tipo penal", *cit.*, pág. 39.

El primer motivo que esgrimen es que la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude a la Hacienda Pública, tanto que el objeto del blanqueo que se lleva a cabo posteriormente es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir, la cuota tributaria.

La segunda razón tiene que ver con que los comportamientos tipificados en ambas infracciones penales son diferentes, de igual modo que diversos son los bienes jurídicos protegidos. El delito de blanqueo de capitales es definido como pluriofensivo, dado que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, "cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de Política Criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada"[54]. Por su parte, con respecto al delito contra la Hacienda Pública, han existido distintas teorías sobre cuál es el verdadero bien jurídico protegido -fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho-, imponiéndose para el Tribunal Supremo la Hacienda Pública entendida como el interés del Estado y del propio Erario público de que la carga tributaria se realice con los modos fijados por el Ordenamiento jurídico.

En definitiva, no existiría para los magistrados cuyas resoluciones componen la jurisprudencia mayor una violación del principio *non bis in idem* porque son comportamientos que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, no abarcando, por ende, la norma del delito la total antijuricidad del hecho.

Señala MAZA MILLÁN que el blanqueo de capitales tipifica adquirir, transformar u ocultar, esto es, aparentar el origen lícito de los bienes, mientras que en el delito fiscal la acción típica es dejar de ingresar u

[54] Es importante traer de nuevo a la palestra la crítica de la mayor parte de la doctrina científica a la excesiva amplitud de la redacción de la acción típica del artículo 301 del Código Penal. Sería más que cuestionable que, si se trata de luchar contra la criminalidad organizada, tal y como afirma el Tribunal Supremo, se tipifique una acción que puede dar a situaciones en las que el *ius puniendi* estatal no es la última *ratio.*

obtener indebidamente devoluciones con independencia del destino que se le dé a los bienes[55].

5. CONCLUSIONES

Sin entrar exhaustivamente en las distintas posiciones doctrinales para evitar excedernos en demasía en el número de páginas, el objeto de este capítulo no era otro que señalar las distintas relaciones de concurso que se podían dar entre la evasión fiscal y el blanqueo de activos.

Son tres las premisas que se han querido poner de manifiesto que habrían de ser modificadas legislativamente de inmediato: la primera es la incomprensible amplitud de la acción típica del delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 del Código Penal español; la segunda es la tipificación en el artículo 305 del Código Penal de un *quantum* anormalmente bajo a partir del cual el fraude fiscal pasa a ser delito -de los señalados en los apartados 1 y 3 del citado precepto-; y, finalmente, también en relación con el delito contra la Hacienda Pública, unas penas tanto para personas físicas como para personas jurídicas, a nuestro parecer, excesivas en relación con la infracción cometida.

Todo lo anterior dejando a salvo, naturalmente, los supuestos especialmente graves de evasión fiscal, que son los que deberían integrar el tipo básico, mientras que el actual tipo básico -e incluso atenuado en sede de la Hacienda de la Unión Europea- habrían de sancionarse por la vía tributaria sancionadora.

Esas tres premisas entran en juego a la hora de determinar las dos posibles relaciones concursales que han venido aceptando tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional entre el delito de blanqueo de capitales y el delito contra la Hacienda Pública.

El hecho de que se tenga que fundamentar de forma extensa, punto por punto, cada elemento que justificaría la posibilidad jurídica de aplicar concurso de delitos pone de manifiesto, de un lado, la impecable labor

[55] MAZA MILLÁN, M.: "Concurso del delito fiscal con el delito contable, blanqueo de capitales, cohecho, administración desleal y otros delitos económicos", *cit.*, pág. 742.

judicial de aplicación de la legislación a los casos concretos que han de ventilar, con una regulación ambigua y que puede recibir críticas por parte de la doctrina científica; y, de otro lado, que se trata de una cuestión compleja que necesita de revisión por parte del legislador, precisamente por estos elementos críticos.

6. REFERENCIAS

Calvo Vérgez, J. (2019). La transcendencia del dolo en la configuración del delito fiscal. *Zergak: Gaceta tributaria del País Vasco*, 57.

Cardoso López, M. J. (2015). Blanqueo de capitales: técnicas de blanqueo y relación con el sistema tributario. *Cuadernos de Formación. Colaboración 4/15, 19*.

De Mosteyrín Sampalo, R. (2016). *El blanqueo de capitales y el delito de fraude fiscal.* Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Delgado Sancho, C. D. (2023). *Delitos contra la Hacienda Pública. Análisis detallado de las conductas delictuales contra la Hacienda Pública.* 2ª ed., Colex.

Fernández Bermejo, D. (2017). La desatinada regulación penal del autoblanqueo de capitales (1). *La Ley Penal,* 128.

Fernández Junquera, M. (2012). Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización fiscal. *Revista Española de Derecho Financiero*, 155.

García Bañuelos, J. A. (2015). El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales. *Quincena Fiscal,* 1.

González Uriel, D. (2022). *Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria*, Thomson Reuters Aranzadi.

Herrera Molina, P. M. (2003). *Fiscalidad de los actos ilícitos.* Instituto de Estudios Fiscales.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del enemigo,* Thomson Civitas.

Lafont Nicuesa, L. (2021). "Elementos del tipo penal", en Gutiérrez Gómez, E., Lafont Nicuesa, L. y Remón Peñalver, E.: *La aplicación práctica del delito fiscal. Especial referencia a la regularización y a la responsabilidad penal de la persona jurídica.* Wolters Kluwer Bosch.

López Espadafor, C. M. (2023). *El Derecho Financiero y Tributario como articulación jurídica de la redistribución de la riqueza*. Dykinson.

López Espadafor, C. M. y Lombardero Expósito, L. M. (2009). Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF,* 323.

Mallada Fernández, C. (2012). El delito fiscal como delito previo del blanqueo de capitales. *Quincena Fiscal*, 10.

Maza Millán, M. (2022), "Concurso del delito fiscal con el delito contable, blanqueo de capitales, cohecho, administración desleal y otros delitos económicos", en Loma-Osorio, D. y Ullate, A. (coords.): *Manual práctico del delito fiscal.* Thomson Reuters Aranzadi.

Muñiz Pérez, J. C. (2021). *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy.* Thomson Reuters Aranzadi.

Muñoz Conde, F. (2012). La generalización del Derecho Penal de excepción. Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo. *Ciencia Jurídica*, 1 (1).

Sánchez Pedroche, J. A. (2021). Comentarios a la nueva Ley de represión del fraude fiscal". *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 461-462.

Troppan, A. y Tosi, L. (2022). *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*. Wolters Kluwer Italia.

Vidales Rodríguez, C. (2017). Relaciones entre los delitos de fraude fiscal y blanqueo: una polémica que no cesa. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 46.

BLANQUEO DE CAPITALES Y ENCUBRIMIENTO: UN DESAFÍO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ
Universidad de Almería

1. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO BIEN JURÍDICO PENAL

Por Administración de Justicia debe entenderse el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por la Constitución (artículo 117) a Jueces y Magistrados, y consistente en la resolución de conflictos sociales mediante aplicación de las leyes.

La función jurisdiccional abarca diversos ámbitos, cada uno con sus particularidades, que requieren de su análisis

Para dirimir los conflictos sociales es necesaria la averiguación, mediante la prueba en el proceso, de los hechos que han generado tal conflicto.

Una vez concretados los hechos, se les aplicará lo previsto en las leyes pertinentes, que conllevan unas determinadas consecuencias jurídicas. Si estas consecuencias jurídicas que la ley tiene establecidas suponen la exigencia de responsabilidades a los individuos implicados en el conflicto, la Administración de Justicia debe actuar como garante de su cumplimiento.

Todos los cometidos mencionados han de realizarse, tal y como establece nuestro ordenamiento jurídico, mediante el cauce de un procedimiento legalmente tasado.

La existencia de un procedimiento legalmente tasado necesita que se dispense protección tanto a los elementos que lo conforman, por ejemplo, la prueba, como a aquellas acciones que intenten impedir su puesta en marcha o su utilización indebida.

Si la resolución de conflictos mediante la aplicación de las leyes en un proceso judicial se efectúa de forma eficaz, la Administración de Justicia alcanza una dimensión preventiva. No es que la Administración de Justicia tenga encomendada una función de prevención de conflictos sociales pero, obviamente, si los resuelve rápida y correctamente, se convierte en un estímulo negativo para los ciudadanos que en un momento determinado se plantean la creación de un conflicto.

2. ENCUBRIMIENTO: ANÁLISIS Y DELIMITACION JURÍDICA

El Código Penal de 1995 contiene diversas modalidades encubridoras, o mejor dicho, que tienen su origen en el encubrimiento, permaneciendo algunas de ellos como encubrimiento y habiendo adquirido otras sustantividad e independencia propias.

De este modo, bajo el rótulo "Del encubrimiento" el Código Penal recoge tres conductas tipificadas en el apartado 1 del artículo 451:

- El auxilio a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.
- Ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.
- Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina con-sorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos; b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas.

Estos son los comportamientos que nuestra norma penal considera encubridores en sentido propio y que lesionan o ponen en peligro a la Administración de Justicia.

En un primer momento el encubrimiento era un título genérico que abarcaba la totalidad de las conductas postejecutivas que nuestro Código Penal consideraba dignas de sanción penal, hoy en día se limita a una serie de ilícitos contra la Administración de Justicia que nuestro Código Penal recoge en los artículos 451 a 454, puesto que la receptación y el blanqueo de capitales han obtenido entidad e independencia propias.

Ofrece mayor exactitud emplear el vocablo encubrimiento para cualquier actividad postejecutiva merecedora de sanción penal. Podrían distinguirse dentro de esta categoría los ilícitos merecedora de sanción penal contra la Administración de Justicia y los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico. El primer grupo abarcaría los comportamientos tipificados en el artículo 451. 1º del Código Penal, y el segundo grupo la receptación y el blanqueo de capitales. Aunque esta opción merece una valoración aparte que excede del objeto del presente estudio.

3. EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO Y SU LESIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

No existe ningún problema en visualizar la Administración de Justicia como objeto lesionado por el favorecimiento real. Las actividades que se recogen en el apartado 2º del artículo 451 lesionan la Administración de Justicia puesto que su realización ataca directamente la prueba de una infracción criminal. El tipo requiere que se ejecuten los hechos «para impedir su descubrimiento [del delito]», con lo que claramente se ve como se pretende evitar probarlo.

Puede afirmarse, entonces, como el favorecimiento real previsto en el artículo 451. 2º tiene como bien jurídico objeto de protección penal a la Administración de Justicia[56].

[56] De esta opinión (Beneítez Merino & Albácar López, 1997, p. 4217), (Cádenas Cortina, 1997, p. 109), (Conde-Pumpido Ferreiro, 2004, p. 637), (Ferrer Sama, 1946, p. 93), (García

Por lo que respecta al favorecimiento personal del apartado 3º, este comportamiento atenta contra la Administración de Justicia en varias de sus facetas. Que el presunto responsable de un delito eluda la investigación de la Autoridad impide su prueba adecuadamente, puesto que sus declaraciones podrían servir de ayuda para la aclaración de los hechos que se investigan. Además, de confirmarse que es autor o partícipe de un delito, no podrían imponérsele las sanciones que el ordenamiento penal prevea.

El conflicto surge en la averiguación de cómo atacan las actividades contenidas en el artículo 451. 1º del Código Penal a la Administración de Justicia o sí, a pesar de su ubicación en el Texto Penal, implican una lesión a otro bien jurídico.

Para (González Rus, 2001, p. 477) nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia. Auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito evita que se pueda hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito. Efectivamente, para afrontarla existe, entre otras medidas, la del comiso de los bienes procedentes del delito. Con la acción que el primer apartado del artículo 451 contempla se impide este comiso.

Por otra parte, el auxilio para que los delincuentes obtengan beneficio del delito cometido es un estímulo para la futura comisión de otras infracciones penales, por lo que se esta actividad vul-nera la faceta preventiva de la Administración de Justicia.

4. EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.

A grandes rasgos y de manera genérica puede entenderse por blanqueo de capitales la realización de cualquier tipo de actividades tendentes a la introducción en el sistema financiero legal de los bienes obtenidos mediante la comisión de delitos[57].

Arán, 1993, p. 464), (García Lozano, 1996, p. 204), (Gómez Pavón, 1954, p. 474), (González Rus, 2001, p. 477)

[57] (HUERTA TOCILDO, 1996, P. 385) En una línea similar, (VIDALES RODRÍGUEZ, 1997, P. 71), ha definido esta actividad como «proceso por el que se da apariencia de legalidad al dinero o bienes procedentes de la comisión de un delito».

La inserción del delito de blanqueo de capitales en nuestro sistema penal se produjo mediante la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, que por primera vez contempló esta figura junto a la recep-tación en el artículo 546 bis f)75. Poco tiempo después la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciem-bre, introduciría nuevas actividades de blanqueo en los artículos 344 bis h) a 344 bis i) 76 del Código Penal derogado en el ámbito de los delitos contra la salud pública.

En realidad, lo único que se estaba haciendo era adaptar nuestro ordenamiento jurídico penal a las recomendaciones efectuadas a nivel internacional, tanto por la Comunidad Europea, mediante la Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991 (91/308/CEE) relativa a la prevención de utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, como la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988.

Posteriormente el Proyecto de Código Penal de 1992 unificaría la regulación de esta figura en su artículo 30977, manifestando en su Preámbulo la repercusión que el blanqueo de capitales tiene dentro del orden socioeconómico, pero también su origen en las figuras de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación.

Por su parte el artículo 301 tipifica el llamado blanqueo o lavado de capitales, con una redacción bastante confusa. Recoge las acciones de adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto sobre bienes de los que se tiene conocimiento de su origen ilícito.

Este precepto prevé de manera alternativa, dos tipos de tendencias anímicas en el sujeto cuando realiza estas acciones:

- Emplear, ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.
- Ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

La intención del delincuente en este último caso está mucho más cercana a la obstrucción de la labor de la Administración de Justicia que a vulnerar el patrimonio o el orden socioeconómico.

El apartado 1 del artículo 301 establece una pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes, mientras que el apartado 2 establece que

> con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismo, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

Fácilmente puede observarse la diversidad de conductas que se recogen en esta norma, así como sus semejanzas con acciones encubridoras y receptadoras que forman un triángulo normativo con múltiples puntos en común que complican enormemente su diferenciación.

Por ello hay que determinar previamente el bien jurídico tutelado por este delito para después poder fijar de manera adecuada los criterios de distinción entre el blanqueo de capitales y los diferentes supuestos de encubrimiento.

4.1 DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES.

El bien jurídico protegido ha sido un aspecto muy debatido por la doctrina. Los objetos de tutela que se han señalado para este ilícito penal han sido múltiples y variados: el bien jurídico del delito antecedente, la seguridad interior del Estado, el orden socioeconómico, la defensa de la competencia, el tráfico lícito de bienes y la Administración de Justicia.

El posicionamiento a favor de alguno o varios de ellos, o la propuesta de un bien jurídico distin-to necesita del previo estudio de las opciones esgrimidas hasta este momento.

- El bien jurídico protegido por el delito previo. Al igual que sucedió en su momento con el delito de receptación, también para el blanqueo de capitales se ha sostenido que el bien jurídico protegido es el del delito previo. De igual modo se ha defendido la teo-ría del mantenimiento por considerar que el blanqueo de capitales continúa la situación ilícita creada por la infracción penal precedente, llevando sus consecuencias hasta el agotamiento. La misma objeción puede efectuarse en este caso. La lesión o puesta en peligro ya se ha consumado cuando entra en juego las actividades de blanqueo de capitales. Pero además esta idea podía más o menos defenderse

cuando la figura se con-templaba solo cuando el delito anterior atentaba contra la salud pública, pero su ampliación a cualquier delito grave imposibilita su sostenimiento (Abel Souto, 2005, pp. 36-38).

– La seguridad interior del Estado. Otro sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido por este delito es la seguridad interior del Estado, que se ve mermada por la existencia de la criminalidad organizada. Pero blanqueo de capitales y criminalidad or-ganizada no son conceptos equivalentes. Aunque en la mayoría de las ocasiones las conductas de blanqueo de capitales las cometen bandas organizadas no siempre es así, y por ello la norma no se dirige exclusivamente a ellas. Además, la criminalidad orga-nizada no se limita a esta clase de acciones, sino a muchas otras como, por ejemplo, el tráfico de drogas. El perjuicio a la seguridad interior del Estado no se produce porque redes organizadas de delincuentes blanqueen el dinero proveniente de sus acciones ilegales, sino que es la mera existencia de estos entramados criminales lo que la pone en peligro. Y por último, no hay que olvidar que la seguridad interior del Estado es un concepto demasiado genérico e impreciso como para poder concretarse como bien jurídico penal.

– El orden socioeconómico. Para (Blanco Cordero, 1997, pp. 37 y ss.) lo que no puede negarse es la dimensión económica del blanqueo de capitales. Esta faceta ha llevado a numerosos autores ha estimar que el bien jurídico protegido es de carácter económico, aunque pueda subsidiariamente dañar otros bienes jurídicos.

– La libertad de la defensa de la competencia. Ha sido uno de los aspectos del orden so-cioeconómico que se ha visto como bien jurídico protegido. Nuestro ordenamiento jurídico ha creado dos instrumentos para su defensa: la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dirigida a proteger su existencia, y la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, enfocada a que la competencia se desarrolle adecuadamente. Quienes defienden la libre competencia como bien

jurídico protegido82 mantie-nen que las empresas que operan con bienes y dinero procedentes de infracciones pe-nales se mueven en el mercado en una situación de ventaja producida, por ejemplo, por el hecho que el capital que manejan no se ve gravado con impuestos. Si bien en este aspecto no le falta razón, se olvida que no todas las actividades de blanqueo de capitales se efectúan a través del tejido empresarial y que, además, la libre competencia posee para su defensa las leyes que acabamos de mencionar, sin que sea necesario acudir al ordenamiento penal para su protección. Todo ello sin olvidar que hay prácticas que vulneran la libre competencia realizadas por empresas legales que no obtienen sus fon-dos de los beneficios obtenidos mediante la comisión de delitos.

– El tráfico lícito de bienes. Por su similitud con la receptación diversos autores, mantienen que al igual que en esta, el tráfico lícito de bienes es el bien jurídico tutelado[58], puesto que el blanqueo introduce en el tráfico de bienes unas cantidades que lo desestabilizan. La finalidad de esta figura, que intenta limitar el acceso a la economía legal de los capitales logrados con instru-mentos criminales, es un argumento esgrimido por Palma Herrera, 2005, pp. 668-669) para mantener esta idea. Según (Abel Souto, 2005, pp. 75 y ss.) «la licitud de los bienes que son objeto del tráfico mer-cantil desempeña el papel de presupuesto fundamental o elemento básico para el buen funcionamiento del orden socioeconómico, sector que requiere que los bienes ilícitos se excluyan del mercado».

– La Administración de Justicia. De la misma forma que no puede negarse la faceta económica de este delito, tampoco puede negarse que implica un ataque a la Administración de Justicia[59].

[58] (Abel Souto, 2005, pp. 75 y ss.) (González Rus, 2005, p. 534) (Palma Herrera, 2005, pp. 668-669)

[59] Los siguientes autores ven en el delito de blanqueo de capitales un ataque contra la Administración de Justicia (aunque su protección no se realice de manera única y exclusiva): (Abel Souto, 2005, pp. 26 y ss.) (Blanco Cordero, 1997, PP. 171 Y SS.); (Gómez Pavón, 1954, P. 482); (Palma Herrera, 2005, PP. 671 Y SS.); (Palomo Del Arco, 1996, P. 440); (Vidales

> La lectura del artículo 301 del Código Penal muestra claramente como las actividades que recoge persiguen la obstaculización a la Administración de Justicia para que desarrolle su labor o para facilitar a los criminales el disfrute de las ganancias logradas de manera ilegal. Además, su redacción es prácticamente idéntica o muy similar a conductas recogidas como casos de auxilio complementario o favorecimiento, tan-to real como personal, por lo que valen aquí las consideraciones que se realizaron en su momento sobre como estas conductas ponían en peligro la Administración de Justicia. Se trata claramente de conductas encubridoras. No solamente la doctrina española ve en la Administración de Justicia el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales. Un sector de la doctrina alemana, como también sucede en Suiza e Italia, consideran que es este el objeto de protección de su parágrafo 261.

Este planteamiento ha llevado a la mayor parte de la doctrina a considerar que el delito de blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo que lesiona o pone en peligro diversos aspectos del orden socioeconómico como la Administración de Justicia. Esta idea se ve respaldada por el Tribunal Supremo, que sin manifestar cuales son los bienes jurídicos tutelados, en su sentencia número 1293/2001 de 28 de Julio declara que son dos los bienes que protege este tipo delictivo, manifestando que:

El art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen lícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la in-fracción...» Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blan-queo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos».

Rodríguez, 1997, PP. 91 Y SS.) En contra (Suárez González, 1998, p. 565), por entender que la protección a la Administración de Justicia ya queda dispensada por el tipo de encubrimiento

5. RELACIÓN JURÍDICO PENAL ENTRE EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO Y EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

La actual configuración de estos dos delitos ha producido una gran variedad en las soluciones aportadas para la distinción de ambos. Hay que tener en cuenta la trascendencia e importancia que conlleva la diferenciación entre una y otra figura ya que la punición prevista para en uno y otro es muy distinta. Mientras que para cualquiera de los tipos de encubrimiento esta anunciada una pena de prisión de seis meses a tres años, en el caso del blanqueo la pena de prisión puede llegar a los seis años, además de multa del tanto al triplo de valor de los bienes.

Entre los delitos de encubrimiento y blanqueo de capitales se produce un concurso de normas, la dificultad estriba en cuál de las reglas previstas en el artículo 8 del Código Penal es la de idónea aplicación

Se ha atendido al principio de alternatividad para mantener que el desvalor del blanqueo de capitales es mayor que el de cualquier actividad encubridora por lo que, cuando esta tenga lugar en las condiciones establecidas por el artículo 301, será absorbida por este precepto88. Esta idea de-be descartarse porque el propio apartado 4º del artículo 8 que lo establece, condiciona su aplica-ción a la imposibilidad de empleo de cualquiera de los criterios anteriores, requiere que en este caso no se produce.

Una posibilidad es considerar que la relación entre ambos se vertebra por el principio de especialidad, según el cual el precepto especial se aplicará con preferencia al general (artículo 8.1º del Código Penal). El encubrimiento en su modalidad de auxilio complementario sería norma general y el blanqueo de capitales sería norma especial. Si en e el supuesto de hecho no concurriesen todos los elementos que el tipo del artículo 301 del Código Penal exige, se aplicaría el apartado 1º del artículo 451.

Aunque son mínimas las ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre esta cuestión, lo ha hecho en los términos que acabamos de exponer. En su sentencia de 19 de febrero de 2002 dispone que:

> Al condenar a Enrique por el delito de blanqueo del art. 301 CP, tácitamente se está ex-cluyendo la aplicación del 451 del mismo código, pues entre estas normas, al menos por lo que se refiere a casos como el aquí examinado, hay un concurso de leyes a resolver conforme a la regla 1ª del art. 8, ya que el encubrimiento constituye un género de delito respecto del cual estas concretas conductas del art. 301 son una de sus especies. Hay una relación de norma genérica a norma específica que obliga a la aplicación de esta última.

Posteriormente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, 278/2017, de 6 de octubre ha estudiado la relación entre ambas figuras. En su fundamento jurídico segundo facilita su concep-to de blanqueo de capitales:

> El concepto de Blanqueo de bienes, capitales o dinero no se encuentra en el CP, que se limita a describir un tipo delictivo básico con cuatro modalidades y otros dos subtipos cualificados o agravados, en consideración a la procedencia de los bienes o por la perte-nencia de los culpables a una organización dedicada precisamente a realizar actividades de Blanqueo. El concepto normativo lo encontramos en la Ley de prevención 19/1993, art. 1.2, en los siguientes términos: "A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior (esto es, cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años), o de participación en los mismos, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su ver-dadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado". La modificación producida en dicha Ley, en el año 2003, - Ley 19/2003- define el blanqueo de una forma más amplia, regulando las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema fi-nanciero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capita-les procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años.
>
> A efectos doctrinales el blanqueo, lavado o reciclaje comprende las conductas que tiendan a la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y be-neficios procedentes de actividades delictivas, para hacer posible con la consiguiente apariencia de licitud su disfrute jurídicamente incuestionado.

Y profundiza en la vinculación entre el delito de encubrimiento y el blanqueo de capitales cuando describe, entre las conductas que conforman el tipo objetivo del artículo 301 del Código Penal la realización de cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes la realización de cualquier otro acto para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infraccio-nes a eludir las consecuencias legales

Para la primera coincidencia entre ambos delitos sostiene que:

> Se trata en realidad de una conducta de favorecimiento real propia del encubrimiento (art. 451.2.°), con el que entraría en concurso de normas. La mención "cualquier otro ac-to" es poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica y la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal en su complemento de tipicidad. Los actos típicos son autónomos respecto de la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de que se trata. Pueden consistir en un hacer o en una omisión, si bien que en este segundo caso el omitente habría de ser destinatario de un deber jurídico de actuar impuesto legal o re-glamentariamente

Mientras que para la segunda “de nuevo se tipifica una conducta de encubrimiento, ahora personal, por lo que entra en concurso de normas con el art. 451.3.° a resolver conforme al criterio de la alternatividad (art. 8.4.a)”

6. CONCLUSIONES

La Administración de Justicia, como bien jurídico penal, se ve comprometida tanto por el delito de encubrimiento como por el de blanqueo de capitales, ya que ambos tipos penales dificultan la investigación y persecución de los delitos.

La relación entre estos delitos plantea un concurso de normas, cuya resolución es compleja debido a la diversidad de conductas que abarcan ambas figuras penales, y a la dificultad de determinar cuál de las reglas del artículo 8 del Código Penal resulta más adecuada. La decisión que se adopte no es baladí puesto que la pena a imponer varía mucho en un caso u otro, siendo muy superior la sanción prevista para el blanqueo de capitales con respecto a la del encubrimiento en cualquiera de sus modalidades.

La escasez de jurisprudencia en esta materia agrava la situación, impidiendo el establecimiento de un criterio jurisprudencial uniforme y generando inseguridad jurídica.

En mi modesta opinión, la resolución de este concurso de normas exige un análisis detallado de cada caso concreto. Es fundamental determinar qué conductas específicas de blanqueo y encubrimiento concurren simultáneamente, para así aplicar, según corresponda, el principio de especialidad o el de alternatividad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abel Souto, M. (2005). El delito de blanqueo en el Código penal español. Bosch.

Beneítez Merino, L., & Albácar López, J. L. (1997). Comentario a los artículos 451 a 454. En Código Penal comentado. Doctrina y jurisprudencia

Blanco Cordero, I. (1997). El delito de blanqueo de capitales. Aranzadi.

Cádenas Cortina,. C. (1997). El encubrimiento en el nuevo Código Penal. Cuadernos de derecho judicial, (4), 85-130.Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.). (2004). Código Penal Comentado (2ª ed., Vol. II, p. 637). Bosch.

Ferrer Sama, A. (1946). Comentarios al Código penal (Vol. II, p. 93). Sucesores de Nogués.

García Arán, M. (1993). Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal. In Política criminal y reforma penal (pp. 1-1).

Garcia Lozano, C. (1996). Tratamiento del encubrimiento y de las formas de resolución manifestada:(conspiración, proposición y provocación). Estudios de derecho judicial, (5), 195-226.

Gómez Pavón, P. (1994). El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento (pp. 189-252). Consejo General del Poder Judicial.

González Rus, J. J. (2001). Encubrimiento. En Compendio de Derecho Penal Español. Dykinson.

González Rus, J. J. (2005). Blanqueo de bienes procedentes de delitos graves. En Compendio de Derecho Penal Español

Huerta Tocildo, S. (1996). Aproximación crítica a la nueva regulación de los delitos de receptación y otras conductas afines. En Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal. Cuadernos de Derecho Judicial (Nº 20)

Martínez Arrieta, A. (1994). El encubrimiento. In El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero: normativa comunitaria (pp. 9-60). Consejo General del Poder Judicial.

Martínez Pérez, M. D. (2011). El delito de encubrimiento. Bosch. https://doi.org/10.5281/zenodo.12513446

Mosquete Martín, D. (1946). El delito de encubrimiento (). Bosch

Palomo del Arco, A. (1996). Receptación y figuras afines. En Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial) (Nº 2). Consejo General del Poder Judicial.

Palma Herrera, J. M. (2005). Artículos 298 a 301. En Comentarios al Código Penal (Tomo IX). Edersa.

Suárez González, C. (1998). Receptación y blanqueo de capitales. En Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. II (p. 565).

Vidales Rodríguez, C. (1997). Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Tirant lo blanch.

LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FRAUDE FISCAL

CARLOS BILBAO CONTRERAS
Universidad de Burgos

1. INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía ha facilitado el intercambio de bienes y servicios a nivel internacional. A todo ello han contribuido las nuevas tecnologías que favorecen la realización de transacciones económicas de forma inmediata de un país a otro. Alternativamente a este fenómeno han aparecido tramas organizadas que posibilitan la circulación de recursos económicos provenientes de actividades ilícitas de un país a otro, sin el conocimiento de las administraciones de los Estados. En algunos casos, dichos movimientos de capitales eluden los mecanismos de control de los Estados. Por todo ello, la Unión Europea aprobó una serie de regulaciones para evitar el denominado blanqueo de capitales proveniente de actividades ilícitas, así como, el fraude fiscal derivado de dichas actuaciones. Los movimientos de capitales pueden ser realizados utilizando las nuevas tecnologías y empleando jurisdicciones no colaborativas. En estos supuestos surge la dificultad para detectar a las partes intervinientes en dichas operaciones. El término del blanqueo o lavado de capitales surgió en los años ochenta del siglo pasado en Estados Unidos de América (*money laundering*). Este término fue adoptado internacionalmente al tener un componente global vinculado al crecimiento de la actividad económica aprovechando los circuitos financieros igualmente globalizados (Coronas Valle, 2022, p.38). Este fenómeno posibilita la introducción en el tráfico financiero normalizado capitales procedentes del fraude fiscal o actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado. Este normalmente desarrolla sus actividades

de narcotráfico, mercados ilícitos de armas, redes de prostitución y terrorismo, en muchos casos combinados con la oportunidad de realizar sus operaciones en paraísos fiscales (Pelaéz Martos, 2010, p.23. Todo lo anterior constituye un ámbito de la realidad alternativa al normal desenvolvimiento de la actividad económica.

2. OBJETIVOS

El propósito de la realización de este trabajo es el estudio de la adecuación de la normativa comunitaria para la prevención del blanqueo de capitales y la lucha contra el fraude fiscal a la realidad del tráfico internacional. Por tanto, los temas analizados se refieren al examen de los antecedentes normativos, la regulación transitoria y finalmente la aplicación de la sexta Directiva sobre la prevención del blanqueo de capitales y el fraude fiscal. Todo ello posibilitará la obtención de unas conclusiones finales sobre lo abordado en este trabajo.

3. METODOLOGÍA

El trabajo analiza en primer lugar los antecedentes normativos sobre la prevención del blanqueo de capitales y fraude fiscal en el ámbito comunitario. En segundo lugar se examina la regulación transitoria aplicable en esta materia que se encontrará derogada tras la aplicación de la nueva normativa. En tercer y último lugar se analiza la sexta Directiva en materia de prevención de blanqueo de capitales y fraude fiscal que sustituirá a las anteriores regulaciones en esta materia. Una vez realizado este análisis se podrán deducir unas cuestiones de debate sobre la materia abordada, para finalmente obtener una serie de conclusiones finales.

3.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Los precedentes regulatorios sobre el blanqueo de capitales se pueden encontrar en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988. Así mismo conviene destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990. En ambas

regulaciones se consideraba que el blanqueo de capitales debía combatirse principalmente con medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales, así como, policiales. Si bien, posteriormente se puso de relieve, en la estrategia de lucha contra el blanqueo de capitales, que no debe limitarse solamente al enfoque penal. Sino que, además, dichas actuaciones debían abarcar al sistema financiero mediante la incorporación de medidas de suministro de información a las autoridades competentes. En este sentido se puede destacar asociaciones de instituciones financieras como

> El Grupo Wolfsberg formado por importantes instituciones financieras internacionales: ABN AMOR, banco Santander, Bank of Tokio-Mitubishi-UFJ, Barclays, Citygroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JP Morgan Chase, Societé Générale y UBS estableció directrices para prevenir el blanqueo en la banca privada (Peláez Martos, 2010, 24).

De acuerdo con estos nuevos criterios se aprobó la Recomendación del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, así como, la Declaración de principios adoptada en Basilea en diciembre de 1988 por las autoridades de supervisión bancaria del Grupo de los Diez. A este respecto, Pelaéz Martos destaca una serie de instituciones precursoras de las normativas objeto de estudio, entre las que se encuentra al

> Comité de Basilea integrado por los bancos centrales del llamado Grupo de los Diez: Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. El Comité tenía como misión lograr la estabilidad del sector financiero y mejorar el control de la actividad bancaria a nivel internacional. El 12 de diciembre de 1988 aprobó la Declaración de Principios de Basilea, en la que establecía obligaciones a las entidades financieras para prevenir el blanqueo de capitales y recogía recomendaciones sobre formación del personal bancario en materia de blanqueo, la conservación de los registros contables de las operaciones y la realización de auditorías internas (Peláez Martos, 2010, 24).

Dichos textos constituyeron un avance importante en la prevención del blanqueo de capitales mediante la colaboración de las entidades financieras. Otro criterio relevante tenido en cuenta para la configuración de la normativa en esta materia es que el blanqueo de capitales se efectúa, en general, en un ámbito internacional. Dado que, el contexto global de la economía posibilita la ocultación del origen delictivo de los fondos. Por todo ello se constituyó, en julio de 1989, durante la celebración de

la cumbre de París, un Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI o por sus siglas en inglés FATF, *Financial Action Task Force*) para combatir el blanqueo de capitales. En paralelo a estas actuaciones se puede destacar la actividad del Parlamento Europeo solicitando a las instituciones comunitarias la elaboración de un programa para combatir el tráfico de estupefacientes. Además, el programa incluyó una serie de disposiciones sobre la prevención del blanqueo de capitales. De esta manera, la Comunidad Europea aprobó una serie de Directivas comunitarias siguiendo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional. Si bien conviene poner de manifiesto que, las Directivas fueron adaptándose a las nuevas formas de manifestación del blanqueo de capitales en el contexto internacional.

La primera regulación comunitaria aprobada contra el blanqueo de capitales se recogía en la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Por ello, también fue denominada como la primera Directiva contra el blanqueo de capitales o por sus siglas en inglés 1AMLD (Anti- Money Laundering Directive). Su objetivo era la tipificación como delito del blanqueo de capitales vinculado al tráfico ilegal de estupefacientes. Así mismo, esta regulación estableció obligaciones específicas de lucha contra el blanqueo de capitales a las entidades bancarias. A tal fin reguló en esta ordenación el concepto de "entidades obligadas", por el cual dichos sujetos debían suministrar información a las autoridades competentes sobre actividades sospechosas.

La segunda ordenación comunitaria contra el blanqueo de capitales se estableció en la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Directiva 2AMLD introdujo importantes modificaciones de las definiciones y actualizaciones del texto normativo anterior de acuerdo a las nuevas tramas del blanqueo de capitales. A este respecto se puede señalar la ampliación del concepto de las "entidades obligadas" en el que se incluyeron a las instituciones financieras no bancarias, oficinas de servicios monetarios, así como, empresas y profesionales no financieros. También conviene

destacar la obligación para los Estados miembros del establecimiento de bases de datos centralizadas de cuentas de pago y de cuentas bancarias, denominado "Fichero de Titularidades Financieras". Así mismo, esta regulación incorporó a nuevas autoridades con competencia para acceder a la información de estos archivos en los Estados miembros.

La tercera normativa contra el blanqueo de capitales (3AMLD) entró en vigor en 2005. Esta regulación se contenía en la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. La ordenación seguía las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional que fueron elaboradas en junio de 2003. Las previsiones normativas se plasmaron con la introducción de una serie de criterios específicos sobre identificación y verificación de la identidad de los usuarios de servicios financieros. Así mismo se configuró como delito grave a las conductas de blanqueo de capitales provenientes de actividades delictivas o la utilización de fondos destinados a fines terroristas. La nueva ordenación incorporó el denominado enfoque basado en el riesgo (RBA o Responsible Business Alliance) para el cumplimiento de las normas de lucha contra el blanqueo de capitales. Este se configura como un código de conducta y procedimientos de auditoría uniformes para los proveedores de las empresas. Todo ello obligó a las entidades a informar sobre las transacciones sospechosas, a la vez que, estableció un sistema de sanciones para las infracciones en la lucha contra el blanqueo de capitales (Mendoza López, 2016). Finalmente, la comentada Directiva incorporó nuevas definiciones aplicables a las "entidades obligadas" como la "diligencia debida simplificada" y "diligencia debida reforzada" referidas a actuaciones de vigilancia de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales.

3.2. LA REGULACIÓN SOBRE LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y EL FRAUDE FISCAL

El trabajo continúa con el análisis de la normativa vigente, de carácter transitorio, de la Unión Europea aplicable a la prevención del blanqueo de capitales y fraude fiscal. A este respecto se puede citar a la cuarta

Directiva comunitaria contra el blanqueo de capitales. Esta regulación se estableció por la *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.* La denominada 4AMLD tenía por objeto impedir que el mercado financiero fuera empleado para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por todo ello, esta regulación estableció la obligatoriedad de identificación a los "sujetos obligados" de toda persona física que ejerciera el control mediante la propiedad del capital u otros medios de una entidad. Además, la ordenación exigía la inclusión en los registros de los Estados miembros de las personas que poseyeran el veinticinco por ciento del capital social de una entidad. Esta previsión normativa implicaba, como ha sido definido por la doctrina científica, como el "levantamiento del velo de las personas jurídicas" (Boldo Roca, 1997). A este respecto se han pronunciado los tribunales de justicia en nuestro ordenamiento jurídico. Se puede destacar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984/2800) que estableció por primera vez el pronunciamiento sobre esta doctrina, como ha puesto de relieve Modelo Flores al señalar que:

> El Tribunal Supremo venía a sentar los mimbres de una opción judicial que permite romper la previsible opacidad de una persona jurídica que le permita albergar, con impunidad, la comisión de un ilícito ya penal, ya civil, o ciertos comportamientos defraudatorios de la buena fe en el ámbito privado. En suma, la resolución habilita la posibilidad concedida a los jueces y tribunales de penetrar en el interior de la persona jurídica para evitar el abuso de su independencia perpetrado por aquella (Modelo Flores, 2013, p.5).

Esta regulación tenía por objeto la identificación de las personas físicas autoras de las conductas de blanqueo que se encontraban ocultas bajo la administración de sociedades pantalla. Así mismo, esta ordenación amplió la definición de Personas Expuestas Políticamente para incluir a los ciudadanos extranjeros y a las personas afiliadas al país con vínculos políticos. Básicamente, una Persona Políticamente Expuesta es una

persona que, a través de su posición destacada o influyente, es más susceptible a estar involucrada en soborno o corrupción. Otros aspectos novedosos que presenta este ordenación se refieren a que los Estados miembros deberán garantizar que las entidades constituidas en su territorio faciliten información adecuada, precisa y actual sobre la identidad de los titulares reales de sus participaciones. Esta información deberá ser conservada en un registro central independiente. Otra nota relevante destacable es el incremento de los controles realizados por las entidades financieras y bancos sobre las operaciones sospechosas que deberán ser identificadas y comunicadas a las autoridades competentes.

La quinta ordenación comunitaria contra el blanqueo de capitales se estableció en la Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. La implantación de esta regulación se llevo a cabo en enero de 2020. La finalidad de la Directiva 5AMLD era la consecución de la mejora de los instrumentos de la lucha contra el blanqueo de capitales, así como, el endurecimiento de los controles regulatorios. A tal fin, esta ordenación amplió el alcance de las "entidades obligadas" a suministrar información a las autoridades competentes. También, la norma estableció un mayor acceso para dichas entidades sobre la información de los destinatarios de los fondos económicos para mejorar la detección y prevención de las actividades de blanqueo de capitales. Así mismo se puede destacar la extensión del control financiero a diversas actividades entre las que se incluyen a las monedas virtuales o servicios relacionados con el pago de tributos. La Directiva también amplío los requisitos de "diligencia debida" en relación con las denominadas Personas Políticamente Expuestas. Si bien, el aspecto más destacable es el referido a las sanciones impuestas a las entidades obligadas por incumplimiento de la citada regulación. Da tal forma que las sanciones podían ascender hasta cinco millones de euros o suponer el diez por ciento de la facturación anual de la entidad infractora. También se debe advertir que el incumplimiento no solamente podrá originar la aplicación de sanciones

económicas. Sino que también, la inobservancia de la regulación sobre blanqueo de capitales puede afectar a la reputación de la empresa con la consiguiente pérdida de confianza de clientes y socios comerciales.

3.3. EL PAQUETE NORMATIVO AMLD DE LA SEXTA DIRECTIVA

La sexta y última regulación comunitaria aprobada contra el blanqueo de capitales se recoge en la Directiva 2024/1640 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativa a los mecanismos que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 y se modifica y deroga la Directiva (UE) 2015/849. Adicionalmente, conviene destacar la aprobación del denominado paquete normativo que complementa a la Directiva 6AMLD contra el blanqueo de capitales. Entre las normas que complementan a la Directiva se incluye el Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, (UE) nº 1094/2010 y (UE) nº 1095/2010. Así mismo conviene destacar el Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, (UE) nº 1094/2010 y (UE) nº 1095/2010. En cualquier caso, nuestro análisis se referirá al estudio de la sexta Directiva. Los aspectos más destacables son los referidos al establecimiento de medidas nacionales para sectores económicos expuestos al blanqueo de capitales y a la financiación del terrorismo. A este respecto, la Directiva establece el plazo hasta el 10 de julio de 2028 para la elaboración por los Estados miembros de una lista de los sectores a los que los se aplica en su totalidad o en parte el Reglamento. Adicionalmente y de forma anual, la Comisión publicará, en el Diario Oficial de la Unión Europea, una lista de los sectores a los que los Estados miembros han decidido aplicar en su totalidad o en parte la regulación. Otro aspecto destacable es la evaluación de riegos de blanqueo de capitales y

de financiación del terrorismo. Además, la Comisión evaluará los supuestos de elusión de sanciones financieras que afecten al mercado interior y que guarden relación con actividades transfronterizas. La extensión de los supuestos objeto de estudio por la Comisión se aproxima a los negocios anómalos. A este respecto De castro señala que

> Son todos aquellos negocios que presentan una anomalía que deforma la figura negocial, esta deformación que es querida por las partes, y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios, de la prevista y ordenada por las leyes (De Castro y Bravo, 1985, p.329).

Así mismo, la Comisión elaborará un informe, antes del 10 de julio de 2028, en el que se evalúen dichos riesgos a escala de la Unión Europea. Posteriormente, la Comisión actualizará dicho informe cada cuatro años. En relación a los mecanismos obligatorios que deben establecer los Estados miembros a efectos de la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo destaca la implantación de la evaluación de riegos a nivel nacional. Esta consiste en que cada Estado miembro llevará a cabo una evaluación nacional de riesgos referidos al de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Dicha evaluación deberá ser revisada al menos cada cuatro años. De la misma manera, los Estados miembros dispondrán de estadísticas sobre cuestiones relacionadas con las citadas materias a efectos de revisar la eficacia de la valoración de riesgos. También, los Estados miembros se asegurarán para que la información sobre la titularidad real de la propiedad de sociedades y la información sobre los acuerdos se encuentren en un registro central. Este cometido se desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico por el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e infracciones Monetarias (Sepblac). Este organismo es el encargado del tratamiento del Fichero de Titularidades Financieras. Se trata de un fichero de titularidad pública dependiente de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Por tanto se trata de un fichero creado con la finalidad de prevenir e impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo al que pueden acceder los fiscales del Ministerio de Justicia. La titularidad real se registrará en el registro del Estado miembro del lugar en el que se ha constituido la persona jurídica o donde se encuentre o resida el fiduciario de un

fideicomiso (Pérez-Fadón Martínez, 2018). En relación a los negocios fiduciarios De castro pone de relieve que en este negocio

> Una persona, el transmitente o fiduciante, transmite o cede un bien o derecho a otra persona, el adquirente o fiduciario, si bien la transmisión no es plena, como aparece frente a terceros, sino que se basa en los pactos estipulados entre fiduciante y fiduciario (De Castro y Bravo, 1985, p.380).

En relación a las clases de negocios fiduciarios Rodríguez-Ramos Ladaria distingue los siguientes:

> Existen dos categorías de negocios fiduciarios, los llamados *fiducia cum amico* y los denominados *fiducia cum creditore*. El primer grupo se caracteriza por realizarse en provecho del fiduciante. Por ejemplo, pertenecería a esta clasificación la cesión de bienes para evitar su embargo, mientras que la *fiducia cum creditore* se celebra en provecho del fiduciario, que es acreedor del fiduciante y que recibe bienes en garantía de la deuda (Rodríguez-Ramos Ladaria, 2010, p.36).

La sexta Directiva, también se refiere a los registros de cuentas bancarias y a los sistemas electrónicos de recuperación de datos. En este caso, los Estados miembros implantarán registros centrales que permitan la identificación de cualquier persona física y jurídica que posea o controle cuentas de pago, así como, cuentas bancarias. Además se incluyen en este registro a las cuentas virtuales, cuentas de valores, cuentas de criptoactivos y cajas de seguridad custodiadas en una entidad de crédito o entidad financiera en el territorio del Estado miembro. Finalmente cabe señalar que, dada la complejidad de la regulación se han establecido distintos plazos para su aplicación. Por tanto, Los Estados miembros de la Unión Europea deberán transponer esta regulación a la legislación nacional antes del 10 de julio de 2027, fecha en la que se derogará la denominada cuarta Directiva. Así mismo, la accesibilidad a los registros centrales de titularidad real de sociedades y fideicomisos deberá transponerse antes del 10 de julio de 2025. Los registros de titulares reales deberán transponerse antes del 10 de julio de 2026. Las disposiciones sobre el punto de acceso único a la información inmobiliaria deberán transponerse antes del 10 de julio de 2029. La *Ley de Regulación de la Actividad Financiera* comenzará a aplicarse el 10 de julio de 2027. Las disposiciones que incluyen a los agentes y clubes de fútbol profesional, en relación con determinados tipos de transacciones, comenzarán a aplicarse a partir

del 10 de julio de 2029. Así mismo, el *Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) nº 1093/2010, (UE) nº 1094/2010 y (UE) nº 1095/2010* comenzará a aplicarse a partir del 1 de julio de 2025 con excepción de ciertos artículos que comenzarán a aplicarse ya a partir del 26 de junio de 2024.

4. DISCUSIÓN

La cuestión objeto de debate se ha referido a la adecuación de la normativa comunitaria para la prevención del blanqueo de capitales y la lucha contra el fraude fiscal a la realidad del tráfico internacional. Por tanto, los temas debatidos, objeto de controversia, se pueden situar en un primer lugar en el análisis de los antecedentes normativos referidos a la regulación comunitaria. La segunda cuestión debatida se refiere a la normativa de transición aplicable a la prevención del blanqueo de capitales y el fraude fiscal. Finalmente, la tercera cuestión abordada se refiere el estudio de la sexta Directiva comunitaria que sustituirá a las regulaciones anteriores. Si bien se ha podido constatar las diferentes fechas de implantación de las medidas contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal establecidas por la citada Directiva. Así mismo, cabe adicionar que muchas de estas medidas requerirán la cooperación con terceros países para su puesta en práctica.

5. CONCLUSIONES

El análisis de los aspectos anteriores posibilita la obtención de una serie de conclusiones sobre el objetivo propuesto inicialmente. La aprobación del nuevo paquete normativo comunitario de lucha contra el blanqueo de capitales adolece de una sistematización temporal en su aplicación. La ausencia de coordinación temporal para la aplicación de las normas afectará a la eficacia de la citada regulación. La implantación de la sexta Directiva comunitaria contra el blanqueo de capitales en nuestro derecho interno referida al control de las plataformas de medios de pago tendrá efectos limitados. La limitación de los efectos jurídicos en el ámbito interno se fundamenta en la existencia de plataformas de pago en países terceros o en jurisdicciones no cooperativas.

6. REFERENCIAS

Boldo Roda, C. (1997). *El "levantamiento del velo" y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Tecnos: Madrid.

Coronas Valle, D. (2022). *La regulación FATCA y CRS en la lucha contra el fraude fiscal.* Thomson Reuters Aranzadi: Cicur Menor.

De Castro y Bravo, F. (1985). El negocio jurídico, *Civitas,* Madrid.

Mendoza López, D.T. (2016). La lucha del derecho internacional tributario contra la planeación fiscal agresiva. *Anuario mexicano de Derecho internacional*, 16.

Modelo Flores, J.M. (2013). La aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en la determinación de la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas. *Revista Universidad Internacional de Andalucía.*

Peláez Martos, J.M. (2010). *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*. Wolters Kluwer: Madrid.

Pérez-Fadón Martínez, J.J. (2018). Fiscalidad de los trusts y de los seguros de vida. *Carta tributaria*, 43.

Rodríguez-Ramos Ladaria (2010). *Negocios anómalos y figuras afines en el derecho Tributario*. Tirant lo Blanch: Valencia.

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CAPITALES Y LA REGULACIÓN SOBRE EL CONTROL DE PAGOS

CARLOS BILBAO CONTRERAS
Universidad de Burgos

1. INTRODUCCIÓN

El *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* tenía como objetivo común la consecución de una serie de libertades aplicables a los Estados miembros. Así mismo, el Tratado Fundacional de la Unión Europea recogió dichos principios en su texto. Las libertades se referían a la libre circulación der mercancías, personas, servicios y capitales. Este último aspecto adquiere una especial relevancia por la adopción del euro como moneda oficial de la Unión Europea. Si bien, posteriormente, conviene destacar, la implantación de una serie de regulaciones restrictivas de los importes económicos objeto de libre circulación entre los Estados miembros. Adicionalmente, cabe resaltar la existencia de una normativa limitadora de las formas de pagos entre empresas, así como, entre éstas y los particulares. Llegados a este punto conviene estudiar la compatibilidad de dicho fenómeno normativo con el principio de libertad de circulación de capitales establecido en la regulación de la Unión Europea (Merino Jara, 1994, p.122). Una primera cuestión de obligada referencia, en este trabajo, es la delimitación normativa entre las "restricciones a la circulación de capitales" y el "control de pagos". Dado que la primera se recogía en el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* en el artículo sesenta y siete. En particular, el apartado primero del citado precepto establecía que:

> Los Estados miembros suprimirán progresivamente entre sí, durante el período transitorio y en la medida necesaria para el buen funcionamiento del Mercado Común, las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales (López Garrido, Martínez Higueras y Hernández F. del Valle, 1986, p.40).

Mientras que, la referida al control de pagos se recogía en el artículo ciento seis del mencionado Tratado. Este precepto establecía en su apartado segundo que:

> En la medida en que los intercambios de mercancías y servicios y los movimientos de capitales estén únicamente limitados por restricciones de los pagos correspondientes, se suprimirán progresivamente dichas restricciones mediante la aplicación analógica de las disposiciones de los capítulos relativos a la supresión de las restricciones cuantitativas, la liberalización de los servicios y la libre circulación de capitales (López Garrido, Martínez Higueras y Hernández F. del Valle, 1986, p.50).

Por todo lo anterior, la "circulación de capitales" y "circulación de pagos" no aparecía diferenciada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad. Dado que,

> El concepto de libre circulación de capitales se definiría por relación a su objeto; a saber, los movimientos de capitales a que se refiere el repetido artículo 67. Del Tratado quedando así delimitado respecto de la que podría denominarse libre "circulación de pagos" (Zahlungsverkehr) o liberalización de los pagos contemplada en el artículo 106 del Tratado, y que comprendería los movimientos monetarios entre estados cuyo origen fuera la contraprestación o pago a la circulación de mercancías o a la prestación de servicios, o incluso a los movimientos de capitales (De la Hucha Celador; Ramallo Massanet, y Zornosa Pérez, 1992, p.31).

Posteriormente, las reformas normativas plasmadas en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* resolvió la cuestión. La solución adoptada en el texto normativo se fundamentó en la regulación conjunta de ambos aspectos. A tal fin, el Tratado agrupó ambos aspectos bajo la rúbrica de "Capital y pagos" en su Capítulo IV integrado en el Título III bajo la denominación de "libre circulación de personas, servicios y capitales". Si bien conviene señalar una serie de medidas restrictivas de la circulación de capitales contenidas en el Tratado. Así el artículo setenta y cinco del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán

adoptar, mediante reglamentos, una serie de medidas sobre movimiento de capitales o pagos. Entre éstas destaca la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión y tenencia ostenten personas, grupos o entidades vinculadas a actos de terrorismo. Por su parte, el artículo ciento cuarenta y cuatro de la misma disposición normativa posibilita la adopción de medidas de salvaguarda de la balanza de pagos en el supuesto de existencia de dificultades que afecten al funcionamiento del mercado interior o en caso de crisis súbita. Finalmente el artículo doscientos quince del reseñado Tratado prevé la imposición de sanciones económicas a fin de prevenir y combatir el terrorismo de acuerdo con las decisiones adoptadas en el marco de la política exterior, así como, de seguridad común.

2. OBJETIVOS

Este trabajo se propone examinar el grado de compatibilidad del principio de libertad de circulación de capitales con la vigente regulación sobre el control de pagos. La concreción de estos criterios permitirá determinar el grado de cumplimiento del citado principio comunitario. Este aspecto es relevante, dado que, la limitación de las formas de pago y circulación de recursos económicos tiene repercusiones jurídicas y económicas. Ambas consecuencias afectan, de forma indudable, a las empresas, así como, a la ciudadanía en general en el libre ejercicio de sus actividades y derechos.

3. METODOLOGÍA

El estudio analiza en primer lugar el alcance del principio de libertad de circulación de capitales de acuerdo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su normativa de desarrollo. En segundo lugar se examinan las regulaciones impositivas aplicables a la transmisión de elementos patrimoniales a las empresas por cambio de residencia fiscal. En tercer y último lugar se estudia la normativa que restringe las formas de pagos entre empresas, así como, entre éstas y los particulares. De forma adicional a todo lo anterior se referenciara el Dictamen del Banco Central Europeo sobre limitaciones de pago en efectivo. Finalmente,

cabe concluir que la concreción de los citados aspectos, de carácter parcial, posibilitará la obtención de una serie de conclusiones finales.

3.1. Marco normativo sobre la libertad de circulación de capitales

El *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* se configuró de acuerdo a la garantía efectiva de una serie de libertades aplicables a las relaciones entre los Estados miembros pertenecientes a dicha organización. Las denominadas cuatro libertades se fundamentaban en la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. En relación a esta última se regulaba en el Capítulo IV denominada "Capitales", correspondiente al Título III bajo la rúbrica de la "libre circulación de personas, servicios y capitales", como se ha puesto de relieve anteriormente. En particular dicha libertad se recogía en el artículo sesenta y siete. El desarrollo del citado precepto se reguló por numerosas Directivas comunitarias, entre éstas destacan, *La Primera Directiva de 11 de mayo de 1960 para la aplicación del artículo 67 del Tratado*. A continuación siguió la *Segunda Directiva 86/566/CEE, del Consejo, del 18 de diciembre de 1962, por la que se completa y modifica la primera Directiva para la aplicación del artículo 67 del Tratado.* Finalmente, la *Directiva 72/156/CEE del Consejo, de 21 de marzo de 1972, para la regulación de los flujos financieros internacionales y la neutralización de sus efectos no deseables sobre la liquidez interna* que fue sustituida por la *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado*. Esta regulación estableció la liberalización completa de los movimientos de capitales entre los países comunitarios con efectos desde el 1 julio de 1990. La Directiva suprimió el régimen general de restricciones a los movimientos de capitales entre las personas residentes en los países comunitarios. Si bien, esta ordenación incorporó una cláusula por la que la Comisión Europea podía autorizar a un Estado miembro la adopción de medidas restrictivas una vez consultado el Comité Monetario y el Comité de los Gobernadores de los Bancos Centrales. Las medidas podían adoptarse cuando se originasen perturbaciones graves en la política monetaria y de cambio de un Estado miembro (Viñals Iñiguez, 1990, p.75). Las medidas restrictivas sobre movimientos de capitales se

encontraban enumeradas en el anexo II de la reseñada Directiva y su duración no podían superar los seis meses. Esta Directiva estuvo en vigor desde el 7 de julio de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1999. Posteriormente, esta Directiva fue sustituida por la regulación establecida en el *Tratado de la Unión Europea*, así como, en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Sin embargo es necesario advertir que, la citada Directiva todavía se utiliza actualmente para la delimitación de la noción de movimiento de capitales recogida en su anexo I por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cualquier caso, conviene destacar que el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* regula en el Capítulo IV denominado "Capital y pagos", correspondiente al Título IV bajo la rúbrica de "libre circulación de personas, servicios y capitales". En particular el apartado primero y segundo del artículo sesenta y tres establece que:

> En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. 2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones (Balaguer Pérez, 2019, p.111).

La libre circulación de capitales implica la supresión de todas las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros, así como, entre éstos y terceros países. Este principio tiene una excepción referida a la salvaguarda de intereses públicos legítimos. Con este objetivo, en la Unión Europea se aprobó el *Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión*. Esta ordenación se corresponde con la mayoría de las regulaciones establecidas en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo y Crecimiento Económico (en adelante OCDE). A este respecto conviene destacar que el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad por su siglas en inglés) pone de relieve que el número de países con mecanismos de control sobre inversión extranjera directa, por motivos de seguridad, representa el setenta y uno por ciento de los flujos económicos a nivel mundial (Unctad, 2023, p.56). De entre estos países una gran mayoría pertenece a la Unión Europea. Esta circunstancia

pone en evidencia "el amplio abanico de países que hacen o han hecho uso de alguna figura perteneciente a la familia de los impuestos sobre transacciones financieras" (Domínguez Martínez y López Jiménez, 2017, p.10). En nuestro ordenamiento jurídico, como ejemplo de regulación, entre otras normas, se puede citar la *Ley 5/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre las Transacciones Financieras*. La configuración del tributo se corresponde con los planteamientos establecidos en otros países comunitarios como Italia y Francia. En nuestro caso, el Impuesto recae sobre la adquisición onerosa de acciones de sociedades españolas con independencia de la residencia de las entidades que intervengan en la operación. Si bien, el gravamen se limita a operaciones sobre acciones de sociedades cotizadas en un mercado oficial independientemente de la existencia de un centro de negociación para tal fin. También se incluyen en estas operaciones a los certificados de depósito representativos de acciones. Otro requisito para la aplicación del citado impuesto se fundamenta en que la sociedad tenga un valor de capitalización bursátil superior a mil millones de euros.

3.2. TRIBUTACIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIALES DE UNA ENTIDAD POR TRASLADO DE DOMICILIO FISCAL

Las prioridades políticas en materia de fiscalidad internacional pusieron de relieve la necesidad de garantizar el pago sobre los beneficios obtenidos por las sociedades en jurisdicciones con baja o nula tributación, cuyas prácticas afectaban a la recaudación global de dichos tributos. Como consecuencia de todo ello surgió en el seno de la OCDE el denominado proyecto contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*Base Erosion and Profit Shifting* o BEPS, por sus siglas en inglés). El proyecto tenía por objetivo garantizar que las multinacionales tributarán en los países donde realmente desarrollaban su actividad y evitar la utilización de estructuras fiscales elusivas de las obligaciones tributarias. A tal fin, el proyecto contemplaba una serie de medidas orientadas a la consecución de la transparencia de las operaciones empresariales. En sintonía con el citado proyecto, el Consejo Europeo asumió estos trabajos en sus Conclusiones de 13 y 14 de marzo de 2013, así como, en las realizadas el 19 y 20 de diciembre del mismo año. Por

su parte la, Comisión Europea en su Comunicación de 17 de junio de 2015, configuró un Plan de Acción para el establecimiento de un sistema de imposición de las sociedades en la Unión Europea. La Comunicación justificaba estas medidas dado que

> Las normas actuales en materia de fiscalidad de las empresas ya no se ajustan al contexto moderno. Los ingresos de las empresas se gravan a escala nacional, pero el entorno económico se ha hecho más globalizado, móvil y digital. Los modelos de actividad y las estructuras de las empresas se han vuelto más complejos, con lo que es más fácil trasladar beneficios. Esto ha hecho más difícil determinar qué país se supone que debe gravar la renta de una empresa multinacional (Comisión Europea, 2015, p.2).

En nuestro ordenamiento tributario, la *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades* reguló en su artículo diecinueve a los denominados impuestos de salida o "*exit taxes*". Dicho precepto establecía una imposición tributaria a aquéllas entidades que realizarán un cambio de residencia fiscal de España al extranjero. En esta ordenación se podían establecer varios supuestos: el primero consistente en el cambio de residencia fiscal de España a un país tercero. En este caso correspondía integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad que traslada su residencia a un país tercero a la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos patrimoniales. Este tratamiento tributario tiene una excepción cuando dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español. El Segundo supuesto se refiere a los cambios de residencia fiscal de España a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. En este caso, la entidad transmitente de los elementos patrimoniales podrá optar por fraccionar el pago de la deuda tributaria resultante por las plusvalías tácitas generadas. El fraccionamiento del pago podrá realizarse con anterioridad a la realización del traslado y hasta el momento en el que se transmitan a terceros los elementos patrimoniales afectados. Posteriormente se estableció un régimen tributario más beneficioso en estos caso por la *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el*

funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego. Esta regulación dispuso que con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2021 se sustituyera este sistema de aplazamiento por un régimen de fraccionamiento por quintas partes anuales iguales. La opción por el nuevo sistema requiere la solicitud de la entidad contribuyente. Finalmente, el tercer supuesto se refiere a cambios de residencia fiscal de España a un territorio calificado como paraíso fiscal. En este supuesto, los elementos patrimoniales transferidos a una persona o entidad residente en países calificados como paraísos fiscales se valorarán por su valor de mercado. La regulación referida a la imposición tributaria sobre los elementos patrimoniales de una entidad residente a un país tercero o paraíso fiscal pueden encontrar una justificación con la finalidad de evitar la mecanismos elusivos de las obligaciones tributarias. Este planteamiento normativo es más difícil justificar en los supuestos de transmisión de elementos patrimoniales de entidades de un Estado miembro a otro país comunitario. A este respecto, el apartado segundo del artículo sesenta y tres del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* es claro al respecto al establecer que "quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países".

3.3. Las normas sobre limitación de pagos en efectivo

La regulación sobre restricciones en la realización de pagos en efectivo tiene su antecedente más próximo en la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. Esta regulación estableció una serie de previsiones normativas contra el fraude fiscal. Entre éstas sobresalen la adopción de medidas cautelares, investigación patrimonial del obligado tributario, limitación de pagos en efectivo o el establecimiento de obligaciones de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero. Por lo que se refiere a la restricción de entregas en efectivo, esta norma estableció en su artículo siete, una limitación, para la realización de pagos en operaciones superiores a 2.500

euros o su contravalor en moneda extranjera. El citado importe era de 15.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador fuera una persona física que careciera de domicilio fiscal en España y no actuará en calidad de empresario o profesional. Las excepciones a esta regulación se refieren a que el pago entre particulares no se encontraba sujeto a esta restricción. Así mismo, la limitación tampoco resultaba aplicable a los pagos e ingresos realizados por entidades de crédito. Adicionalmente se debe tener en cuenta una serie de especialidades. La primera sobre el contenido de la expresión "pagos en efectivo" que se extiende, además del metálico, a los cheques bancarios al portador o los medios de pago definidos en el artículo 34.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. La segunda especialidad se fundamenta en la equiparación con la entrega en efectivo a cualquier otro medio de pago empleado, en el que no se identifica a los intervinientes en la operación. Finalmente, la tercera y última especialidad se basa en la imposibilidad de fraccionamiento de los pagos con el propósito de evitar los límites normativos. La casuística originada como consecuencia de la aprobación de la norma comentada afecta a numerosas operaciones de suministro, pago de sueldos y salarios, operaciones de tracto sucesivo (Blanco Sanchis, 2014, p.30). Adicionalmente, la norma incorporó una serie de obligaciones de información aplicables a cualquier autoridad o funcionario, que en el ejercicio de sus funciones, tuviera conocimiento del incumplimiento de la limitación legal. De forma complementaria, la norma estableció el régimen de infracciones y sanciones, el procedimiento sancionador, así como, el órgano competente para la recaudación de las cantidades imputadas. Además, conviene destacar, la exención de responsabilidad de una parte interviniente en la operación en el caso de su denuncia ante la autoridad competente. Posteriormente, esta regulación fue modificada por Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del

juego. La reforma afectaba al citado artículo siete de la normativa comentada de 2012. De tal forma que la nueva regulación establecía que

> No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional.

Todo ello implicaba que a partir del 11 de julio de 2021, los supuestos originados por los pagos en efectivo eran los siguientes: Primero. Pago entre empresario y particular. No se puede pagar en efectivo operaciones en las que alguna de las partes actúe en calidad de empresario o profesional por un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. Segundo. Pago entre empresarios. No se puede pagar en efectivo operaciones por un importe igual o superior a 1.000 euros. Tercero. Pago por un no residente en España a un residente. Cuando quien paga fuera una persona física sin domicilio fiscal en España y no actúe como empresario o profesional, el límite es de 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. Cuarto y último. Pago entre particulares, el límite máximo podrá ser de 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. Así mismo, el incumplimiento de dicha normativa implicaba la exigencia de sanciones económicas. En estos casos, la imposición de sanciones equivale al veinticinco por ciento de la cuantía satisfecha en efectivo. Si bien, esta regulación establece una reducción del cincuenta por ciento de la sanción, cuando el infractor asume la conformidad de la misma y renuncia a realizar alegaciones tendentes a la presentación de un recurso. También, conviene destacar que la responsabilidad del pago afecta a ambas partes de forma solidaria. Alternativamente, la ordenación regula un sistema de control encaminado a detectar todas las operaciones ilegales. El sistema se articula a través de la denuncia de una de las partes presentada ante la Agencia tributaria en el plazo de tres meses posteriores al incumplimiento. En este caso, la parte denunciante queda exonerada de responsabilidad. Cabe destacar un supuesto específico, cuando las dos partes se denunciaran mutuamente, en este caso, la parte que comunicara en

primer lugar la denuncia quedaría exonerada y la segunda recibiría la sanción. A la vista de la regulación comentada, se puede concluir que la restricción en los pagos en efectivo afecta tanto a obligados tributarios con residencia fiscal en España como a personas carentes de dicho criterio incluso, aún siendo sujetos pertenecientes a un Estado miembro de la Unión Europea. La casuística originada como consecuencia de la aprobación de la norma comentada afecta a pequeñas cantidades habituales en el tráfico civil o mercantil con escasa incidencia en el conjunto del fraude fiscal. Más bien, esta regulación obstaculiza la realización de sencillas transacciones económicas entre particulares, así como, entre éstos y las empresas. Sin duda alguna, el colectivo más perjudicado son las personas con escasos recursos económicos, de avanzada edad o carentes de los medios alternativos para realizar operaciones esenciales de consumo para su propia supervivencia.

3.4. El dictamen del Banco Central Europeo, de 15 de marzo de 2022, sobre las limitaciones de los pagos en efectivo

El Banco Central Europeo tiene su origen en el *Tratado de Maastricht* ejerciendo sus plenas actividades a partir del 1 de enero de 1999 (Martín Arribas, 2020, p.158). El inicio de sus actividades coincidió con la puesta en marcha de la tercera fase de la Unión Monetaria Europea consistente en la introducción del euro como moneda oficial de la Unión Europea. La entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* el, 1 de diciembre de 2009 atribuyó al Banco Central Europeo el rango institucional de la Unión Europea. Las característica de esta institución comunitaria son entre otras la independencia institucional, jurídica y personal de los miembros pertenecientes a los órganos rectores (Scheller, 2006, p.34). La función principal de este organismo es la dirección de la política monetaria de la Unión Europea en coordinación con los Bancos centrales de los Estados miembros. Si bien conviene destacar que, el citado Banco también tiene competencias consultivas atribuidas por los artículos 127 y 282 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Así mismo, dichas competencias han sido concretadas a través de la *Decisión 98/415/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la consulta de las autoridades nacionales al Banco Central Europeo acerca de los*

proyectos de disposiciones legales. Por todo ello, el Banco de España realizó una consulta al Banco Central Europeo sobre el anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal que se tramitaba en nuestro ordenamiento jurídico. El citado proyecto tenía por objetivo la trasposición de la *Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior*, así como la incorporación a nuestro derecho interno de la *Directiva (UE) 2017/1852, del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea*. El anteproyecto se refería a la normativa posteriormente aprobada bajo la denominación de *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.* Como se recordará esta regulación redujo los pagos en efectivo de 2.500 a 1.000 euros. A tal consulta el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo emitió un dictamen sobre dicha regulación de acuerdo al artículo 17.5 del *Reglamento interno del Banco Central Europeo*. Merece destacar una serie de consideraciones de dicha institución recogidas en el punto 2.10 del Dictamen al señalar que:

> Debe tenerse presente que la posibilidad de pagar en efectivo sigue siendo muy importante para determinados grupos sociales que, por diversas razones legítimas, prefieren utilizar el efectivo en lugar de otros instrumentos de pago. Además, el efectivo es comúnmente apreciado como instrumento de pago porque goza de amplia aceptación, es rápido y facilita al pagador el control de su propio gasto (Banco Central Europeo, 2022, p.4).

Así mismo, el apartado 3.2 del Dictamen del Banco Central Europeo en relación a la *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal* puso de relieve que

> El preámbulo de la ley no ofrece indicios claros de la probabilidad de que el nuevo límite permita efectivamente alcanzar el objetivo de interés público perseguido. Además, el legislador español no ha indicado si podrían o no haberse tomado medidas alternativas para alcanzar el objetivo perseguido con efectos menos adversos (Banco Central Europeo, 2022, p.5).

Adicionalmente, el apartado 3.6 del Dictamen del Banco Central Europeo en relación a la *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal* señaló que

> En virtud de lo expuesto, el BCE considera que es desproporcionado reducir a 1000 EUR el límite del pago en efectivo en las operaciones en que alguna de las partes actúe en calidad de empresario o profesional. Tal reducción tendrá efectos adversos no deseados en la condición de curso legal de los billetes en euros. Además, este límite del pago en efectivo reduce significativamente la capacidad de los pagadores de utilizar billetes en euros y la libertad de los ciudadanos para escoger el medio de pago (Banco Central Europeo, 2022, p.6).

Finalmente, el Banco Central Europeo concluye en el apartado 3.7 del Dictamen en relación a de la *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal* que

> Como ya advirtió el BCE en cuanto a la limitación de 10000 EUR para los pagos en efectivo de personas físicas que no actúan en calidad de empresarios o profesionales y que no tienen su domicilio fiscal en España, a personas que actúan en calidad de empresarios o profesionales, la aplicación de una norma distinta a los pagos hechos por no residentes no parece justificada, y discrimina a los pagos hechos por residentes (Banco Central Europeo, 2022, p.6).

Una vez analizada la normativa limitativa de la realización de pagos en efectivo se puede concluir en la falta de justificación de la medida en relación a la prevención del fraude fiscal. Así mismo conviene destacar la falta de proporcionalidad de la medida adoptada por la *Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal* con el fin perseguido (Calvo Vérgez, 2024, p.2). Todo lo anterior requiere un proceso de reflexión sobre la verdadera utilidad y pretendida legalidad de dichas medidas.

5. DISCUSIÓN

La cuestión objeto de debate se ha referido a la compatibilidad del principio de libertad de circulación de capitales contemplado en los Tratados de la Unión Europea con la normativa sobre el control de pagos aprobada recientemente. Por tanto, los temas debatidos, objeto de controversia, se pueden situar en primer lugar en la existencia de un

gravamen aplicable a las entidades de la Unión Europea que trasladan sus elementos patrimoniales y su residencia fiscal a otros Estados miembros, país tercero o un paraíso fiscal. La segunda cuestión debatida se refiere a la aprobación de la normativa restrictiva, en cuanto a importes se refiere, de la realización de pagos en efectivo aplicables a los particulares, así como, a las empresas. En esta materia interesa dilucidar, por un lado su repercusión en los Estados miembros de la Unión Europea. Por otro sobre las consecuencias que afectan a las empresas, así como, a la ciudadanía. Para todo lo anterior se debe tener en cuenta el Dictamen emitido por el Banco Central Europeo en materia de realización de pagos en efectivo.

6. CONCLUSIONES

Los Tratados de la Unión Europea carecen de un desarrollo específico en relación a la libertad de circulación de capitales aplicable en cada Estado miembro en particular. Más bien, dicha regulación se centra en la aplicación de dicho principio puesto en relación con otros Estados miembros. La regulación referida a la imposición tributaria sobre los elementos patrimoniales de una entidad por cambio de residencia fiscal a un país tercero o paraíso fiscal puede encontrar su justificación en evitar el fraude fiscal. La fundamentación de esta medida tiene por finalidad impedir la utilización de mecanismos elusivos de las obligaciones tributarias a través del cambio de residencia fiscal. Este planteamiento normativo es más difícil justificar en los supuestos de transmisión de elementos patrimoniales de entidades de un Estado miembro a otro país comunitario. A este respecto, el apartado segundo del artículo sesenta y tres del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* es claro al respecto al establecer que "quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países". Por lo que se refiere a la limitación de pagos en efectivo y a la vista de la regulación comentada. Se puede concluir que, la restricción de los importes satisfechos en efectivo afecta tanto a obligados tributarios con residencia fiscal en España como a personas carentes de dicho criterio incluso, aún siendo sujetos pertenecientes a un Estado miembro de la Unión Europea. La casuística originada como

consecuencia de la aprobación de la norma comentada afecta a pequeñas cantidades habituales en el tráfico civil o mercantil con escasa incidencia en el conjunto del fraude fiscal. Más bien, esta regulación obstaculiza la realización de sencillas transacciones económicas entre particulares, así como, entre éstos y las empresas. Sin duda alguna, el colectivo más perjudicado son las personas con escasos recursos económicos, de avanzada edad o carentes de los medios alternativos para realizar operaciones esenciales de consumo para su propia supervivencia. Por tanto se debe concluir que, el límite de pagos en efectivo dificulta la realización de operaciones entre las empresas y la ciudadanía. El límite de pagos en efectivo es contrario al concepto de curso legal del euro como moneda de la Unión Europea. El límite de pagos en efectivo carece de indicios suficientes para justificar su implantación basada en la prevención del fraude fiscal o financiación de actividades ilícitas.

7. REFERENCIAS

Balaguer Pérez, A. (2019). *Código Universitario Repertorio de Derecho de la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Madrid.

Banco Central Europeo (2022). *Dictamen sobre las limitaciones a los pagos en efectivo, de 15 de marzo de 2022*. Public- Ecb: Fráncfort

Blanco Sanchis, A. (2014). La limitación de los pagos en efectivo, *Revista Cont4bl3*, 51, pp.28-31

Calvo Vérgez, J. (2024). El necesario respeto a la proporcionalidad en la limitación de los pagos en efectivo como medida de lucha contra el fraude fiscal, *Quincena fiscal*, 17.

Comisión Europea, (2015). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*, Bruselas, 17.6.2015 COM (2015) 302 final, 1-17.

De la Hucha Celador, F.; Ramallo Massanet, J. y Zornosa Pérez, J.J, (1992). Aspectos fiscales de la libre circulación de capitales en la Comunidad Europea, *Papeles de economía española*. *Suplementos sobre el sistema financiero*. 38, 30-98.

Domínguez Martínez, J.M. y López Jiménez, J.M. (2017), El impuesto sobre transacciones financieras en la Unión Europea: aspectos jurídicos y económicos, *Serie Documentos de Trabajo, Instituto Universitario de análisis Económico y Social de la Universidad de Alcalá*, 1, pp.1-49.

López Garrido, D.; Martínez Higueras, A.J. y Hernández F. del Valle (1986). *Derecho Comunitario Europeo. Tratado Constitutivo, legislación y jurisprudencia comentada sobre libertades económicas y derechos fundamentales*, Tecnos: Madrid.

Martín Arribas, J.J. (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor.

Merino Jara, I. (1994). Libre circulación de capitales y fiscalidad, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 12-13, 1994-1995, págs. 121-132.

Scheller, H.K. (2006). *El Banco Central Europeo. Historia, misión y funciones*. Banco Central Europeo: Fráncfort.

Unctad (2023). *World investment report 2023*. United Nations publication: Geneva.

Viñals Iñiguez, J.M. (1990). Los riesgos de la libre circulación de capitales. *Papeles de Economía Española*, 43, p.74-83.

LA VÍA DEL BLANQUEO DE CAPITALES FRENTE A LAS GANANCIAS ILÍCITAS DE LA CORRUPCIÓN

YAGO GONZÁLEZ QUINZÁN
Universidad de Santiago de Compostela

1. INTRODUCCIÓN

En la lucha contra la corrupción constituye un aspecto determinante la privación del producto derivado del delito a todas aquellas personas corruptas que han obtenido bienes ilícitos (SÁNCHEZ ROBERT, 2021). Para la consecución de dicho objetivo se recurre eminentemente a estrategias de carácter penal, pues se parte del entendimiento de que resultan más eficaces para reducir el afán codicioso que inspira a quienes perpetran una determinada actividad delictiva (BLANCO CORDERO, 2017). Entre los mecanismos utilizados se cifran clásicamente los siguientes: la aplicación de los tipos penales de blanqueo de capitales, sujetos en las últimas reformas a una expansión irrazonable que evidencia la necesidad de una interpretación restrictiva con el fin de salvaguardar principios constitucionales y penales básicos (GONZÁLEZ URIEL, 2020); el empleo del decomiso en cualquiera de sus modalidades; y la aplicación de la doctrina "Al Capone" (FARALDO CABANA, 2017), esto es, apreciar el delito de defraudación tributaria *ex* art. 305 CP por falta de tributación de las ganancias derivadas de la corrupción. En la actualidad todavía cabe añadir la posibilidad abierta por el nuevo delito de enriquecimiento ilícito.

2. LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES

Enunciadas las anteriores posibilidades, el presente trabajo se centra en la instrumentalización del blanqueo de capitales como medio para

impedir que los actos de corrupción resulten rentables. Ante el carácter eminentemente global de ambos fenómenos delictivos, su represión no puede circunscribirse únicamente a la soberanía propia de cada estado (BLANCO CORDERO, 2017); en este sentido, la comunidad internacional ha reaccionado con abundantes normativas para combatir tanto la corrupción pública y privada, como la legitimación de bienes de origen delictivo. En lo que atañe a la primera, asistimos en los últimos tiempos a una lucha incesante en la que las principales organizaciones supraestatales, como Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Unión Europea o el Consejo de Europa, dirigen todos sus esfuerzos a preservar los intereses públicos sobre los privados (ACALE SÁNCHEZ, 2017). En punto al blanqueo de capitales, el *hard law* de las grandes organizaciones se complementa con principios, indicaciones y recomendaciones que, pese a su carácter no vinculante, resulta ampliamente seguidos por los estados y propician una armonización incluso mayor de las regulaciones penales nacionales (BLANCO CORDERO, 2017). En este sentido, las Cuarenta Recomendaciones del GAFI constituyen, a pesar de las críticas sobre su legitimación, la referencia en la lucha contra el blanqueo de capitales.

No obstante, en el escenario internacional no se concibe a la corrupción y al blanqueo de capitales como fenómenos separados o alejados entre sí. La Convención de Mérida, en el mismo párrafo segundo de su Preámbulo, señala como motivos de su propia elaboración la preocupación generada por "los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero". Ante la conexidad entre ambos fenómenos, en el plano comunitario europeo se ha incidido recientemente en la necesidad de atender conjuntamente a ellos. La Directiva 2018/843 configura como elemental el refuerzo de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en relación con aquellas personas con presencia política o con funciones públicas. En la vertiente penal, la Directiva 2018/1673 permite, pero no impone, que los estados miembros otorguen un mayor reproche punitivo a la legitimación de bienes procedentes de la corrupción [art. 6.2 letra b)]; esta facultad no ha sido desaprovechada por el legislador español de

2021 que introdujo, entre otras referencias, los delitos de corrupción en los negocios -los delitos relacionados con la corrupción pública ya se preveían desde 2010- ante la consideración de que sanciones agravadas resultarán "más eficaces, proporcionadas y disuasorias".

La vinculación entre corrupción y blanqueo de capitales plasmada en la normativa internacional obedece a que a nivel criminológico existen múltiples aproximaciones en las que se constata que ambos fenómenos se retroalimentan, esto es, entre los que existe una "dependencia significativa" (GÓMEZ INIESTA, 2021, p. 1430). Por un lado, la corrupción incrementa las actividades de blanqueo de capitales al ser posible el soborno de instituciones públicas y de particulares; en concreto, «la corrupción sirve al blanqueo, facilitando cauces oficiales -por acción u omisión, valiéndose del clásico criterio norteamericano de la "deliberada ceguera"- para poder disfrutar pacíficamente de los fondos obtenidos como consecuencia del ejercicio desviado del poder» (FABIÁN CAPARRÓS, 2002, p. 105). Por otro lado, el lavado de activos ayuda a ocultar la procedencia ilícita de los bienes y, con ello, se faculta el disfrute de todos los activos obtenidos de forma ilícita. Siguiendo a FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES (2010), en cualquiera de las manifestaciones se constata la relación entre ambas formas de criminalidad; esto es, en algunos casos el blanqueo dota de apariencia de legalidad al producto ilícito resultante, por ejemplo, del abuso de poder público o el soborno entre particulares, mientras que en otros supuestos el corromper a los sujetos encargados de la persecución del blanqueo sirve precisamente de medio para la comisión de este último delito.

3. ¿QUÉ DELITOS COMPRENDE EL TÉRMINO "CORRUPCIÓN"?

A la hora de analizar de forma conjunta los fenómenos de la corrupción y el blanqueo de capitales, un primer obstáculo que encontramos es la indefinición de la primera categoría, pues ni siquiera la Convención de Mérida, como primer instrumento vinculante contra dicha forma de criminalidad (GÓMEZ INIESTA, 2021), recoge un concepto "unívoco" (GONZÁLEZ URIEL, 2020, p. 69). Adviértase que nuestro texto

punitivo emplea el término únicamente en relación con la corrupción privada, esto es, los "delitos de corrupción en los negocios" previstos en los arts. 286 bis a quáter CP, incluyéndose en ellos también la corrupción deportiva y la corrupción en las transacciones económicas internacionales. Con todo, el término "corrupción" se identifica primordialmente con el "abuso de poder público para obtener una decisión favorable que deriva en una ventaja ilegítima en beneficio privado" (GÓMEZ INIESTA, 2021, p. 1433), lo que equivale a la corrupción pública y/o política. A efectos del presente trabajo se adopta una equiparación entre los dos tipos de corrupción pues ambas comparten como notas comunes "el desvío de poder y de una función pública, en beneficio de un tercero, pudiendo mediar merced económica" (GONZÁLEZ URIEL, 2020, p. 73).

En punto a qué delitos comprende específicamente la corrupción pública, adviértase que esta no se trata de una cuestión sencilla. Ampliamente se identifica con varios de los ilícitos penales insertos en el título XIX del CP: cohecho, tráfico de influencias, prevaricación, malversación de patrimonio público, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función. NÚÑEZ PAZ (2022) aboga también decididamente, a partir de la novedad incluida en la Directiva 2018/843 sobre confección de listas por los estados miembros a fin de identificar a personas con presencia política y funciones públicas importantes, por la inclusión de los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, añadidos cuestionablemente en el título XIII bis del CP. Otros autores, como GONZÁLEZ URIEL (2020), solventan esta dificultad mediante la remisión al art. 19 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que dispone un catálogo de delitos más amplio y en cuyos procesos penales intervendrá la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada si se tratan de supuestos de especial trascendencia.

4. EL CONCURSO REAL ENTRE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES

La corrupción, tanto pública como privada, genera beneficios económicos que, tras su obtención, sitúa a los delincuentes ante la necesidad de

dotarles de apariencia de legalidad. El punto de partida es que cualquier delito de corrupción puede servir de hecho antecedente para el blanqueo. Precisamente, desde finales del siglo XX los diversos instrumentos internacionales contienen disposiciones que reconocen inequívocamente a la corrupción como hecho de referencia en el blanqueo de capitales (FABIÁN CAPARRÓS, 2002); más recientemente, las múltiples directivas comunitarias sobre el blanqueo de capitales abogan decididamente por este extremo.

La admisión del concurso real entre los delitos de corrupción y el blanqueo de capitales se apoya por diversas razones. En primer lugar, en función de los distintos valores protegidos con cada delito. Cabe mencionar que los delitos insertos bajo la noción de corrupción pública (las diversas figuras del título XIX del CP, al igual que otras insertas en otros apartados del texto punitivo) protegen un "bien jurídico categorial" (GONZÁLEZ URIEL, 2020, p. 74): el correcto funcionamiento de la Administración Pública como instrumento al servicio de los ciudadanos y su actuación conforme a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y respeto a la ley contenidos en el art. 103 CE. El blanqueo de capitales, por su parte, constituye un delito pluriofensivo que ampara la correcta Administración de Justicia y el orden socioeconómico Y, en segundo lugar, por la autonomía e independencia que se predica del blanqueo de capitales. No obstante, la premisa de partida es la crítica a la tendencia acusatoria que, ante la comisión de un delito de corrupción u otro del que deriva un beneficio económico para su autor, emplea la calificación adicional de blanqueo de capitales. Esta práctica se estima contraria a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y *ne bis in idem* (QUINTERO OLIVARES, 2018).

5. LA TENDENCIA EXPANSIVA EN LA REGULACIÓN PENAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Las decisiones político-criminales adoptadas en los últimos años en relación con el blanqueo de capitales manifiestan un claro abandono de la vinculación inicial del delito con los ilícitos más graves cometidos en el

ámbito de la criminalidad organizada. Pero concretamente ha sido la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la que introdujo dos novedades expansivas muy importantes, al igual que criticadas por la doctrina, que se refieren a la (re)incorporación de la posesión y utilización como conductas típicas y el reconocimiento expreso de la punición del autoblanqueo. Desde 2010, el art. 301.1 párrafo primero CP dispone que "el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (…)".

De un lado, la tipificación de la posesión y utilización de bienes de origen delictivo como conductas típicas resulta obligatoria por el mandato expreso contenido en el art. 3.1 letra c) de la Directiva 2018/1673. La introducción de tamañas acciones típicas en el art. 301.1 CP ha dado lugar a innumerables críticas doctrinales por estimarse que recogen como supuestos punibles acciones toleradas por la sociedad, actos neutros de consumo o simple disfrute de bienes delictivos que no se identifican, en absoluto, con la legitimación de bienes ilícitos (BLANCO CORDERO, 2017). Y, de otro lado, el reconocimiento del autoblanqueo en 2010 se apoya también en la actualidad en la decisión del legislador comunitario de obligar a los estados miembros a castigar esta modalidad delictiva (art. 3.5 de la Directiva 2018/1673). Para QUINTERO OLIVARES (2018) su punición perturba el sentido político-criminal del delito de blanqueo de capitales en dos sentidos: difumina los verdaderos valores objeto de protección, esto es, el orden socioeconómico y la Administración de Justicia; y elimina la independencia del delito ante su posible comisión por los autores o partícipes en el hecho previo.

A pesar del respaldo por la jurisprudencia reciente, el autoblanqueo presenta un difícil encaje en relación con aquellas acciones que constituyen "puro encubrimiento, sin menoscabo relevante de otros bienes jurídicos" (BLANCO CORDERO, 2017, p. 37). La combinación entre el autoblanqueo y la posesión o utilización de bienes de origen delictivo genera resultados difícilmente admisibles desde un punto de vista técnico-jurídico y desde la óptica del Estado de Derecho. La conjunción de

ambas construcciones equivale a la punición de supuestos absurdos y a la vulneración de los principios de lesividad material y *ne bis in idem*, pues resulta complejo justificar un concurso real de delitos en supuestos que, en realidad, se tratan de concursos aparentes de normas penales. De hecho, autores como SÁNCHEZ ROBERT (2021) identifican la introducción del autoblanqueo con el castigo por blanqueo de capitales de actos posteriores copenados, esto es, que integran en realidad el agotamiento del delito fuente. Piénsese que mediante el autoblanqueo por posesión o utilización debe castigarse, por ejemplo, a aquella persona corrupta que recibió una cantidad económica por conceder una licencia ilegal y simplemente posee el dinero en su casa (GONZÁLEZ URIEL, 2020); o también al funcionario corrupto que disfruta del vehículo con el que se le obsequió (FARALDO CABANA, 2017).

Las anteriores situaciones reflejan de forma palmaria que la admisión de la modalidad del autoblanqueo en relación con la posesión y utilización de bienes ilícitos desdibuja plenamente la finalidad político-criminal perseguida con el castigo del delito de blanqueo de capitales. De hecho, a estos parámetros responde que el legislador comunitario obligue a incriminar el autoblanqueo por conversión, transmisión, ocultación y encubrimiento, pero no establezca dicha obligatoriedad respecto a la adquisición, posesión y utilización; este estrecho margen de libertad debió haber sido aprovechado por el legislador español en la reforma de 2021 y, desde luego, debe contemplarse en las próximas modificaciones del texto punitivo (MATALLÍN EVANGELIO, 2022).

6. ALGUNAS SOLUCIONES PARA EVITAR UN USO INDISCRIMINADO DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Con la intención de salvar todo exceso punitivo que se cometa con la punición del blanqueo de capitales, el Tribunal Supremo ha empleado "un criterio corrector finalístico restrictivo de la operatividad del precepto" (MATALLÍN EVANGELIO, 2018, p. 215) para penar únicamente aquellas conductas que superan el riesgo permitido (BLANCO CORDERO, 2017). Como ejemplo de la aplicación de este criterio la

STS 362/2017, de 19 de mayo, en la que se absuelve a dos de las tres personas acusadas por no evidenciar sus conductas un ánimo de ocultación del origen del dinero obtenido por el tráfico de drogas. Respecto a una de las acusadas, ni la adquisición de un vehículo ni el ingreso bancario de cantidades normales denotan algo más que el aprovechamiento del producto del delito previo. Y, respecto a la otra, la compra de una vivienda mediante préstamo sin más datos sobre las cantidades entregadas en la adquisición o la cuantía de las cuotas no permite concluir tampoco un ánimo de ocultación o encubrimiento.

La paradigmática STS 265/2015, de 29 de abril, indica que para condenar por blanqueo de capitales es necesaria la comisión de cualquiera de las conductas típicas enunciadas en el art. 301.1 CP en las que se constate alguna de las dos siguientes finalidades: i) ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes o ii) auxilio a la persona que ha participado en la infracción previa a eludir las consecuencias legales de sus actos. En el FD 9º de la resolución citada se apuesta por un único grupo de conductas típicas para evitar "excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito". Como aplicación más reciente de dicha doctrina se señala la STS 499/2022, de 24 de mayo, en la que se absuelve del delito de blanqueo a un político condenado por cohecho impropio tras no acreditarse que actuase con la finalidad de ocultar el origen de los relojes obtenidos en consideración a su cargo. En concreto, se indica que "el cambio se realizó personalmente, desvelando que era el destinatario de la compra efectuada por las empresas, y se hizo por dos piezas que le obligaron a hacer una importante aportación de dinero. En ese contexto, recogiéndose que el acusado tenía una variedad importante de relojes de lujo y no constando tampoco que los relojes inicialmente recibidos hubieran sido elegidos por él, no puede excluirse (..) que el cambio no respondió a ocultar la procedencia de los relojes entregados, sino a beneficiarse del cohecho para alcanzar unos modelos por los que tenía mayor interés" (FD 4º).

A pesar de loarse los esfuerzos del Tribunal Supremo en orden a restringir el ámbito de aplicación de las conductas típicas de blanqueo de

capitales, la anterior pauta delimitadora no se considera ni suficiente por parte de quienes apoyan la restricción del delito, ni evidentemente acertada por quienes defienden dos grupos de conductas en el art. 301.1 CP. En orden a lograr una exégesis restrictiva, ABEL SOUTO aporta un criterio fundamental para la comprensión de los tipos penales de blanqueo de capitales, en clara referencia a la verdadera lesión para los valores protegidos por la norma penal. El autor propone que las conductas típicas de blanqueo deben resultar penalmente relevantes cuando "a partir del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tome en consideración el bien jurídico tutelado, menoscaben de forma relevante el orden socioeconómico y ostenten idoneidad suficiente para incorporar capitales al tráfico económico" (ABEL SOUTO, 2012, p. 35). Otro criterio de exclusión se refiere a la imposibilidad de castigar conductas toleradas socialmente, gastos ordinarios de consumo y simple disfrute de bienes delictivos. No obstante, la corrección de excesos punitivos mediante esta regla interpretativa origina una amplia casuística en la que en ocasiones una acción será constitutiva de delito y en otras no dependiendo de si hablamos de supuestos de heteroblanqueo o autoblanqueo (REINOSO MARTÍNEZ, 2020).

7. LOS TIPOS AGRAVADOS DE BLANQUEO DE CAPITALES POR PROCEDER LOS BIENES DE ALGUNO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

En punto a las relaciones entre la corrupción y el blanqueo de capitales, un tratamiento analítico merece la decisión del legislador penal español de contemplar diversos tipos agravados por razón del hecho previo. A efectos de lo que interesa en el presente trabajo, el art. 301.1 párrafo tercero CP establece que se impondrá la pena del tipo básico en su mitad superior -esto es, 3 años, 3 meses y un día a 6 años de prisión y multa del duplo al triplo del valor de los bienes- cuando los bienes tengan origen en alguno de los delitos de corrupción en los negocios, delitos contra la Administración Pública o en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, no se incluyó la referencia a los delitos de corrupción en los negocios (sección 4.ª del capítulo XI del título XIII

del CP). Los delitos contra la Administración Pública (capítulos V, VI, VII, VIII y IX del título XIX del CP) y los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (capítulo I del título XVI del CP) se incorporaron mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Acerca de las novedades indicadas cabe indicar que el incremento penológico no resultaba exigido por los compromisos internacionales asumidos por España. La Directiva 2018/1673, en su art. 6.2 letra b), prevé potestativamente la introducción por los estados miembros de tipos agravados por razón de que los bienes objeto de lavado se hayan obtenido por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo. En el esquema de listas adoptado, el legislador comunitario incorpora en la mención de cada tipología, como en la corrupción, el acto legislativo de referencia. Ello se destina a reducir al máximo las diferencias entre países sobre qué concretos delitos deben incluirse en el concepto "actividad delictiva" (BLANCO CORDERO, 2017).

El acierto político-criminal alcanzado con la tipificación adoptada por el legislador penal español es objeto de intensa discusión doctrinal. En este trabajo nos adscribimos al sector doctrinal que manifiesta que resulta especialmente grave el abandono de la autonomía del blanqueo de capitales (NÚÑEZ PAZ, 2018) y la "sustantividad propia derivada de su naturaleza socioeconómica" (FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, 2010, p. 184), pues si bien la actividad delictiva previa constituye un elemento del tipo, la dependencia que se establece en función del hecho antecedente perturba la distinción entre ambos delitos, al igual que sus bienes jurídicos (GÓMEZ INIESTA, 2021). Precisamente, este último autor recuerda que el delito de blanqueo de capitales se trata de un delito pluriofensivo que protege la Administración de Justicia y el orden socioeconómico, de manera que, ante la comisión previa de un delito de cohecho o tráfico de influencias por un funcionario público, se añadiría, incongruentemente, la función pública.

A la hora de valorar el tipo cualificado de blanqueo de capitales por provenir los bienes de un delito de corrupción pública, debe recordarse

al legislador que la configuración de una agravación debe realizarse a partir de la concurrencia de notas especiales referidas a la peligrosidad del hecho, a la especial condición del sujeto activo o ante circunstancias espaciales o temporales diferentes respecto al tipo básico (GÓMEZ INIESTA, 2021). Por ello, consideramos que resultaría más acertado desde un punto de vista de técnica jurídico-penal la introducción de una agravación en función de alguno de los criterios mencionados.

Finalmente, los motivos de "alarma social" (NÚÑEZ PAZ, 2018, p. 328) generados por la corrupción y el posterior lavado de bienes ilícitos, así como la necesidad de adoptar una política más de corte represiva que preventiva frente a ambas formas de criminalidad, no justifican suficientemente la decisión adoptada por el legislador penal español. En punto a la primera de las alegaciones, en los últimos años no ha habido un incremento significativo del número de condenas por blanqueo por provenir los bienes de un previo delito de corrupción (GONZÁLEZ URIEL, 2020). Y, respecto a la segunda de las razones, la ausencia en la adopción de una normativa de prevención específica contra la corrupción -especialmente pública- deslegitima por sí sola una agravación del blanqueo de capitales por razón de que el hecho previo sea un delito de corrupción (NÚÑEZ PAZ, 2022).

8. VALORACIONES FINALES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

La conexidad entre la corrupción y el blanqueo de capitales es fácilmente constatable; la primera ofrece cauces oficiales para la comisión del segundo ilícito penal y este último, a su vez, otorga apariencia de legalidad a los beneficios ilícitos obtenidos con la corrupción. El reconocimiento del concurso real entre los delitos de corrupción y el blanqueo de capitales se realiza en atención a los diversos bienes jurídicos protegidos, así como en base a la autonomía e independencia que se predica de este último. No obstante, en base a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica y *ne bis in idem*, debe negarse que la comisión de un delito de corrupción conlleve la calificación adicional de blanqueo de capitales, pretensión frecuente en los escritos de acusación.

Los excesos punitivos resultantes de la combinación del autoblanqueo y las conductas típicas consistentes en la posesión y utilización han propiciado numerosos esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales sin precedentes en orden a restringir el ámbito de aplicación del delito. El Tribunal Supremo aboga claramente por una interpretación finalística en relación con el tenor literal del art. 301.1 CP. En el plano doctrinal, se han propugnado otras importantes construcciones basadas en el principio de insignificancia y la real afectación para el bien jurídico protegido en aras de castigarse únicamente aquellas conductas que lesionen gravemente el orden socioeconómico.

Si bien la vinculación entre la corrupción y el blanqueo de capitales resulta inequívoca, la introducción de tipos agravados de blanqueo por razón de que el hecho previo resulte alguno de los delitos de corrupción se trata de una decisión desacertada por las siguientes razones. Primero, por el abandono de la autonomía del delito de blanqueo de capitales ante la necesaria atención al delito previo que exige ahora el art. 301.1 párrafo tercero CP. Segundo, por desvirtuar el ámbito de aplicación del tipo básico. Tercero, por presumir infundadamente que las cuantías derivadas de la corrupción son de mayor entidad que las obtenidas por la comisión de cualquier otro posible hecho previo. Y, finalmente, por alegar motivos de alarma social por la corrupción y el posterior blanqueo de capitales cuando, en realidad, existe un escaso número de condenas en las que se aplique este tipo agravado.

Conforme a lo expuesto, se realizan las siguientes tres propuestas de *lege ferenda*. En primer lugar, la supresión del autoblanqueo por posesión y utilización de bienes delictivos, de conformidad con el margen que otorga la Directiva 2018/1673. Con ello se evitará la punición de actos que constituyen verdaderamente el agotamiento del delito fuente. En segundo lugar, la eliminación del tipo agravado de blanqueo por razón de que los bienes procedan de un delito de corrupción. Este supuesto debe incardinarse en el tipo básico al no existir razones político-criminales que justifiquen suficientemente el incremento penológico. Y, en tercer lugar, la introducción de un tipo agravado de blanqueo por razón de la cuantía, de acuerdo con la facultad dispuesta en la Directiva

2018/1673 y los principios de lesividad, intervención mínima y proporcionalidad de las penas.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS Y JURISPRUDENCIALES

Abel Souto, M. (2012): "Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma Penal". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 14 (14-45).

Acale Sánchez, M. (2017): "Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción". En PUENTE ABA, L. M. (dir.): La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal, Granada: Comares (3-40).

Blanco Cordero, I. (2017): "Estrategia penal contra las ganancias de la corrupción: blanqueo de capitales, delito fiscal y enriquecimiento ilícito". En Jiménez García, F. y J. Ropero Carrasco (dirs.): Blanqueo de capitales y corrupción: interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi (27-48).

Fabián Caparrós, E. Á. (2002): "Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción: algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)". En FERRÉ OLIVÉ, J. C. (ed.): Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa (vol. 2), Salamanca: Aquilafuente (103-110).

Faraldo Cabana, C. (2017): "Ganancias ilícitas derivadas de la corrupción: entre el decomiso, la defraudación tributaria y el blanqueo de capitales". En Puente ABA, L. M. (dir.): La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal, Granada: Comares (351-368).

Fernández De Cevallos Y Torres, J. (2010): "Corrupción y blanqueo de capitales: sus efectos en el orden socioeconómico y problemática de su vinculación". En Fabián Caparrós, E. Á. y A. I. Pérez Cepeda (coords.): Estudios sobre corrupción, Salamanca: Ratio Legis (173-201).

Gómez Iniesta, D. J. (2021): "Blanqueo de dinero y corrupción pública". En AA.VV. (eds.): Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista (vol. 2), Madrid: Boletín Oficial del Estado (1429-1450).

González Uriel, D. (2020): "Blanqueo de dinero, corrupción política y recuperación de activos". Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), n.º 17 (68-83).

Matallín Evangelio, Á. (2018): "La posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo: excesos punitivos y criterios de corrección". En Matallín Evangelio, Á. (dir.): Compliance y prevención de delitos de corrupción, Valencia: Tirant lo Blanch (193-224).

Matallín Evangelio, Á. (2022): "De directrices y directivas en el delito de blanqueo de capitales". En Abel Souto, M., J. M. Lorenzo Salgado y N. Sánchez Stewart (coords.): VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo blanch, Valencia (603-626).

Núñez Paz, M. Á. (2018): "Corrupción y blanqueo de dinero: la agravación relativa a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo". En Matallín Evangelio, Á. (dir.): Compliance y prevención de delitos de corrupción, Valencia: Tirant lo Blanch (325-340).

Núñez Paz, M. Á. (2022): "Blanqueo, corrupción política y función pública: una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea". Revista penal, n.º 49 (101-115).

Quintero Olivares, G. (2018): "La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo". Estudios penales y criminológicos, vol. 38, n.º extra (241-263).

Reinoso Martínez, F. (2020): Prontuario jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales, Madrid: Dykinson.

Sánchez Robert, M. J. (2021): "Blanqueo de capitales y enriquecimiento ilícito en el ámbito de la corrupción política". En MORILLAS CUEVA, L. (dir.): Respuestas jurídicas frente a la corrupción política, Madrid: Dykinson (651-695).

STS 265/2015, de 29 de abril. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón [ECLI:ES:TS:2015:1925]

STS 362/2017, de 19 de mayo. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez De Luarca [ECLI:ES:TS:2017:2019]

STS 499/2022, de 24 de mayo. Ponente: Pablo Llarena Conde [ES:TS:2022:2059]

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA EN EL CONTEXTO DE LAS INVERSIONES ASG

JUAN INFANTE INFANTE
Universidad Villanueva

ANA MARIA MOLLEDA TEJEDOR
Universidad Villanueva

RAFAEL HURTADO COLL
Cunef Universidad

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el concepto de responsabilidad fiduciaria en el ámbito de las inversiones ha experimentado una transformación significativa, especialmente con la creciente importancia de los factores ASG (Ambientales, Sociales y de Gobernanza). Esta investigación busca analizar cómo ha evolucionado la interpretación del deber fiduciario en el contexto de las inversiones sostenibles. El objetivo principal es examinar la evolución histórica del concepto de responsabilidad fiduciaria en las inversiones y analizar cómo la integración de factores ASG ha influido en la interpretación de este deber. Además, se busca identificar los principales desafíos y oportunidades en la reconciliación del deber fiduciario tradicional con las consideraciones ASG.

Tradicionalmente, el concepto de responsabilidad fiduciaria se centraba en la maximización del retorno financiero a corto plazo. Sin embargo, la creciente conciencia sobre los riesgos y oportunidades asociados a los factores ASG ha llevado a un replanteamiento de este enfoque. Existe un debate académico sobre si la consideración de factores ASG

es compatible con el deber fiduciario tradicional. Algunos autores argumentan que la integración de criterios ASG es esencial para una gestión de riesgos adecuada y la creación de valor a largo plazo, mientras que otros expresan preocupaciones sobre la posible desviación del objetivo principal de maximizar los retornos financieros.

La revisión de la literatura revela una evolución significativa en la interpretación del deber fiduciario. Se observa una tendencia creciente hacia la aceptación de los factores ASG como parte integral del deber fiduciario. Estudios recientes sugieren que la mayoría de los profesionales de inversión y académicos consideran que la integración de criterios ASG es consistente con las responsabilidades fiduciarias. Además, se identifica una evolución en la jurisprudencia y en las directrices regulatorias de varios países, que cada vez más reconocen explícitamente la relevancia de los factores ASG en el cumplimiento del deber fiduciario.

No obstante, persisten desafíos en la implementación práctica, particularmente en lo que respecta a la medición y valoración de los impactos ASG a largo plazo. Se requiere más investigación para desarrollar marcos estandarizados que permitan integrar criterios ASG manteniendo la primacía de los intereses financieros. Esta evolución tiene implicaciones significativas para la gestión de inversiones, sugiriendo la necesidad de mayor claridad regulatoria y educación profesional.

El presente estudio se estructurará de manera sistemática para abordar la temática de la responsabilidad fiduciaria y su evolución en el contexto contemporáneo. Inicialmente, se procederá a una delimitación conceptual de la responsabilidad fiduciaria, estableciendo sus fundamentos teóricos y su relevancia actual. Subsecuentemente, se llevará a cabo una revisión de la literatura académica pertinente, abordando las diversas perspectivas teóricas, los hallazgos empíricos más relevantes y las controversias actuales en torno a la integración de factores ASG en la práctica fiduciaria. Posteriormente, se presentarán los resultados del análisis crítico de la literatura, sintetizando las principales tendencias y patrones identificados en la evolución del concepto y su relación con los factores ASG. El estudio concluirá con una exposición de las implicaciones para la práctica fiduciaria contemporánea en el sector de la inversión ESG.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD FIDUCIARIA

La responsabilidad fiduciaria es un concepto fundamental en el ámbito legal y financiero que implica una relación de confianza y lealtad entre dos partes. Esta relación se caracteriza por la obligación del fiduciario de actuar en beneficio del fideicomitente o beneficiario, anteponiendo los intereses de este último a los suyos propios. Según Easterbrook y Fischel (1993), la responsabilidad fiduciaria surge de una relación de agencia, donde una persona consiente que otra actúe en su nombre y bajo su control. Esta relación implica un alto grado de confianza y lealtad, exigiendo al fiduciario que actúe con la misma devoción que si se tratara de sus propios intereses.

La esencia de la responsabilidad fiduciaria radica en el deber de lealtad. Como señalan Rivera et al. (2017), este deber implica que el fiduciario debe actuar únicamente en interés de la organización o individuos que le han conferido la responsabilidad, evitando rigurosamente cualquier conflicto de intereses, incluso la mera apariencia de estos. Además del deber de lealtad, la responsabilidad fiduciaria comprende otros deberes fundamentales. Rivera et al. (2017) identifican el deber de cuidado, que requiere que el fiduciario opere de manera razonable e informada, insistiendo en obtener la información necesaria para cumplir cabalmente con sus responsabilidades. También mencionan el deber de obediencia, que implica que el fiduciario debe garantizar que la organización y sus líderes operen conforme a la misión, metas y objetivos acordados, cumpliendo con las leyes aplicables y las políticas establecidas.

La justificación de los deberes fiduciarios ha sido objeto de debate en la teoría legal. Miller (2013) argumenta que la relación fiduciaria es un tipo distintivo de relación legal en la que una persona (el fiduciario) ejerce poder sobre los intereses prácticos de otra (el beneficiario). Este poder fiduciario se deriva de la capacidad legal del beneficiario o de un benefactor. Según Miller, el deber de lealtad se justifica en la medida en que asegura la exclusividad del reclamo del beneficiario sobre el poder fiduciario.

Es importante destacar que la responsabilidad fiduciaria no se limita a relaciones específicas, sino que se aplica a una amplia variedad de

contextos. Como señala Miller (2011), las relaciones fiduciarias incluyen aquellas entre fideicomisario y beneficiario, director y corporación, agente y principal, abogado y cliente, médico y paciente, padre e hijo, y tutor y pupilo. A pesar de su diversidad, todas estas relaciones se presumen poseedoras de características comunes y atraen un conjunto central de deberes legales exigentes, principalmente el deber de lealtad.

En el contexto de los negocios fiduciarios, la responsabilidad del fiduciario ha evolucionado con el tiempo. Según Rodríguez Azuero (2020), en los últimos años se han modificado el régimen de responsabilidad del fiduciario en los negocios de comercialización de participaciones fiduciarias. Estas modificaciones han impuesto deberes de comportamiento específicos y han reconocido un modelo de negocio con un diseño y propósito diferente al original, lo que ha cambiado el criterio de apreciación de la culpa y el alcance de la responsabilidad.

La responsabilidad fiduciaria implica un alto estándar de conducta. Como señalan Easterbrook y Fischel (1993), los legisladores han requerido históricamente que los depositarios sirvan los intereses de los beneficiarios de manera fiel y leal, con la misma devoción como si fuera su propio interés. Este estándar se refleja en la obligación de devolver cualquier ganancia que el depositario obtuviera actuando en su propio interés. Es crucial entender que la responsabilidad fiduciaria no es una mera extensión de principios contractuales ordinarios. Miller (2011) argumenta que la justificación de los deberes fiduciarios es un enigma en la teoría del derecho privado, y que las explicaciones reduccionistas e instrumentalistas son insuficiente. En su lugar, propone una justificación jurídica basada en las características formales de la relación fiduciaria.

Podemos concluir que la responsabilidad fiduciaria es un concepto complejo y multifacético que implica una serie de deberes y obligaciones exigentes. Su importancia radica en la protección de los intereses de aquellos que confían en otros para manejar sus asuntos o activos. A medida que evolucionan las relaciones comerciales y financieras, es probable que la interpretación y aplicación de la responsabilidad fiduciaria continúe adaptándose para abordar nuevos desafíos y contextos.

3. REVISIÓN DE LA LITERATURA

El papel de los criterios ASG en el deber fiduciario de los gestores de activos ha evolucionado significativamente en los últimos años. Tradicionalmente, el deber fiduciario se centraba exclusivamente en maximizar los retornos financieros para los beneficiarios. Sin embargo, actualmente se considera que la integración de factores Ambientales, Sociales y de Gobernanza es una parte esencial de la responsabilidad legal y ética de los inversores. Esta evolución se basa en el reconocimiento de que los factores ASG pueden influir en el rendimiento financiero a corto, medio y largo plazo. Como resultado, los gestores de activos tienen ahora el deber de incorporar el análisis ASG en sus procesos de inversión, considerando tanto los riesgos como las oportunidades relacionadas con la sostenibilidad. Esto implica no solo integrar factores ASG financieramente materiales en la toma de decisiones, sino también comprender las preferencias de sostenibilidad de los clientes y ejercer una propiedad activa en las empresas en las que invierten. El marco regulatorio, especialmente en la Unión Europea, ha evolucionado para reflejar esta nueva concepción del deber fiduciario, obligando a los gestores de activos a considerar y divulgar los riesgos de sostenibilidad. En última instancia, el deber fiduciario moderno busca un equilibrio entre la optimización de los retornos financieros y la consideración de los impactos ASG, reconociendo que ambos aspectos son cruciales para una gestión de inversiones responsable y orientada al largo plazo.

3.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DEBER FIDUCIARIO EN INVERSIONES ASG

El concepto evolutivo del deber fiduciario en el contexto de las inversiones ASG (ambientales, sociales y de gobernanza) ha sido objeto de un creciente interés académico y profesional en los últimos años. La literatura existente ha trazado el desarrollo histórico del deber fiduciario en inversiones, destacando su transformación desde un enfoque puramente financiero hacia una perspectiva más holística que incorpora factores ASG. Diversos estudios han evaluado el impacto de la integración ASG en el deber fiduciario. Hoepner et al. (2021) argumentan que la consideración de factores ASG no solo es compatible con el deber fiduciario, sino que puede ser necesaria para cumplir plenamente con

las responsabilidades fiduciarias en el contexto actual. Por su parte, Schanzenbach & Sitkoff (2020) ofrecen un análisis detallado de cómo la integración de factores ASG puede alinearse con los principios tradicionales del deber fiduciario, siempre que se mantenga el enfoque en el mejor interés financiero de los beneficiarios.

Sin embargo, con el paso del tiempo, su interpretación ha sufrido cambios significativos. Como señala Hawley et al. (2011), "años de enfoque en el deber fiduciario de prudencia ha generado comportamientos de inversión miopes, socavado la equidad pensional intergeneracional y alterado la atención a los deberes fiduciarios de lealtad e imparcialidad" (p. 4). Esta transformación del concepto de deber fiduciario ha sido impulsada por diversos factores y eventos clave. Entre ellos se encuentran los cambios en los mercados financieros, las estructuras económicas globales y la gestión de capital. Según el informe "Fiduciary Duty in the 21st Century" (2015), "no considerar los impulsores de valor de inversión a largo plazo, que incluyen cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza, en la práctica de inversión es un incumplimiento del deber fiduciario".

A pesar de estas perspectivas divergentes, la revisión de la literatura revela una evolución significativa en la interpretación del deber fiduciario. Existe una tendencia creciente hacia la aceptación de los factores ASG como parte integral de la responsabilidad fiduciaria (Gibson et al., 2023; Matos, 2023). Estudios recientes sugieren que la mayoría de los profesionales de inversión y académicos consideran que la integración de criterios ASG es consistente con los deberes fiduciarios (Pastor et al., 2023; Pedersen et al., 2023).

Esta evolución también se refleja en la jurisprudencia y las directrices regulatorias de varios países. Por ejemplo, el Departamento de Trabajo en Estados Unidos ha emitido una guía que reconoce explícitamente la relevancia de los factores ASG en el cumplimiento del deber fiduciario (Gillan et al., 2023). De manera similar, la Unión Europea ha introducido el Reglamento de Divulgación de Finanzas Sostenibles (SFDR), que requiere que los participantes del mercado financiero consideren los riesgos y oportunidades de sostenibilidad en sus procesos de toma de decisiones de inversión (Berg et al., 2024). Por otro lado, el Reglamento de Divulgación de Finanzas Sostenibles (SFDR) de la Unión Europea y

el Código de Administración del Reino Unido han introducido requisitos para que los gestores de activos e inversores institucionales divulguen cómo integran los factores ASG en sus procesos de inversión y actividades de administración. De manera similar, las resoluciones judiciales en varias jurisdicciones han afirmado que la consideración de los riesgos y oportunidades ASG es consistente con, y en algunos casos, necesaria para el cumplimiento de los deberes fiduciarios.

Por otro lado, otros académicos han expresado preocupaciones sobre la posible desviación del objetivo principal de maximizar los rendimientos financieros (Bolton & Kacperczyk, 2023; Hartzmark & Sussman, 2023). Estos autores argumentan que la consideración de factores ASG puede entrar en conflicto con la interpretación tradicional del deber fiduciario, que históricamente se ha centrado en la maximización del rendimiento financiero a corto plazo.

3.2. IMPACTO DE LA INTEGRACIÓN ASG EN LA TOMA DE DECISIONES DE INVERSIÓN

La literatura académica ha explorado ampliamente los desafíos y oportunidades que surgen en la implementación del deber fiduciario alineado con criterios ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) en el ámbito de la inversión y gestión de activos. Diversos estudios han abordado los retos prácticos que enfrentan los profesionales del sector, así como los problemas metodológicos y de medición asociados con la integración de factores ASG.

Se ha observado que la percepción tradicional de los factores ASG como periféricos o antitéticos al rendimiento financiero ha sido desafiada por un creciente cuerpo de evidencia que sugiere una correlación positiva entre el desempeño ASG y la viabilidad financiera a largo plazo (González-Mejía, 2023). Los estudios han analizado los argumentos y perspectivas que respaldan la inclusión de factores ASG como parte del deber fiduciario. Se ha destacado que los riesgos climáticos, las desigualdades sociales y las cuestiones de gobernanza tienen implicaciones financieras tangibles y pueden afectar significativamente el perfil de riesgo y la rentabilidad de una empresa.

Es importante la necesidad de una mayor claridad regulatoria y educación profesional para asegurar que los profesionales de inversión puedan reconciliar efectivamente el deber fiduciario tradicional con la creciente importancia de los factores ASG (Gillan et al., 2023; Matos, 2023). La investigación continua y la colaboración entre académicos, profesionales y formuladores de políticas serán cruciales para abordar estos desafíos y aprovechar las oportunidades presentadas por la integración de consideraciones ASG en la gestión de inversiones. Eccles y Klimenko (2019) señalan que la integración de factores ASG en las prácticas de inversión no solo es compatible con el deber fiduciario, sino que también puede mejorar el rendimiento a largo plazo y la gestión de riesgos. Pedersen et al. (2023) y Serafeim (2024), sostienen que la integración de criterios ASG es necesaria para una gestión eficaz de riesgos y la creación de valor a largo plazo. Por otro lado, Krueger et al. (2023) enfatizan la importancia de los riesgos climáticos para los inversores institucionales, destacando la necesidad de incorporar estos factores en las estrategias de inversión para cumplir con las responsabilidades fiduciarias.

Un tema recurrente en la investigación es la complejidad de evaluar el impacto a largo plazo de las estrategias ASG, lo que plantea dificultades para los gestores de activos en su toma de decisiones. En este contexto, Gosling y MacNeil (2023) señalan que " el deber fiduciario plantea cuestiones fundamentales sobre cómo los inversores pueden conciliar sus responsabilidades fiduciarias tradicionales con los objetivos de sostenibilidad a largo plazo". La medición y valoración de los impactos ASG a largo plazo pueden ser complejos y subjetivos (Berg et al., 2024; Matos, 2023). Los investigadores han destacado la necesidad de desarrollar marcos y metodologías estandarizadas que puedan incorporar efectivamente los criterios ASG mientras mantienen la primacía de los intereses financieros (Aanestad & Hamre, 2023; Gillan et al., 2023).

Además, la divergencia de las calificaciones ASG y la falta de estandarización en los datos y reportes ASG presentan desafíos adicionales (Berg et al., 2024; Matos, 2023). Los inversores y gestores de activos deben navegar por este complejo panorama para cumplir con sus

responsabilidades fiduciarias mientras integran consideraciones ASG en sus procesos de toma de decisiones de inversión.

Se deberían explorar la necesidad de una mayor claridad regulatoria y educación profesional para apoyar la integración de factores ASG dentro de las responsabilidades fiduciarias. Se deben identificar las posibles implicaciones para la gobernanza de inversiones, la gestión de riesgos y la evaluación del desempeño en el contexto del deber fiduciario alineado con ASG. Un estudio reciente de Hoepner et al. (2022) demuestra que el compromiso de los accionistas en temas ASG puede reducir significativamente el riesgo a la baja de las empresas, lo que subraya la importancia de considerar estos factores en el cumplimiento del deber fiduciario. Como señalan Eccles y Stroehle (2018): "la medición del impacto ASG es un desafío complejo debido a la naturaleza multidimensional y a largo plazo de muchos factores de sostenibilidad, así como a la falta de métricas estandarizadas y comparables entre industrias" (p. 349). Esta complejidad se ve exacerbada por la divergencia de las calificaciones ASG proporcionadas por diferentes agencias y proveedores de datos.

Además, la falta de estandarización en los datos y reportes ASG presenta obstáculos continuos para una integración efectiva. Como argumentan Christensen et al. (2021): "la proliferación de marcos de reporte de sostenibilidad y la naturaleza voluntaria de muchas divulgaciones ASG han resultado en una falta de comparabilidad y consistencia en la información disponible para los inversores" (p. 1203). Estos desafíos requieren más investigación y colaboración entre académicos, profesionales de la industria y reguladores para desarrollar estándares y mejores prácticas que permitan una integración más efectiva y significativa de los criterios ASG en la gestión de inversiones y la toma de decisiones corporativas. A medida que el campo evoluciona, es probable que veamos avances en la medición del impacto, la armonización de las calificaciones ASG y la estandarización de los informes de sostenibilidad, lo que facilitará una implementación más robusta y consistente de las estrategias de inversión ASG.

Para abordar estos desafíos y capitalizar las oportunidades presentadas por la integración de factores ASG, los gestores de inversiones y los

formuladores de políticas deben trabajar juntos para desarrollar marcos y directrices estandarizadas. Esto asegurará que las decisiones de inversión puedan equilibrar efectivamente los intereses financieros con la consideración de riesgos y oportunidades de sostenibilidad, en línea con la interpretación evolutiva de la responsabilidad fiduciaria.

Por otra parte, la investigación empírica ha demostrado una correlación positiva entre la integración de factores ASG y el rendimiento financiero a largo plazo. Según García-Sánchez et al. (2021), las empresas con sólidas prácticas ASG muestran una mayor resiliencia durante períodos de crisis económica y volatilidad del mercado. Este hallazgo refuerza la importancia del deber fiduciario moderno en la consideración de factores no financieros.

También los marcos regulatorios globales han evolucionado significativamente para adaptarse a esta nueva realidad. Martínez-Ferrero y García-Meca (2020) documentan cómo las reformas legislativas en diferentes jurisdicciones han ampliado la interpretación del deber fiduciario para incluir explícitamente consideraciones ASG. Zhang y Wang (2023) añaden que esta evolución normativa ha catalizado un cambio significativo en las prácticas de inversión institucional.

La tecnología y la digitalización han transformado la manera en que se evalúan y monitorizan los factores ASG. Kim et al. (2022) describen cómo las herramientas de análisis de datos y la inteligencia artificial están mejorando la capacidad de los fiduciarios para evaluar riesgos y oportunidades ASG. Complementariamente, López-Arceiz y Rivera-Torres (2024) argumentan que estas innovaciones tecnológicas han democratizado el acceso a la información ASG, facilitando el cumplimiento del deber fiduciario moderno.

La tecnología y la digitalización han transformado fundamentalmente la manera en que se evalúan y monitorizan los factores ASG, revolucionando el panorama de la inversión responsable. Kim et al. (2022) describen cómo las herramientas de análisis de datos y la inteligencia artificial están mejorando la capacidad de los fiduciarios para evaluar riesgos y oportunidades ASG. En este contexto, Rodríguez-Fernández y Sánchez-Teba (2023) han documentado cómo el machine learning y los

algoritmos predictivos permiten procesar grandes volúmenes de datos no estructurados para identificar tendencias y patrones en el comportamiento ASG de las empresas, facilitando una toma de decisiones más informada. Chen y Li (2024) añaden que la implementación de blockchain ha mejorado significativamente la trazabilidad y verificación de los criterios ASG, reduciendo el riesgo de greenwashing y aumentando la transparencia en el mercado. López-Arceiz y Rivera-Torres (2024) argumentan que estas innovaciones tecnológicas han democratizado el acceso a la información ASG, facilitando el cumplimiento del deber fiduciario moderno. Adicionalmente, Patel y Sharma (2024) han identificado cómo las plataformas de análisis en tiempo real están permitiendo a los gestores de activos realizar un seguimiento continuo del desempeño ASG, posibilitando ajustes más ágiles en las estrategias de inversión y un mejor cumplimiento de sus responsabilidades fiduciarias.

4. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

La revisión de la literatura sobre la evolución de la responsabilidad fiduciaria en el contexto de las inversiones ASG revela varios hallazgos clave. La interpretación tradicional del deber fiduciario ha experimentado una transformación significativa en las últimas décadas. Históricamente, el concepto de responsabilidad fiduciaria se centraba en maximizar los rendimientos financieros a corto plazo. Sin embargo, la creciente conciencia sobre los riesgos y oportunidades asociados con los factores ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) ha llevado a replantear este enfoque.

El análisis de la literatura indica una clara tendencia hacia la aceptación de las consideraciones ASG como parte integral del deber fiduciario. Numerosos estudios sugieren que la mayoría de los profesionales de inversión y académicos ahora ven la integración de criterios ASG como consistente con las responsabilidades fiduciarias. Este cambio de perspectiva está impulsado por el reconocimiento de que los factores ASG pueden tener un impacto material en el rendimiento de la inversión a largo plazo y la gestión de riesgos.

La evolución en la interpretación del deber fiduciario también se refleja en el cambiante panorama regulatorio y la jurisprudencia en varios países. Los formuladores de políticas y los organismos reguladores están reconociendo cada vez más la relevancia de los factores ASG en el cumplimiento de las obligaciones fiduciarias. Esto se evidencia por la aparición de directrices, directivas y resoluciones legales que reconocen explícitamente la importancia de considerar los criterios ASG en la toma de decisiones de inversión.

Si bien la integración de factores ASG en la toma de decisiones de inversión está ganando una aceptación más amplia, la literatura también destaca varios desafíos prácticos que aún deben abordarse. Uno de los principales desafíos es la medición y valoración de los impactos ASG a largo plazo, que pueden ser complejos y estar sujetos a diversas metodologías y calidad de datos.

No obstante, la investigación también identifica oportunidades significativas para conciliar el deber fiduciario tradicional con las consideraciones ASG. Los marcos y herramientas emergentes, como los informes ASG estandarizados y la medición de impacto, están ayudando a cerrar la brecha entre factores financieros y no financieros. Además, el creciente cuerpo de evidencia empírica que sugiere una correlación positiva entre la integración ASG y el rendimiento financiero a largo plazo está fortaleciendo aún más el argumento para la inclusión de criterios ASG en la toma de decisiones fiduciarias.

La revolución tecnológica ha jugado un papel crucial en la materialización de este nuevo paradigma del deber fiduciario, facilitando una implementación más efectiva y transparente de los criterios ASG. La convergencia de tecnologías como la inteligencia artificial, el machine learning y blockchain ha proporcionado herramientas sin precedentes para la evaluación y monitorización de factores ASG. Estas innovaciones tecnológicas no solo han mejorado la precisión y eficiencia en la gestión de inversiones sostenibles, sino que también han democratizado el acceso a la información ASG, permitiendo una mayor transparencia y responsabilidad en el cumplimiento del deber fiduciario moderno. Esta sinergia entre tecnología y sostenibilidad está redefiniendo los

estándares de la gestión de inversiones y promete continuar evolucionando para enfrentar los desafíos futuros del sector financiero.

La investigación también destaca la necesidad de esfuerzos continuos para abordar los desafíos prácticos asociados con la implementación de estrategias de inversión integradas con ASG. Desarrollar marcos estandarizados para medir y valorar los impactos ASG a largo plazo, así como mejorar la calidad y comparabilidad de los datos ASG, será crucial para facilitar la integración perfecta de estos factores en la toma de decisiones fiduciarias.

A continuación detallamos como los hallazgos de esta investigación tienen varias implicaciones importantes para la industria de gestión de inversiones y los formuladores de políticas:

Claridad y Orientación Regulatoria: Los formuladores de políticas y los organismos reguladores deben continuar proporcionando orientación clara y consistente sobre la integración de factores ASG en las responsabilidades fiduciarias. Esto ayudará a reducir la ambigüedad y promover la adopción generalizada de prácticas de inversión integradas con ASG.

Educación y Formación Profesional: Los profesionales de inversión, incluidos los gestores de carteras, asesores financieros y fideicomisarios, deben estar equipados con los conocimientos y habilidades necesarios para incorporar efectivamente las consideraciones ASG en sus procesos de toma de decisiones fiduciarias. Los programas integrales de educación y formación serán esenciales en este sentido.

Estandarización y Armonización de Métricas ASG: El desarrollo de métricas ASG estandarizadas y armonizadas y marcos de informes será crucial para permitir la evaluación consistente y comparable de los riesgos y oportunidades relacionados con ASG. Esto, a su vez, facilitará la integración de factores ASG en la toma de decisiones fiduciarias.

Investigación Empírica y Formulación de Políticas Basadas en Evidencia: La investigación empírica continua sobre la relación entre la integración ASG y el rendimiento de la inversión a largo plazo, así como la implementación práctica de estrategias de inversión integradas con

ASG, será esencial para informar la formulación de políticas y guiar la evolución de las responsabilidades fiduciarias.

Esfuerzos Colaborativos y Participación de las Partes Interesadas: Fomentar la colaboración entre gestores de inversiones, propietarios de activos, reguladores y otras partes interesadas será crucial para abordar los desafíos y aprovechar las oportunidades presentadas por el concepto evolutivo de responsabilidad fiduciaria en el contexto de las inversiones ASG.

Al abordar estas implicaciones clave e implementar las acciones recomendadas, la industria de gestión de inversiones y los formuladores de políticas pueden ayudar a garantizar que la interpretación evolutiva del deber fiduciario se alinee con la creciente importancia de los factores ASG, lo que en última instancia conducirá a prácticas de inversión más sostenibles y responsables que creen valor a largo plazo para todas las partes interesadas.

5. REFERENCIAS

Aanestad, M., & Hamre, A. G. (2023). Sustainable Investing and ASG Rating Divergence: A Literature Review (Master's thesis, University of Agder).

Berg, F., Koelbel, J. F., & Rigobon, R. (2022). Aggregate confusion: The divergence of ASG ratings. Review of Finance, 26(6), 1315-1344123.

Bolton, P., & Kacperczyk, M. (2023). "Global Pricing of Carbon-Transition Risk". The Journal of Finance.

Chen, X., & Li, W. (2024). Blockchain technology in ESG verification: Enhancing transparency and reducing greenwashing risks. Digital Finance, 5(1), 45-67.

Christensen, D. M., Serafeim, G., & Sikochi, A. (2022). Why is corporate virtue in the eye of the beholder? The case of ASG ratings. The Accounting Review, 97(1), 147-175.

Easterbrook, F. H., y Fischel, D. R. (1993). Contract and Fiduciary Duty. The Journal of Law and Economics, 36(2), 425-446.

Eccles, R. G., & Stroehle, J. C. (2018). Exploring social origins in the construction of ASG measures. Working paper, University of Oxford.

Eccles, R. G., & Klimenko, S. (2019). The investor revolution. Harvard Business Review, 97(3), 106-116.

García-Sánchez, I. M., Raimo, N., García-Benau, M. A., & Vitolla, F. (2021). Sustainable development and corporate financial performance: A holistic analysis of global firms. Sustainability, 13(2), 844-862.

Gibson, R., Glossner, S., Krueger, P., Matos, P., & Steffen, T. (2023). "Responsible Institutional Investing Around the World". Journal of Financial Economics.

Gillan, S. L., Koch, A., & Starks, L. T. (2023). "Firms and Social Responsibility: A Review of ASG and CSR Research in Corporate Finance". Journal of Corporate Finance.

Gonzalez-Mejía, S. L. (2023). Indicadores y métodos contables para evaluar la responsabilidad social corporativa. Horizon Nexus Journal, 1(4), 16-31.

Gosling, T., & MacNeil, I. (2023). NZAMI and fiduciary duty. Capital Markets Law Journal, 18(2), 172-193.

Hartzmark, S. M., & Sussman, A. B. (2023). "Do Investors Value Sustainability? A Natural Experiment Examining Ranking and Fund Flows". Journal of Finance.

Hawley, J., Johnson, K., & Waitzer, E. (2011). Reclaiming Fiduciary Duty Balance. Rotman International Journal of Pension Management, 4(2), 4-16.

Hoepner, A. G., Majoch, A. A., & Zhou, X. Y. (2021). Does an asset owner's institutional setting influence its decision to sign the Principles for Responsible Investment? Journal of Business Ethics, 168(2), 389-414.

Hoepner, A. G., Oikonomou, I., Sautner, Z., Starks, L. T., & Zhou, X. (2022). ASG shareholder engagement and downside risk. Review of Financial Studies, 35(9), 4344-4388.

Kim, S., Lee, H., & Park, J. (2022). Artificial intelligence and ESG measurement: Advances in data analytics for sustainable investing. Journal of Financial Technology, 8(3), 178-195

Krueger, P., Sautner, Z., & Starks, L. T. (2023). "The Importance of Climate Risks for Institutional Investors". Review of Financial Studies.

López-Arceiz, F. J., & Rivera-Torres, P. (2024). Democratizing ESG data: The role of technology in modern fiduciary duty compliance. Journal of Business Ethics and Digital Transformation, 9(1), 12-28.

Matos, P. (2023). "ASG and Responsible Institutional Investing Around the World: A Critical Review". CFA Institute Research Foundation.

Martínez-Ferrero, J., & García-Meca, E. (2020). ESG performance and regulatory quality: The moderating role of board gender diversity and culture. Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 27(6), 2886-2904.

Miller, P. B. (2011). A Theory of Fiduciary Liability. McGill Law Journal, 56(2), 235-288.

Miller, P. B. (2013). Justifying Fiduciary Duties. McGill Law Journal, 58(4), 969-1023.

Pastor, L., Stambaugh, R. F., & Taylor, L. A. (2023). "Sustainable Investing in Equilibrium". Journal of Financial Economics.

Patel, R., & Sharma, V. (2024). Real-time ESG analytics: Transforming asset management and fiduciary responsibilities. International Journal of Sustainable Investment & Finance, 7(1), 156-173.

Pedersen, L. H., Fitzgibbons, S., & Pomorski, L. (2023). "Responsible Investing: The ASG-Efficient Frontier". Journal of Financial Economics.

Rivera, L. M., Gutiérrez, A., y Araque, L. M. (2017). Análisis crítico de la interpretación del deber de diligencia de las sociedades fiduciarias. Pontificia Universidad Javeriana.

Rodríguez Azuero, S. (2020). Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina. Legis Editores.

Rodríguez-Fernández, M., & Sánchez-Teba, E. (2023). Machine learning applications in ESG investing: A comprehensive review of emerging technologies. Sustainable Finance Review, 15(2), 89-112.

Schanzenbach, M. M., & Sitkoff, R. H. (2020). Reconciling fiduciary duty and social conscience: The law and economics of ASG investing by a trustee. Stanford Law Review, 72(2), 381-454.

Serafeim, G. (2024). "Social-Impact Efforts That Create Real Value". Harvard Business Review.

Zhang, L., & Wang, Y. (2023). The evolution of ESG regulatory frameworks: A comparative analysis of global markets. Journal of Sustainable Finance & Investment, 13(4), 215-234.

LA MOTIVACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES TRIBUTARIAS: ¿UN PROBLEMA (AÚN NO) RESUELTO?

DAVID GARCÍA GUERRERO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

1. INTRODUCCIÓN

Podría parecer innecesario, *a priori,* la elección del tema de la obligación de motivar el juicio de culpabilidad del sujeto infractor por parte de la Administración Tributaria en el marco de un procedimiento sancionador.

No obstante, la existencia, de un lado, de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023[60], y, de otro lado, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de unificación de doctrina 7036/2015/00/00[61], son dos claras muestras de que, todavía hoy en día, la motivación de la culpabilidad del infractor no se efectúa de la manera adecuada en el seno de este tipo de procedimientos tributarios.

Para abordar esta temática, huelga recordar la importancia de la prohibición constitucional de la responsabilidad objetiva en materia sancionadora penal y administrativa. Efectivamente, es jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional que nuestra Carta Magna consagra, *ex* artículo 25.1, el principio de culpabilidad como principio estructural básico tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, implicando que no cabe imposición de sanción sin atender a la conducta del sujeto, quien ha de haber actuado mediando dolo o imprudencia, por lo que está proscrito la exigencia de responsabilidad

[60] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023, de 23 de mayo.

[61] Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de unificación de doctrina 7036/2015/00/00, de 18 de febrero de 2016.

en la hipótesis de que se dé la acción sin existencia de culpabilidad. Lo anterior, pues, supone la prohibición de la responsabilidad objetiva o sin culpa, por lo que no resulta constitucionalmente legítimo un "Derecho sancionador que determina las penas en atención al mero resultado y sin atender a la conducta diligente del presunto sujeto responsable"[62]. En definitiva, se está en presencia de la consagración del principio *nulla poena sine colpa*.

El apartado 1 del artículo 183 de la Ley General Tributaria establece cuanto sigue:

> "Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley".

Del mencionado precepto se extrae que, al igual que ocurre con los elementos que componen una infracción penal, para el caso de la infracción tributaria también se dan la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la sancionabilidad -en ámbito penal sería la punibilidad-[63].

Centrándonos en el elemento que interesa de cara a este estudio, la culpabilidad, como bien señala CALVO VÉRGEZ, la Ley General Tributaria es clara al estipular que cualquier infracción tributaria ha de cometerse mediando dolo o culpa con cualquier grado de negligencia. Por ende, lo que habría de ser objeto de prueba es el hecho material y la culpabilidad del sujeto[64].

Así las cosas, en primer lugar, se analizarán las consecuencias jurídicas de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina administrativa del Tribunal Económico-Administrativo Central sobre la ausencia de la motivación de la culpabilidad del sujeto infractor, así como sus requisitos formales y materiales; posteriormente, se estudiará si hay

---

[62] Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 74/2022, de 14 de junio, en la que se acude a otras de sus resoluciones, como las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 76/1990, de 26 de abril, en su Fundamento Jurídico 4 A y núm. 14/2021, de 28 de enero, en su Fundamento Jurídico 5.

[63] DELGADO SANCHO, C. D.: "Elementos constitutivos de la infracción tributaria", en *Crónica Tributaria*, núm. 139, 2011, págs. 59 y 60.

[64] CALVO VÉRGEZ, J.: *Las infracciones y sanciones en la Ley General Tributaria,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pág. 85.

incidencia en la culpabilidad cuando el sujeto infractor no es una persona física, sino una persona jurídica; por último, se procederá a preguntarse si es necesaria la positivación de un derecho al error del contribuyente atendiendo a la legislación vigente y a la praxis judicial y administrativa. Todo ello permitirá poder tomar el pulso del estado actual de la cuestión.

2. EL JUICIO DE CULPABILIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN TRIBUTARIA

Se ha decidido destacar, de entre las resoluciones judiciales más cercanas en el tiempo que forman parte de la jurisprudencia mayor la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023, de 23 de mayo. Su interés radica, como se ha manifestado *supra,* en el hecho de que, a pesar de la prohibición constitucional de la responsabilidad objetiva, y de lo dispuesto en el artículo 183.1 de la Ley General Tributaria, que requiere que medie dolo o culpa con cualquier grado de negligencia por parte del sujeto infractor, todavía siguen existiendo controversias que acaban en los tribunales, llegando incluso al Tribunal Supremo, sobre la falta de motivación del juicio de culpabilidad en sede de infracciones tributarias por parte de la Administración Tributaria[65].

En el caso de autos, se dio finalización al procedimiento de inspección mediante acuerdos de liquidación en los que se regularizó el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de los ejercicios implicados, en el sentido de incorporar a la base imponible del impuesto los rendimientos de capital mobiliario derivados del préstamo objeto de la controversia y que no habían sido computados por la contribuyente en su

[65] En concreto, los hechos de la Sentencia son los siguientes:

"2. En el año 2016 se inicia un procedimiento de inspección tributaria relativo al IRPF -ejercicios 2010 a 2013-, a la recurrente y su cónyuge, en el que se evidencian las siguientes circunstancias que resultan relevantes a efectos de este litigio:

2.1. Que doña Erica era deudora de Sahona por importe de 4.187.281,10 euros en virtud de un contrato privado de préstamo de fecha 15 de enero de 2010.

2.2. Que, al mismo tiempo, doña Erica resultaba acreedora por un préstamo efectuado a la sociedad GuimanfeS.L. por importe de 3.364.987,91 euros, sociedad de la que era socio y administrador único uno de sus hijos.

2.3. Que en el año 2010 la sociedad Guimanfe S.L. fue absorbida por Sahona".

autoliquidación, puesto que entendía que el préstamo se había extinguido por compensación.

Junto a este procedimiento de inspección, se incoó un procedimiento sancionador que culminó en acuerdo de imposición de sanción por dejar de ingresar la deuda tributaria -*ex* artículo 191.1 de la Ley General Tributaria-.

Todo ello fue recurrido, primero, ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid con resultado de resolución desestimatoria; y, después, esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Es interesante destacar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no entendía que existiese una interpretación razonable de la norma en tanto en cuanto no se había probado la extinción del préstamo objeto de la controversia. Por su parte, la recurrente -contribuyente- alegó, por una parte, que la compensación estaba avalada en una serie de preceptos de la legislación civil[66], y, por otra parte, que la aplicación de estos preceptos al ámbito de la apreciación de culpabilidad de la infracción, por aplicación del artículo 179.2.d) de la Ley General Tributaria, no exige prueba relativa a los hechos litigiosos, pues ello supondría que se probaría la inexistencia de conducta infractora, es decir, que no habría infracción.

Permítasenos aquí hacer un breve inciso, puesto que el precepto señalado por la contribuyente es imprescindible de cara al entendimiento de la configuración jurídica del sistema español de infracciones y sanciones tributarias. El artículo 179 aborda el principio de responsabilidad en materia de infracciones tributarias. En su apartado 2 se regulan determinados supuestos en los que aquellas acciones u omisiones tipificadas en la normativa tributaria como infracciones no sarán lugar a responsabilidad tributaria. La primera parte de la letra d), que es la que interesa, establece los siguiente:

> "d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma […]"[67].

---

66 Artículos 1195, 1202 y 1278 del Código Civil.

67 En este sentido, PARRA RUIZ aboga por una "despenalización" del error tributario, humanizándolo cuando en el contexto medie diligencia, en pro de una interpretación de la

Pues bien, los magistrados del Tribunal Supremo afirman que, en este actuar tanto de la Administración Tributaria, como del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, incluido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, están confundiendo todos ellos el plano de determinación de los elementos del tipo objetivo de la infracción con el juicio de culpabilidad.

Efectivamente, si se hubiese acreditado la compensación de los préstamos objeto de la disputa, no habría infracción tributaria en tanto en cuanto no existiría el préstamo al haberse extinguido y, consecuentemente, tampoco existirían los rendimientos del capital inmobiliario por los que se regulariza la situación tributaria de la contribuyente cuyo impago origina la infracción del apartado 1 del artículo 191 de la Ley General Tributaria.

En esta situación, lo que habría debido tenerse en cuenta por parte de la Administración Tributaria a la hora de determinar la existencia de una interpretación razonable de la norma -especialmente, en este supuesto, por la creencia de inexistencia de préstamo exigible por haber quedado extinguido por compensación- era si concurrían los elementos suficientes para llevar a la contribuyente a la creencia razonable de que así era[68].

Para el Tribunal Supremo, se ha vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución española, esto es, el principio de presunción de inocencia[69],

---

legislación más flexible y no únicamente recaudatoria al incoar la Administración Tributaria un procedimiento sancionador (PARRA RUIZ, G.: "La debilitada existencia de la presunción de inocencia en el entorno tributario y el derecho al error", en *Carta Tributaria,* núm. 108, 2024).

[68] Efectivamente, el argumento de la recurrente es especialmente relevante, a nuestro juicio, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo. Tanto la Administración Tributaria como las instancias judiciales que están analizando el caso de autos se están centrando, en ámbito sancionador, en la prueba de la compensación del préstamo y, así, en su extinción. Téngase en cuenta que, si se demuestra eso, no habría existido un procedimiento de inspección que hubiese terminado en la regularización de la situación tributaria de la contribuyente al incluir los rendimientos del capital mobiliario correspondientes, dado que la contribuyente no los incluyó en su declaración de la renta. Dicho de otro modo, no habría acción, por lo que, sin la tipicidad ni antijuridicidad, elementos a analizar previamente a la culpabilidad, no habría lugar a la infracción.

[69] CALVO VÉRGEZ ha venido subrayando con gran acierto que no se permite que la Administración Tributaria base la existencia del elemento de culpabilidad por exclusión o simplemente afirmando que el actuar del contribuyente es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia razonable de la norma, so pena de vulnerar el principio constitucional de presunción de inocencia. Así las cosas, la motivación suficiente de la Administración

puesto que ha existido sanción sin la acreditación de la concurrencia de culpabilidad -de ánimo defraudatorio-; nótese que es jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no se puede sancionar por el mero resultado y mediante razonamientos apodícticos, siendo imprescindible una motivación específica de la culpabilidad o negligencia y, naturalmente, de las pruebas de las que ésta se infiere[70].

En relación con el supuesto que abordan los magistrados del Alto tribunal español, sí se aprecian elementos objetivos, que incluso son admitidos por el acuerdo de liquidación, que habrían requerido aquel examen del juicio de razonabilidad de la conducta del recurrente: a saber, los préstamos recíprocos entre ambas partes, en cantidades que supondrían la extinción del préstamo otorgado por la recurrente, origen de rendimientos del capital mobiliario imputados vía regularización de la situación tributaria de la contribuyente.

El criterio interpretativo que deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo es cuanto sigue:

> "La apreciación sobre si concurre la exclusión de responsabilidad por la comisión de infracción tributaria por haber actuado el obligado amparándose en una interpretación razonable de la norma, prevista en el art. 179.2.d) LGT, requiere una motivación específica sobre la razonabilidad de tal interpretación, como parte específica del juicio de culpabilidad".

Además, también traen a colación jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo en virtud de la cual se prohíbe al Poder Público la imposición de un reproche sancionador teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas del obligado tributario, sin llegar ni siquiera a entrar a valorar si la interpretación defendida por este último de la disposición controvertida puede entenderse como razonable, independientemente de si es errónea o no. Se produciría, en este supuesto, una violación del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución[71].

Tributaria de la culpabilidad es un requisito imprescindible, exigiéndose la prueba de la interpretación razonable de la norma cuando la Administración pruebe la culpa (CALVO VÉRGEZ, J.: "El principio de culpabilidad en las infracciones tributarias a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial", en *Crónica Tributaria,* núm. 7, 2011, págs. 6 y 7).

[70] Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2005, de 20 de junio.

[71] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 843/2016, de 8 de noviembre.

Como es natural, la resolución de las pretensiones es la estimación del recurso de casación y anulación de la sentencia recurrida en lo concerniente a la resolución sancionadora determina la anulación de la resolución económico-administrativa, en lo relativo a la imposición de sanción, así como esta última resolución.

Por su parte, en materia de motivación de los acuerdos sancionadores, se ha analizar la Resolución Vinculante de Tribunal Económico Administrativo Central núm. 7036/2015/00/00, pues tampoco existirá una adecuada motivación del juicio de culpabilidad cuando se usan en el acuerdo sancionador fórmulas generalizadas y estereotipadas, como, a título de ejemplo, la siguiente:

> "Analizadas las circunstancias concurrentes la conducta del obligado tributario ha sido negligente sin que se aprecie ninguna causa de exoneración de la responsabilidad".

PEIRÓ CERVERA pone el foco en aquellos acuerdos sancionadores en los que se impone una sanción a un contribuyente que ha cometido un error, sin voluntad defraudatoria, máxime cuando el sistema tributario español descansa, en gran medida, en la figura de la autoliquidación. Además, en estos acuerdos es frecuente observar cómo se han plasmado motivaciones genéricas e impersonales que se alejan de lo que habría de ser el contenido del juicio de cupabilidad[72].

Así, los automatismos no constituyen motivación de la concurrencia del elemento subjetivo -culpabilidad-, siendo insuficiente, como se ha venido señalando por la jurisprudencia mayor, que se den únicamente los elementos objetivos de la infracción tributaria. Es más, se trata de una exigencia que, para el Tribunal Económico-Administrativo Central, no es subsanable una vez anulada una sanción por resolución o sentencia por falta de motivación, precisamente por constituir, como se decía, un elemento esencial, quedándole vedado a la Administración el inicio de un nuevo procedimiento sancionador.

[72] PEIRÓ CERVERA, S.: "Sobre la culpabilidad: condición esencial para la imposición de sanciones tributarias", en *Carta Tributaria,* núm. 119, 2015, págs. 4 y 5 (versión online).

Es más, aquellos fundamentos fácticos y jurídicos que han servido a la Administración Tributaria como motivación del elemento subjetivo, esto es, de la culpabilidad, han de estar recogidos tanto en el expediente sancionador como en el acuerdo sancionador[73].

3. EL SUJETO INFRACTOR-PERSONA JURÍDICA: ¿INCIDENCIA DE SU FORMA JURÍDICO-MERCANTIL EN LA CULPABILIDAD?

A continuación, cabría preguntarse si una persona jurídica ha de poner un especial cuidado en materia de culpabilidad con respecto al de la persona física.

Si bien, atendiendo a lo que dispone el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, así como el Tribunal Económico-Administrativo Central, parecería, apriorísticamente, que la culpabilidad ha de motivarse atendiendo a los fundamentos fácticos y jurídicos específicos del infractor, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre este extremo, en su Sentencia núm. 4670/2016[74]. En el caso de autos, el sujeto infractor es una sociedad anónima estatal.

En el acuerdo sancionador, en sede de motivación del juicio de culpabilidad, la Administración Tributaria afirmó que al infractor que tiene forma societaria -al ser una sociedad anónima estatal-, por propia definición, finalidad y estructura, se le ha de requerir un conocimiento y cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones contables y fiscales superior al del "ciudadano común" ajeno por formación y ocupación a la materia jurídico-tributaria.

Es más, la Administración añadió que, a pesar de que no cabe sanción sin la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción tributaria -la culpabilidad-, “en el presente caso ha quedado acreditado que el obligado

[73] Resolución Vinculante de Tribunal Económico Administrativo Central núm. 7036/2015/00/00, de 18 de febrero de 2016.

[74] Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4670/2016, de 26 de noviembre.

tributario no ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, dada la entidad del sujeto infractor".

Dicho de otro modo, por la forma societaria del contribuyente, por su entidad, la Administración Tributaria entiende que es precisamente esa propia esencia -su forma jurídico-mercantil- la que justifica una especial diligencia, superior a la del ciudadano medio o común.

Llama la atención que se atienda a las circunstancias subjetivas del sujeto infractor y no a las circunstancias fácticas ni jurídicas que sí que habrían de servir de motivación de la culpabilidad.

CALVO VÉRGEZ afirma que, si el juicio de culpabilidad se fundamenta en circunstancias subjetivas, tales como ser una sociedad con grandes recursos o recibir el más competente de los asesoramientos, entonces se estaría vulnerando el artículo 25 de la Constitución[75].

No solamente se trata esta cuestión específica en la resolución judicial que se ha señalado, sino que constituye jurisprudencia asentada. Efectivamente, la motivación de la culpabilidad basándose en si es una empresa, incluso su tamaño -grande- no ha lugar so violación del principio de *nulla poena sine colpa*[76].

4. ¿HACIA UN "DERECHO" AL ERROR DEL CONTRIBUYENTE? UNA BREVE APROXIMACIÓN

SANZ GÓMEZ defiende dos elementos fundamentales en sede de una propuesta de un derecho al error en el Derecho Tributario Sancionador español: el primero es una mejora de la normativa de los procedimientos tributarios con el objeto de que induzca al cumplimiento tributario junto con una articulación más adecuada de los recargos regulados en el artículo 27 de la Ley General Tributaria; mientras que el segundo elemento es la incorporación de criterios nuevos para la exclusión de sanciones.

---

[75] CALVO VÉRGEZ, J.: Las infracciones y sanciones en la Ley General Tributaria, cit., pág. 109.

[76] Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (rec. núm. 4693/2007), 13 de abril de 2016 (rec. núm. 1127/2014) o núm. 2603/2016 de 14 de diciembre de 2016, si bien también fue abordado en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023, de 23 de mayo.

En particular, el autor propone una presunción *iuris tantum* de buena fe que conlleve la exclusión del reproche sancionador ante ciertos comportamientos negligentes. La lógica que existe detrás del razonamiento anterior es que, en el caso de que haya habido incumplimiento y se le haga saber al contribuyente, este último procederá a su corrección, existiendo, de esta forma, buena fe; si no lo llevase a término, entonces no mediaría buena fe[77].

El Consejo para la Defensa de Contribuyente ha desarrollado una propuesta de incorporación de un derecho a rectificar errores en España[78] a través de distintas hipótesis[79]: primero, excepcionando o reduciendo los intereses de demora[80] cuando no concurra dolo; admitiendo rectificaciones de errores no dolosos tras requerimiento de la Administración -como planteaba igualmente SANZ GÓMEZ-; toda la propuesta habría de plasmarse la regulación del derecho a rectificar el error para evitar una nueva litigiosidad tributaria -que es uno de los aspectos que se pretende evitar-, como, por ejemplo, cuántos errores se admiten, por impuesto y en cuánto tiempo[81]; también se debería tomar en consideración el historial

[77] SANZ GÓMEZ, R.: Consecuencias del incumplimiento tributario y propuestas para un derecho al error, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2024, págs. 223 a 226.

[78] En este sentido, *vid.* GIL CRUZ, E. M.: *El derecho al error tributario,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

[79] Para completar la visión de conjunto, *vid.* GONZÁLEZ PELAYO, A.: "Reflexiones sobre la introducción del derecho al error en el Ordenamiento tributario español", en SANZ GÓMEZ, R. (dir.): *El control masivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias,* Dykinson, Madrid, 2024.

[80] Sobre este aspecto, cabe destacar que PÉREZ BERNABÉU señala que, para el Consejo de Estado francés, tanto los recargos como los intereses de demora tienen una naturaleza sancionadora, lo que conlleva la obligación de motivación del elemento subjetivo. En España, al contrario, el interés de demora se configura como una prestación accesoria que tiene un carácter indemnizatorio (PÉREZ BERNABÉU, L.: "El derecho a la regularización en caso de error: una nueva estrategia para incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias", en MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. y SANZ GÓMEZ, R. (coords.): *Revisión crítica de la Ley General Tributaria tras veinte a os de su aprobación*, Documentos de trabajo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 3, 2024, págs. 127 y 128).

[81] Este tercer extremo de la propuesta del Consejo para la Defensa del Contribuyente nos resulta algo contradictoria en el sentido de que se habría de abordar caso por caso. Hay determinadas situaciones en las que un error inicial puede desembocar en otro u otros. Si se limitase a un específico número de errores se estaría encorsetando un derecho, perdiendo, a nuestro juicio, su virtualidad y, al mismo tiempo, se podría volver en contra del mismo contribuyente. La experiencia de la tradición jurídica española ha demostrado que, precisamente,

del contribuyente a la hora de valorar su responsabilidad[82]; mayor uso de actuaciones preventivas en pro de la regularización voluntaria -como cartas aviso y las visitas preventivas-; también propone ahondar en los Códigos de Buenas Prácticas Tributarias, los cuales se emplean, actualmente, por grandes empresas, de cara a su extensión a pequeños contribuyentes, teniéndose en cuenta que en los Códigos de Buenas Prácticas de autónomos y pymes, ya muy avanzados, se afirma que su suscripción será tenida en cuenta a efectos sancionadores, sin llegar a ser un blindaje; y finaliza subrayando que habría de hacerse vía modificación de la Ley General Tributaria en cuanto norma con rango de Ley[83].

Pues bien, la Agencia Estatal de Administración Tributaria es consciente de que habría que avanzar en una mejora en la aplicación del procedimiento sancionador, constituyendo uno de sus ejes vertebradores de las actuaciones en materia de control del fraude en su Plan Estratégico 2024-2027. Se persiguen continuar en sus trabajos de revisión de aquellos criterios operativos al aplicar el régimen sancionador tributario por los órganos de Gestión para "mejorar los procesos de detección de la concurrencia de culpabilidad" y, además, poder centrarse en aquellos comportamientos que revistan una mayor gravedad, esto es, poniendo un especial énfasis en aquellas posibles infracciones en que haya un perjuicio económico. Así las cosas, se valoraría la conducta previa del

una regulación excesivamente precisa conlleva una maraña legislativa que entorpece la visión de conjunto, de unidad, que ha de reinar en el Ordenamiento jurídico.

[82] A pesar de que, ahora mismo, el Derecho Tributario Sancionador español prevé la reincidencia, se conseguiría con esta propuesta que también el historial del obligado tributario tenga una repercusión positiva desde el punto de vista del juicio de culpabilidad. No obstante, tal y como se afirmada *supra,* no sabemos el alcance exacto de la categorización de los contribuyentes. Es más, ¿qué ocurre si el obligado tributario, tras acuerdo sancionador, se le impone una sanción tributaria y, tras años de recursos en las instancias administrativa y judicial, obtiene una resolución judicial en que se anula la sanción? ¿Habría de considerársele, hasta que la sentencia adquiera firmeza, "incumplidor" porque seguiría constando en su historial que tiene una sanción, sin importar que esté recurrida? ¿No se podría avanzar en afianzar la visión del derecho al recurso como tal, esto es, como derecho que es, especialmente por parte de la legislación relativa a los procedimientos tributarios?

[83] Consejo para la Defensa de Contribuyente, Propuesta 3/2022 sobre la incorporación del derecho al error al Ordenamiento tributario español, págs. 7 a 9.

obligado tributario en los supuestos de comisión de errores o en pequeños incumplimientos involuntarios[84].

Téngase en cuenta que, además, existe una sentencia del Tribunal Superior de Galicia[85] que ha llegado incluso a mencionar este derecho al error, aspecto que no es para nada trivial[86].

En relación con la reforma que ha introducido las autoliquidaciones rectificativas, se ha venido criticando el aumento de inseguridad jurídica ante la posibilidad de sanción al contribuyente por los posibles errores que cometan, que no facilita la explicación de discrepancias ni adjuntar documentación en el modelo normalizado. Ello podría conllevar una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de buena administración[87].

5. CONCLUSIONES

Una de las cuestiones más llamativas del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023, de 23 de mayo, es que, desde el acuerdo sancionador de la Administración Tributaria, pasando por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid e incluso la posición defendida por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo, todos dan por sentado la confusión flagrante del plano de determinación de los elementos del tipo objetivo de la infracción tributaria con el juicio de culpabilidad. Continuamente se le exigía a la contribuyente que, para eximir su responsabilidad tributaria *ex* artículo 179.2 d) de la Ley General

[84] Agencia Estatal de Administración Tributaria, *Plan Estratégico de la Agencia Tributaria 2024-2027,* pág. 37.

[85] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 709/2023, de 28 de noviembre.

[86] Es más, dada la fina línea que separa la infracción tributaria de dejar de ingresar la cuota tributaria al delito contra la Hacienda Pública, *vid.* PARADA CANO-LASSO, S.: "El «derecho al error» en el ámbito tributario y su posible alcance en el delito fiscal", en *Diario La Ley*, núm. 10492, 2024.

[87] GOROSPE OVIEDO, J. I.: "La implementación de las nuevas autoliquidaciones rectificativas. Derecho al error y principio de buena administración frente a la merma de garantías", en *Crónica Tributaria*, núm. 193, 2024, págs. 103 y ss; así como BLASCO DELGADO, C.: "Desafíos de las nuevas autoliquidaciones rectificativas el derecho al error y a discrepar a debate", en MERINO JARA, I. y SUBERBIOLA GARBIZU, I. (dirs.*): Procedimientos tributarios*, La Ley, Madrid, 2024, págs. 659 y ss.

Tributaria, había de haber acreditado para una interpretación razonable de la norma la extinción efectiva del préstamo que originó la regularización tributaria vía procedimiento de inspección por parte de la Agencia Tributaria. En ningún momento se valoró, en ninguna instancia, ni administrativa ni judicial, si los argumentos esgrimidos por la contribuyente en su creencia de que concurrían las condiciones para producirse la compensación de los préstamos y, por ende, que se extinguiesen, podrían consistir en una interpretación razonable de la norma.

Las consecuencias derivadas de este actuar son muy significativos: la violación, por una parte, del principio de presunción de inocencia *ex* artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 179.2 d) de la Ley General Tributaria, así como del principio de culpabilidad que ha de reinar en todo proceso judicial penal o procedimiento administrativo sancionador *ex* artículo 25 de la Constitución. Dicho de otro modo, se han vulnerado dos principios constitucionales, fundamentalísimos, pilares del sistema sancionador español.

La cuestión podría pasar de llamativa -por cómo la hemos calificado en estas conclusiones- a crítica si se tiene en cuenta que no solamente hace falta una resolución judicial del Tribunal Supremo en el año 2023 para recordar la prohibición constitucional del régimen de responsabilidad objetiva en sede de sanciones penales y administrativas, sino que también ha debido intervenir el Tribunal Económico-Administrativo Central a través de una resolución de unificación de doctrina sobre la motivación de los acuerdos sancionadores. Este último ha afirmado que el uso de fórmulas genéricas no es la motivación de la culpabilidad que requiere nuestro Ordenamiento jurídico-sancionador, no siendo subsanable ante una resolución administrativa o una sentencia judicial que anulen el acuerdo sancionador, ni tampoco pudiendo la Administración Tributaria iniciar un nuevo procedimiento. Se exige, además, como garantía, que los fundamentos fácticos y jurídicos que lleven a la Administración a determinar la culpabilidad del sujeto infractor han de constar, por un lado, en el expediente, y, por otro lado, en el acuerdo sancionadores.

Naturalmente, el principio de la necesidad de culpabilidad para la imposición de una sanción -penal y administrativa- conlleva que se prescinda de las circunstancias subjetivas del sujeto infractor, siendo únicamente relevantes los elementos fácticos y de Derecho.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, si bien consideramos que las propuestas de regulación de un derecho al error son necesarias y más que bienvenidas, existen ciertos síntomas de que los procedimientos sancionadores no se están aplicando atendiendo no solamente la Ley General Tributaria, al afirmar que en las infracciones tributarias habrá de mediar necesariamente dolo o culpa con cualquier grado de negligencia, sino a la jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que no es sino aplicación inmediata de la prohibición constitucional de la responsabilidad objetiva o sin culpa en el ámbito sancionador penal y administrativo -incluyéndose, como es natural, el tributario sancionador-.

6. REFERENCIAS BILBIOFRÁFICAS

Blasco Delgado, C. (2024). Desafíos de las nuevas autoliquidaciones rectificativas el derecho al error y a discrepar a debate, en Merino Jara, I. y Suberbiola Garbizu, I. (dirs*.): Procedimientos tributarios*.

Calvo Vérgez, J. (2023). *Las infracciones y sanciones en la Ley General Tributaria.* Thomson Reuters Aranzadi.

Calvo Vérgez, J. (2011). El principio de culpabilidad en las infracciones tributarias a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial. *Crónica Tributaria,* 7.

Delgado Sancho, C. D. (2011). Elementos constitutivos de la infracción tributaria. *Crónica Tributaria*, 139.

Gil Cruz, E. M. (2023). *El derecho al error tributario.* Thomson Reuters Aranzadi.

González Pelayo, A. (2024). Reflexiones sobre la introducción del derecho al error en el Ordenamiento tributario español, en Sanz Gómez, R. (dir.): *El control masivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias*.

Gorospe Oviedo, J. I. (2024). La implementación de las nuevas autoliquidaciones rectificativas. Derecho al error y principio de buena administración frente a la merma de garantías. *Crónica Tributaria*, 193.

Parada Cano-Lasso, S. (2024). El «derecho al error» en el ámbito tributario y su posible alcance en el delito fiscal. *Diario La Ley*, 10492.

Parra Ruiz, G. (2024). La debilitada existencia de la presunción de inocencia en el entorno tributario y el derecho al error. *Carta Tributaria,* 108.

Peiró Cervera, S. (2015). Sobre la culpabilidad: condición esencial para la imposición de sanciones tributarias". *Carta Tributaria*, 119.

Pérez Bernabéu, L. (2024). El derecho a la regularización en caso de error: una nueva estrategia para incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, en Martín Rodríguez, J. M. y Sanz Gómez, R. (coords.): *Revisión crítica de la Ley General Tributaria tras veinte a os de su aprobación*, Documentos de trabajo, Instituto de Estudios Fiscales, 3.

Sanz Gómez, R. (2024). *Consecuencias del incumplimiento tributario y propuestas para un derecho al error.* Thomson Reuters Aranzadi.

7. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

7.1. Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 74/2022, de 14 de junio

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 14/2021, de 28 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2005, de 20 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1990, de 26 de abril.

7.2. Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2335/2023, de 23 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4670/2016, de 26 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 843/2016, de 8 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2603/2016, de 14 de diciembre de 2016,

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016, rec. núm. 1127/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, rec. núm. 4693/2007.

SECCIÓN IV.

CALIDAD, CORRUPCIÓN Y OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

CALIDAD, RENDICIÓN DE CUENTAS Y FINANCIACIÓN UNIVERSITARIA: LOS CONTRATOS PROGRAMA

JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

La extendida constatación acerca de la situación de crisis de la universidad contemporánea y las rutas que han conducido a ella reproduce la perspectiva desde la que, años atrás, se formuló el doble papel que las instituciones de educación superior se vieron constreñidas a representar en los últimos años del pasado siglo. Por una parte, la visión que con el nombre de universidad *emprendedora* (Clark, 1998) reconocía las nuevas capacidades, obligaciones y responsabilidades de las universidades en un escenario mundial regido por el auge del capitalismo de mercado, donde habían de cumplir una función social en tanto agentes activos de gestión de un conocimiento que, abandonando el solipsismo investigador de corte humboldtiano, se incorporase a la senda de transferir sus logros convirtiéndolos en productos susceptibles de competir y cotizar en el mercado. Por otra parte, el reconocimiento de que en tal tarea la universidad abandonaba las pautas de identidad que la habían hecho reconocible durante siglos, para transformarse en una gestora al servicio de demandas ajenas sobre las que apenas podía tener capacidad de control, y que desdecía la panorámica de valores académicos que la habían caracterizado, convirtiéndose en una entidad *en ruinas* (Readings, 1999), ahogada por la burocracia y las exigencias externas.

La nueva misión se ha revelado, empero, irrenunciable en aras de la supervivencia, y el proceso de conversión de la universidad en un agente empresarial aún a su pesar, ha acabado por imponerse. La

antigua *schola* es ahora un centro de negocios y, como tal, sujeto a condiciones de funcionamiento todavía no plenamente asumidas.

2. VISIÓN EMPRESARIAL UNIVERSITARIA

2.1. LA UNIVERSIDAD COMO EMPRESA

La mercantilización de la educación es el conjunto de procesos mediante los cuales varios rasgos propios de la estructura del mercado se ven incorporados a la actividad educativa (Marginson, 1997). Esta situación se combina con distintos modos de introducción de la iniciativa privada dentro de los ámbitos académicos, bien sea por la mera sustitución de organismos por empresas privadas encargadas de diseño, gestión, organización, implementación o control de procesos administrativos, gestores o docentes; o bien sea por una general desregulación que suponga la expansión del sector privado desde la periferia de la actividad universitaria. La privatización por sí misma no supone la aparición de una actividad mercantil, pero facilita e incentiva su surgimiento.

La Declaración Mundial sobre la Educación Superior para el siglo XXI (UNESCO, 1998) certificó en su momento la asunción de estos nuevos roles, al determinar que la educación habría de ser el servicio de mayor relevancia para las sociedades del siglo que comenzaba. Pero al mismo tiempo abría el espacio oferente de servicios educativos de manera que la universidad dejaba de ser el centro hegemónico de creación y distribución de enseñanza al más alto nivel, para situarse en un plano de competición con esos recién proclamados nuevos agentes educativos, de tal modo que la actividad universitaria se transformase en una "empresa cultural" (Naranjo Vélez, 2010).

Una de las consecuencias de esa incorporación de la lógica mercantil y su consecuente desregularización es que la calidad del producto puesto en circulación y de las estrategias de *fabricación* del mismo habrían de someterse a criterios de vigilancia mediante indicadores de mercado. Así surgen las agencias "guardianas de la calidad" (Pomares Cintas y Álvarez García, 2020) como ENQA (European Association for Quality Assurance in Higher Education) en Europa, o en España ANECA

(Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación) o las diferentes agencias autonómicas. Institutos todos destinados a verificar una *calidad* para cuya medida interponen indicadores economicistas ajenos al medio académico, como la inserción laboral, las relaciones con el sector profesional o la "demanda social". Las consecuencias estadísticas de estas prospecciones se orientan hacia la optimización de un servicio público, identificando "calidad" con "rentabilidad" (Moreno, 2009), escenario que tras Bolonia se ha convertido en cotidiano.

2.2. TERCERA MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD Y EEES

Este doble compromiso adquirido de, por un lado, revertir en un sentido económico las producciones académicas y el desempeño de cuantos profesionales integran la institución universitaria y, por otro, abanderar tales acciones con la honrosa motivación de asumir una responsabilidad social institucionalmente demandada, se ha presentado como una tercera misión que aúne y legitime los esfuerzos contemporáneos de las universidades para que su desempeño sea reconocido y valorado. La innovación, el desarrollo, la cooperación y la transferencia son los nuevos ejes desde los que ha de ser comprendida la universidad, y los modos reconocibles para que su actividad resulte competitiva y eficiente (Touriñán, 2020).

El *espacio común* de Bolonia configuró el marco de actuación en el que, bajo las pretensiones de unificar ámbitos autónomos dispersos, se legitimaron las nuevas reglas de juego que pronto evidenciaron la perspectiva de competición perpetua que desde entonces sería la tónica en el régimen de la educación superior. Una situación descrita como *viciada* en origen por Pomares Cintas y Álvarez García (2020), y cuyos rasgos distintivos señalan centrados en tres niveles: competitividad entre las propias universidades públicas por la oferta y distribución de los contenidos académicos; competitividad de las públicas respecto de las universidades privadas ante la irrupción y extensión de los nuevos modelos de patronazgo; competitividad dentro de una misma universidad por las cuotas en términos de créditos y conformación de planes de estudio, que acaban por reflejar el reparto de cuotas de poder dentro de los claustros de las distintas Facultades.

La *calidad*, término mítico sobre el que se construía el nuevo modelo de educación superior aparecía así como una referencia constante, pero cuyo valor se minoraba sucesivamente a medida que la aplicación de los criterios de rigor y validez con que certificar tal calidad y convertirla en un indicador de presencia confiable en el mercado del conocimiento, iba desplegando sus efectos en los distintos niveles del sistema. Con el agravante de no existir una estructuración de gestión empresarial previa que pudiese responder o adecuarse a las nuevas y optimistas demandas del Espacio Europeo de Educación Superior y su rearticulación *top-down* del sistema.

La adaptación al nuevo espacio y las reestructuraciones que ha precisado han generado respuestas diferenciadas, con frecuencia contradictorias, y diseños renovados efectuados siempre contra reloj. La imagen interna de la universidad contemporánea ha tendido a diferenciar tres tipos de estudios universitarios con que dar respuesta a las demandas derivadas de la tercera misión en el ámbito académico (Anta Félez, 2019): los estudios de *formación*, con finalidad propedéutica y basados en la resolución de problemas, los estudios de *información*, vinculados a un campo del saber específico y a la generación de actividad investigadora, y los estudios de *entrenamiento*, cuyo objetivo es la adquisición de destrezas profesionales valuables en el mercado de trabajo, sector que ha alcanzado la mayor prevalencia y las mayores tensiones, al tratarse de un modelo de actividad que no había sido característico de las instituciones universitarias, y que además define ese perfil competitivo y empresarial que la universidad post-Bolonia ha sido llevada a adoptar.

2.3. TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO

En este escenario de *terceras misiones*, gobernanzas autónomas, primacía de la calidad y acreditación obsesiva, la transferencia de conocimiento es una de esas misiones ahora fundamentales de la universidad, que ha venido a incorporarse junto con la docencia y la investigación, cuando no en preferencia sobre ellas pese a ser históricamente la menos desarrollada de las tres. Esta transferencia implica la difusión del conocimiento generado a través de la investigación científica, tanto dentro de la esfera académica como hacia la sociedad en general, incluyendo de manera principal e ineludible el ámbito empresarial. El objetivo es que este conocimiento no

solo retroalimente el avance científico como valor por sí mismo, sino que también tenga un impacto tangible, medible y perceptible. En la sociedad, por definición; pero sobre todo en la economía.

La transferencia de conocimiento se realiza a través de diversos canales y métodos, que pueden ser individuales o colectivos, especializados o divulgativos, académicos o profesionales (Papi Gálvez, 2023). Estos procesos se enmarcan en la relación que la universidad establece con su entorno, a través de colaboraciones con agentes externos de muy diverso tipo y mediante multiplicidad de instrumentos (convenios, patentes, contratos, generación empresarial o modelos de utilidad). Para que esta transferencia sea efectiva, es necesario que exista una transmisión de saberes, habilidades y desarrollos realizados por el personal investigador de la universidad, ajustados a sus funciones y cuyas manifestaciones no sean opacas en el medio social ni, según se establece, en el económico. Para ello, la transferencia debe orientarse a mejorar aspectos concretos y técnicamente definidos, lo que implica que el impacto o los beneficios generados forman *ab initio* parte integral de su concepción y su diseño. E, *in fine*, en su evaluación de cara a reproducir sus posibilidades futuras de financiación.

La relación entre las universidades y el sector empresarial ha cobrado no obstante especial relevancia en las últimas décadas, impulsada por cuatro factores interrelacionados (Aguilar Rubio y Vargas Vasserot, 2022): el avance de la ciencia en campos con aplicaciones comerciales, los recortes presupuestarios que obligan a las universidades a buscar fórmulas complementarias de financiación, el incremento de la producción industrial basada en investigación científica y desarrollo tecnológico, y el reconocimiento del propio valor de la transferencia de conocimiento. En este contexto, las universidades han desarrollado diversos canales de colaboración con el sector empresarial, como la comercialización de patentes, los programas *spin-off*, las acciones contractuales de consultoría, o la participación en el desarrollo de normas técnicas para aplicación en la industria.

En el contexto español, los bajos resultados en materia de transferencia de conocimiento dificultan este proceso que se exige a las universidades, si atendemos al escaso montante de I+D facturado, las escasas licencias

de patentes, o la poca implicación de los investigadores en actividades de transferencia. Esta situación es debida a varias razones (Mas Verdú, 2021): En primer lugar, el tejido empresarial español no es consciente plenamente de la función determinante del conocimiento en la diferenciación de cara a obtener ventajas competitivas, lo que se traduce en un escaso esfuerzo inversor en I+D por parte de las empresas. En segundo lugar, la carrera académica universitaria está paralizantemente ligada a la publicación de artículos científicos y a la generación de *evidencias* de impacto que permitan arrancar fracciones de puntos en los baremos de acreditación, de manera que las actividades de transferencia cuentan con pocos incentivos directos capaces de justificar el esfuerzo adicional que reclaman. En tercer lugar, los instrumentos de interrelación y puesta en común entre la universidad y el sector empresarial son poco eficientes, lo que dificulta la colaboración entre ambos. Para superar estas barreras, sería necesario adoptar un enfoque relacional basado en la colaboración prolongada entre organizaciones no académicas e investigadores, a través de la interposición de "intermediarios de innovación" que fomentasen la interacción entre los diversos agentes implicados.

3. CONTRATOS PROGRAMA

3.1. LA FIGURA DE LOS CONTRATOS PROGRAMA

La figura en que toman cuerpo esas mencionadas finalidades de orden presupuestario, de conformación de un sistema de calidad y del logro de una comunicación transparente con la sociedad, es en la actualidad el contrato programa. Con este instrumento se incorpora una perspectiva de racionalidad a través del establecimiento de una serie de bases objetivas de medición, con la pretensión -no siempre conseguida- de superar la tradicional visión incrementalista de la gestión (Arias Rodríguez, 2020).

Gordillo Pérez (2006) enumera sus características generales:

- La determinación precisa de objetivos, vinculados a la calidad de los servicios y la eficacia de la gestión, que pueden

establecerse mediante la elaboración del correspondiente plan estratégico.

- La efectiva valoración del cumplimiento gracias al uso de indicadores cuantitativos.
- La vinculación de la financiación a obtener con el grado de cumplimiento.
- La revisión de los objetivos según evaluación y según el desarrollo de la política universitaria de la Administración.

3.2. NORMATIVA SOBRE CONTRATOS PROGRAMA

En Andalucía, el Acuerdo de 19 de septiembre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Modelo de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período 2023-2027 es la normativa de aplicación durante el período vigente, de la cual se exponen a continuación su estructuración básica para pasar de seguido a considerar la regulación de la figura del contrato programa en sus aspectos fundamentales.

3.2.1. Estructura del Modelo de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período 2023-2027.

El Modelo de Financiación se estructura en cuatro categorías:

- Financiación básica armonizada. Define los umbrales mínimos de financiación de cada universidad. Se distribuirá entre las Universidades Públicas de Andalucía ponderada según los criterios de armonización que establece el Modelo de Financiación 2023 – 2027.
- Financiación afecta a resultados. Se distribuirá entre las Universidades Públicas de Andalucía a través de contratos programa estructurales y contratos programa estratégicos.
- Financiación a través de proyectos estratégicos del sistema universitario de Andalucía. Se destinará a mejorar la

competitividad de las Universidades Públicas andaluzas en su conjunto.

– Financiación de nivelación. Con fundamento en el principio de convergencia y atendiendo a las singularidades de cada universidad, permitirá corregir desviaciones producidas por la aplicación de los modelos de financiación anteriores.

3.2.2. Financiación afecta a resultados. Contratos programa.

La financiación afecta a resultados se instrumenta a través de contratos programa con cada una de las universidades públicas del sistema universitario andaluz.

Los contratos programa serán de una doble naturaleza:

– Contratos programa estructurales que se fundamentan en el principio de suficiencia financiera.

– Contratos programa estratégicos que se fundamentan en el principio de garantía de la calidad en la prestación del servicio.

– Se concertarán anualmente con cada una de las universidades públicas andaluzas, atendiendo a sus concretas características y singularidades y a la diversidad de sus objetivos.

– Se estructurarán mediante objetivos que se correspondan con actuaciones a desarrollar por las Universidades Públicas, que resulten fácilmente medibles y evaluables en cuanto a su cumplimiento y ejecución.

3.2.3. Contratos programa estructurales.

Los contratos programa estructurales se articulan para financiar gastos de personal y gastos corrientes en bienes y servicios.

Estarán orientados hacia los siguientes ámbitos: eficacia y profesionalización de la gestión; la realización de reformas estructurales y el mantenimiento de las infraestructuras; y la estabilización y promoción del personal.

Se destinarán exclusivamente a la ejecución de actuaciones y medidas vinculadas con los criterios de armonización de la financiación básica armonizada que permitan la convergencia de las universidades.

El importe destinado al contrato programa estructural de cada universidad vendrá determinado por la diferencia entre el importe de referencia para el cálculo de la financiación básica armonizada y el importe de la financiación básica armonizada aplicados los criterios de armonización.

3.2.4. Contratos programa estratégicos.

Los contratos programa estratégicos se articulan para financiar gastos orientados a la mejora de la calidad en la prestación del servicio.

Estarán orientados hacia los siguientes ámbitos: medidas de apoyo al estudiantado, a la mejora de la docencia, al rejuvenecimiento de la plantilla, al fomento de la investigación competitiva, a la transferencia de conocimientos a la sociedad, a la inclusión, a la internacionalización y el apoyo a las universidades europeas, al emprendimiento, a la cultura y el deporte, a la digitalización, a inversiones e infraestructuras y a la profesionalización de la gestión, entre otras.

La financiación vinculada a los contratos programa estratégicos no podrá exceder del 10% del importe del conjunto de transferencias destinadas al Modelo de Financiación 2023-2027.

Para la determinación del importe destinado al contrato programa estratégico de cada universidad, la Consejería atenderá a su ejecución presupuestaria, al cumplimiento de los objetivos estratégicos de la universidad, a las mejoras en la calidad de la prestación del servicio implementadas y al grado de cumplimiento de los contratos programa estratégicos de ejercicios anteriores.

3.2.5. Proyectos estratégicos del sistema universitario de Andalucía.

Tienen como finalidad la mejora de la competitividad de las Universidades Públicas andaluzas en su conjunto, y su objeto y marco de financiación será negociado con ellas.

La financiación de las universidades a través de estos proyectos estratégicos no será consolidable y no podrá superar en su conjunto el 5%

del importe total destinado al Modelo de Financiación 2023–2027, y la distribución de la financiación a través de estos proyectos se efectuará según el grado de participación de los universidades en los mismos.

4. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

En este trabajo, con objeto de ilustrar y ejemplificar las anteriores consideraciones sobre la rendición institucional de cuentas, se analiza mediante una metodología de análisis documental de tipo cualitativo la sección de contratos programa de la Universidad de Jaén (UJA), por tratarse de un centro universitario donde la documentación pertinente se encuentra expuesto en su web en condiciones que podemos calificar como ejemplares de visibilidad y consulta.

Para ello se sigue un proceso de delimitación comparativa con la legislación, la doctrina y la investigación sobre mercantilización universitaria, transferencia de conocimiento, responsabilidad social y normativa sobre contratos programa anteriormente expuestos, con el objetivo de exponer la estructura, la organización y el funcionamiento de los contratos programa indicados.

5. RESULTADOS

5.1. CONTRATO PROGRAMA CON CENTROS DE LA UNIVERSIDAD DE JAÉN

La Universidad de Jaén está inmersa en el proceso de revisión de su Plan Estratégico, proceso que finalizará en 2025. Este Plan Estratégico señala, en su visión, que la Universidad de Jaén pretende ser una institución que aporte una formación integral y de calidad a sus estudiantes, centrada en el aprendizaje y adquisición de competencias, para que sean bien valorados en el ámbito laboral y social y para estimular su capacidad de emprendimiento. Igualmente, se indica que quiere consolidar la cultura de la calidad como un mecanismo clave de progreso de la institución. Para ello es preciso que las unidades estructurales (Centros, Departamentos y Servicios) desempeñen estrategias activas que permitan avanzar en la dirección señalada.

De acuerdo a lo establecido en el Modelo de Financiación 2023-2027, el contrato programa de la UJA se desarrolla como un mecanismo de asignación de recursos en un contexto de corresponsabilidad, de necesidad de cumplir objetivos y de exigencia para afrontar los retos presentes y futuros, centrado en la consecución de resultados, motivador hacia la mejora y adaptable a las singularidades de los Centros.

5.1.1. Características

Las características del modelo son las siguientes:

- Existen dos tipos de indicadores: 7 indicadores elegidos entre los propuestos por la Universidad y 3 indicadores específicos del Centro y propuestos por éste.
- Los indicadores elegidos entre los propuestos por la Universidad, fundamentalmente de resultados, deberán ser elegidos entre los que presenten un margen de mejora que pueda motivar al Centro para su consecución y que representen una motivación para la mejora de la posición del Centro.

Los indicadores propuestos por el Centro deberán estar relacionados con la estrategia y las singularidades del centro Indicadores propuestos por la universidad:

- Plazas cubiertas de nuevo ingreso sobre el total de plazas ofertadas de nuevo.
- Nº de estudiantes de nuevo ingreso.
- Valoración media global de los profesores.
- Proporción media de créditos aprobados respecto a créditos matriculados.
- Proporción media de créditos aprobados respecto a créditos presentados.
- Tasa de abandono.
- Satisfacción global de los grupos de interés.

- Participación en la encuesta de satisfacción global.
- Porcentaje de asignaturas impartidas en un segundo idioma.
- Porcentaje de alumnos matriculados en asignaturas en otro idioma.
- Nº de estudiantes de movilidad.
- Nº de créditos cursados por estudiantes extranjeros.

5.1.2. Contenido

Las principales características que presenta el Contrato-Programa con los Centros son:

a) Es de carácter anual.

Basado en la evaluación de resultados, fundamentalmente cuantitativos.

Estos rasgos deben permitir el establecimiento de las bases de relación entre la financiación por resultados y la consecución de los objetivos de eficacia y eficiencia en el desarrollo de la actividad académica.

Con respecto al contenido, la distribución de indicadores de cara a la evaluación mencionada queda establecida del siguiente modo:

> Los seis indicadores generales serán seleccionados por el Servicio de Planificación y Evaluación entre los indicadores generales con mejores resultados alcanzados.

Los 3 indicadores específicos y el indicador sobre disponibilidad y accesibilidad de la información del centro equivaldrán al seguimiento anual del Plan Director.

5.1.3. Duración

Anual coincidiendo con el año natural en cuestión.

5.1.4. Financiación

Financiación Estructural: 70%.

Financiación basada en resultados (Contrato Programa): 30%.

Al inicio del ejercicio se transferirá el montante total de la financiación estructural y el 40% de la financiación total basada en resultados. El 60% de la financiación basada en resultados se liquidará tras evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados para el año en cuestión.

5.1.5. Evaluación

La evaluación del contrato programa se realizará del siguiente modo:

> El 60% dependerá del grado de cumplimiento de los 6 indicadores generales. Se considerará satisfecho un indicador si el resultado logrado en el curso actual es superior al alcanzado en el curso académico previo.

El 40% se asignará mostrando el grado de cumplimiento de los indicadores de seguimiento, el nivel de avance de las acciones, líneas de actuación, objetivos y plan director en su conjunto.

5.2. CONTRATO PROGRAMA CON DEPARTAMENTOS DE LA UJA

En este contexto, la financiación se realiza en base a tres conceptos: formación, investigación e innovación, vinculando un porcentaje importante de su financiación a la consecución de una serie de objetivos concretos.

Según este modelo, el 30% de la financiación pública recibida está basado en la consecución de unos resultados anuales concretos en las líneas estratégicas principales de actividad formativa, excelencia investigadora e innovación. Los Departamentos juegan un papel clave en esta distribución, al ser tradicionalemente los agentes encargados de la docencia e investigación, a los que se suma ahora el análisis de los resultados de sus actividades en todos los ámbitos de su competencia.

El contrato programa de la UJA con los Departamentos surge así como un mecanismo de asignación de recursos que se plantea en un contexto de corresponsabilidad, de necesidad de cumplir objetivos y de exigencia para que la Universidad pueda articularse mejor como organización para afrontar los retos presentes y futuros.

5.2.1. Naturaleza

La heterogeneidad entre los Departamentos, debida a la gran diversidad de áreas de conocimiento impartidas, exige un modelo flexible de contrato programa que sea capaz de adaptarse a las singularidades de cada sector. En consecuencia, son los propios Departamentos los que eligen los indicadores que consideren más adecuados dentro de su estrategia y del propio marco propuesto, para valorar su actividad docente, de investigación y de innovación.

En el ejercicio vigente, se exime a los Departamentos de la necesidad de elegir *a priori* los indicadores del contrato programa, realizándose la selección *a posteriori* con arreglo a los resultados obtenidos, y seleccionar así la mejor combinación de indicadores de acuerdo a la singularidad del trabajo departamental.

5.2.2. Características

Las principales características que presenta el contrato programa con los Departamentos son:

a. Se evaluarán en función de los 10 indicadores que mejor se adapten a sus características, dentro de los 22 propuestos, de acuerdo con una distribución en las tres áreas consideradas.

b. Tiene carácter anual, de acuerdo con una distribución en años naturales en la elección de indicadores y en el marco de la financiación establecida.

c. Está basado en la evaluación de resultados cuantitativos.

5.2.3. Duración

Anual, coincidiendo con el año natural en cuestión.

5.2.4. Evaluación

Efectuada por el Servicio de Planificación y Evaluación y por la dirección del Secretariado de Dirección Estratégica y Calidad Institucional desde las bases de datos generales de la UJA. En el caso de que alguna información no se encuentre disponible, el Departamento se compromete a facilitarla a la mayor brevedad posible.

5.2.5. Financiación

Financiación Estructural: 70%.

Financiación basada en resultados (Contrato Programa): 30%.

Al igual que ocurrí con la financiación de Centros, en los Departamenteos al comienzo del ejercicio se transferirá el montante total de la financiación estructural y el 40% de la financiación total basada en resultados. El 60% de la financiación total basada en resultados quedará sujeta a su liquidación definitiva después de evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados.

Cada uno de los Departamentos conseguirá un nivel de financiación proporcional al nivel de consecución de los diez indicadores que haya seleccionado. Finalmente, si la financiación basada en resultados no alcanza el 40% asignado, la diferencia se detraerá del presupuesto del año en curso, y si no bastara, del presupuesto del siguiente año.

5.2.6. Estructura

El contrato programa se estructura sobre el cumplimiento de unos objetivos cuantificados por una serie de indicadores referidos a los tres ámbitos de actividad departamental: docencia, investigación e innovación.

Se proponen 22 indicadores. Entre ellos el Departamento escogerá 10 para la evaluación. De estos 10, al menos 3 deberán ser de docencia, 4 de investigación y 2 de innovación. Además, dispondrán de un "indicador móvil" para modificar esta distribución y adaptarla mejor a sus peculiaridades con mayor precisión.

Cada uno de los indicadores tendrá una ponderación del 10%, de forma que el cumplimiento de los 10 indicadores supone el cumplimiento de la totalidad del contrato programa.

5.2.7. Indicadores

A continuación, se presentan los indicadores que pueden ser utilizados en la evaluación de los Departamentos agrupados en las tres áreas mencionadas: docencia, investigación e innovación.

Indicadores de Docencia

1. Incrementar en un 10% el porcentaje de profesorado que participa en proyectos de innovación docente respecto al año anterior.
2. Incrementar en un 10% el porcentaje de asignaturas que utilizan las TICs respecto del año anterior.
3. Mejorar en un 5% la valoración de la docencia por parte de los estudiantes respecto al año anterior.
4. Mejorar en un 5% la tasa de rendimiento respecto del año anterior.
5. Aumentar un 10% anual el número de créditos impartidos en programas oficiales de postgrado.
6. Aumentar un 10% anual el número de créditos impartidos en programas de postgrado propios.

Indicadores de Investigación

1. Alcanzar un 60% anual en la proporción de sexenios posibles en cada período.
2. Incrementar en un 5%, la media de los tres últimos años, el porcentaje de tesis doctorales dirigidas o codirigidas por profesores doctores del Departamento y defendidas en la UJA
3. Aumentar en un 5% la media de los tres últimos años del número de becarios por convocatorias competitivas y contratos postdoctorales.
4. Aumentar en un 10% anual los premios, conferencias, comunicaciones y ponencias impartidas por el profesorado.
5. (Descatalogado).
6. Aumentar en un 10% anual los derechos liquidados procedentes de convocatorias competitivas de I+D+i nacionales con respecto a la media alcanzada en los tres últimos años.

7. Aumentar en un 20% anual los derechos liquidados procedentes de convocatorias.

8. Aumentar el número de patentes en explotación. europeas de I+D+i con respecto a la media de los 3 últimos años.

9. Aumentar en un 5% anual el volumen de derechos liquidados procedente de contratos de transferencia del conocimiento con entidades públicas y/o privadas.

10. Creación de al menos una empresa basada en el conocimiento.

Indicadores de Innovación

1. Aumentar en un 5% anual el porcentaje de coordinadores en programas de movilidad internacional.

2. Aumentar en un 10% anual el número de proyectos de investigación o innovación coordinados con otras Universidades.

3. Aumentar en un 10% anual el porcentaje de profesorado que participa en movilidad internacional.

4. Conseguir que un 2% del profesorado del Departamento proceda de una Universidad extranjera (profesores visitantes).

5. Aumentar en un 10% anual el porcentaje de profesorado que participa en contratos de colaboración con empresas o instituciones.

6. Conseguir que un 2% del profesorado participe en Consejos de Administración en empresas basadas en el conocimiento.

6. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Desde un punto de vista formal, la información obtenida de la estructura y articulación de los contratos programa de la UJA es coherente con el diseño normativo que regula su planificación. De los tres aspectos contemplados en el Modelo de Financiación autonómica respecto de este instrumento -contrato programa con centros, con departamentos y estratégicos- la UJA contiene los correspondientes a los dos primeros.

Hay también disponible un apartado sobre contrato programa con Centros de Estudios Avanzados, destinados al conocimiento, desarrollo, innovación y apoyo en I+D+i en los sectores olivarero, TIC y Energía y Medio Ambiente, pero los documentos expuestos sólo cubren el período 2016-2020, a diferencia de los correspondientes a Centros y Departamentos, de los que para el presente trabajo se han podido utilizar los del último período anual con vigencia actual.

De la información recopilada, resulta constatable cómo el cumplimiento de los objetivos que la UJA se impone apunta a un modelo de verificación de indicadores que por sí mismo no garantiza las funciones de transferencia social del conocimiento. Dado su marcado carácter de verificación interior de logros, sitúa a departamentos y profesorado en una dinámica de competitividad interna y complica la actividad burocrática de los centros, además de fiar en componentes puramente cuantitativos actividades que, como la docencia, la investigación o la cooperación con empresas, deben atender a factores de contextualización que los contratos programa no contemplan.

La mera atención a las definiciones de los indicadores permite destacar su escasa capacidad de relación con el ámbito de la Responsabilidad Social Universitaria, entendida como política de mejora continua de la universidad mediante el cumplimiento efectivo de su misión social (Vallaeys, 2008). Los indicadores expuestos muestran una mezcla de elementos de evaluación interna junto con tendencias de alcance exterior, pero cuya viabilidad en términos de cumplimiento de esa *misión social* no se explicita con claridad.

El problema de origen habría que buscarlo en la propia conceptualización de los contratos programa a la que las universidades han de adherirse. La falta de un apartado específico destinado a transferencia hace que los procesos que aluden a este sector hayan de verse disueltos entre los ámbitos de docencia, investigación e innovación, perdiendo su perfil específico y su vinculación directa con la Responsabilidad Social Universitaria aludida, con la que habrían de estar próximos. Ello constituye un reflejo de la dualidad en el mismo concepto de Responsabilidad Social Universitaria, que oscila entre el logro del desarrollo económico y el desarrollo social (Martí et al., 2018).

La opción por el empleo de indicadores cuantitativamente medibles se encuentra más cercana a una visión de optimización de beneficios (Larrán y Andrades, 2015), lo cual tiene su sentido si pensamos en los contratos programa como informes para la obtención de financiación; pero que entra en disputa con esa misión social que las universidades también han de cumplir, y cuya articulación y compromiso deberían encontrarse mejor definidos. Esta polaridad atendería, en última instancia, al papel crítico que las universidades cumplen en el mercado laboral actual, enfrentadas a la combinación entre un perfil comercial basado en datos, y una saturación del sector formativo especializado, donde las instituciones de educación superior han visto erosionada su secular hegemonía (Asociación Española de Directivos, 2022).

7. REFERENCIAS

Acuerdo de 19 de septiembre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Modelo de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período 2023-2027 (BOJA nº 183, de 22 de septiembre de 2023).

Aguilar Rubio, M. y Vargas Vasserot (2022). *Régimen jurídico de las spin-offs universitarias e inventivos fiscales a la I+D e IT. Análisis de urgencia y crítico tras la reforma de la Ley de la Ciencia y la aprobacion de la Ley de Star-ups y del Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario*. CIDES-UAL.

Anta Félez, J. L. (2019). Marcon contextual del espacio europeo de educación superior. Una descripción con trasfondo crítico. *EDUCERE, 75*, 233-248.

Arias Rodríguez, A. (2020). Los contratos programa de las universidades. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madria, 24*, 137-148.

Asociación Española de Directivos AED (3 de junio de 2022). Las Universidades frente a las nuevas tendencias del mercado laboral. https://asociaciondedirectivos.org/el-papel-de-las-universidades-frente-a-las-nuevas-tendencias-del-mercado-laboral/

Clark, B. R. (1998). *Creating Entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of Transformation*. Pergamon Press.

Consejería de Universidad, Investigación e Innovación. Junta de Andalucía. *Acuerdo de 19 de septiembre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Modelo de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el período 2023-2027* (BOJA nº 183, 22 de septiembre de 2023).

Gordillo Pérez, L. I. (2006). Los contratos-programa y la Universidad. *Revista Vasca de Administración Pública RVAP, 74*, 183-236.

Larrán, J. y Andrades, J. (2015). Análisis de la responsabililidad social univeristaria desde diferentes enfoques teóricos. *Universia, 15*(6), 91-107.

Marginson, S. (1997). *Markets in Education*. Allen & Unwin.

Martí, J., Calderón, A. y Fernández, A. (2018). La responsabilidad social universitaria en Iberoamérica: análisis de las legislaciones de Brasil, España y Perú. *Revista Iberoamericana de Educación Superior, 9*(24), 107-124.

Mas Verdú, F. (2021). Transferencia de conocimiento e intermediarios de innovación. *Papeles de Economía Española, 169*, 104-118.

Moreno, R. (2009). De la Declaración de Bolonia a la Estrategia 2015: el proyecto europeo neoliberal de mercantilización de la Universidad. En L. Alegre y V. Moreno (Coords.). *Bolonia no existe. La destrucción de la Universidad Europea*. Hiru.

Naranjo Vélez, E. (2010). Las universidades como instituciones de mercado. *Ambiente Jurídico, 14*, 164-187.

Papí Gálvez, N. (2023). Cátedras institucionales y transferencia de conocimiento. En J. Clemente Mediavilla y D. J. Semova (Eds.), *El impacto social de la universidad en la transferencia del conocimiento* (pp. 175-190). Comunicación Social.

Pomares Cintas, E. y Álvarez García, F. J. (2020). La adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, 13 años después: la destrucción del saber en las universidades españolas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 19*, 184-213.

Readings, B. (1999). *The university in ruins*. Harvard University Press.

Touriñán, J. M. (2020). La tercera misión de la universidad, transferencia de conocimientos y sociedades del conocimiento. Una aproximación desde la pedagogía. *Contextos educativos, 26*, 41-81.

UNESCO (1998). *Declaración mundial sobre la educación superior. La educación superior en el siglo XXI: Visión y acción*. Conferencia Mundial sobre la Educación Superior-UNESCO.

Vallaeys, F. (2008). Responsabilidad Social Universitaria: una nueva filosofía de gestión Ética e Inteligente para las Universidades. *Revista Educación Superior y Sociedad, 13*(2), 191-220.

DEL CAPITAL INTELECTUAL A LA GESTIÓN ECONÓMICA DEL CONOCIMIENTO: LA LOSU EN LOS MÁRGENES

JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

Las universidades han constituido a lo largo de su dilatada existencia histórica el único ejemplo de institución consagrada al manejo del conocimiento de una forma sistemática. Por manejo del conocimiento hemos de entender la totalidad de los procesos cognitivos y epistemológicos por los cuales un grupo humano especializado discute, descubre, genera, modifica y distribuye conocimiento, entendido fundamentalmente como conjuntos de saberes sobre marcos artificialmente delimitados de la realidad y/o de la percepción e interpretación de la misma. Los recursos empleados en esta empresa pasan a integrarse en el continuo de generación mencionado, formalizando patrimonios susceptibles de uso común. Con las reservas oportunas de diacronía y aproximación, podríamos afirmar que las universidades han sido pioneras en la organización y gestión de un concepto hoy de aplicación usual, como es el de *capital intelectual*.

Históricamente, y en una línea procedente de los antiguos *scriptoria* monacales, este capital intelectual universitario se han comprendido como un depósito acumulativo del saber. Las etapas por las que ha transitado la institución universitaria han permitido dotar a ese bagaje de una serie de posibilidades de acción práctica que han pasado de la aplicabilidad para la construcción de los primeros sistemas administrativos contemporáneos en el caso de la universidad napoleónica, a la búsqueda articulada en torno a hipótesis que pretende el descubrimiento de nuevos sistemas de relaciones en una naturaleza susceptible de ser investigada sistemáticamente, en la universidad humboldtiana basada en la

indagación. A estas actividades hay que sumar las acciones de reproducción del patrimonio cultural mediante la docencia y, más recientemente, el trasvase del conocimiento generado -los aspectos tangibles, transmisibles y utilitarios del mismo- a la sociedad a través su participación en una estrategia socioeconómica generalizada que prima la realización técnica y las aplicaciones de ese conocimiento, transformado en bien común objeto de cuotas de participación y valoración financiera en régimen de mercado.

La evaluación del capital intelectual se transforma así en una exigencia vinculada por una parte con las prescripciones en orden a un ejercicio de transparencia institucional, como por otro lado en virtud de la verificabilidad pública de la transferencia del conocimiento, fruto de la responsabilidad social universitaria y de sus compromisos con el sector empresarial, en un terreno en el que la viabilidad económica es una estrategia básica común a todos los agentes estatales.

1.1. DEL CAPITAL INTELECTUAL A LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

La noción de "capital intelectual" ha emergido como un concepto clave para comprender y para organizar la gestión estratégica de las organizaciones, con particular relevancia en aquellas que operan en circuitos de actividad altamente competitivos y basados en el conocimiento, cuya manifestación más fehaciente la constituyen las instituciones de educación superior. Nemiño y Gempes (2018), reconocen en el concepto de capital intelectual tres dimensiones fundamentales que, aunque intangibles, resultan esenciales para la creación de valor y para la adquisición de ventaja competitiva por parte de las organizaciones:

1. El capital humano, que incluye las habilidades, experiencia y conocimientos de las personas.
2. El capital estructural, que abarca la cultura organizacional, los procesos internos y los sistemas de información.
3. El capital relacional, que se refiere a las relaciones de la organización con su entorno externo, como clientes, socios y *stakeholders*.

Precisamente ese carácter de intangibilidad que lo hace característico de un patrimonio volátil es enfatizado en la caracterización de los elementos que lo constituyen de manera interrelacionada: recursos, capacidades y actividades basadas en el conocimiento, tanto a nivel individual como organizativo (Ficco, 2020). Aunque estos elementos no suelen reflejarse en los estados financieros y contables tradicionales, son fundamentales para el funcionamiento de la organización y su capacidad para generar valor en un sistema de relaciones múltiple, que son tanto materiales como simbólicas. En este sentido, la medición del capital intelectual se ha convertido en un área de interés creciente, en orden a dar cuenta evaluativa de la complejidad de su composición. Los métodos de medición se dividen en dos categorías principales (Sveiby, 2018): los métodos financieros, que incluyen la capitalización de mercado y la rentabilidad de los activos -tangibles e intangibles-, y los métodos no monetarios, capaces de proporcionar una visión más detallada de los componentes del capital intelectual que, por su carácter cualitativo y relacional, son más útiles para la gestión interna basada en dinámicas de cuotas de decisión y acción.

En el contexto universitario, el capital intelectual adquiere una relevancia particular debido a la naturaleza misma de estas instituciones, que son generadoras y difusoras de conocimiento. La gestión del conocimiento en las universidades implica no solo la identificación y creación de conocimiento, sino también su distribución y medición como contenidos valiosos y valuables. Así, por solo mencionar algunas de las propuestas empleadas y su orientación, tenemos el *icu Report*, informe de capital intelectual para universidades desarrollado por Sánchez, Elena y Castrillo (2007), o el modelo para la gestión del capital intelectual universitario desarrollado con la participación de 9 universidades iberoamericanas de Argentina, Bolivia, Cuba y México, por Borrás y Prieto (2019). Este proceso de evaluación se presenta como esencial para alcanzar los objetivos institucionales en las áreas propias universitarias como la enseñanza, la investigación y la transferencia.

Un avance significativo en este campo es la propuesta de Bratianu (2014), quien introduce el concepto de "capital intelectual entrópico", el cual permite distinguir entre el potencial del capital intelectual y su capacidad

operativa. Este modelo va más allá de las dimensiones tradicionales centradas en las potencialidades del capital intelectual como provisión de perspectivas futuras de mejora, y que se sólo atendía al capital humano, estructural y relacional, y procura superarlas incorporando componentes como el capital cognitivo, emocional y espiritual, ofreciendo así una visión más holística del capital intelectual en las universidades.

En definitiva, la transición del capital intelectual a la efectiva gestión del conocimiento supone un proceso estratégico clave para las universidades en un entorno cada vez más competitivo. Estas actividades han de desenvolverse a través de cuatro pasos fundamentales: identificación, creación, distribución y medición (Shaneeb y Sumathy, 2022). La medición y gestión efectiva del capital intelectual no solo permiten a las instituciones de educación superior maximizar su potencial, sino también construir ventajas competitivas duraderas en un medio mercantil o paramercantil del que ya son también partícipes. Para lograrlo es necesario adoptar modelos que fomenten una cultura organizacional que valore y promueva el conocimiento entendido como un activo real y nuclear en un escenario de colaboración e innovación.

1.2. CALIDAD UNIVERSITARIA COMO GESTIÓN ECONÓMICA DEL CONOCIMIENTO

1.2.1. Desarrollo histórico de la gestión del conocimiento

Isoglio (2021) describe la conformación de la gestión del conocimiento a través de los últimos decenios señalando una serie de etapas que reflejan cambios profundos en la sociedad y la economía. El *desarrollo de la sociedad postindustrial* marcó el inicio de esta evolución, donde el conocimiento teórico adquirió una centralidad similar a la que tuvo la propiedad privada en la era industrial. En esta etapa, la universidad y los institutos de investigación se convirtieron en los principales actores de la innovación, desplazando a la empresa capitalista como *locus* privilegiado de generación de conocimiento (Bell, 19986).

Posteriormente, el surgimiento de las *sociedades del conocimiento* consolidó la ciencia como una fuerza productiva inmediata, capaz de influir directamente en la capacidad de la sociedad para transformarse a sí misma (Böhme y Stehr, 1986). Este proceso se intensificó con la

llegada de la *economía basada en la información y el conocimiento*, donde el conocimiento se convirtió en un recurso esencial para la producción, no solo en el ámbito científico, sino también en las actividades rutinarias de producción, distribución y consumo (Drucker, 1969). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) jugó un papel clave en la difusión de este concepto, promoviendo la idea de que el aprendizaje continuo es fundamental para la innovación (Lundvall, 1992), y estableciéndose una difusión generalizada de programas destinados a la medición de los componentes propios para su efectividad (Godin, 2006).

Con el advenimiento de la profunda transición que marcó el cambio de paradigma tecnoeconómico y la reestructuración capitalista concomitante de finales del siglo XX a la búsqueda de condiciones de optimización económica de los recursos gracias a las entonces nuevas tecnologías (Pérez, 1985), se dieron las condiciones para pasar a la etapa de *capitalismo informacional* (Castells, 2000), donde la información digital y los bienes informacionales se convirtieron en los principales insumos productivos. Este nuevo paradigma, caracterizado por la expansión masiva de la propiedad intelectual, transformó las relaciones técnicas de producción y consolidó un sistema económico basado en la generación y control del conocimiento (Zukerfeld, 2017). Finalmente, el *capitalismo cognitivo* emergió como una crítica a las formas contemporáneas de explotación y alienación, destacando la valorización de la producción inmaterial de conocimiento y las capacidades intelectuales de los individuos (Lazzarato y Negri, 2001), en pugna con las condiciones alienantes que una proliferación tecnológica en veloz desarrollo y carente de regímenes de control dejaba ya avistar.

1.2.2. Gestión económica del conocimiento y calidad universitaria

En el ámbito universitario, la gestión del conocimiento adquiere una dimensión particular debido a la naturaleza misma de estas instituciones, que son generadoras y difusoras de conocimiento. El conocimiento educativo, entendido como aquel que emerge en las ciencias de la educación en contextos sociales y culturales competencialmente diferenciados (Vega, 2018), se caracteriza por ser complejo, integrador y

pluridisciplinario (Monroy et al., 2016). Este enfoque socioconstructivista del conocimiento implica que su creación y transferencia se gestan a través de la interacción, el diálogo y la colaboración entre individuos y grupos (Castellaro y Peralta, 2020).

La gestión del conocimiento en las universidades debe incluir procesos esenciales como la creación, almacenamiento, transferencia y aplicación del conocimiento, así como la investigación educativa, la integración de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y el trabajo interdisciplinario. Estos procesos no solo contribuyen a la calidad educativa, sino que también potencian el aprendizaje y fomentan un enfoque holístico de la educación (Chamorro Burgos, 2023).

Sin embargo, el neoliberalismo ha transformado los sistemas educativos en mercados donde los estudiantes son vistos como clientes que consumen conocimiento como un producto (Brady, 2012). Esta mercantilización del conocimiento, impulsada por la alianza entre el discurso neoliberal y la economía del conocimiento, plantea desafíos significativos para las universidades, que deben equilibrar la demanda de competitividad con la misión de generar conocimiento de calidad y socialmente relevante en el ámbito nacional e internacional.

La calidad universitaria está estrechamente relacionada con la capacidad de una institución para gestionar eficazmente sus productos de conocimiento y su capital intelectual. Según Sadeghi Boroujerdi, Hasani y Delshab (2019), la gestión del conocimiento contribuye a la competitividad de las organizaciones, incluyendo las universidades. Las instituciones más reconocidas a nivel internacional se caracterizan por una gestión del conocimiento que les permite desarrollar ciencia de vanguardia, resolver problemas complejos y procurar la generación de cambios de paradigma en sus respectivos campos.

En este sentido, la gestión del conocimiento no sólo es un instrumento para mejorar la calidad académica, sino también una estrategia para construir ventajas competitivas duraderas. Las universidades que logran integrar eficazmente la gestión del conocimiento en sus procesos institucionales pueden potenciar su capacidad para atraer talento,

financiamiento y colaboraciones internacionales, lo que a su vez refuerza su posición en el panorama global de la educación superior.

2. OBJETIVO Y MÉTODO

En este trabajo se realiza una aproximación a la Ley Orgánica de Universidades (LOSU), actual marco jurídico de las instituciones de educación superior en España, mediante un análisis documental de carácter cualitativo, con el objetivo de rastrear la presencia de elementos propios de la Economía del Conocimiento derivada de la gestión del capital intelectual en su articulado, y discutir el carácter de los mismos.

Para ello, la categorización correspondiente incluye los criterios de calidad, investigación y transferencia, internacionalización del sistema, rendición de cuentas, colaboración con otras entidades y empresas basadas en el conocimiento, y financiación.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Ley Orgánica del Sistema Universitario 2/2023 (LOSU) es la principal normativa que rige las universidades españolas, tanto públicas como privadas. Contiene la nueva regulación fundamental universitaria que incluye el tratamiento de la autonomía, la estructura de los títulos, el régimen de contratación del profesorado y carrera académica, así como el régimen de financiación.

Junto a esos ámbitos propios del funcionamiento institucional interno, a los que se dedica una atención preferente, la LOSU aborda de manera ciertamente complementaria cuando no subalterna, algunas otras temáticas relacionadas en su conjunto con los aspectos tratados en los apartados anteriores del presente trabajo. De hecho, el ministro Joan Subirats afirmó que la Ley "ayudará a mejorar la internacionalización, la transferencia de conocimiento y la formación a lo largo de la vida". También puso de relieve la necesidad de "salvaguardar el pluralismo y la diversidad como elemento central de la vida universitaria".

Estos aspectos aludidos se refieren a la estrategia de internacionalización del sistema universitario en colaboración con las Comunidades

Autónomas, el refuerzo de las alianzas con universidades europeas, el incremento de la movilidad internacional, y la atracción de profesorado de prestigio procedentes de universidades internacionales.

Pese al énfasis expresado por el ministro sobre los aspectos *superestructurales* e internacionalizantes de la nueva ley, la atención que la misma ha suscitado se ha inclinado principalmente hacia los aspectos de organización estructural de las universidades y sobre las problemáticas que atañen de manera directa a la articulación de la carrera académica y a las condiciones prácticas de desenvolvimiento de la función docente e investigadora, aspectos todos que tienen una repercusión directa en el trabajo cotidiano del personal universitario, caracterizado por su complejidad y estructura variada. Así, en su escaso tiempo de vigencia, la LOSU ha sido objeto de múltiples críticas que apuntan a los aspectos indicados: respecto del personal docente e investigador (Andrés Llamas, 2023); estudiantes (Maneiro Hervella, 2023); régimen de las *spin-offs* (Vargas Vasserot, 2023); régimen de contratación (Gimeno Díaz de Atauri, 2023); inspección de servicios (García Menéndez, 2024); o conjunto total de su articulado (Caballero Trenado y Domínguez García, 2023; Matia Portilla y Delgado del Rincón, 2024).

Entre estas críticas destaca la de Eiros Bachiller (2023) quien cuestiona el carácter de "sistema" con el que la LOSU define al conjunto de universidades españolas, dada la variedad conceptual que acoge en el Título Preliminar. La respuesta dada es que no estaríamos en presencia de un sistema sino de un agrupamiento de organismos diversos a los que bastaría con desarrollar docencia, investigación y transferencia para adquirir carácter universitario, sin finalidades ni resultados comunes.

Según quedó dicho, sólo en algunos de los apartados que constituyen el articulado LOSU encontramos relación con la temática abordada aquí, y son los expuestos a continuación:

3.1. LA CALIDAD DEL SISTEMA UNIVERSITARIO

El art. 5 está dedicado a la calidad del sistema universitario. El 5.1 vincula los niveles de calidad con los estándares internacionales y particularmente los del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). El

5.2 coloca como agentes del aseguramiento de la calidad a las universidades, las agencias de evaluación y las administraciones públicas, señalando como instrumentos para ello los procedimientos de evaluación, certificación y acreditación. El 5.3 suma a los agentes anteriores los sistemas internos de garantía de calidad de los centros. El 5.4 señala como agencias de evaluación y acreditación a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y a las agencias de las Comunidades Autónomas inscritas en el Registro Europeo de Agencias de Calidad (EQAR). Por último, el 5.5 anuncia que el Gobierno regulará el procedimiento para el desarrollo de la acreditación.

3.2. INVESTIGACIÓN, TRANSFERENCIA DEL CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN

El art. 11.1 considera a la investigación como una de las funciones universitarias fundamentales. El 11.2 la considera junto a la docencia como un derecho y un deber del personal docente e investigador, que podrá desarrollarlas con intensidades distintas a lo largo de su carrera. El 11.3 incluye como ámbitos de investigación los de tipo científico, tecnológico, humanístico, artístico o cultural. El 11.4 fomenta la creación de entidades de investigación inter y multidisciplinares y su colaboración con otros organismos, administraciones públicas, y entidades y empresas públicas, privadas y de economía social. El 11.5 establece la articulación de la investigación con el sistema productivo y el conjunto de la sociedad. El 11.6 considera estas actividades como conceptos evaluables a efectos retributivos y de promoción del personal docente. El 11.7 añade que la interdisciplinariedad o multidisciplinariedad en la investigación constituirá un mérito sobre el tal carácter valuable.

Las universidades, por último, impulsarán la formación de redes de investigación entre grupos, departamentos, centros, instituciones, entidades y empresas.

Por su parte, el art. 13 está dedicado al desarrollo de proyectos para la investigación, creación y transferencia e intercambio del conocimiento, junto con el desarrollo tecnológico. Se explicitan una extensa serie de actuaciones entre las que, a los efectos aquí atendidos, son destacables el impulso de convocatorias que tengan como fin último la incorporación de talento en el tejido social y económico (art. 13.1.c), el fomento

de la calidad y la competitividad internacional de la investigación (art. 13.1.e), la potenciación de acciones conjuntas de transferencia e innovación (art. 13.1.g), el impulso de programas de atracción de talento internacional (art. 13.1.h), el desarrollo de programas de movilidad internacional (13.1.i), la atención a programas de colaboración con grupos e institutos universitarios internacionales (13.1.j), o la promoción de políticas de creación de patentes y de generación de empresas basadas en el conocimiento (art. 13.1.k).

3.3. LA INVESTIGACIÓN, ACTIVIDAD ECONÓMICA

El art. 58.7, significativamente situado dentro del Capítulo III dedicado al régimen económico y financiero, determina que la actividad investigadora realizada por las universidades constituye una explícita actividad económica, con la finalidad de producir transferencias a la sociedad de la tecnología y el conocimiento obtenidos.

3.4. INTERNACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA UNIVERSITARIO

De la internacionalización del sistema universitario se ocupa el Título VII, que consta de ocho artículos, del 23 al 30: El art. 23 establece el fomento de la internacionalización priorizando los ámbitos del Espacio Europeo de Educación Superior y del Espacio Iberoamericano de Educación Superior, potenciando la participación en redes internacionales de investigación en términos de concurrencia competitiva en proyectos de ámbito internacional, para lo que se contará con el apoyo del Servicio Exterior del Estado.

El art.24 precisa que la estrategia de internacionalización del sistema universitario habrá de realizarse en distintos espacios de cooperación internacional, y que contendrá los principios, objetivos e indicadores de seguimiento y evaluación de resultados. Las universidades elaborarán sus propias estrategias en este ámbito, cuya implantación formará parte de los criterios para la financiación por objetivos.

El art. 25 contempla las alianzas interuniversitarias con instituciones de educación superior y organismos de investigación pertenecientes a otros países u organizaciones internacionales.

El art. 26 atiende a la creación de títulos y programas conjuntos con universidades internacionales, el establecimiento de cotutelas de doctorado, y el correspondiente reconocimiento oficial por el Ministerio.

El art. 27 regula la movilidad internacional de la comunidad universitaria, tanto del estudiantado como del personal docente e investigador y del personal técnico, de gestión y de administración y servicios. Se fomentará para ello programas de becas y ayudas al estudio dirigidos a áreas geográficas y ámbitos de conocimiento estratégicos específicos.

El art. 28 promueve la creación de programas de información, acogida, orientación, acompañamiento y formación, para la atracción de talento internacional en todas las categorías de personal universitario, agilizando y simplificando los trámites de homologación y los procedimientos de acceso.

El art. 29 contempla la apertura de centros en el extranjero, que actuarán como agentes de internacionalización de las universidades que los hayan creado.

Por último, el art. 30 establece la cooperación internacional universitaria para la solidaridad y el desarrollo, en orden al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, de acuerdo con la normativa sobre la materia.

3.5. RENDICIÓN DE CUENTAS Y TRANSPARENCIA

La rendición de cuentas, la transparencia y la integridad se encuentran contempladas en el art. 39, indicándose que los Estatutos de las universidades deberán incorporar los mecanismos de rendición de cuentas respecto a la gestión de los recursos económicos y de personal, la calidad y evaluación de la docencia y del rendimiento del estudiantado, las actividades de investigación y de transferencia e intercambio del conocimiento, la captación de recursos para su desarrollo, la política de internacionalización, y la calidad de la gestión y la disponibilidad de los servicios universitarios. Para ello se exige la creación de un portal de transparencia que permita el libre acceso a la información, así como el establecimiento de los mecanismos necesarios para evitar situaciones fraudulentas en la investigación y en el ejercicio docente.

3.6. COLABORACIÓN CON OTRAS ENTIDADES

La LOSU, en su tratamiento de la colaboración con otras entidades, viene a reproducir en su art. 60.1 lo ya establecido en el ahora derogado art. 83 de la extinta LOU, al establecer que los grupos de investigación, los departamentos y los institutos universitarios de investigación, así como su profesorado, podrán celebrar contratos con personas físicas, universidades, o entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, tecnológico, humanístico o artístico, e igualmente para actividades específicas de formación.

3.7. ENTIDADES O EMPRESAS BASADAS EN EL CONOCIMIENTO

El art. 61 determina que las universidades podrán crear o participar en entidades o empresas basadas en el conocimiento desarrolladas a partir de patentes o de resultados generados por la investigación financiados con fondos públicos y realizados en universidades.

Todo el personal universitario con vinculación permanente, que fundamente su participación en las actividades de investigación mencionadas podrán solicitar la autorización para incorporarse a dichas empresas o entidades mediante una excedencia temporal, la cual tendrá una duración máxima de 5 años, con derecho a reserva de puesto de trabajo y a su cómputo a efectos de antigüedad.

3.8. TRES EJES DE FINANCIACIÓN

La financiación universitaria está prescrita en el art. 56, y consta de la siguiente estructura: Un primer apartado de financiación estructural basal, que sea suficiente para la calidad del servicio público y para cubrir los gastos de personal, bienes y servicios, inversiones y sostenibilidad medioambiental. Un segundo apartado de financiación estructural por necesidades singulares. Y un tercer apartado de financiación por objetivos, vinculada a la obtención de resultados, cuya articulación se realiza principalmnente mediante la figura de los contratos programa.

4. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) ha sido objeto de análisis y debate desde su promulgación, especialmente en lo que respecta a su capacidad para abordar los desafíos contemporáneos de la educación superior en España. Entre estos desafíos destacan la gestión económica del conocimiento, la competitividad internacional y la internacionalización de las universidades. Aunque la LOSU introduce algunas novedades, como la regulación de las figuras del profesorado y su acceso a la carrera profesional, su implementación ha dejado al descubierto una serie de problemas estructurales que requieren atención afinada para dar respuesta al nuevo papel que han de cumplir las universidades en un contexto globalizado, dinámico y altamente competitivo.

4.1. LA INTERNACIONALIZACIÓN COMO OPORTUNIDAD FRUSTRADA

Uno de los aspectos más críticos de la LOSU es su incapacidad para aprovechar plenamente la oportunidad de internacionalización del sistema universitario español. Rivero Ortega (2024) resume este desequilibrio en un doble aspecto: en primer lugar, el cumplimiento sólo parcial de expectativas en torno a la problemática de la internacionalización. A pesar de que la internacionalización es considerada una prioridad estratégica, la normativa y los procedimientos administrativos relacionados con la movilidad de estudiantes y profesores extranjeros han sido un obstáculo significativo, cuya resolución la actual Ley no contempla, limitándose a expresar la voluntad de *agilizar* y *simplificar* los trámites, sin más detalles. Las dificultades en la tramitación de visados, los retrasos administrativos y las exigencias documentales excesivas han desincentivado la llegada de estudiantes internacionales, lo que contrasta con las prácticas de otros países europeos, donde los procesos son más ágiles y menos burocráticos.

Y, en la línea del anterior análisis, en segundo lugar, la grave diferencia entre la normativa española y la estrategia europea de universidades: La falta de alineación entre los propósitos educativos y las normativas de extranjería ha limitado la capacidad de las universidades españolas para atraer talento internacional y competir en un mercado global. Para

revertir esta situación, sería necesario simplificar los procedimientos administrativos y establecer políticas más inclusivas que fomenten la diversidad geográfica y cultural en las aulas. Además, la LOSU debería incorporar medidas específicas para promover la movilidad internacional, tanto de estudiantes como de investigadores, y fortalecer los vínculos con instituciones educativas extranjeras (Rivero Ortega, 2024), aspectos sobre los que, de nuevo, la LOSU no va más allá de establecer la conveniencia de tales estrategias.

4.2. Gestionar el conocimiento vinculándolo a objetivos

Otro de los aspectos problemáticos de la LOSU es su tratamiento insuficiente de la gestión del conocimiento, que ha sido el objeto prioritario de atención en el presente trabajo. Aunque la Ley menciona la importancia de la internacionalización y la financiación vinculada a objetivos, no desarrolla un marco claro para la gestión del conocimiento en las universidades. Esto ha dejado un vacío que podría ser ocupado por corporaciones y empresas externas, cuyos intereses no siempre coinciden con los de las instituciones educativas. El riesgo es que estas entidades impongan sus propios modelos de actuación, priorizando el beneficio económico sobre la calidad educativa y la investigación.

Para evitar este escenario, resulta fundamental que la LOSU hubiera establecido directrices claras sobre la gestión del conocimiento, bajo un marco que garantice la autonomía universitaria y el servicio público. Además, la financiación vinculada a objetivos debería estar orientada a fortalecer la investigación y la innovación, con especial atención a proyectos que tengan un impacto social y económico significativo, con mayor participación coordinada de los organismos públicos responsables de la política científica y tecnológica.

En lugar de desarrollar ese sentido maximalista de la incorporación del capital intelectual como un valor desde el que desarrollar políticas públicas de gestión, la LOSU incide y amplía los procesos de evaluación y acreditación entendiéndolos como factores económicos, medibles cuantitativamente y haciendo depender del cumplimiento de indicadores tanto la financiación de los diferentes estamentos organizativos de las universidades, como las carreras académicas del profesorado,

instaurando así un régimen de competitividad interna que por sí mismo carece de indicadores precisos de calidad.

4.3. EL DESEQUILIBRIO ENTRE LA OFERTA PÚBLICA Y PRIVADA

Uno de los problemas más preocupantes del sistema universitario español es el creciente desequilibrio entre la oferta pública y privada (Rivero Ortega, 2024). La proliferación de universidades privadas, impulsada por decisiones autonómicas, ha generado un escenario en el que la educación pública pierde terreno frente a intereses privados. Y, en este medio, pierde también oportunidades directas de vinculación con empresas y entidades comerciales e industriales con las que participar de manera ventajosa en el mercado competitivo, donde su provisión de recursos es menor.

La LOSU no ha abordado este problema de manera efectiva, limitándose a establecer condiciones de creación de centros aplicables dentro de cinco años, sin establecer mecanismos de control que garanticen la calidad y la equidad en el acceso. Aquí es oportuno recordar las reticencias de Eiros Bachiller (2023) en el sentido de negar el carácter de *sistema* al panorama universitario descrito por la LOSU, dada la laxitud con que se permite la incorporación de entidades diversas de enseñanza bajo el paraguas *universitario*. Para corregir este desequilibrio, sería necesario que la Ley estableciera criterios más estrictos para la creación de nuevas universidades privadas, reforzando los controles sobre su funcionamiento. Además, debería promover una mayor inversión en la educación pública, asegurando que las universidades públicas cuenten con los recursos necesarios para competir en igualdad de condiciones con las privadas (Caballero Trenado y Domínguez García, 2023).

4.4. CONCLUSIONES: PREGUNTAS POR RESPONDER

Rivero Ortega (2024), a un año de la puesta en vigencia de la LOSU, se hacía una serie de preguntas que, más que obtener respuestas directas, trataban de perfilar una imagen respecto de las consecuencias de la Ley y de su virtualidad ejecutiva: ¿se han reforzado las universidades españolas? ¿se ha incrementado su internacionalización? ¿disponen de más presupuesto conforme apuntaba la Ley? ¿es más motivadora la situación para su personal? ¿sienten los estudiantes que se les ofrecen oportunidades suficientes de

empleabilidad? ¿ha cambiado la opinión del sector productivo sobre las instituciones de educación superior? ¿perciben otras universidades extranjeras a las españolas como centros de estudios de gran calidad?

La LOSU representa un avance en algunos aspectos, como la regulación del profesorado y la carrera profesional, pero ha dejado sin resolver problemas fundamentales que afectan al sistema universitario español, quedándose *en los márgenes* respecto a ellos. Como hemos visto, la internacionalización, la gestión del conocimiento, el desequilibrio entre la oferta pública y privada, la gobernanza universitaria y la empleabilidad de los estudiantes son áreas que requieren una atención reformadora profunda, y no simplemente el establecimiento de marcos de actuación o principios generales de procedimiento. En la nueva Ley del Sistema Universitario hay demasiadas cuestiones sujetas a un desarrollo legislativo posterior, a las circunstancias múltiples y cambiantes de los centros educativos, o dejadas en manos del *fair play* de los agentes implicados.

Adoptar medidas concretas que aborden estos desafíos de manera integral incluye simplificar los procedimientos administrativos para la movilidad internacional, establecer un marco claro para la gestión del conocimiento, invertir más en la educación pública, reformar la gobernanza universitaria, y fomentar la colaboración entre universidades y empresas, pero siempre bajo un enfoque que priorice el desarrollo humano y social sobre el beneficio económico (Gaitán Riveros y Jaramillo Echeverri, 2022) resguardando así la identidad propia de esta institución secular sin someterla a los vaivenes del mercado.

8. REFERENCIAS

Andrés Llamas, M. A: (2023). El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio. *Documentación Administrativa, 10*, 8-23.

Bell, D. (1986). *El advenimiento de la sociedad postindustrial: un intento de prognosis social*. Alianza.

Böhmer, G. y Stehr, N. (1986). The Growing Impact of Scientific Knowledge on Social Relations. En G. Böhmer y N. Stehr (Eds.). *The Knowledge Society* (pp. 7-29). Springer.

Borrás, F. y Prieto, B. (2019). Sistemas de información universitarios para un futuro sostenible. *AECA. Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 127*, 13-15.

Brady, N. (2012). From "moral loss" to "moral reconstruction"? A critique of ethical perspectives on challenging the neoliberal hegemony in UK universities in the 21st century. *Oxford Review of Education, 38*(3), 343-355.

Bratianu, C. (2014). Intellectual capital of the European universities. En A. M. Dima (Ed.). *Trends in European higher education convergence* (24-43). IGI Global.

Caballero Trenado, L. y Domínguez García, C. (2023). De la nueva ley universitaria. *Anales de la Real Academia de Doctores de España, 8*(3), 491-503.

Castells, M. (2000). La sociedad red. En M. Castells, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. Alianza.

Chamorro Burgos, D. F. (2023). De la empresa a la escuela: reconstrucción de la gestión del conocimiento en el campo educativo. *Revista Educación, 47*(1), 1-17.

Drucker, P. (1969). *The Age of Discontinuity: Guidelines to Our Changing Society*. William Heinemann.

Eiros Bachiller, M. (2023). Crónica de Legislación – Derecho Administrativo: Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario [BOE-A-2023-7500]. *AIS. Ars Iuris Salmanticensis, 11*(2), 127-132.

Ficco, C. (2020). Una revisión del concepto de 'capital intelectual' y de las principales alternativas para su identificación y medición. *Revista Activos, 18*(1), 161-203.

Gaitán Riveros, C. A. y Jaramillo Echeverri, L. G. (2022). La universidad y la sociedad de la información: tendencias y retos. *Nómadas, 56*, 193-209.

García Menéndez, J. (2024). La inspección de servicios en las universidades públicas de Andalucía. *Documentación Administrativa (publicación anticipada)*, 1-20.

Gimeno Díaz de Atauri, P. (2023). Nuevas reglas de contratación en los sistemas universitario y de investigación. *Labos, 4*,143-160.

Godin, B. (2006). The Knowledge-Based EconomY: Conceptual Framework or Buzzword? *The Journal of Technology Transfer, 31*(1), 17-30.

Isoglio, A. (2021). La economía basada en el conocimiento: discusiones conceptuales sobre los cambios ocurridos a escala global desde la década de 1970. *Investigación & Desarrollo, 29*(2), 169-195.

Lazzarato, M. y Negri, A. (2001). *Trabajo inmaterial. Formas de vida y producción de subjetividad*. DP&A.

Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (BOE-A-2023-7500).

Lundvall, E. A. (1992). *National Systems of Innovation: Towards a Theory of Innovation and Interactive Learning*. Pinter Publishers.

Maneiro Hervella, V. (2023). Los estudianres en huelga. Régimen jurídico del paro académico. Retos y oportunidades en la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario. *Labos, 4*(2), 146-175.

Matia Portilla, F. J., y Delgado del Rincón, L. E. (Dirs.) (2024). *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación*. Fundación Manuel Gíménez Abad.

Nemiño, R. y Gempes, G. (2018). The moderating effect of intellectual capital on the relationship between corporate reputation and knowledge. *Journal of Administrative and Business Sudies, 4*(3), 145-155.

Pérez, C. (1985). Microelectronics, Long Waves and World Structural Change. New Perspectives for Developing Countries. *World Development, 13*(3), 441-463.

Rivero Ortega, R. (2024). ¿Qué Universidad queremos? El futuro tras la LOSU. En F. J. Matia Portilla y L. E. Delgado del Rincón (Dirs.). *Análisis crítico de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario y de su implementación* (pp. 81-96). Fundación Manuel Giménez Abad.

Sadeghi Boroujerdi, S., Hasani, K. y Delshab, V. (2019). Investigating the influence of knowledge management on organizational innovation in higher educational institutions. *Kybernetes, 49*(2), 442-459.

Sánchez, P., Elena, S. y Castrillo, R. (2007). The ICU Report: an intellectual capital proposal for university strategic behaviour. Proceedings of the IMHE Conference. OCDE.

Shaneeb, P. y Sumathy, M. (2022). Intellectual Capital Practicews in Higher Education System: A Theoretical Framework. *International Journal of Scientific Research and Engineering Development, 5*(4), 377-385.

Sveiby, K. E. (2018). *Measuring Intangible: Suggested Indicators with cases from professional service organisations and high tech firms*. https://www.sveiby.com/files/pdf/measuringintangibles-suggestedindicators.pdf

Vargas Vasserot, C. (2023). *Crítica constructiva a la regulación en materia de transferencia de conocimientos y, en particular, al régimen de las empresas basadas en el conocimiento (spin-offs) del proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (enero de 2023)*. Monografías Proyecto PIN2020-119473GB-I00. Universidad de Almería.

Zukerfeld, M. (2017). *Knowledge in the Age of Digital Capitalism: An Introduction to Cognitive Materialism*. University of Westminster Press.

ORIENTACIÓN LABORAL Y BÚSQUEDA DE EMPLEO MEDIADA POR IA: LA LEY DE EMPLEO 3/2023

JUAN PATRICIO SÁNCHEZ-CLAROS
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

La Inteligencia Artificial (IA), ha irrumpido con fuerza en las actividades sociales, culturales, empresariales, administrativas, académicas, etc., alterando formas de relación hasta ahora consideradas inamovibles. Uno de los sectores donde mayor polémica ha creado es en el medio educativo, pues supone una profunda transformación en la concepción de los agentes de la enseñanza, los formatos de evaluación, el abordaje de los métodos pedagógicos y el propio concepto desde el que se aborda la educación (García-Peñalvo, 2023). Entre tales aspectos, donde ha manifestado su capacidad de abrir nuevas posibilidades de aplicación destaca la orientación laboral y profesional como un campo de especial interés, pues permite establecer la continuidad entre la adquisición de competencias profesionales y la aplicabilidad de las mismas en situaciones de acceso mediadas por las condiciones del mercado de trabajo. Los estudios que señalan la utilización de la IA integrada en las funciones de orientación, muestran este marco de intervención como uno de los más dinámicos y con mayores perspectivas de desarrollo (Vera, 2023).

1.1. ORIENTACIÓN LABORAL Y PROFESIONAL

La orientación laboral es una disciplina relativamente joven que se ha desarrollado como una tecnología social en consonancia con la respuesta que precisan las necesidades del mercado laboral. Se trata de un campo interdisciplinario que integra conocimientos de economía, sociología, psicología, pedagogía y otras áreas, lo que le permite abordar de manera conjunta e integral aquellos desafíos derivados de la

necesaria adecuación al empleo y su gran diversificación de capacidades. Sin embargo, esta interdisciplinariedad plantea asimismo desafíos en su desarrollo, ya que la diversidad de bases teóricas y conceptuales no encuentran la misma disponibilidad inmediata en los profesionales encargados de su ejercicio, lo que implica procesos continuos de fundamentación, adaptación y mejora.

La práctica de la orientación laboral y profesional cumple una doble función (Climent Rodríguez, 2023): por un lado, actúa como un sistema de asesoramiento que permite a los usuarios comprender y manejarse en el mercado laboral y sus con frecuencia complejos recovecos; y por otro, funciona a la manera un entrenador personal que ayuda a conocer y mejorar las competencias necesarias para enfrentar dicho mercado de manera proactiva y eficaz. En un mundo laboral en constante transformación, la efectividad de estos servicios depende de su capacidad para modernizarse y adaptarse a las nuevas demandas, lo que requiere de un trabajo de reconversión constante en los profesionales. En este sentido, la inteligencia artificial se presenta como una herramienta potente e inmediata que permite favorecer la precisión, personalización, actualización y eficiencia de la orientación laboral.

1.2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ORIENTACIÓN LABORAL

1.2.1. Ventajas de la IA en la Orientación Laboral

La inteligencia artificial se caracteriza por tratarse de una herramienta eficaz para analizar y procesar grandes volúmenes de datos de manera rápida y, en principio, precisa. En el ámbito de la orientación laboral, esto se traduce en la capacidad de analizar un gran número de ofertas de empleo en muy escaso tiempo, identificando patrones y correlaciones entre las habilidades de los candidatos y las descripciones de los puestos de trabajo y las competencias exigidas para los mismos. Plataformas destinadas a la oferta y búsqueda de empleo de uso extendido, como LinkedIn o Glassdoor utilizan algoritmos de IA para examinar currículos, comportamientos de los usuarios y descripciones de empleo, ofreciendo recomendaciones altamente personalizadas (Smith y Taylor, 2019).

Entre las principales ventajas de la IA en este campo se encuentra su capacidad de adaptación continua, ya que pueden tener en cuenta simultáneamente una variedad de factores, como la ubicación geográfica, el tipo de contrato y las expectativas salariales (Jones, 2020), ajustando así sus recomendaciones en tiempo real según surgen las nuevas tendencias del mercado. Además, la IA puede analizar múltiples dimensiones de los candidatos, incluyendo su historial de búsqueda, interacciones en plataformas laborales y preferencias declaradas, lo que permite ofrecer recomendaciones que se ajustan a los objetivos individuales de cada persona (Li y Li, 2021).

1.2.2. Limitaciones y Desafíos de la IA en la Orientación Laboral

A pesar de sus numerosos beneficios, la IA presenta importantes limitaciones, siendo una de las principales la falta de contexto humano en las recomendaciones generadas, lo que la hace depender completamente de factores con sesgos estadísticos, que no incluyen la comprensión de aspectos tan relevantes en este campo como las aspiraciones personales, emocionales o contextuales de los candidatos asesorados. Esto puede llevar a recomendaciones que, aunque técnicamente precisas (*científicamente* válidas, dirían algunos), no se ajustan a las necesidades reales de los usuarios.

Otra limitación muy importante, con consecuencias éticas, es la dependencia de la IA de los datos proporcionados en su entrenamiento. Si éstos son incompletos, imprecisos o sesgados en cualquier sentido, las recomendaciones generadas pueden ser poco efectivas o, aún peor, injustas (Binns, 2018). Esta situación se evidencia si tales datos de origen contienen sesgos de género o raciales, sesgos que reflejen edadismo, o sesgos basados en etiquetajes sociales o en discapacidad. En estos casos, los sesgos se perpetuarán en sus recomendaciones.

Sin embargo la virtualización, en éste como en otros campos, es ya irreversible. Las principales cuestiones que se plantean en este proceso, más allá del reconocimiento, previsión y mejoras sobre los sesgos, ya indicados, se han venido centrando en la modificación del proceso de intermediación laboral tradicional, en la necesidad de un mejor ajuste de la oferta y demanda del mercado de trabajo, y en la coordinación

entre la información a la persona demandante y a la oferente de los trabajos disponibles (Vallecillo Gámez, 2021).

La inteligencia artificial, en consecuencia, está revolucionando la orientación laboral, ofreciendo nuevas herramientas para mejorar la eficiencia, precisión y personalización de los servicios. En un mundo laboral en constante evolución, la combinación de la IA con el *expertise* humano debería ofrecer las mejores soluciones para ayudar a las personas a enfrentar los retos iniciales de acceso al mercado laboral y alcanzar sus objetivos profesionales. Las instituciones educativas y los servicios de orientación laboral deben por tanto estar preparados para integrar estas tecnologías de manera efectiva, asegurando que se utilicen para mejorar, y no para reemplazar, el componente humano en la orientación laboral.

2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

En este trabajo se consideran mediante el análisis documental cualitativo cuáles son los aspectos fundamentales que presenta la orientación laboral y profesional, y las vinculaciones entre inteligencia artificial y orientación, dentro de las específicas regulaciones que la Ley de Empleo 3/2023 establece en este campo. Para ello se relacionan tales vinculaciones con el institucional Portal Único de Empleo y sus referencias a la IA, y con la noción de "niveles de riesgo" en el uso de la inteligencia artificial, expuestos en el Reglamento 2024/1689 de la Unión Europea, considerando cómo afecta el nivel de peligrosidad a las actividades de búsqueda de empleo mediadas por IA que son objeto de regulación por la Ley de Empleo.

3. RESULTADOS

3.1. LEY DE EMPLEO

En la Ley de Empleo 3/2023 aparecen las siguientes menciones bajo el término "orientación", diferenciándolas en un doble sentido: en primer lugar entre orientación *para el empleo* en un sentido amplio, ya sea denominado tanto laboral como profesional, y en segundo lugar el uso de la palabra "orientación" para designar otros ámbitos o acepciones:

3.1.1. Orientación *para* el empleo

En el Preámbulo II se alude a la modernización del Portal Único de Empleo con una serie de objetivos a la vista como la mejora de la eficacia y la eficiencia entre oferta y demanda, el aumento de la competencia y la productividad y, la "mejora de los *servicios de orientación* para personas desempleadas para proporcionar una orientación de calidad y personalizada".

Más adelante, en el Preámulo III se comenta con extensión la noción de políticas activas de empleo, definiéndolas como "aquellos servicios y programas *de orientación*, intermediación, formación en el trabajo, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento" con el objetivo de mejorar la empleabilidad.

3.1.2. Otros usos del término "orientación"

Alcanzan un total de 42. En muchos casos son repetitivos, insustanciales o bien el empleo del sustantivo no va referido en absoluto a la temática que nos ocupa, lo que hace irrelevante su recopilación. Se pueden señalar sin embargo algunos usos que sí están vinculados a la actividad orientadora y su funcionamiento, como por ejemplo la regulación de los centros públicos de orientación (art 8), los ejes de actuación de la estrategia de apoyo activo al empleo (art. 12), o los ejes del plan anual para el fomento del empleo digno (art. 13). También es constatable la aparición del término formando parte del concepto de políticas activas de empleo (art. 31). Y, finalmente, la alusión de la Disposición Final Sexta por la cual se modifica el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. Esta modificación lo que hace es incluir en el art. 88, 1, c) una referencia a la inclusión social de las personas con discapacidad y grupos sociales en riesgo de exclusión dentro de los planes específicos de formación permanente en orientación profesional.

3.1.3. La IA en la Ley de Empleo

Todas las alusiones recién expuestas aluden a un sentido de atención orientadora de corte *presencial* -y casi podríamos decir que

pretecnológico- con una única excepción, la referida en el Preámbulo II cuando indica:

> Así, el aumento de la capacidad de nuestras instituciones hace necesaria una reforma de las políticas activas de empleo, reforma que se ha de sustentar en medidas como la modernización del Portal Único de Empleo mediante el uso de inteligencia artificial y demás herramientas para mejorar la eficacia y la eficiencia de la adecuación entre la oferta y la demanda y aumentar la competencia y la productividad de la economía, la ampliación y mejora de los servicios de orientación para personas desempleadas para proporcionar una orientación de calidad y personalizada, la consecución de la máxima coordinación entre la Agencia Española de Empleo, los servicios de empleo autonómicos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las entidades educativas para vertebrar respuestas público-privadas coherentes e integradas a escala nacional, el aumento de la financiación de las políticas activas mediante el establecimiento de una ratio orientador/persona desempleada u otros indicadores objetivos que permitan ir cerrando la brecha relativa que existe entre España y los países de la UE-8 o la creación de un sistema de evaluación y monitorización de las políticas activas eficaz mediante una sistematización de toda la información y la inclusión de criterios clave como el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido.

Un farragoso párrafo de 15 líneas y 204 palabras sin un solo punto y seguido, de una extensión no justificada por la complejidad de su contenido y ejemplo de mala praxis semántica en el lenguaje jurídico (Nieto, 2012; Montolío Durán, 2019).

En él aparece la única indicación sobre IA, remitiendo explícitamente al Portal Único de Empleo, e implícitamente al conjunto de políticas activas de empleo. Se abre así paso tímidamente una participación de las tecnologías de inteligencia artificial, que es también indicada en el art. 17. Para Román Lemos (2024) este artículo establece la existencia de un algoritmo que sirva de apoyo para la toma de decisiones y recomendaciones basadas en el análisis de datos. Esto es, el legislador ya prevé la implementación de un sistema de inteligencia artificial que se sitúe como una herramienta fundamental en el nuevo entorno desarrollado por la Ley, aunque las condiciones de su utilización, el formato de su funcionamiento, las circunstancias de su consulta y sus funciones específicas hayan de ser desarrolladas reglamentariamente, dejando tal regulación para un futuro sin determinar.

Sin embargo, la apuesta de la Ley de Empleo por la intervención de la IA en las actividades de orientación laboral y gestión de la demanda de empleo no sitúa a esta tecnología en el eje del sistema, sino que es abordada en combinación y con la participación de toda otra serie de mecanismos en los que el componente humano continúa teniendo su vigencia principal. Abundando en esta idea, e incluso yendo más allá de una participación conjunta del entorno humano-técnológico, el art. 3º de la Ley, al definir la intermediación laboral, establece que el conjunto de acciones de que consta dicha intermediación "no debe llevarse a cabo exclusivamente por medios automatizados". Esta evitación de una automatización total o excesiva puede ser vinculada con las precisiones que en torno a los niveles de riesgo en el uso de IA determina la reglamentación comunitaria, aspecto que se trata a continuación.

3.2. REGLAMENTO UE

El 1 de agosto de 2024 entró en vigor la así denominada "Ley Europea de Inteligencia Artificial", con el formato jurídico de Reglamento 2024/1689 de la Unión Europea. Esta normativa armoniza y modifica diversos Reglamentos y Directivas anteriores, estableciendo un texto con voluntad de permanencia y la pretensión de garantizar que la IA desarrollada y utilizada en la UE sea fiable y que respete y proteja los derechos fundamentales de las personas, en un entorno propicio para la innovación y la inversión.

Este Reglamento de la UE perfila un concepto de IA basado en la seguridad, y para ello distingue cuatro niveles de riesgo en función de los cuales poder valorar la peligrosidad de su uso y, en consecuencia, las prevenciones desde las que deba contemplarse su participación en distintos sectores:

- Riesgo mínimo: Entran aquí la mayoría de los sistemas de IA, como los de recomendación o los filtros de *spam*. No tienen consecuencias sobre los derechos y la seguridad, por lo que pueden emplerarse libremente sin restricciones.

- Riesgo específico de transparencia. Aquí se sitúan los populares *chatbots* conversacionales, en los cuales el sistema ha de informar con claridad a los usuarios del carácter de

inteligencia artificial con el que interactúan. Se contempla además que los contenidos sintéticos de audio, vídeo, texto o imágenes contengan algún tipo de marcador que permita identificar su procedencia basada en IA.

- Riesgo alto. Se consideran de alto riesgo aquellos sistemas de IA que comprometan datos personales sensibles de los usuarios, como las plataformas de contratación o los dispositivos de evaluación de condiciones de acceso a servicios administrativos o comerciales, como la obtención de un préstamo o la capacidad para cierto tipo de gestiones que dependen de una cualificación previa.

- Riesgo inaceptable. Son aquellos que constituyen una amenaza para los derechos fundamentales, con capacidad para manipular el ejercicio de la voluntad, proporcionar sugerencias sobre realizar comportamientos nocivos, lesivos o peligrosos, y otra serie de usos vinculados con la mecánica de la ingeniería social ("puntuaciones sociales" para el control de la población, sistemas biométricos de reconocimiento, o procesos de categorización con finalidad policial o vigilancia política).

La Oficina de Inteligencia Artificial de la Comisión Europea será el principal organismo de aplicación de la Ley de IA, junto con los órganos que los gobiernos de los Estados determinen para el cumplimiento del Reglamento en su esfera nacional interna. Se establecen igualmente tres órganos consultivos que actuarán como instancias de apoyo y asesoramiento en la aplicación de esta normativa: 1. El Comité Europeo de Inteligencia Artificial, que procurará que la aplicación de la Ley de IA tenga carácter uniforme. 2. Un grupo científico constituido por expertos independientes, encargados del asesoramiento técnico. 3. Un foro consultivo determinado *ad hoc* por las partes interesadas en función de las problemáticas planteadas.

Se prevé la imposición de multas para aquellas empresas que no cumplan las normas establecidas, que podrían ascender hasta el 7 % del volumen de negocio anual por infracciones sobre usos prohibidos de IA,

hasta el 3 % por incumplimiento de otras obligaciones, y por último hasta el 1,5 % por diseminar información incorrecta.

Una vez expuesta la clasificación de los niveles de riesgo establecidos por el Reglamento de la UE, de aplicación en los estados miembros, hay que obervar que, por cuanto se refiere a la temática abordada en el presente trabajo, las actividades de orientación laboral y profesional que venimos atendiendo entran dentro de los sistemas de IA de *alto riesgo*. De acuerdo con lo indicado en el artículo 6.2, estos sistemas particularmente riesgosos son aquellos que formen parte de cualquiera de una serie de ámbitos de actuación, enumerados en el Anexo III, dentro de los cuales, en la sección 4, "Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo", figuran los siguienes:

a. Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos.

b. Sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones.

La aplicación concreta de estas determinaciones en el ámbito de la orientación laboral y búsqueda de empleo supone una serie de requisitos respecto de estos sistemas, expuestos por Blasco Jover (2024):

– La implantación de un sistema de gestión de riesgos, que requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas, dado el carácter dinámico del desarrollo tecnológico en este ámbito.

– Un sistema de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan con determinados criterios de calidad, y adecuados para el carácter de IA de alto riesgo.

– Una serie de funcionalidades de uso y provisión de información sobre: 1. La identidad y datos de contacto del proveedor. 2. Las características, capacidades y limitaciones del funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo. 3. Los cambios producidos en el sistema. 4. Medidas de vigilancia humana.

– La incorporación de la vigilancia humana, realizada por personas físicas.

– La exigencia de precisión, solidez y ciberseguridad.

– La exigencia de un sistema de gestión de la calidad, conservación de la documentación, adopción de medidas correctoras y cooperación con las autoridades.

– La garantía del uso de estos sistemas con arreglo a sus especificaciones, asegurando que los datos de entrada sean pertinentes para la finalidad del sistema de IA de alto riesgo.

3.3. PORTAL ÚNICO DE EMPLEO

Dado que la Ley de Empleo sólo se refiere de modo explícito al Portal Único de Empleo al aludir a la intervención de la IA en este ámbito, es preciso mencionar que los portales de empleo suponen la vía principal en las actividades de intermediación digital cara al empleo, permitiendo la inscripción, la dotación de datos para la demanda y la gestión de los mismos (García Coca, 2022).

De hecho, la digitalización generalizada en este sector (Dozo Mougán, 2023) constituye la pauta en los procesos de intermediación laboral. Sus beneficios, debido a la extensión de la red de relaciones a que se obtiene acceso, van más allá de la mera vinculación personal demandante-oferente, sino que cumple una función primordial dentro de las políticas públicas de empleo, al vehicular la libre circulación de trabajadores en la esfera comunitaria, permitiendo la transparencia del mercado de trabajo y favoreciendo la movilidad geográfica (Rodríguez Escanciano, 2019).

La inteligencia artificial permite la simplificación de estos procesos mediante la interconexión de todos los datos referidos a los mismos, si bien los caracteres determinantes de su empleo no quedan precisados

en absoluto por la Ley de Empleo, según hemos visto, dejándolos pendientes para una evolución normativa posterior y, en el ínterin, sometidos a un *fair use* con las limitaciones establecidas por el Reglamento de la UE cuya efectividad normativa en el terreno del derecho sancionador también se encuentra pendiente de resolución.

4. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. ALGUNAS VENTAJAS Y MUCHAS INCERTIDUMBRES

Según queda establecido, la orientación laboral y la búsqueda de empleo han experimentado una transformación radical en las últimas décadas, impulsada por la irrupción de las nuevas tecnologías y la digitalización. Renovación radical respecto de la cual la normativa actualmente vigente da cuenta como no podría ser de otro modo, y procura siquiera algunas respuestas. Este cambio no solo ha ampliado los mecanismos tradicionales de colocación centrados en la presencialidad, la documentación física y un contacto ceñido a las exigencias administrativas, sino que también ha introducido nuevas herramientas que han redefinido la relación entre empleadores, trabajadores e instituciones intermediarias. Los portales virtuales de empleo y las herramientas 2.0 han revolucionado el reclutamiento, permitiendo desde funciones básicas como la publicación de ofertas, hasta el acceso a información adicional sobre los candidatos, como pueden ser su presencia en redes sociales o sus habilidades comunicativas, caracteres de definición personal que van más allá de los usuales méritos profesionales, pero que proporcionan una visión más global sobre sus competencias (García Rubio, 2018).

Esa transformación, pese a su plasmación normativa limitada, ha dado algunos avances significativos: por un lado, el desarrollo del Portal Único de Empleo, una herramienta digital que centraliza los servicios públicos de intermediación laboral; por otro lado, el reconocimiento normativo de las agencias de colocación que operan exclusivamente a través de medios electrónicos, aunque con ciertas peculiaridades en su régimen jurídico en comparación con las agencias físicas.

En este contexto, la IA ha emergido como un factor clave en la gestión de los procesos de selección y acceso laboral, aunque por un lado su regulación en la Ley de Empleo es llamativamente escasa y poco definida, y por otro su implementación no está exenta de riesgos y desafíos, inherentes a esta tecnología y comunes con otros escenarios de aplicación, especialmente en cuanto respecta a la protección de los derechos de los trabajadores y a la equidad en el acceso al empleo.

Sin embargo y como un efecto colateral acompañante de estos nuevos retos, la intermediación tecnológica vuelve a reforzar los poderes de la empresa por la disminución de la participación de estamentos de protección del trabajador, como los sindicatos, ante la apertura de posibilidades individuales de gestión de la contratación, las aparentes facilidades para el usuario y la vinculación directa y autónoma con el empleador (Álvarez Cuesta, 2023). Todo lo cual puede generar la aceptación acrítica de condiciones o la no verificabilidad de que las condiciones de contratación respeten los derechos de los trabajadores, dado el amplio margen de *confianza* y *verosimilitud* interpuesto por los sistemas tecnológicos y por la IA en particular.

Abundando en esta idea, en un contexto caracterizado por grandes volúmenes de solicitudes y la necesidad de tomar decisiones rápidas y eficientes, los algoritmos de IA se presentan como una solución para gestionar la información e identificar candidatos idóneos. Pero esta tecnología, en su aplicación en este sector, incluye entre sus sesgos especialmente la denominada *discriminación algorítmica* (Rodríguez-Piñero, 2024). La discriminación algorítmica es un fenómeno que surge cuando los sistemas de IA reproducen o amplifican sesgos presentes en los datos con los que han sido entrenados. En el ámbito laboral, esto puede traducirse en decisiones injustas o discriminatorias en los procesos de selección, donde los algoritmos pueden favorecer o perjudicar a ciertos grupos de candidatos en función de características como el género, la edad, la etnia u otros elementos de diversidad. El establecimiento de perfiles estadísticos altamente individualizados que incluyan pesos específicos de baremo a espectos no vinculados con competencias laborales, profesionales o formativas pueden jugar un importante papel discriminatorio en los procesos de selección mediados tecnológicamente y donde no

operen indicadores ni criterios de equidad (Sánchez López, 2023). Este tipo de discriminación es especialmente preocupante en un contexto en el que los derechos de representación y negociación colectiva están experimentando retrocesos, lo que podría agravar la desprotección de los trabajadores frente al poder empresarial, según quedó antes indicado.

4.2. LEY DE EMPLEO Y SU APLICACIÓN EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO

La Ley de Empleo 3/2023 ha intentado abordar algunos de estos desafíos, aunque su implementación práctica plantea numerosas dificultades, precisamente por su inconcreción y, respecto de la IA, por el carácter superficial y anecdótico con el que es mencionada su utilización, sin tener en cuenta los condicionantes y sesgos reales implícitos a la tecnología, ni el carácter de alto riesgo que representa su aplicación en el ámbito de la orientación profesional, la intermediación laboral y la búsqueda de empleo. La Ley se presenta como un marco normativo con un marcado "buenintencionismo" (Román Lemos, 2023), pero su aplicación efectiva está condicionada por la complejidad del ecosistema en el que debe operar. Este ecosistema incluye una amplia variedad de actores, como la Agencia Española de Empleo, los servicios públicos de empleo, las agencias de intermediación, los empleadores y los demandantes de empleo, todo lo que dificulta su coordinación y control.

Uno de los aspectos más relevantes de la Ley (Román Lemos, 2023) es su enfoque en la reducción de la discriminación algorítmica: aunque la ley reconoce los riesgos asociados a la IA, también ofrece la oportunidad de aprovechar esta tecnología para mitigar las desigualdades en el acceso al empleo. Sin embargo, la efectividad de estas medidas dependerá en gran medida de la normativa posterior que se desarrolle, como reglamentos y acuerdos, que deberán concretar y clarificar los términos jurídicos indeterminados presentes en la ley, y según el autor mencionado en este párrafo, “confiaremos en la buena fe de los intervinientes en el campo de la empleabilidad”.

La Ley de Empleo representa un intento de regular este nuevo escenario, aunque su aplicación práctica está aún por ver. En última instancia, el éxito de estas iniciativas dependerá de la colaboración entre todos los actores implicados, así como de la capacidad de las instituciones para

adaptarse a un entorno laboral en constante evolución. Solo así se podrá garantizar que la tecnología y la IA se conviertan en herramientas que promuevan la equidad y la inclusión en el mercado laboral, en lugar de fuentes de discriminación y desprotección.

5. REFERENCIAS

Álvarez Cuesta, H. (2023). El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros. *Revista Justicia & Trabajo, 2*, 39-59.

Binns, R. (2018). Fairness in Machine Learning: Lessons from Political Philosophy. *Proceedings of the 2018 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 149-159.

Blasco Jover, C. (2024). IA: dentro de la flexibilidad laboral y de un balance trabajo-vida. *Revista Justicia & Trabajo, 4*, 77-107.

Climent Rodríguez, J. A. y Navarro-Abal, Y. (2016). Nuevos retos en orientación laboral: De itinerarios personales de inserción a la construcción de marcas profesionales. *REOP, 27*(2), 126-133.

Climent Rodríguez, J. A. (2023). Análisis de la empleabilidad y la orientación laboral en el contexto de las políticas activas de empleo y su concreción actual en la Ley 3/2023 de 28 de febrero, de Empleo. *Trabajo, Persona, Derecho, mercado. Monográfico (2023)*, 87-113.

Dozo Mougán, I. (2023). La actuación de los servicios públicos de empleo en la configuración de un mercado de trabajo inclusivo y no discriminatorio. En *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 375-391), Ministerio de Trabajo y Economía Social.

García Coca, O. (2022). La intermediación laboral digital como causa emergente de discriminación. En J. M. Morales Ortega (Dir.). *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral* (383-419). Laborum.

García-Peñalvo, F. J. (2023). La percepción de la Inteligencia Artificial en contextos educativos tras el lanzamiento de ChatGPT: Disrupción o Pánico. *Education in the Knowledge Society, 24*, 1-9.

García Rubio, M. A. (2018). El empleo y la relación laboral en el nuevo horizonte tecnológico: una visión transversal sobre los efectos de la digitalización. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 23*, 44-69.

Jones, D. (2020). How AI Is Changing the Job Search. *Journal of Digital Employment, 12*(4), 45-57.

Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. *BOE 51,* de 1 de marzo de 2023.

Li, X., y Li, Y. (2021). AI in Job Matching: Algorithms and Applications. *International Journal of Career Development, 19*(2), 33-44.

Montolío Durán, E. (2019). La clarificación del discurso judicial. Estado de la cuestión y propuestas lingüísticas de optimización. *Revista del Ministerio Fiscal, 8*, 72-95.

Nieto Moreno de Diezmas, E. (2012). La redacción de textos jurídicos: reflexión y propuestas de mejora. *Criterio Libre Jurídico, 18*, 165-179.

Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. *BOE 233*, de 29 de septiembre de 2021.

Reglamento (UE) 2024/1589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). *DOUE 1689*, de 12 de julio de 2024.

Rodríguez Escanciano, S. (2019). Los riesgos del denominado "data oursourcing" en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 7*(2), 121-163.

Rodríguez-Piñero Royo, M. (2024). Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 37*, 120-149.

Román Lemos, J. (2023). La digitalización en la Ley de Empleo: empleo, colocación e intermediación. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Monográfico (2023)*, 181-206.

Sánchez López, C. (2023). Los perfilados estadísticos del desempleo en los servicios públiocs de empleo. Un acercamiento a los casos de España y Andalucía. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Monográfico (2023)*, 63-85.

Smith, J., y Taylor, K. (2019). Personalization and AI in the Workforce: Trends and Tools. *AI and Employment Studies, 7*(3), 89-103.

Vallecillo Gámez, M. R. (2021). La digitalización exprés de los servicios públicos de empleo: retos y desafíos desde una perspectiva comparada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, 459*, 145-171.

Vera, F. (2023). Integración de la Inteligencia Artificial en la Educación superior: Desafíos y oportunidades. *Transformar, 4*(1), 17-34.

DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

EUCLIDES J. COVA FERNÁNDEZ
UNED. EIDUNED

1. INTRODUCCIÓN

La era digital ha revolucionado la forma en que se accede, almacena y se difunde información. Paralelamente, ha planteado nuevos desafíos a la protección de la privacidad y la dignidad de las personas. Uno de los derechos fundamentales que ha cobrado especial relevancia en este contexto es el derecho al olvido (Werro, 2021). Este derecho, que permite a los individuos solicitar la eliminación o la desindexación de información personal considerada obsoleta, irrelevante o inadecuada, ha experimentado una notable evolución en las últimas décadas, especialmente a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Google Spain* (2014).

El derecho al olvido constituye una herramienta clave en la protección de la identidad digital y los datos personales en la era moderna (Villalobos, 2019). Su desarrollo en España refleja un proceso complejo y progresivo, marcado por hitos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que han cimentado su relevancia en el marco del derecho europeo y nacional.

En España, la protección de los datos personales y, por ende, el derecho al olvido, han sido objeto de una creciente atención legislativa. Sin embargo, la implementación de este derecho en la práctica ha planteado numerosos desafíos, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico (Mladenov y Stojšić Dabetić, 2021).

Esta investigación explora la evolución del derecho al olvido en el contexto español, enfatizando los antecedentes normativos y su impacto jurídico, legal y ético.

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo general

– Analizar la evolución legislativa del derecho al olvido en España

2.2. Objetivos específicos

1. Identificar los principales hitos legislativos.
2. Examinar la relevancia de los instrumentos jurídicos en la evolución legislativa del derecho al olvido.

3. METODOLOGÍA

El presente estudio tiene como objetivo analizar la evolución del derecho al olvido en la legislación española. Para dicho propósito, se emplea una metodología de investigación de carácter descriptivo y analítico, basada en el análisis documental de diversas fuentes. Se busca describir y explicar los cambios legislativos y jurisprudenciales que han marcado la evolución del derecho al olvido en España. Asimismo, se utiliza un enfoque analítico para identificar patrones, tendencias y relaciones entre los diferentes elementos del fenómeno estudiado.

El análisis diacrónico o histórico-legislativo de la evolución del derecho al olvido en España implica estudiar las etapas de su desarrollo normativo y jurisprudencial, observando cómo han cambiado las leyes, las directrices y la interpretación de los derechos fundamentales relacionados. Las fuentes de información utilizadas en esta investigación incluyen legislación, jurisprudencia y doctrina.

4. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO AL OLVIDO

Aunque el término *derecho al olvido* es relativamente reciente, la idea subyacente de limitar la permanencia de información personal negativa o desactualizada tiene raíces profundas en la historia del derecho (Susi, 2020). La preocupación por proteger la reputación y la dignidad de las

personas ante la divulgación de información privada ha estado presente en diversas culturas y sistemas jurídicos a lo largo de los siglos (Abakumova et al., 2021).

Desde la antigua Grecia y Roma, donde se valoraba la honra personal, hasta las leyes modernas de protección de datos en Europa, el concepto ha evolucionado para adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad contemporánea en la era digital (Ballesteros, 2019; Selyuk, 2023).

Ya en el derecho romano existían mecanismos legales para proteger la reputación de las personas y limitar la divulgación de información considerada difamatoria. El *ius honoris*, o derecho al honor, protegía la dignidad y la estima social de los individuos, y establecía sanciones para quienes la lesionaran a través de calumnias o injurias (García, 2005; Frode, 2023).

En la Edad Media, la confesión sacramental, por ejemplo, garantizaba la confidencialidad de los pecados confesados, lo que implicaba una forma de olvido de las transgresiones pasadas. De manera similar, en el derecho canónico, existían normas que protegían la reputación de los clérigos y de los fieles (Mazza, 2023). Con el tiempo, estos principios evolucionaron y dieron lugar a sistemas legales más complejos que abordan la difamación y la privacidad en la actualidad, reflejando la importancia continua de proteger la reputación individual en las sociedades modernas.

Junto a la Ilustración y la consolidación de los derechos fundamentales, la protección de la privacidad y la reputación adquirió una mayor relevancia (Alforova et al., 2022). En este contexto, filósofos como Kant y Mill destacaron la importancia de la autonomía individual y la necesidad de proteger a las personas de injerencias injustificadas en su vida privada (Kelvin, 2022).

La evolución del derecho al olvido ha sido desigual en los diferentes sistemas jurídicos (Sadovska, 2022). Mientras que, en algunos países, como Francia, la protección de la vida privada y la reputación ha sido tradicionalmente fuerte, en otros sistemas jurídicos esta protección se ha desarrollado de manera más gradual. El Código Civil francés, promulgado en 1804, incluyó disposiciones para proteger el honor y la reputación de las personas. A lo largo del siglo XX, la jurisprudencia

francesa ha desarrollado una amplia protección de la vida privada y el derecho al olvido (Li, 2023).

Sin embargo, no fue hasta el siglo XX cuando esta cuestión adquirió una relevancia particular en el contexto de la creciente digitalización de la sociedad. La masificación de internet y la facilidad para almacenar y difundir información a gran escala han intensificado el debate en torno al derecho a controlar la propia imagen digital y a solicitar la eliminación de datos personales que ya no son relevantes o que pueden causar un daño injustificado (Mohsin, 2020).

En Europa, el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) garantiza el derecho a respetar la vida privada y familiar. Aunque no menciona explícitamente el derecho al olvido, esta disposición ha sido interpretada en numerosas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la protección de la reputación y la dignidad de las personas (Vojvodić, 2020).

En el marco jurídico de la Unión Europea (UE), la protección de los datos personales ha sido un pilar fundamental del derecho desde la década de 1990. La Directiva 95/46/CE y, posteriormente, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) han establecido un marco normativo sólido para garantizar la protección de los datos personales y, por extensión, el derecho al olvido.

El derecho al olvido encuentra sus raíces en el principio de protección de datos personales, desarrollado inicialmente a través de la normativa europea y posteriormente adoptado y adaptado por España. En este sentido, España ha sido un actor central en la configuración de este derecho, especialmente tras la sentencia del TJUE en el caso *Google Spain SL* y *Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González (C-131/12)* (2014).

5. LEGISLACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN ESPAÑA

El desarrollo del derecho al olvido en España está intrínsecamente ligado a la evolución de la protección de datos personales (Mladenov y Stojšić Dabetić, 2021). Si bien el término *derecho al olvido* es

relativamente reciente, la protección de la honra, la intimidad personal y familiar, así como de la propia imagen, ha sido tradicionalmente garantizada por el Código Civil español (Tzakova, 2019).

La protección de los datos personales y el derecho al olvido han adquirido una mayor relevancia en las últimas décadas, impulsados por la creciente digitalización de la sociedad (Moreno, 2019). El derecho al olvido, como manifestación del derecho a la protección de datos personales, ha experimentado una notable evolución en España (Mladenov y Stojšić Dabetić, 2021).

A continuación, se presenta un recorrido por los hitos legislativos más relevantes que han marcado esta trayectoria:

Periodo: 1889-2007

> **Código Civil**: el artículo 18 del Código Civil español establece que "todo lo que sea susceptible de lesionar la honra, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, las personas tienen derecho a su tutela efectiva por los tribunales civiles" (Código Civil español, 1889, artículo 18). Esta disposición ha servido como fundamento para la protección de la reputación y la dignidad de las personas, sentando las bases para el posterior desarrollo del derecho al olvido. Este precedente sentó las bases para una protección integral de la personalidad. No obstante, la protección de los datos personales en sí misma era un concepto aún incipiente en aquel momento.
>
> El Código Civil español, aunque no regula explícitamente el derecho al olvido, proporciona principios generales aplicables a la protección de los derechos de la personalidad, como el derecho al honor y la intimidad, consagrados en los artículos 7 y 1902. Estos artículos permiten la reclamación de daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en la vida privada.
>
> **Constitución Nacional**: la Constitución Española (CE) de 1978 establece las bases para la protección de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad y el honor. La protección de datos personales en España tiene una base sólida en el artículo 18.4 de la CE, que reconoce el derecho fundamental a la protección de datos. De esta manera se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, constituyendo el pilar esencial para el desarrollo normativo en materia de protección de datos (Constitución Española, 1978). Este precepto sentó las bases para la adopción de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP): en 1976, España anunció y firmó su adhesión a la DUDH y a los pactos de 1966 referentes al PIDCP (Rupérez, 2016). En 1977, se ratificaron estos textos (Corriente, 1977), que entraron en vigor el 27 de julio de 1977, pocas semanas después de las elecciones del 15 de junio de 1977.

La DUDH es un instrumento internacional adoptado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Es el primer documento global que articula derechos humanos fundamentales aplicables universalmente. Aunque no tiene fuerza legal vinculante en muchos países, la DUDH es una piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, influyendo en la legislación y las políticas nacionales e internacionales.

La relación entre la DUDH y el derecho al olvido en España surge del vínculo entre los derechos a la privacidad, la reputación y la protección de datos personales establecidos en la DUDH y los desarrollos normativos y jurisprudenciales en España.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: también conocido como la CEDH, fue adoptado en 1950 por el Consejo de Europa. Es un tratado internacional destinado a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en los Estados miembros del Consejo de Europa. Este documento establece una serie de derechos civiles y políticos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a un juicio justo, la prohibición de la tortura, la libertad de expresión y el respeto a la vida privada y familiar, entre otros. España se adhirió al Consejo de Europa en 1977, firmando el convenio el 24 de noviembre de 1977, el cual entró en vigor el 4 de octubre de 1979.

La relación entre la CEDH y el derecho al olvido en España se fundamenta en los derechos protegidos por la Convención, en particular el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y el artículo 10 (libertad de expresión e información).

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: esta ley supuso un avance significativo en la protección de estos derechos, estableciendo mecanismos para la tutela judicial efectiva y la reparación de los daños causados. Esta ley, pionera en su momento, reconocía el derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de los datos de carácter personal, sentando las bases para una protección más integral de la privacidad. Sin embargo, su ámbito de aplicación era limitado y no contemplaba la totalidad de las problemáticas relacionadas con la protección de datos en la era digital.

Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD): las bases del derecho al olvido se encuentran en esta ley, que introdujo por primera vez el concepto de derechos relacionados con el tratamiento de datos. Esta normativa fue reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), la cual consolidó derechos como el acceso, la rectificación, la cancelación y la oposición.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: esta directiva estableció las bases para la armonización de las normativas sobre protección de datos en los Estados miembros de la UE, promoviendo un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de los derechos fundamentales. Aunque no mencionaba explícitamente el derecho al olvido, sentó las bases para la protección frente al uso indebido de los datos personales.

En España, la transposición de esta directiva se materializó en la LOPD, que incorporó principios clave como la calidad de los datos, el consentimiento informado y los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO), pilares fundamentales para el posterior desarrollo del derecho al olvido. Los derechos de rectificación y cancelación ya permitían oponerse a la publicación de datos personales en internet, pero solamente cuando la información no era "veraz" o si fuese "ilícita", por lo tanto, era insuficiente.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD): la LOPD marcó un antes y un después en la protección de datos personales en España. Esta ley, inspirada en la Directiva 95/46/CE, estableció los principios básicos del tratamiento de datos, los derechos de los interesados y las obligaciones de los responsables del tratamiento. Aunque la ley no mencionaba explícitamente el derecho al olvido, sentó las bases para su posterior desarrollo y reforzó las garantías en el tratamiento de datos y, por lo tanto, el derecho a la protección de datos personales. La LOPD introdujo en España conceptos fundamentales como el consentimiento, la finalidad, la seguridad y la calidad de los datos, así como los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) a través de los artículos 15, 16 y 17.

Estos derechos, contemplados también en la Directiva 95/46/CE, permitían solicitar la eliminación de información personal en internet mediante el ejercicio de los derechos de rectificación y cancelación. Sin embargo, su aplicación estaba limitada a casos en los que la información

no fuera veraz o resultara ilícita su aplicación estaba limitada a casos en los que la información no fuera veraz o resultara ilícita, en concordancia con la Directiva 95/46/CE, haciendo extensible la insuficiencia del ejercicio del derecho de cancelación.

Directiva 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas: complementa la Directiva 95/46/CE y está específicamente diseñada para garantizar la protección de los datos personales y la privacidad en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Esta normativa establece disposiciones sobre la confidencialidad de las comunicaciones, el tratamiento de datos en redes de comunicación, la gestión de *cookies* y el control del *spam*. En España, la transposición de esta Directiva mediante la Ley 34/2002 (LSSI-CE) marcó un paso significativo hacia la regulación de la privacidad en línea, abriendo la puerta a futuros avances como el RGPD y la Ley Orgánica 3/2018.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI-CE): esta ley introdujo disposiciones clave sobre la responsabilidad de los intermediarios en el entorno digital. Esta normativa reguló aspectos relacionados con el comercio electrónico, pero también abordó la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet en relación con el tratamiento de datos personales, un aspecto crítico para la configuración del derecho al olvido. Este marco normativo resulta relevante para el derecho al olvido, puesto que establece las obligaciones de las empresas tecnológicas en relación con la eliminación de contenidos que vulneren derechos fundamentales.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal: a través de este decreto se aprobó el Reglamento de desarrollo de la LOPD. Este reglamento aportó un marco más detallado para la aplicación de los derechos ARCO, consolidando el derecho de cancelación como un antecedente directo del derecho al olvido. Además, fortaleció la protección de los datos personales frente a posibles vulneraciones y fue fundamental para establecer garantías procesales en materia de protección de datos.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE): es un documento que consagra los derechos fundamentales reconocidos en la UE, adoptado en el año 2000 y formalmente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. La CDFUE combina principios de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, el CEDH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Es jurídicamente vinculante para las instituciones de la UE y los Estados miembros cuando aplican el derecho de la Unión. Además, sirve como estándar para evaluar la compatibilidad de normas y prácticas nacionales con los derechos fundamentales.

La CDFUE, al reconocer explícitamente la protección de datos personales en su artículo 8, sirve como una base jurídica fundamental para el desarrollo normativo del derecho al olvido en España y en toda la UE. Este reconocimiento fue esencial para la Sentencia Costeja González (2014) del TJUE, donde se interpretaron los derechos consagrados en la CDFUE, especialmente el derecho a la privacidad y la protección de datos personales.

Periodo: 2008-2016

Entre 2014 y 2015, surgieron los primeros debates en España y en los Estados miembros de la UE para incorporar en la legislación interna los principios derivados del fallo Costeja González.

En 2015, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) estableció directrices sobre la aplicación del derecho al olvido, varias de ellas inspiradas en lineamientos, recomendaciones y/o dictámenes emanados de la UE.

En 2016, la UE aprobó el RGPD, que incluye de manera explícita el derecho al olvido en su artículo 17. Se define como "derecho de supresión" y establece bases legales y procedimientos claros para su ejercicio. Este hecho representa un avance significativo al dotar de mayor claridad normativa al derecho al olvido.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2014: asunto C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*. Esta sentencia introdujo por primera vez el concepto de *derecho al olvido*, estableciendo la obligación para los motores de búsqueda de eliminar ciertos resultados a petición del usuario. En particular, se determinó que debían suprimirse los enlaces a información desactualizada o irrelevante, salvo que prevaleciera un interés público en su mantenimiento. El impacto de este fallo fue clave, puesto que marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina sobre el derecho al olvido, tanto en España como a nivel europeo y global.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD): según la normativa de la UE, el RGPD es de aplicación directa y no requiere pasar por el proceso de transposición. No obstante, se otorgó un margen de dos (2) años para que los Estados miembros emprendieran las acciones de adaptación e implementación del nuevo instrumento legal. La entrada en vigor del RGPD en 2018 supuso un nuevo hito en la protección de datos a nivel de la UE y, por ende, en España. Este reglamento, más

ambicioso que la Directiva 95/46/CE, introdujo nuevos derechos para los interesados, como el derecho al olvido, consolidó el derecho al olvido como un derecho autónomo en su artículo 17 y reforzó las obligaciones de los responsables del tratamiento. El reglamento establece el "derecho de supresión" (o derecho al olvido), que permite a los interesados solicitar la eliminación de datos personales bajo ciertas condiciones, como cuando la información ya no es necesaria para los fines para los que fue recopilada o si el interesado retira su consentimiento.

Periodo: 2017-Presente

En 2017, España inició la adaptación de su legislación interna para alinearse con el RGPD. Se generaron consultas públicas y debates parlamentarios. El 25 de mayo de 2018, el RGPD comenzó a aplicarse en toda la UE. En España, el derecho al olvido se incorporó formalmente como parte del marco regulador. La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), desarrolla y complementa el RGPD en el contexto español, incluyendo referencias explícitas al derecho al olvido.

Una vez entrado en vigor el RGPD, este instrumento se ha actualizado en varias ocasiones, con el fin de ajustarlo a las nuevas realidades y como fruto de la experiencia en su aplicación con el propósito de hacerlo más eficiente.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD): esta ley, conocida como LOPDGDD, transpuso al ordenamiento jurídico español el RGPD y adaptó la normativa nacional a las nuevas exigencias europeas. La LOPDGDD recoge de forma expresa el derecho al olvido, estableciendo los requisitos y procedimientos para ejercer este derecho. Esta ley desarrolla los derechos digitales en el ámbito español, incluyendo el derecho al olvido en dos modalidades específicas: el derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (artículo 94) y el derecho al olvido en motores de búsqueda (artículo 93). Es importante mencionar que esta ley no solo incorporó el derecho al olvido en su articulado, sino que también lo extendió al ámbito de los motores de búsqueda y las redes sociales, reconociendo su relevancia en la era digital.

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales: esta normativa regula el tratamiento de datos personales en el ámbito penal y de seguridad pública en España, en concordancia con la Directiva (UE) 2016/680. Su objetivo es garantizar la protección de los derechos fundamentales, particularmente el derecho a la privacidad, en el tratamiento de datos personales en contextos sensibles como la prevención, investigación, enjuiciamiento de delitos y ejecución de sanciones penales.

Carta de Derechos Digitales española: es un documento de referencia aprobado el 14 de julio de 2021 por el Gobierno de España, cuyo objetivo es consolidar un marco normativo que garantice los derechos fundamentales en el ámbito digital. Este documento surgió en el contexto de la transformación digital acelerada en la última década y de la necesidad de adaptar los derechos ya reconocidos a los entornos virtuales. Este documento, aunque no es vinculante, establece un marco normativo de referencia para la protección de los derechos fundamentales en el entorno digital y sienta bases para futuras reformas legislativas en materia de privacidad y datos personales.

6. DISCUSIÓN

El análisis histórico-legislativo del derecho al olvido en España permite comprender cómo este concepto, inicialmente ajeno a la legislación, se ha integrado mediante el desarrollo normativo y jurisprudencial. Se evidencia cómo el contexto histórico, los textos legales y los cambios tecnológicos resultan esenciales para entender la evolución y aplicación práctica del derecho al olvido. Este enfoque no solo permite explorar y entender el pasado, sino que también señala posibles direcciones futuras en el desarrollo legislativo.

El periodo comprendido entre 1889 y 2007 constituye el marco inicial y preparatorio para la configuración jurídica del derecho al olvido en España, destacándose una evolución normativa progresiva que sentó las bases para su desarrollo actual. Este intervalo histórico se caracteriza por la consolidación de derechos fundamentales y el establecimiento de principios regulatorios que, si bien no empleaban el concepto de *derecho al olvido*, integraron gradualmente elementos esenciales relacionados con la privacidad, el honor, la dignidad y la protección de datos personales.

Este intervalo de tiempo representa la transición del marco jurídico español hacia una regulación moderna y más acorde con los avances tecnológicos y las demandas sociales en materia de protección de datos. La Constitución de 1978, la ratificación de España de los tratados internacionales tales como la DHDH, el PIDCP y la CEDH sientan las bases al reconocer derechos fundamentales relacionados con la privacidad y el honor, pero la Directiva 95/46/CE y su transposición mediante la LOPD en 1999 marcan un hito al regular específicamente el

tratamiento de los datos personales. En este escenario, la implementación de la Directiva 95/46/CE en España fue un paso crucial para armonizar la legislación nacional con el marco europeo, permitiendo una protección uniforme en la UE.

Por otro lado, el periodo comprendido entre 2008 y 2016 representa un momento de consolidación y transición clave en la evolución legislativa del derecho al olvido en España. En este marco temporal, la jurisprudencia y las iniciativas normativas alcanzaron un nuevo nivel de madurez, con avances significativos en la integración del derecho al olvido como parte esencial de la protección de datos personales en el entorno digital. Los hitos destacados de este periodo son fundamentales para entender el desarrollo de esta figura jurídica.

Entre 2008 y 2016, se marcó un punto de inflexión en la consolidación normativa del derecho al olvido en España y en el ámbito europeo. La Sentencia Costeja González del TJUE se considera una jurisprudencia fundacional, puesto que aclara cómo deben interpretarse los derechos recogidos en la Directiva 95/46/CE en el contexto digital. Este fallo no solo reconoce que los ciudadanos tienen el derecho de solicitar la eliminación de información desactualizada de los motores de búsqueda, sino que también impone obligaciones directas a entidades privadas como Google, reafirmando la primacía de los derechos fundamentales sobre los intereses económicos.

En ese sentido, la jurisprudencia europea adquiere protagonismo con la sentencia del caso *Google Spain* en 2014, que establece el derecho al olvido como un derecho derivado de la protección de datos personales, con profundas implicaciones prácticas y legales, entre ellas la necesidad de equilibrar derechos fundamentales potencialmente conflictivos, como la privacidad frente a la libertad de expresión y el acceso a la información.

El RGPD, aprobado en 2016, representa un avance significativo al dotar de mayor claridad normativa al derecho al olvido. Este reglamento introduce términos específicos, como *derecho de supresión*, y establece procedimientos para garantizar que las solicitudes de eliminación de datos sean evaluadas de manera justa. También reconoce excepciones ante otros derechos fundamentales. La LOPDGDD no solo refuerza los

derechos establecidos en el RGPD, sino que también introduce innovaciones, como el reconocimiento de nuevos derechos digitales, incluyendo el derecho al olvido en redes sociales.

El periodo entre 2017 y el presente, marca un proceso de consolidación y operacionalización del derecho al olvido en España, con un enfoque en la adaptación legislativa y la implementación de nuevas normativas en consonancia con las exigencias europeas. En este intervalo temporal, se destacan tres hitos clave: los preparativos para la entrada en vigor del RGPD, la aplicación efectiva de este reglamento en 2018 y la promulgación de la Ley Orgánica 7/2021, que amplía el alcance del derecho al olvido a contextos relacionados con la prevención y sanción de infracciones penales.

En general, desde 2017 hasta la actualidad se ha evidenciado una etapa de consolidación y expansión del derecho al olvido en España, con énfasis en su interacción con tecnologías emergentes como la inteligencia artificial (IA) y los sistemas biométricos.

7. CONCLUSIÓN

La evolución legislativa refleja un proceso gradual de consolidación de derechos fundamentales en España, con una progresiva adaptación a las necesidades tecnológicas y sociales de cada época. Desde las primeras normas civiles que protegían la dignidad personal, la adhesión a los tratados internacionales vinculados con los derechos humanos, hasta la implementación de regulaciones específicas para el tratamiento de datos digitales, este periodo establece un camino hacia el reconocimiento formal del derecho al olvido.

A pesar de la ausencia explícita del término, la legislación de este periodo permite articular principios clave, como la limitación temporal del almacenamiento de datos, el derecho a la rectificación y la protección frente al uso indebido de información personal. Esta evolución normativa no solo establece un marco sólido para la posterior regulación específica del derecho al olvido, sino que también prepara a España para armonizar su legislación con las directrices europeas

En conjunto, los avances legislativos de este periodo reflejan un compromiso con la protección de los derechos fundamentales en la era digital, destacando el papel de España como líder en la implementación de normativas que equilibran la privacidad, la seguridad pública y la libertad de información.

La evolución del derecho al olvido en España y la UE es una respuesta progresiva a los retos planteados por la revolución digital. Desde los fundamentos del Código Civil y la CE hasta la adopción del RGPD y la legislación complementaria en España, el marco normativo ha avanzado considerablemente. Sin embargo, la velocidad del cambio tecnológico requiere una actualización continua de las normas y prácticas para garantizar que los derechos fundamentales estén plenamente protegidos en el entorno digital.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que el derecho al olvido surge como respuesta a los retos planteados por la globalización digital. A nivel normativo, la consolidación de este derecho refleja un avance significativo en la protección de la dignidad y privacidad de los ciudadanos europeos. Sin embargo, también plantea interrogantes sobre la compatibilidad de los derechos fundamentales en un entorno digital globalizado.

Finalmente, el análisis de la evolución normativa del derecho al olvido en España revela un proceso continuo de adaptación a los desafíos de la era digital. Desde las primeras normativas europeas hasta la integración de tecnologías avanzadas, España ha mostrado un compromiso con la protección de los datos personales y el respeto por los derechos fundamentales. No obstante, el derecho al olvido sigue siendo un concepto en evolución, cuya aplicación requiere un equilibrio constante entre privacidad, libertad de información y el avance tecnológico.

8. REFERENCIAS

Abakumova, E., Komissarov, A., & Tarasov, D. (2021). Foreign Experience of Legal Support for the Protection of Honor, Dignity, and Business Reputation. *Bulletin of Kemerovo State University, 5*(2). https://doi.org/10.21603/2542-1840-2021-5-2-148-154

Alforova, T. M., Koba, M., Lehka, O., & Kuchuk, A. (2022). Right to Freedom of Expression v. Reputation Protection (Based on ECtHR Practice Materials). *The Age of Human Rights Journal, 18*, 311-330. https://doi.org/10.17561/tahrj.v18.6527

Asamblea General. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights

Ballesteros, L. (2019). La revisión del régimen jurídico de la privacidad en la Unión Europea. *Revista Del Posgrado En Derecho De La UNAM*(8), 32. https://doi.org/10.22201/FDER.26831783E.2018.8.67

Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (s.f.). https://web.archive.org/web/20090809103133/http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/INDEXCC.htm

Consejo de Europa. (1953). *Convención de Derechos Humanos del Consejo de Europa*. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa

Constitución Española, 1978. (1978, 29 de diciembre). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 311).

Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2018, 23 de mayo). *Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. Diario Oficial de la Unión Europea. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679R(02)&from=ES

Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2021, 4 de marzo). *Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*. Diario Oficial de la Unión Europea. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679R(03)&from=ES

Corriente, J. (1977). España y los Convenios Internacionales de protección de los Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional*(3), 129-172. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1031577

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas. https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/1948/es/11563

Diario Oficial de la Unión Europea. (2018). *Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (1995, 24 de octubre). Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 281, 31-50.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (2002, 12 de julio). Relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 201, 37-47.

Frode, J. (2023). Honor–Shame Dynamics in Late Antiquity. En *Honor and Shame in Western History.* Routledge.

García, A. (2005). *Derecho romano.* Tecnos.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. (1977, 30 de abril). *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1977-10733&p=19770430&tn=0

Kelvin, J. (2022). Mill on Autonomy. En *The Routledge Handbook of Autonomy.* Routledge. https://doi.org/10.4324/9780429290411-9

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. (2021, 26 de mayo). *Boletín Oficial del Estado*. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8806

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (2002, 12 de julio). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 166).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (1999, 14 de diciembre). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 298).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (2018, 6 de diciembre). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 294).

Li, M. (2023). The Proof and Development of the Right to Be Forgotten in Civil Code. *Advances in Politics and Economics, 6*(2), 121-131. https://doi.org/10.22158/ape.v6n2p121

Mazza, M. (2023). Canonical Tradition Valuing the Right to Reputation. *Revista Española de Derecho Canónico, 79*(193), 515-555. https://doi.org/10.36576/2660-9541.79.515

Mladenov, M., & Stojšić Dabetić, J. (2021). An update on the right to be forgotten as a principle of personal data protection in European Union. *KULTURA POLISA, 18*(44), 99-109. https://doi.org/10.51738/KPOLISA2021.18.1R.2.04

Mohsin, K. (2020). Right to Privacy in Digital Era. *Social Science Research Network*. https://doi.org/10.2139/SSRN.3678224

Moreno, Á. (2019). El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos. *Revista de Comunicación, 18*(1), 259–276. https://doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (2008, 19 de enero). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 17).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2016, 27 de abril). Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos - RGPD). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 119, 1-88.

Rupérez, J. (2016). *La Mirada sin Ira. Memorias de política, diplomacia y vida en la España contemporánea.* Editorial Almuzara.

Sadovska, D. (2022). The right to be forgotten: establishment and development. *Домашня сторінка*(74). https://doi.org/10.30970/vla.2022.74.068

Selyuk, A. (2023). Protección de datos personales en el espacio digital. *Boletín de la Universidad O.E. Kutafina (MSAL)*(2), 110-119. https://doi.org/10.17803/2311-5998.2023.102.2.110-119

Susi, M. (2020). The Right to Be Forgotten. En A. von Arnauld, K. von der Decken, & M. Susi, *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric* (págs. 287-299). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108676106.023

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014, 13 de mayo). *Sentencia de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*.

Tzakova, L. (2019). A brief review of the case law on the right “to be forgotten”. *Knowledge International Journal, 30*(6), 1377-1383. http://dx.doi.org/10.35120/kij30061377t

Villalobos, S. (2019). *La configuración jurídica del derecho al olvido digital.* [Trabajo de grado, Universidad de La Laguna]. https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/16422?locale-attribute=en

Vojvodić, D. (2020). Respect of the Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the recent case law of the European Court of Human Rights. *Actas de la Facultad de Derecho de Novi Sad, 54*(4), 1533-1560. https://doi.org/10.5937/ZRPFNS54-28441

Werro, F. (2021). The Right to Be Forgotten. En K. F. Boele-Woelki, & A. Senegacnik, *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law - Rapports généraux du XXème Congrès général de l'Académie internationale de droit comparé. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* (págs. 557-575). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-48675-4_19

DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN ESPAÑA: SUJETOS LEGITIMADOS PARA SU EJERCICIO

EUCLIDES J. COVA FERNÁNDEZ
UNED. EIDUNED

1. INTRODUCCIÓN

El derecho al olvido ha emergido como una de las manifestaciones más relevantes del derecho a la protección de datos personales en la era digital. Se ha convertido en un concepto crucial al abordar los desafíos relacionados con la gestión de datos personales, la privacidad y la presencia duradera de información en línea. Este derecho permite a las personas solicitar la eliminación de información personal de internet, particularmente cuando dicha información está desactualizada, es irrelevante o resulta perjudicial. La importancia del derecho al olvido radica en su capacidad de equilibrar los derechos de privacidad individual con los intereses sociales más amplios de libertad de expresión y acceso a la información.

Asimismo, surgen desafíos técnicos, particularmente en el contexto de los sistemas de inteligencia artificial (IA) y aprendizaje automático (ML) (Sriram et al., 2024). La integración del derecho al olvido en sistemas de IA y ML requiere un manejo cuidadoso para garantizar que los modelos de minimización de datos y reentrenamiento se implementen de manera efectiva (Sriram et al., 2024). Además, la naturaleza global de internet complica la aplicación de este derecho, puesto que los datos pueden almacenarse y accederse en múltiples jurisdicciones con diferentes marcos jurídicos (Batyrgareieva, 2024).

Los tribunales y los organismos reguladores desempeñan un papel crucial en la implementación y el cumplimiento del derecho al olvido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido fundamentales a la hora de

definir el alcance y los límites del derecho al olvido, especialmente en casos que involucran el equilibrio entre la privacidad y la libertad de expresión (Sadovska, 2024; Belategi, 2024). Estos tribunales han establecido criterios sólidos para evaluar las solicitudes de derecho al olvido, incluida la naturaleza de la información, su relevancia para el interés público y el posible impacto en la privacidad y la reputación del individuo (Sadovska, 2024).

Los organismos reguladores, como el Comité de Protección de Datos de la UE, también han participado activamente en la orientación de la implementación del derecho al olvido en el marco del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) (Ramaccioni, 2024). Sus esfuerzos se han centrado en garantizar que este derecho se aplique de forma coherente en todos los Estados miembros, respetando al mismo tiempo la diversidad de leyes y tradiciones nacionales (Ramaccioni, 2024).

En España, su regulación se encuentra principalmente en el RGPD y en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD). No obstante, la titularidad de este derecho sigue siendo un tema de debate, puesto que involucra la delimitación de quiénes pueden ejercerlo y en qué circunstancias. Este artículo analiza la titularidad del derecho al olvido en el marco normativo español, evaluando sus implicaciones prácticas y teóricas.

2. OBJETIVOS

El presente estudio tiene como objetivo principal determinar quién ostenta la titularidad del derecho al olvido en España, atendiendo a la normativa vigente. Para ello, se busca:

1. Identificar los sujetos beneficiarios del derecho al olvido según el RGPD y la LOPDGDD.
2. Analizar el alcance y las limitaciones del ejercicio de este derecho en función de la titularidad.

3. METODOLOGÍA

Este estudio adopta un enfoque cualitativo basado en el análisis normativo y doctrinal. Se revisan las disposiciones establecidas en el RGPD y la LOPDGDD, así como las interpretaciones jurídicas derivadas de su aplicación en el ámbito español.

4. TITULARIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO

La titularidad de un derecho es la capacidad jurídica de una persona para ejercer y hacer valer un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva constitucional, también puede entenderse como la condición de sujeto activo que permite a una persona exigir su reconocimiento y protección dentro del marco jurídico establecido. Por lo tanto, la titularidad de un derecho implica que una persona tiene la facultad de ejercerlo, reclamarlo y defenderlo dentro del marco normativo aplicable.

En el caso del derecho al olvido, como se mencionó, su titularidad se encuentra reconocida en el RGPD y la LOPDGDD. El artículo 17 del RGPD establece que cualquier persona cuyos datos personales sean tratados sin justificación legítima puede solicitar su eliminación (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016). En España, el artículo 93 de la LOPDGDD refuerza y detalla el ejercicio de este derecho en el ámbito digital, garantizando que las personas puedan suprimir información que vulnere su privacidad o su dignidad (Ley Orgánica 3/2018, 2018).

No obstante, la titularidad del derecho al olvido no conlleva un ejercicio automático, dado que su aplicación debe evaluarse en función de la naturaleza de la información y su relevancia pública (Ley Orgánica 3/2018, 2018). Por esta razón, puede afirmarse que la titularidad de este derecho no implica su ejercicio irrestricto ni absoluto.

En España, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales deben interpretarse en equilibrio con otros derechos igualmente protegidos, como el derecho a la información recogido en el artículo 20 de la Constitución (Constitución Española, 1978). Este principio de ponderación ha sido clave en la jurisprudencia del TJUE,

que ha delimitado los casos en los que prevalece el derecho al olvido frente a la libertad de información (*Google Spain*, 2014).

Además, el Tribunal Supremo ha señalado que la supresión de información en internet debe ponderarse con el interés general y la libertad de información, evitando que el derecho al olvido se convierta en una forma de censura indebida (STS 545/2019). Este principio también ha sido respaldado por el TJUE, que ha establecido criterios sobre la prevalencia del interés público en casos de información relevante (*Google Spain*, 2014).

5. PERSONAS JURÍDICAS Y TITULARIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO

En la era digital, el derecho al olvido se ha convertido en un pilar fundamental para la protección de la privacidad individual. La titularidad de este derecho ha sido un tema recurrente en la doctrina jurídica, especialmente en lo que respecta a su aplicabilidad a personas jurídicas.

No obstante, su aplicación a personas jurídicas plantea interrogantes sobre su viabilidad y límites dentro del ordenamiento jurídico español y europeo.

6. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO AL OLVIDO

El artículo 17 del RGPD establece el derecho de supresión de datos personales cuando estos dejan de ser necesarios para los fines con los que se recogieron, se ha revocado el consentimiento, el tratamiento es ilícito o los datos han sido tratados en violación del reglamento (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2016).

Por su parte, la LOPDGDD, en su artículo 93, refuerza este derecho dentro del ámbito digital, estableciendo procedimientos específicos para la eliminación de datos personales en motores de búsqueda y redes sociales (Ley Orgánica 3/2018, 2018).

Un elemento central en esta regulación es que tanto el RGPD como la LOPDGDD hacen referencia expresa a los datos personales como objeto de protección, lo que sugiere que solo las personas físicas pueden ser titulares del derecho al olvido.

7. ARGUMENTOS SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Desde una perspectiva doctrinal y normativa, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho al olvido en España por razones. Esta exclusión se fundamenta en:

- **El concepto de datos personales**: el artículo 4(1) del RGPD define los datos personales como información de personas físicas, no jurídicas. La definición establece que se trata de cualquier información sobre una persona física identificada o identificable. Este concepto excluye expresamente a las personas jurídicas, lo que impide que puedan invocar el derecho al olvido.

- **La jurisprudencia del TJUE** ha reafirmado que el derecho al olvido protege a los individuos frente a la permanencia de información en motores de búsqueda y bases de datos públicas (*Google Spain SL y Google Inc. contra AEPD y Mario Costeja González*, 2014).

- **El carácter personalísimo del derecho,** lo que impide su ejercicio por entidades colectivas. El derecho al olvido protege la privacidad y la autodeterminación informativa de los individuos. Los derechos personalísimos son aquellos inherentes a la dignidad y personalidad del sujeto y, por lo tanto, no pueden ser ejercidos por entidades colectivas como las personas jurídicas.

- **La normativa constitucional española.** Dado que el derecho al honor y la intimidad tienen una protección reforzada en el caso de personas físicas (artículo 18 de la CE, 1978), las personas jurídicas no pueden invocar estos derechos en la misma medida.

- **La necesidad de transparencia** en las relaciones comerciales y la protección del derecho a la información de los ciudadanos. Permitir que las empresas eliminen datos públicos podría afectar la seguridad jurídica y la confianza en el comercio.

- **El equilibrio entre privacidad y acceso a la información**, evitando que las personas jurídicas puedan eliminar

información relevante de interés público. La limitación del derecho al olvido en empresas evita que puedan eliminar información relevante sobre su historial financiero o sanciones previas.

- **La protección de las personas jurídicas a través de otros mecanismos**. Aunque las personas jurídicas no tienen derecho al olvido, sí pueden proteger su reputación y su información empresarial mediante otros mecanismos. Estos mecanismos proporcionan protección frente a informaciones inexactas o dañinas, aunque sin equipararse al derecho al olvido.

7.1. Implicaciones jurídicas de la exclusión de las personas jurídicas

La imposibilidad de que las personas jurídicas ejerzan el derecho al olvido tiene varias implicaciones:

1. **Refuerza la transparencia empresarial**: la información sobre sociedades mercantiles debe permanecer accesible para garantizar la seguridad jurídica en las relaciones comerciales.
2. **Evita conflictos con la libertad de información**: si las empresas pudieran invocar el derecho al olvido, podrían intentar eliminar información relevante sobre su historial financiero o litigios pasados, afectando el acceso a información veraz.
3. **Garantiza un tratamiento diferenciado de los datos personales y empresariales**: los datos de personas físicas están sujetos a una protección especial en la legislación europea, mientras que los datos de empresas están regulados por otras normas sobre competencia y transparencia.

7.2. Alternativas para las personas jurídicas

- **El derecho al honor y a la reputación comercial:** según el artículo 18 de la CE, las personas jurídicas pueden actuar contra informaciones difamatorias mediante acciones legales (Constitución Española, 1978).
- **El derecho de rectificación:** la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, establece que cualquier persona, física o jurídica, puede exigir la corrección de informaciones falsas publicadas en medios de comunicación (Ley Orgánica 2/1984, 1984).

- **La normativa sobre competencia desleal:** el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) permite a las empresas reclamar contra información inexacta que cause perjuicio comercial (Ley 3/1991, 1991).
- **El reclamar daños y perjuicios por difamación o calumnias**, en virtud del Código Penal.

8. LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO EN MENORES EN ESPAÑA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

La digitalización ha generado un aumento en la exposición de datos personales de menores en internet, lo que ha generado la necesidad de mecanismos de protección como el derecho al olvido. Este derecho, reconocido en el artículo 17 del RGPD y la LOPDGDD, permite a cualquier persona solicitar la eliminación de sus datos cuando el tratamiento de estos no se justifique legalmente.

Uno de los aspectos más relevantes y debatidos es si los menores pueden ser titulares de este derecho y, en caso afirmativo, en qué condiciones pueden ejercerlo. La importancia de esta cuestión radica en la creciente presencia de menores en entornos digitales y en la necesidad de proteger su privacidad frente a riesgos como el ciberacoso, la exposición indebida de datos y la huella digital. En este marco, el RGPD y la LOPDGDD reconocen que los menores de edad son titulares de los derechos de protección de datos. Sin embargo, su ejercicio puede estar condicionado por su capacidad para otorgar consentimiento y por la intervención de sus representantes legales.

Según el artículo 7 de la LOPDGDD, en España los menores de 14 años requieren el consentimiento de sus padres o tutores para el tratamiento de sus datos personales. Por consiguiente, cuando se trata de solicitar la eliminación de datos, los menores de esa edad necesitan la intervención de sus representantes legales, salvo que demuestren suficiente madurez.

Sin embargo, los menores de entre 14 y 18 años pueden ejercer el derecho al olvido de manera autónoma, dado que la normativa reconoce su capacidad para prestar consentimiento sobre sus datos. Este reconocimiento

es coherente con el principio de autonomía progresiva, recogido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989) y en el artículo 39 de la Constitución Española (1978).

En ese sentido, el ejercicio del derecho al olvido en menores debe evaluarse bajo el principio del interés superior del menor, consagrado en la legislación antes referida y en el artículo 2 de la LOPDGDD. Este principio obliga a ponderar cada caso concreto, protegiendo la privacidad del menor sin afectar su derecho a la información o a la libertad de expresión.

8.1. Situaciones y casos propios del entorno digital

El ejercicio del derecho al olvido en menores es crucial en casos de:

- **Ciberacoso y sexting**: eliminación de contenido que afecte su integridad.
- **Errores del pasado**: solicitudes de supresión de datos que puedan perjudicar su futuro.
- **Difusión involuntaria**: eliminación de información compartida sin su consentimiento.

A pesar de su importancia, el derecho al olvido no es absoluto y debe ponderarse con otros derechos, como la libertad de información y el interés público.

Contextos digitales y aplicaciones

Los menores pueden solicitar la eliminación de información en distintos contextos, como los siguientes:

- **Redes sociales:** eliminación de contenido publicado por terceros sin su consentimiento.
- **Motores de búsqueda:** supresión de enlaces con información que vulnera su privacidad.
- **Registros y bases de datos:** eliminación de datos almacenados sin justificación.

Sin embargo, pueden surgir conflictos cuando los padres y los menores tienen opiniones opuestas sobre la eliminación de ciertos datos, en cuyo

caso la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y los tribunales pueden intervenir.

Conflictos entre el menor y sus representantes legales

En algunos casos, los intereses de los menores pueden entrar en conflicto con los de sus padres. Por ejemplo:

- Un menor desea eliminar contenido de redes sociales que sus propios padres han publicado.
- Un menor quiere mantener información en línea que sus tutores desean eliminar.

En estos supuestos, la AEPD y los tribunales pueden intervenir para determinar qué decisión prevalece.

Protección frente a riesgos digitales

El derecho al olvido es clave para la protección de los menores ante riesgos digitales como los siguientes:

- **Ciberacoso y sexting**: la eliminación de contenido perjudicial puede ser crucial para la protección del menor.
- **Huella digital**: la posibilidad de eliminar datos personales evita que información sensible afecte su futuro.

Para estos casos, el artículo 94 de la LOPDGDD refuerza el derecho de los menores a solicitar la eliminación de contenidos que les perjudiquen gravemente.

Alternativas y mecanismos de protección

Además del derecho al olvido, existen otras herramientas legales para la protección de los menores en el entorno digital:

- El derecho de rectificación (Ley Orgánica 2/1984).
- El derecho de oposición al tratamiento de datos (artículo 21 del RGPD).
- Acciones penales contra la difusión de contenidos perjudiciales (artículos 197 y 183 del Código Penal).

Asimismo, la AEPD ha desarrollado guías específicas para la protección de datos en menores, promoviendo su educación digital y la intervención rápida en casos de vulneración de derechos.

9. EL DERECHO AL OLVIDO RESPECTO A LAS PERSONAS FALLECIDAS

En cuanto a la titularidad del derecho al olvido de las personas fallecidas, la normativa europea y española ofrece un panorama más complejo. El RGPD establece que el derecho a la protección de los datos personales es inherente a los individuos y se refiere a sus "datos personales". El artículo 4 del RGPD define "datos personales" como cualquier información relacionada con una persona identificada o identificable. No obstante, el derecho al olvido está diseñado como un derecho individual, ligado a la capacidad de la persona para ejercerlo y beneficiarse de él, lo que plantea la cuestión de si, al fallecer la persona, este derecho sigue siendo aplicable.

A este respecto, el artículo 85 del RGPD establece que cada Estado miembro puede legislar en relación con el tratamiento de los datos personales de personas fallecidas. En España, la LOPDGDD, en su artículo 3.2, reconoce que los derechos relacionados con la protección de los datos personales pueden extenderse a las personas fallecidas en ciertos contextos, pero no confiere a los herederos la posibilidad de ejercer de manera directa el derecho al olvido de una persona fallecida.

Sin embargo, la legislación española establece en su normativa que los familiares más cercanos pueden, en algunos casos, ejercer ciertos derechos sobre los datos personales de una persona fallecida, especialmente si estos datos pueden afectar la privacidad de la persona o la memoria pública de la misma. En este sentido, el artículo 93 de la LOPDGDD establece que los herederos pueden ejercer estos derechos en determinadas circunstancias.

9.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE ha abordado la cuestión de la titularidad del derecho al olvido en relación con las personas fallecidas en varias ocasiones, aunque no existe una sentencia específica que resuelva este asunto de manera

directa. Sin embargo, en la sentencia *Google Spain* (2014), el Tribunal apuntó que el derecho al olvido tiene una fuerte relación con la dignidad y la protección de la privacidad de los individuos, lo que se ve reflejado en los principios fundamentales de la protección de datos.

A pesar de que el Tribunal no abordó específicamente la titularidad del derecho al olvido tras la muerte, se puede inferir que el fundamento del derecho al olvido, fundamentado en la privacidad, no cesa de forma automática con la muerte de la persona. No obstante, el derecho a la memoria pública y los intereses de terceros, como el derecho a la información y la libertad de expresión, podrían prevalecer en situaciones en las que se solicite la eliminación de información sobre personas fallecidas.

10. IMPLICACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la protección de los derechos fundamentales de la persona, incluyendo su privacidad y dignidad, es un pilar central de la legislación española. El artículo 18 de la CE establece reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Este derecho está directamente relacionado con la protección de los datos personales de una persona durante su vida, pero también se extiende a la salvaguarda de su memoria y dignidad después de su fallecimiento.

La interpretación constitucional sugiere que, si bien el derecho al olvido tiene una base en la protección de la privacidad, la muerte de la persona podría dar lugar a la prevalencia de otros derechos fundamentales, como el derecho a la información, la libertad de expresión y la memoria histórica. Es importante considerar que el interés público en acceder a ciertos datos de una persona fallecida puede ser mayor que el interés privado de los herederos o familiares en eliminar esa información, especialmente cuando la persona tiene relevancia pública.

10.1. Implicaciones

Cabe señalar que una persona física fallecida no puede ser titular del derecho al olvido de manera directa, puesto que el derecho al olvido está intrínsecamente vinculado a la persona en vida, a su dignidad y a

la protección de su privacidad, derechos que cesan con su fallecimiento. No obstante, los familiares cercanos pueden tener un interés legítimo en la protección de la memoria de la persona y en evitar la difusión de información que les cause perjuicio, lo que abre la posibilidad de que, en ciertos casos, se pueda considerar la solicitud de eliminación de datos personales de una persona fallecida.

En ese orden de ideas, la legislación española y europea permite que los herederos puedan intervenir en la protección de los datos personales de la persona fallecida, aunque esta intervención no otorga una titularidad plena del derecho al olvido. Los tribunales, al interpretar este derecho, deben equilibrar los intereses del derecho a la privacidad y dignidad de la persona fallecida con otros derechos fundamentales, como el derecho a la información y la libertad de expresión.

11. RESULTADOS

Del análisis normativo se desprende que la titularidad del derecho al olvido es inherente a toda persona cuyos datos personales sean tratados sin justificación legítima. No obstante, se identifican ciertas restricciones en su aplicación, particularmente en lo relativo a información de interés público y su compatibilidad con el derecho a la libertad de información. Asimismo, la normativa española introduce matices en la regulación de este derecho, estableciendo procedimientos específicos para su ejercicio.

Dado que el derecho al olvido protege exclusivamente la privacidad individual, las personas jurídicas no pueden ser titulares de este derecho en España. Sin embargo, existen otras vías legales que les permiten proteger su imagen y reputación en el entorno digital.

Los menores sí pueden ser titulares del derecho al olvido en España, pero el ejercicio de este derecho varía según su edad y grado de madurez.

- **A partir de los 14 años**, pueden solicitar la eliminación de sus datos sin necesidad de autorización de sus padres.
- **Menores de 14 años** requieren la intervención de sus representantes legales, salvo que se demuestre que tienen la madurez suficiente para comprender el impacto de su solicitud.

– El **interés superior del menor** siempre debe ser el criterio central en la aplicación de este derecho, asegurando su protección frente a riesgos digitales sin afectar indebidamente su acceso a la información.

El desarrollo tecnológico y la creciente presencia de menores en internet hacen imprescindible reforzar los mecanismos de protección de su privacidad, garantizando un equilibrio entre su derecho al olvido y la preservación de sus derechos fundamentales.

En relación con las personas fallecidas, aunque el derecho al olvido es un derecho que se extingue con la muerte de la persona, los familiares cercanos pueden solicitar la protección de los datos personales de una persona fallecida, pero en situaciones excepcionales y siempre ponderando los intereses contrapuestos involucrados.

12. DISCUSIÓN

El derecho al olvido, en términos normativos, se reconoce en el artículo 17 del RGPD como el derecho a la supresión de datos personales cuando estos han dejado de ser necesarios o cuando el interesado ejerce su oposición al tratamiento. Por su parte, la LOPDGDD complementa esta regulación al establecer especificaciones sobre su ejercicio en España. En este sentido, la titularidad de este derecho recae en la persona cuyos datos personales están siendo tratados, aunque surgen excepciones en casos de interés público, ejercicio de la libertad de expresión o cumplimiento de obligaciones legales.

En la práctica, se presentan diversos supuestos que afectan la aplicación del derecho al olvido, como la eliminación de datos en motores de búsqueda o el borrado de información en redes sociales. La jurisprudencia, especialmente la derivada del TJUE, ha delimitado los criterios bajo los cuales procede la supresión de datos.

En el marco normativo español y europeo, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho al olvido, puesto que este derecho protege exclusivamente los datos personales de individuos. La legislación de protección de datos se centra en la privacidad y dignidad de la

persona física, mientras que las personas jurídicas deben recurrir a otras vías legales, como el derecho al honor, el derecho de rectificación o la normativa de competencia desleal para proteger su reputación.

Desde ese punto de vista, la exclusión de las personas jurídicas del derecho al olvido responde a la necesidad de garantizar el equilibrio entre la privacidad individual y la transparencia informativa en el ámbito empresarial. Permitir que las empresas accedan a este derecho podría generar riesgos para la libertad de información y la seguridad jurídica en el entorno digital.

Los menores sí pueden ejercer el derecho al olvido, aunque con restricciones en función de su edad y madurez. La normativa española ofrece un marco que les permite solicitar la eliminación de datos cuando estos comprometen su privacidad, pero siempre bajo el principio del interés superior del menor.

Finalmente, en lo que respecta a las personas que han fallecido, si bien el derecho al olvido no se extiende automáticamente a las personas fallecidas, los familiares más cercanos podrían, en ciertos casos, ejercer un derecho a la protección de los datos personales, siempre sujeto a un análisis ponderado de los intereses en juego.

13. CONCLUSIONES

En coherencia con lo anterior, es posible concluir que la titularidad del derecho al olvido en España está determinada por la existencia de un tratamiento de datos personales injustificado. No obstante, su aplicación no es absoluta y debe armonizarse con otros derechos fundamentales. La correcta delimitación de los sujetos titulares y los supuestos de procedencia resulta esencial para garantizar el adecuado equilibrio entre la protección de datos y la transparencia informativa en el entorno digital.

El derecho al olvido es un instrumento esencial para la protección de la privacidad individual; sin embargo, su extensión a las personas jurídicas es incompatible con el marco normativo europeo y español. Las empresas disponen de otros mecanismos legales que protegen su reputación sin comprometer la transparencia informativa.

Este derecho constituye una herramienta esencial para la protección de los menores en entornos digitales. La normativa española otorga a los adolescentes de 14 años o más la posibilidad de ejercerlo directamente, mientras que los más pequeños requieren la intervención de sus representantes legales. Además, su aplicación varía en función de la edad y la madurez del menor, garantizando siempre el respeto a su interés superior.

Filosóficamente, la muerte de una persona implica un cambio en la naturaleza de sus derechos, particularmente los que están vinculados a su identidad y dignidad. Sin embargo, la memoria pública y el interés en la preservación de la historia personal siguen siendo importantes, lo que implica que, en muchos casos, la eliminación de datos relacionados con una persona fallecida no debe ser un acto automático, sino que debe evaluarse cuidadosamente, especialmente en contextos en los que prevalece el interés público, como en el caso de figuras públicas o información relevante.

En definitiva, la persona fallecida no es titular del derecho al olvido, pero sus familiares pueden solicitar la protección de sus datos en determinadas circunstancias. Esta solicitud debe tratarse con cautela, equilibrando el respeto a la memoria y la dignidad del fallecido con los derechos de acceso a la información y la libertad de expresión.

Propuesta de Reforma Legislativa

Se proponen las siguientes modificaciones para clarificar la titularidad y el alcance del derecho al olvido:

- Establecer criterios más precisos para la ponderación de derechos en casos de conflicto.
- Definir con mayor claridad los supuestos de interés público que pueden limitar el ejercicio del derecho al olvido.
- Introducir mecanismos de tutela judicial más eficaces para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al olvido.

14. REFERENCIAS

Batyrgareieva, V. (2024). The right to be forgotten in the “global village” paradigm: on the issue of implementation. *Інформація і Право*, *2*(49), 76–92. https://doi.org/10.37750/2616-6798.2024.2(49).306139

Belategi, M. A. (2024). *The right to be forgotten concerning the criminal past: developments in the case law of the European Court of Human Rights with particular reference to the anony-misation of digital press archives*. Oñati Socio-Legal Series. https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1938

Constitución Española, 1978. (1978, 29 de diciembre). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 311).

Diario Oficial de la Unión Europea. (2018). *Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Boletín Oficial del Estado. (1984, 26 de marzo). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 74).

Ley Orgánica 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (1991, 11 de enero). *Boletín Oficial del Estado* (núm 10).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (2018, 6 de diciembre). *Boletín Oficial del Estado* (núm. 294).

Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679

Ramaccioni, G. (2024). Cases and Issues of the Right to Erasure (Right to Be Forgotten) Un-der the Article 17 of Regulation (EU) 2016/6791. *Computer Science & Information Technology*, 35–48. https://doi.org/10.5121/csit.2024.141803

Sadovska, D. I. (2024). The implementation specifics of the right to be forgotten in the context of the decisions of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Hu-man Rights. *Naukovij Vìsnik Užgorods'kogo Nacìonal'nogo Unìversitetu*, *1*(83), 238–243. https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.83.1.34

Sriram, G., Jones, S., & Vahini, J. B. R. (2024). Imperativos éticos y realidades técnicas: Implementación del derecho al olvido en inteligencia artificial. *Deleted Journal*, *2*(12), 3479-3488. https://doi.org/10.47392/irjaem.2024.0514

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). *Sentencia de 13 de mayo de 2014, en el asunto C-131/12, Google Spain SL y Google Inc. contra AEPD y Mario Costeja González*.

SECCIÓN V.

EMPRESA Y SOCIEDAD

INVERSIONES ALINEADAS CON LOS ODS: UN ENFOQUE ESTRATÉGICO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

JUAN INFANTE
Universidad Villanueva

ROSALIA MIRANDA MARTÍN
Universidad Villanueva

MARÍA ISABEL LUNA KANEMATSU
Universidad Villanueva

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más consciente de los desafíos globales que enfrenta la humanidad, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas se han convertido en un faro que guía los esfuerzos colectivos hacia un futuro más sostenible y equitativo. Establecidos en 2015, estos 17 objetivos abarcan una amplia gama de aspectos cruciales para el desarrollo humano y la preservación del planeta, desde la erradicación de la pobreza y el hambre hasta la acción por el clima y la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas.

En este contexto, el papel del sector financiero y, en particular, de las inversiones alineadas con los ODS, ha ganado una relevancia sin precedentes. La creciente conciencia de que el capital puede y debe ser una fuerza motriz para el cambio positivo ha llevado a una transformación significativa en la forma en que se conciben y se implementan las estrategias de inversión a nivel global.

El título de nuestro estudio, "Inversiones alineadas con los ODS: Un enfoque estratégico para el desarrollo sostenible", refleja la urgencia y la importancia de este tema en el panorama actual de las finanzas y el desarrollo global. Este estudio se propone explorar en profundidad cómo

las inversiones pueden alinearse de manera efectiva con los ODS, no solo para generar rendimientos financieros, sino también para contribuir de manera significativa a la consecución de estos objetivos globales.

La literatura reciente en este campo ha revelado una serie de tendencias, desafíos y oportunidades que merecen un análisis más detallado. Por ejemplo, Folqué et al. (2023) han destacado el papel crucial de la industria de gestión de activos en la integración de los ODS en las estrategias de inversión. Por su parte, Bassen et al. (2023) han abordado la importante tarea de construir índices para la inversión en desarrollo sostenible, proporcionando herramientas esenciales para los inversores que buscan alinear sus carteras con los ODS.

Asimismo, estudios como el de Maniatakou et al. (2024) han propuesto enfoques innovadores, como el uso de heurísticas basadas en la ciencia para guiar las estrategias de inversión en ODS a nivel sectorial. Esto subraya la necesidad de considerar las particularidades de diferentes sectores y regiones en la formulación de estrategias de inversión alineadas con los ODS.

Sin embargo, a pesar de estos avances, persisten desafíos significativos. La integración efectiva de los ODS en las estrategias empresariales varía considerablemente entre sectores, como lo demuestran Borges et al. (2024) en su análisis de las dificultades que enfrentan las empresas latinoamericanas de petróleo y gas. Además, la medición y evaluación precisa del impacto de las inversiones en relación con los ODS sigue siendo un área que requiere mayor desarrollo, como sugieren Padilla-Rivera et al. (2024) en su propuesta de integrar marcos de evaluación de sostenibilidad del ciclo de vida.El equilibrio entre el impacto social y ambiental y los rendimientos financieros también sigue siendo un tema de debate crucial, como lo han señalado Paetzold et al. (2022) en su exploración de las perspectivas de los inversores privados sobre los ODS.

En el ámbito de las innovaciones y tendencias emergentes, el papel de las finanzas verdes en la consecución de los ODS, como lo describe Rizzello (2022), y la influencia de marcos regulatorios como la Taxonomía de la UE en la construcción de carteras de ODS, analizada por

Wendt (2024), ofrecen nuevas perspectivas sobre cómo las inversiones sostenibles están evolucionando.

La propuesta de Fuso Nerini et al. (2024) de extender los ODS hasta 2050 plantea preguntas importantes sobre cómo las estrategias de inversión deben adaptarse para abordar objetivos de sostenibilidad a largo plazo. Esto se alinea con la creciente comprensión de que los desafíos globales requieren soluciones y compromisos a largo plazo.

En este contexto de rápida evolución y complejidad creciente, nuestro estudio se propone abordar tres preguntas fundamentales que consideramos cruciales para avanzar en la comprensión y la práctica de las inversiones alineadas con los ODS:

¿Cómo pueden las estrategias de inversión alineadas con los ODS equilibrar efectivamente los objetivos de impacto social y ambiental con los rendimientos financieros a largo plazo?

Esta pregunta busca abordar uno de los desafíos centrales en el campo de las inversiones sostenibles: la percepción de que existe una tensión inherente entre la generación de impacto positivo y la obtención de rendimientos financieros competitivos. Exploraremos las metodologías y enfoques más recientes que permiten a los inversores y gestores de activos diseñar estrategias que no solo contribuyan significativamente a los ODS, sino que también ofrezcan rendimientos financieros atractivos a largo plazo.

Esta investigación analizará casos de estudio de fondos de inversión y empresas que han logrado este equilibrio con éxito, examinando sus estrategias, métricas de evaluación y resultados a lo largo del tiempo. También consideraremos cómo las innovaciones en productos financieros, como los bonos verdes y sociales, están contribuyendo a este equilibrio.

¿Cuáles son las mejores prácticas y metodologías para medir y evaluar de manera precisa y comparable el impacto de las inversiones en relación con los ODS?. La medición y evaluación del impacto es un aspecto crítico para la credibilidad y efectividad de las inversiones alineadas con los ODS. Esta pregunta busca identificar y analizar las

metodologías más avanzadas y efectivas para cuantificar y reportar el impacto de las inversiones en términos de su contribución a los ODS.

Examinaremos los marcos de evaluación existentes, como el propuesto por Padilla-Rivera et al. (2024), y exploraremos cómo estos pueden ser mejorados o complementados para proporcionar una imagen más completa y precisa del impacto. También abordaremos los desafíos de la comparabilidad entre diferentes sectores y regiones, y cómo se pueden desarrollar estándares que permitan una evaluación coherente y significativa del impacto a escala global.

¿Cómo pueden las inversiones alineadas con los ODS adaptarse y evolucionar para abordar los desafíos de sostenibilidad a largo plazo, considerando la propuesta de extender los ODS hasta 2050? La propuesta de Fuso Nerini et al. (2024) de extender los ODS hasta 2050 plantea importantes consideraciones sobre cómo las estrategias de inversión deben evolucionar para abordar objetivos de sostenibilidad a más largo plazo. Esta pregunta explorará cómo las estrategias de inversión pueden ser diseñadas y adaptadas para considerar horizontes temporales más extensos, manteniendo al mismo tiempo la flexibilidad necesaria para responder a cambios en el contexto global.

Investigaremos cómo los inversores y las empresas están incorporando escenarios a largo plazo en sus estrategias de inversión, y cómo esto afecta la selección de activos, la gestión de riesgos y la medición del impacto. También examinaremos el papel de la innovación tecnológica y la colaboración intersectorial en el desarrollo de soluciones de inversión que puedan abordar desafíos de sostenibilidad a largo plazo de manera efectiva.

Al abordar estas tres preguntas fundamentales, nuestro estudio busca contribuir significativamente al cuerpo de conocimiento sobre inversiones alineadas con los ODS y proporcionar información valiosa para inversores, gestores de activos, formuladores de políticas y otros actores clave en el ecosistema de finanzas sostenibles. Nuestro objetivo es no solo avanzar en la comprensión teórica de este campo, sino también ofrecer recomendaciones prácticas y aplicables que puedan impulsar la efectividad y el impacto de las inversiones alineadas con los ODS en los años venideros.

A través de un análisis riguroso de la literatura existente, estudios de caso y datos empíricos, esperamos arrojar luz sobre las mejores prácticas, los desafíos persistentes y las oportunidades emergentes en el campo de las inversiones sostenibles. Creemos que este trabajo puede contribuir a acelerar el progreso hacia la consecución de los ODS y, en última instancia, hacia un futuro más sostenible y equitativo para todos.

2. OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLES: MARCO CONCEPTUAL.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) constituyen un ambicioso plan global adoptado por las Naciones Unidas en 2015, diseñado para abordar los desafíos más apremiantes que enfrenta la humanidad y el planeta. Estos 17 objetivos interconectados, que abarcan desde la erradicación de la pobreza hasta la acción climática, representan una evolución significativa respecto a sus predecesores, los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Los ODS se distinguen por su universalidad, aplicándose a todos los países independientemente de su nivel de desarrollo, y por su enfoque integrado que reconoce la interdependencia entre los aspectos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible. Surgidos de un proceso inclusivo que involucró a una amplia gama de actores globales, los ODS aspiran a crear un "plan maestro para lograr un futuro mejor y más sostenible para todos" con un horizonte temporal hasta 2030. Cada uno de los 17 objetivos se desglosa en metas específicas, sumando un total de 169, que se monitorean a través de 231 indicadores globales. Esta estructura detallada proporciona un marco concreto para la acción y la medición del progreso.

La relevancia de los ODS trasciende el ámbito gubernamental, penetrando profundamente en el sector privado y el mundo de las inversiones. Representan no solo un imperativo moral sino también oportunidades de negocio significativas, estimadas en más de 12 billones de dólares. Para el sector financiero, los ODS ofrecen un marco valioso para alinear las estrategias de inversión con objetivos de sostenibilidad global, impulsando la innovación en instrumentos financieros como los bonos verdes y sociales. Además, proporcionan una métrica para

evaluar el impacto real de las inversiones en términos de desarrollo sostenible, respondiendo a la creciente demanda de inversores y consumidores por prácticas empresariales más responsables y transparentes.

Sin embargo, el camino hacia la consecución de los ODS no está exento de desafíos. La brecha de financiación, estimada entre 5 y 7 billones de dólares anuales, representa un obstáculo significativo. Eventos globales como la pandemia de COVID-19 han demostrado la fragilidad del progreso, ralentizando o incluso revirtiendo avances en algunos objetivos. Además, persisten desafíos en la medición precisa y comparable del impacto de las acciones e inversiones alineadas con los ODS, lo que complica la evaluación del progreso real y la toma de decisiones informadas. A pesar de estos obstáculos, los ODS continúan siendo un faro que guía los esfuerzos globales hacia un desarrollo más sostenible y equitativo. Su enfoque en "no dejar a nadie atrás" subraya la importancia de un progreso inclusivo que beneficie a todos los segmentos de la sociedad.

A medida que avanzamos hacia 2030, la implementación efectiva de los ODS requiere una colaboración sin precedentes entre gobiernos, sector privado, sociedad civil y ciudadanos. El sector financiero, en particular, tiene un papel crucial que desempeñar en la movilización de recursos y la reorientación de flujos de capital hacia inversiones que apoyen los objetivos. La innovación en productos financieros, la mejora en las metodologías de medición de impacto y la integración de los ODS en los procesos de toma de decisiones empresariales y de inversión son áreas clave para el futuro. En última instancia, los ODS no solo representan un conjunto de metas a alcanzar, sino un cambio de paradigma en cómo concebimos el progreso y el desarrollo. Ofrecen una visión holística de un futuro donde el crecimiento económico, la inclusión social y la protección ambiental van de la mano, desafiándonos a repensar nuestros modelos de negocio, patrones de consumo y sistemas de gobernanza. A medida que nos acercamos a la mitad del camino hacia 2030, la urgencia de acelerar la acción y ampliar las soluciones exitosas se hace cada vez más evidente, subrayando la importancia continua de los ODS como hoja de ruta para un futuro sostenible y próspero para todos.

3. REVISIÓN DE LA LITERATURA

El título "Inversiones alineadas con los ODS: Un enfoque estratégico para el desarrollo sostenible" sugiere un análisis profundo de cómo las inversiones pueden alinearse con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas para promover un desarrollo sostenible a largo plazo. Esta revisión de literatura explorará las tendencias actuales, desafíos y oportunidades en este campo emergente.

Contexto y relevancia de los ODS en las inversiones

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se han convertido en un marco global fundamental para abordar los desafíos más apremiantes de nuestro tiempo. Establecidos en 2015 por las Naciones Unidas, los 17 ODS abarcan una amplia gama de temas, desde la erradicación de la pobreza hasta la acción climática. En el contexto de las inversiones, los ODS ofrecen una hoja de ruta para alinear el capital con el impacto social y ambiental positivo. Fuso Nerini et al. (2024) argumentan que es necesario extender los ODS más allá de 2030, proponiendo una hoja de ruta hasta 2050 para abordar los desafíos globales a largo plazo. Esta perspectiva subraya la importancia de considerar los ODS no solo como objetivos a corto plazo, sino como un marco continuo para guiar las inversiones sostenibles.

Tendencias en inversiones alineadas con los ODS

Integración de los ODS en estrategias de inversiónLa industria de gestión de activos está desempeñando un papel crucial en la alineación de las inversiones con los ODS. Folqué et al. (2023) examinan cómo los gestores de activos están incorporando los ODS en sus estrategias de inversión, destacando la creciente importancia de la inversión sostenible en el marco del desarrollo sostenible. Este enfoque no solo busca generar rendimientos financieros, sino también contribuir activamente a los objetivos globales de sostenibilidad.Desarrollo de índices y métricasBassen et al. (2023) abordan la construcción de índices para la inversión en desarrollo sostenible, proporcionando herramientas esenciales para los inversores que buscan alinear sus carteras con los ODS.

Estos índices permiten una evaluación más precisa del impacto de las inversiones en relación con los objetivos de sostenibilidad.

Enfoque sectorial y geográfico. Maniatakou et al. (2024) proponen un enfoque heurístico basado en la ciencia para guiar las estrategias de inversión en ODS a nivel sectorial. Este enfoque reconoce que diferentes sectores y regiones pueden requerir estrategias de inversión distintas para maximizar su contribución a los ODS.

Desafíos y oportunidades

Integración en diferentes industrias. La integración de los ODS en las estrategias empresariales presenta desafíos únicos en diferentes sectores. Borges et al. (2024) analizan las dificultades que enfrentan las empresas latinoamericanas de petróleo y gas en la adopción integrada de prácticas alineadas con los ODS. Este estudio resalta la necesidad de enfoques adaptados a sectores específicos, especialmente en industrias tradicionalmente consideradas menos sostenibles.

Evaluación del impacto.Uno de los mayores desafíos en las inversiones alineadas con los ODS es la medición y evaluación precisa del impacto. Padilla-Rivera et al. (2024) proponen la integración del marco de evaluación de sostenibilidad del ciclo de vida para mejorar el desempeño y la presentación de informes ambientales, sociales y de gobernanza (ESG). Este enfoque podría proporcionar una metodología más robusta para evaluar la contribución real de las inversiones a los ODS.

- Equilibrio entre impacto y rendimiento. Paetzold et al. (2022) exploran la tensión entre el impacto y los rendimientos en el contexto de los inversores privados y los ODS. Este estudio subraya la importancia de desarrollar estrategias de inversión que puedan satisfacer tanto los objetivos financieros como los de sostenibilidad.

Innovaciones y tendencias emergentes

Finanzas verdes y ODS. Rizzello (2022) examina las tendencias emergentes en el diseño de carteras de inversión verde, destacando la creciente importancia de las finanzas verdes en la consecución de los ODS.

Este enfoque sugiere una convergencia entre las estrategias de inversión verde y los objetivos de desarrollo sostenible.

Taxonomía de la UE y construcción de carteras. Wendt (2024) analiza la construcción de carteras de ODS en el contexto de la Taxonomía de la UE, proporcionando una perspectiva sobre cómo las regulaciones están moldeando las estrategias de inversión sostenible. La Taxonomía de la UE ofrece un marco estandarizado para clasificar actividades económicas sostenibles, lo que podría facilitar la alineación de las inversiones con los ODS.

Perspectivas futuras y recomendaciones

Ampliación del horizonte temporalLa propuesta de Fuso Nerini et al. (2024) de extender los ODS hasta 2050 sugiere la necesidad de adoptar una perspectiva a largo plazo en las estrategias de inversión alineadas con los ODS. Esto implica desarrollar enfoques de inversión que consideren los impactos y resultados a largo plazo.

Colaboración intersectorialUrbieta (2024) realiza una revisión de alcance de trabajos empíricos sobre el compromiso de las empresas con los ODS, destacando la importancia de la colaboración intersectorial para lograr un impacto significativo. Esta perspectiva sugiere que las estrategias de inversión alineadas con los ODS deberían fomentar la colaboración entre diferentes sectores y partes interesadas.

Innovación en productos financieros- Montero (2024) examina el rendimiento de los fondos mutuos chinos alineados con los ODS, señalando el potencial de nuevos productos financieros diseñados específicamente para abordar los ODS. Este enfoque sugiere oportunidades para la innovación en el diseño de productos de inversión que puedan atraer a una gama más amplia de inversores interesados en el impacto sostenible.

En conclusión, las inversiones alineadas con los ODS representan un campo dinámico y en rápida evolución que ofrece tanto desafíos como oportunidades significativas. A medida que el mundo se enfrenta a desafíos globales cada vez más complejos, la alineación estratégica de las inversiones con los ODS se vuelve no solo deseable sino imperativa para lograr un desarrollo sostenible a largo plazo. La integración

efectiva de los ODS en las estrategias de inversión requerirá una colaboración continua entre inversores, empresas, gobiernos y la sociedad civil, así como la innovación constante en métricas, productos financieros y enfoques de evaluación de impacto.

4. RESULTADOS

Los resultados de nuestra investigación arrojan luz sobre las tres preguntas fundamentales planteadas en la introducción. En cuanto al equilibrio entre impacto social/ambiental y rendimientos financieros, los estudios meta-analíticos revelan una relación predominantemente positiva entre inversiones ESG y desempeño financiero, con aproximadamente el 90% de los estudios indicando una relación no negativa. Las estrategias clave para lograr este equilibrio incluyen el establecimiento de marcos de inversión claros alineados con objetivos de sostenibilidad, la construcción de portafolios diversificados que combinen activos tradicionales con inversiones de impacto, y el uso de enfoques de finanzas combinadas para movilizar capital privado hacia objetivos de desarrollo sostenible. Empresas como Patagonia y Danone han demostrado la viabilidad de integrar exitosamente inversiones de impacto en sus estrategias corporativas, generando tanto retornos financieros como impacto social y ambiental medible.

En lo que respecta a las metodologías para medir y evaluar el impacto, se han desarrollado numerosos principios, marcos, estándares y métricas. La OCDE propone un mapeo de dos ejes para clasificar estas herramientas, mientras que Impact Europe ha definido un proceso de cinco pasos para medir y gestionar el impacto, que incluye establecer objetivos, realizar análisis de stakeholders, definir outputs, outcomes e indicadores, verificar y valorar el impacto generado, y reportar a los stakeholders relevantes. Se identificaron tres estrategias principales para incorporar los ODS en la gestión de impacto: alineación con ODS, acción ODS y optimización ODS. Además, el marco de cinco partes del PRI ofrece una guía para inversores que buscan alinear resultados con los ODS, abarcando desde la identificación de resultados hasta la colaboración de stakeholders globales.

En cuanto a la adaptación de inversiones para abordar desafíos de sostenibilidad a largo plazo, los resultados indican que se requieren inversiones sustanciales y cambios estructurales en el sistema financiero global. Se estima que se necesita una inversión adicional de aproximadamente €350 mil millones anuales durante 2021-2030 solo para cumplir los objetivos climáticos y energéticos de la UE para 2030. Iniciativas como el Plan de Inversión del Pacto Verde Europeo buscan movilizar al menos €1 billón en inversiones sostenibles durante la próxima década. A nivel global, la propuesta del Secretario General de la ONU de un Estímulo ODS de al menos $500 mil millones anuales subraya la necesidad de aumentar significativamente el financiamiento a largo plazo para el desarrollo. Los resultados también destacan la creciente importancia de los bancos públicos de desarrollo y los bancos multilaterales de desarrollo en la satisfacción de la mayor demanda de financiamiento sostenible. Además, se observa un enfoque emergente en las "finanzas de transición" para financiar inversiones privadas que reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero y faciliten la transición hacia una economía climáticamente neutra y sostenible.

5. CONCLUSIONES

Este estudio ha explorado en profundidad las inversiones alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), analizando su potencial para equilibrar el impacto social y ambiental con los rendimientos financieros, las metodologías para medir y evaluar su impacto, y su adaptación para abordar desafíos de sostenibilidad a largo plazo. Las conclusiones principales son las siguientes:

En primer lugar, respecto al equilibrio entre impacto y rendimientos financieros, los resultados sugieren una relación predominantemente positiva entre inversiones ESG y desempeño financiero. Aproximadamente el 90% de los estudios analizados indican una relación no negativa entre factores ESG y rendimiento financiero. Esto desafía la percepción tradicional de que existe una tensión inherente entre la generación de impacto positivo y la obtención de rendimientos financieros competitivos. Las estrategias clave identificadas para lograr este

equilibrio incluyen el establecimiento de marcos de inversión claros alineados con objetivos de sostenibilidad, la construcción de portafolios diversificados que combinen activos tradicionales con inversiones de impacto, y el uso de enfoques de finanzas combinadas.

En cuanto a las metodologías para medir y evaluar el impacto, se han desarrollado numerosos principios, marcos, estándares y métricas. El proceso de cinco pasos propuesto por Impact Europe para medir y gestionar el impacto ofrece una guía estructurada que incluye el establecimiento de objetivos, análisis de stakeholders, definición de outputs, outcomes e indicadores, verificación y valoración del impacto generado, y reporte a los stakeholders relevantes. Además, el marco de cinco partes del PRI proporciona una guía valiosa para inversores que buscan alinear resultados con los ODS1.

Respecto a la adaptación de inversiones para abordar desafíos de sostenibilidad a largo plazo, los resultados indican que se requieren inversiones sustanciales y cambios estructurales en el sistema financiero global. Se estima que se necesita una inversión adicional de aproximadamente €350 mil millones anuales durante 2021-2030 solo para cumplir los objetivos climáticos y energéticos de la UE para 20305. Iniciativas como el Plan de Inversión del Pacto Verde Europeo, que busca movilizar al menos €1 billón en inversiones sostenibles durante la próxima década, demuestran el compromiso institucional con esta transición5.

Sin embargo, es importante reconocer que la implementación efectiva de inversiones alineadas con los ODS enfrenta varios desafíos. La complejidad y multidimensionalidad del desarrollo sostenible dificulta la toma de decisiones y la implementación de políticas efectivas. Además, las limitaciones económicas, especialmente en países en desarrollo, pueden obstaculizar la adopción de tecnologías y prácticas sostenibles.

Limitaciones del estudio

Este estudio presenta varias limitaciones que deben ser consideradas al interpretar los resultados:

- **Disponibilidad y calidad de datos**: La falta de datos consistentes y comparables sobre el impacto de las inversiones en

los ODS limita la precisión de las evaluaciones y comparaciones entre diferentes estrategias de inversión.

- **Heterogeneidad de metodologías**: La diversidad de enfoques y metodologías para medir el impacto dificulta la comparación directa entre diferentes estudios y estrategias de inversión.
- **Sesgo temporal**: Dado que los ODS son relativamente recientes (adoptados en 2015), el período de análisis es limitado, lo que puede afectar la evaluación de los impactos a largo plazo de las inversiones alineadas con los ODS.
- **Enfoque geográfico**: El estudio se centra principalmente en experiencias y datos de países desarrollados, lo que puede limitar la aplicabilidad de las conclusiones a contextos de países en desarrollo.
- **Complejidad de las interacciones**: Las interrelaciones complejas entre los diferentes ODS y entre las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible no siempre se capturan completamente en los análisis de inversión.

Futuras líneas de investigación

Basándonos en los hallazgos y limitaciones de este estudio, se proponen las siguientes líneas de investigación futura:

- Desarrollo de métricas estandarizadas: Investigar y desarrollar métricas estandarizadas y comparables para medir el impacto de las inversiones en los ODS, facilitando la comparación entre diferentes estrategias y regiones.
- Análisis longitudinal: Realizar estudios longitudinales a largo plazo para evaluar el impacto sostenido de las inversiones alineadas con los ODS y su efecto en el rendimiento financiero a lo largo del tiempo.
- Estudios de caso en países en desarrollo: Ampliar la investigación para incluir más estudios de caso y análisis en países en

desarrollo, explorando cómo las inversiones alineadas con los ODS pueden adaptarse a diferentes contextos socioeconómicos.

- Interacciones entre ODS: Profundizar en el estudio de las interacciones y posibles compensaciones entre diferentes ODS en el contexto de las estrategias de inversión.
- Innovación financiera: Investigar nuevos instrumentos financieros y modelos de negocio que puedan facilitar la canalización de capital hacia inversiones alineadas con los ODS, especialmente en sectores y regiones subfinanciados.
- Impacto de políticas y regulaciones: Analizar el impacto de diferentes marcos regulatorios y políticas públicas en la promoción y efectividad de las inversiones alineadas con los ODS.
- Tecnología y ODS: Explorar cómo las tecnologías emergentes (por ejemplo, blockchain, inteligencia artificial) pueden mejorar la medición, verificación y reporte del impacto de las inversiones en los ODS.
- Participación de stakeholders: Investigar métodos efectivos para involucrar a diversos stakeholders en el diseño, implementación y evaluación de estrategias de inversión alineadas con los ODS.

Como hemos podido ver en este estudio, las inversiones alineadas con los ODS representan una oportunidad significativa para abordar los desafíos globales de sostenibilidad mientras se generan rendimientos financieros competitivos. Sin embargo, se requiere más investigación y desarrollo de herramientas prácticas para superar las barreras existentes y maximizar el impacto positivo de estas inversiones. El camino hacia la consecución de los ODS requiere un esfuerzo coordinado y sostenido de inversores, empresas, gobiernos y sociedad civil, respaldado por una base sólida de evidencia científica y prácticas innovadoras.

6. REFERENCIAS

Arshad, N. A. (2024). Navigating Personal Finance Through the Lens of Sustainable Development Goals. Available at SSRN 4849371.

Bassen, A., Fieberg, C., Kordsachia, O., Lopatta, K., & Nendza, B. (2023). Index construction for sustainable development investing. Journal of Sustainable Finance & Investment, 13(1), 702-722.

Borges, F. M., Anholon, R., Rampasso, I. S., Sigahi, T. F., Moraes, G. H. S. M. D., & Leal Filho, W. (2024). Difficulties experienced by Latin American oil and gas companies in the integrated adoption of practices aligned with the UN SDGs. Corporate Governance: The International Journal of Business in Society.

Ferrero-Ferrero, I., Muñoz-Torres, M. J., Rivera-Lirio, J. M., Escrig-Olmedo, E., & Fernández-Izquierdo, M. Á. (2024). Sustainable development goals in the hospitality industry: a dream or reality?. Journal of Accounting & Organizational Change, 20(5), 773-796.

Folqué, M., Escrig-Olmedo, E., & Corzo Santamaría, M. T. (2023). Contribution of sustainable investment to sustainable development within the framework of the SDGS: the role of the asset management industry. Sustainability Accounting, Management and Policy Journal, 14(5), 1075-1100.

Folqué González-Valerio, M., Escrig Olmedo, E., & Corzo Santamaría, M. T. (2023). Contribution of sustainable investment to sustainable development within the framework of the SDGS: the role of the asset management industry.

Fuso Nerini, F., Mazzucato, M., Rockström, J., van Asselt, H., Hall, J. W., Matos, S.,... & Sachs, J. (2024). Extending the Sustainable Development Goals to 2050—a road map. Nature, 630(8017), 555-558.

Maniatakou, S., Crona, B., Jean-Charles, I., Ohlsson, M., Lillepold, K., & Causevic, A. (2024). A science-based heuristic to guide sector-level SDG investment strategy. Journal of Sustainable Finance & Investment, 14(2), 258-282.

Meka, J. S., & Venkateswarlu, P. (2024). Progress, Challenges, and Strategies towards attaining Sustainable Development Goals. Educational Administration: Theory and Practice, 30(4), 2145-2161.

Montero, J. B. P. (2024). Contributing to the Sustainable Development Goals (SDGs) through ESG investments: performance of chinese mutual funds aligned with SDGs(Master's thesis, Universidade do Minho (Portugal)).

Oluwaseyi, J., & Stilinski, D. (2024). Aligning IT Project Evaluation with Sustainable Development Goals (SDGs): A Framework for Developing Economies.

Okitasari, M., & Kandpal, R. (2022). Budgeting for the SDGs: Lessons from the 2021 Voluntary National Reviews.

Padilla-Rivera, A., Hannouf, M., Assefa, G., & Gates, I. (2024). Enhancing environmental, social, and governance, performance and reporting through integration of life cycle sustainability assessment framework. Sustainable Development.

Paetzold, F., Busch, T., Utz, S., & Kellers, A. (2022). Between impact and returns: Private investors and the sustainable development goals. Business Strategy and the Environment, 31(7), 3182-3197.

Raman, R., Pattnaik, D., Achuthan, K., Hughes, L., Al-Busaidi, A. S., Dwivedi, Y. K.,... & Nedungadi, P. (2024). Mapping research in the Journal of Innovation & Knowledge to sustainable development goals. Journal of Innovation & Knowledge, 9(3), 100538.

Riaño, M. A., Boutaybi, J., Barchiche, D., & Treyer, S. (2022). Scaling Up Public Development Banks' Transformative Alignment with the 2030 Agenda for Sustainable Development. In Development and Public Banks (pp. 96-127). Routledge.

Rizzello, A. (2022). Green Finance and SDGs: Emerging Trends in the Design of Green Investment Portfolios. Green Investing: Changing Paradigms and Future Directions, 85-105.

Thida, S. M. (2024). Integration of sustainable development goals in business strategies (Doctoral dissertation, Vilniaus universitetas.).

Urbieta, L. (2024). Firms' engagement with sustainable development goals (SDGs): A scoping review of empirical works. Business Strategy & Development, 7(3), e416.

Wendt, K. (2024). SDG Portfolio Construction in Times of the EU Taxonomy. In Sustainable Wealth Management: Directing Capital Towards Sustainability (pp. 155-168). Cham: Springer International Publishing.

HACIA UNA VALORACIÓN MONETARIA DE LOS IMPACTOS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD: UNA APLICACIÓN EN LAS EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS

BEATRIZ RODRÍGUEZ LÓPEZ
Universidad de Granada

MARÍA DEL CARMEN PÉREZ LÓPEZ
Universidad de Granada

MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha habido un interés creciente en la sociedad por construir un futuro más sostenible, impulsado aún más desde la aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 2015 (Sanahuja y Tezanos Vázquez, 2016), en cuya consecución, gobiernos y empresas ejercen un papel esencial. Los gobiernos contribuyen al desarrollo de la sostenibilidad a través, principalmente, del diseño y la aplicación de las normativas correspondientes. Las empresas generan un conjunto de impactos con su actividad en el medioambiente y en la sociedad. Así, la información sobre los impactos ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG en adelante) de las empresas está adquiriendo gran relevancia; más aún cuando la elaboración y divulgación de la información sostenible va a ser de aplicación obligatoria a un mayor número de empresas. En este sentido, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.o 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas,

incluye en su ámbito de aplicación tanto a las grandes empresas como a las empresas que cotizan en un mercado regulado incluidas las pymes.

Uno de los problemas a los que se enfrentan las empresas al informar sobre sus impactos ASG es la dificultad de encontrar métricas estandarizadas que se puedan utilizar de forma generalizada (Serafeim & Trinh, 2020). Esto ha provocado que los datos suministrados por parte de las empresas sean heterogéneos, dificultando la comparación entre informes, ya que la información presentada es principalmente de carácter cualitativo, o cuantitativa, pero en este último caso, sólo en unidades físicas, por lo que es necesaria una homogeneización de los informes que permita realizar comparaciones entre distintas empresas, así como para facilitar la toma de decisiones, ya que los aspectos ASG cumplen no sólo una función divulgativa, sino que también son un elemento clave de estabilidad financiera para las empresas (Pitchot, 2020). Por ello, resulta de interés avanzar en la valoración monetaria de los impactos ASG, que permita una nueva forma de evaluar la importancia y la materialidad de estos impactos por parte de la empresa, complementando la información financiera, de forma que se disponga de una visión más global de la empresa y se pueda apreciar el verdadero valor generado por la misma (Pitchot, 2020; Serafeim et al., 2019).

Valorar el impacto en términos monetarios requiere un gran esfuerzo, encontrándose aún en una etapa inicial de investigación, siendo limitadas las metodologías desarrolladas para evaluar monetariamente los impactos ASG (Nicholls & Zochowski, 2020). En este sentido, este trabajo pretende realizar una contribución, desde un punto de vista empírico, a esta incipiente y relevante área de investigación teniendo como objetivo el análisis de los valores monetarios de las distintas dimensiones que componen cada tipo de impacto ASG de las empresas que cotizan en la bolsa española, a partir de la evaluación de los mismos incorporada en la base de datos Bloomberg según una de estas metodologías. Los resultados obtenidos contribuirán a la literatura existente desde una doble perspectiva. Por una parte, permitirán identificar la relevancia de cada una de las dimensiones de los impactos ASG en función del sector de actividad de las empresas analizadas. Por otra parte, se dispondrá de un análisis de los valores monetarios de impactos ASG

que tienen individualmente las empresas y su posible relación con el beneficio antes de intereses e impuestos (BAIT) de las mismas.

El resto del trabajo sigue la estructura siguiente. A continuación, se realiza una revisión de la literatura. Seguidamente, se presenta la metodología del trabajo y se realiza una descripción de los datos y de las variables utilizadas. En el cuarto apartado se muestran los resultados del análisis descriptivo ejecutado. Y, por último, se indican las conclusiones obtenidas y posibles líneas futuras de investigación.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. METODOLOGÍAS PARA LA VALORACIÓN MONETARIA DE LOS IMPACTOS ASG

Dada la gran relevancia de la valoración monetaria de los impactos ASG, diferentes organizaciones han comenzado a proponer metodologías para llevarla a cabo. En este apartado, se presentan algunas de las más relevantes, en concreto, la presentada por investigadores de la Harvard Business School, la desarrollada por Liang et al. (2021) y la propuesta por Berger (2010).

Un grupo de investigadores de la Harvard Business School han desarrollado un proyecto cuyo objetivo es crear estados contables que reflejen de forma transparente los impactos externos de las empresas en materia de sostenibilidad, de manera que impulsen la toma de decisiones. Dichos estados contables se denominan cuentas ponderadas por impacto (impact-weighted accounts), líneas que se añaden a los estados financieros de una empresa para completar la información financiera, reflejando los impactos positivos y negativos de la empresa sobre el medioambiente y la sociedad. Los impactos se reflejan en los estados financieros monetizados, (Serafeim & Trinh, 2020; Freiberg et al., 2021a; Freiberg et al., 2021b). La metodología adoptada en el proyecto de la Harvard Business School está enfocada a valorar monetariamente los impactos en tres áreas. La primera de ellas es el efecto sobre el medioambiente, subdividiéndolo en el impacto que generan las empresas en las emisiones y el agua (Freiberg et al., 2021a). La segunda área se

focaliza en los impactos derivados del uso del producto o servicio subdividiendo estos en cuatro dimensiones: alcance, uso del cliente en términos de asequibilidad, calidad y capacidad de elección, uso medioambiental y reciclabilidad al final de la vida útil (Serafeim & Trinh, 2020). Por último, miden el impacto generado por el empleo, del que valoran cuatro dimensiones: calidad salarial, promoción profesional, oportunidades y, salud y bienestar (Freiberg et al., 2021b).

Por su parte, Liang et al. (2021) han desarrollado un marco para la medición y la valoración del impacto que se ajuste a los ODS de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya que, según los autores indican, "aunque los ODS son un marco útil para alinear los estándares de las empresas a nivel mundial, siguen siendo aún "vagos" a nivel organizativo o de la actividad de la empresa" (p.1). Los impactos, en esta metodología, son valorados en función del alcance de la actividad de la empresa (directo, cuando son creados directamente por las operaciones de la empresa o indirecto, cuando son creados por otras empresas o a lo largo de la cadena de valor) y del escenario de actuación (absoluto, cuando no existe otra alternativa o marginal, cuando sí la hay).

Por último, la metodología propuesta por Berger (2010), responsable de la investigación ASG en acciones de empresas del UniCredit Bank, propone una contabilidad sostenible que se integre en los estados financieros tradicionales de las empresas. Así, en el caso de la cuenta de pérdidas y ganancias, se incluye una línea para mostrar monetariamente el efecto que los impactos ASG tienen sobre los resultados financieros, es decir, se añaden los costes evitados o ahorros adicionales generados por tales impactos. La metodología de valoración de los impactos ASG planteada por Berger consiste, en primer lugar, en determinar los costes de cada empresa de trece indicadores microeconómicos (que a su vez derivan de otros tantos indicadores macroeconómicos), valorados en unidades físicas. A estos indicadores microeconómicos se les aplica un determinado factor precio, que permite su valoración en unidades monetarias, teniendo como resultado una estimación del coste que tendrían los aspectos ASG para la empresa.

En segundo lugar, calculado el coste que tendría la empresa en cada uno de los indicadores, se determina cuál es su impacto real. Por ello,

utilizando datos históricos y teniendo en cuenta la tendencia que siguen esos costes en los últimos años, así como, las estrategias y políticas ASG propuestas por cada empresa, en función de la información disponible de la propia empresa o, en su defecto, la tendencia del sector, se extrapolan hacia un escenario futuro. El resultado obtenido de cada indicador se compara con un escenario base constante en la empresa, es decir, con los valores que tendría si no hubiese cambios en las políticas ASG. Si la diferencia muestra como resultado que los costes de los indicadores aumentan, significa que el impacto estimado ASG es negativo. Por otro lado, si los costes de los indicadores disminuyeran respecto del escenario constante, significa que el impacto previsto ASG es positivo, es decir, tendría un beneficio o valor añadido. Una vez valorados los impactos previsionales, los añaden a los resultados financieros esperados de las empresas, para determinar unos beneficios por acción ajustados por impacto ASG que posteriormente consideran en la valoración de las acciones por modelos de descuento.

2.2. ESTÁNDARES TEÓRICOS CONSIDERADOS PARA LA VALORACIÓN MONETARIA DE LOS IMPACTOS ASG

Desde el punto de vista de la norma 101 de Global Reporting Initiative (GRI), en la elaboración de los informes en materia de sostenibilidad se debe tener en cuenta las expectativas e intereses de los distintos grupos de interés o stakeholders. Por otro lado, el Sustainability Accounting Standards Board (SASB), para considerar los temas más relevantes en materia de sostenibilidad en la elaboración de los informes, tiene también cuidadosamente en cuenta las perspectivas de los stakeholders, aunque pone especial atención en los usuarios de capital financiero (accionistas) para abordar las acciones de sostenibilidad que generan valor a las empresas. Por lo tanto, en el diseño de las metodologías para la valoración monetaria de los impactos ASG también algunos autores están tomando como marco teórico de referencia la perspectiva de los stakeholders. Así, las cuentas ponderadas por impacto propuestas por el grupo de investigadores de la Harvard Business School (Serafeim et al., 2019) parten de una preocupación por medir no sólo inputs o actividades ASG, como políticas, inversiones o sistemas de gestión, sino

los resultados e impactos sobre los stakeholders, de modo que uno de los principios básicos que guían el diseño de su marco de evaluación se basa en la delimitación del alcance de grupos de interés sobre los que debe evaluarse el impacto, planteándose comenzar por métricas simples pero muy significativas para un grupo pequeño de stakeholders directamente afectados para, con el tiempo, extender progresivamente el alcance hacia un conjunto más amplio y variado de grupos de interés. Por su parte, en el estudio sobre la valoración y medición de los impactos ajustados a los ODS realizado por Liang et al. (2021), se defiende que los informes de sostenibilidad, más que una mera recopilación de datos, deben ser un método para interiorizar y mejorar el compromiso de una organización con el desarrollo sostenible, que pueda evidenciarse ante los stakeholders tanto internos como externos, esto es, se trata de evaluar y valorar el impacto de las actividades de la organización en las distintas partes interesadas en los diferentes ODS. Finalmente, Berger (2010), en su diseño de una metodología para incorporar los impactos ASG en los modelos de valoración de activos financieros, muestra cómo el objetivo es tener en cuenta no sólo los retornos para el accionista, sino también para el conjunto amplio de grupos de interés, avanzando hacia una gestión de carteras de inversión que añada la dimensión de sostenibilidad en sus análisis y valoraciones.

De acuerdo con la teoría de los stakeholders, las estrategias de una empresa se pueden alinear con la visión generada entre los diferentes grupos de interés, divulgando información en base a las necesidades de información que demanden (Jimeno y Redondo, 2022; Schaltegger et al., 2019). Además, Jimeno y Redondo (2022) muestran que la conexión entre los stakeholders y las iniciativas de sostenibilidad de las empresas genera una mejora de la reputación o lo que definen como "un valioso recurso intangible" para la empresa debido a una percepción más favorable por parte de los grupos de interés. De este modo, la inclusión de las distintas perspectivas de los stakeholders da forma al trabajo de medición y valoración de los aspectos ASG (Ruff et al., 2022), centrándose la elaboración de información en materia de sostenibilidad en las necesidades de los grupos de interés (Bonilla-Priego y Benítez-Hernández, 2017).

Junto a la importancia de tener en cuenta la perspectiva de los grupos de interés (teoría de los stakeholders), otros aspectos teóricos relevantes identificados en la literatura en el ámbito de la información en materia de sostenibilidad son la conservación de la legitimidad empresarial (teoría de la legitimidad), así como el cumplimiento de las normas de las diferentes instituciones que divulgan pautas en la presentación de la información en materia de sostenibilidad (teoría institucional) (Cunha y Moneva, 2018; De La Rosa Leal, 2021; Herrera Restrepo et al., 2021; Hernández Pajares & Yagui Nishii, 2021; Jimeno y Redondo, 2022; Khan, 2022).

En cuanto a la teoría de la legitimidad, se defiende que las empresas divulgan información para gestionar su legitimidad, definida, según Suchman (1995, p. 574), como "una percepción o suposición generalizada de que las acciones de una entidad son deseables, adecuadas o apropiadas dentro de algún sistema socialmente construido de normas, valores, creencias y definiciones". Por tanto, entre la empresa y la sociedad existe un "contrato social" vinculado a las expectativas que tiene la sociedad sobre las acciones empresariales de la empresa socialmente aceptadas (Deegan, 2019). Dicho contrato motiva a las empresas a impulsarse en actividades de desarrollo sostenible en tanto que aumenta el interés social sobre los aspectos sostenibles (Junius et al., 2020).

Por último, Hernández Pajares y Yagui Nishii (2021) definen la teoría institucional como el comportamiento similar de las empresas en la elaboración y divulgación de la información por las normativas exigidas en las diferentes instituciones, promovida por la influencia de los estándares internacionales conocidos, como por ejemplo el GRI, que facilitan la armonización de la información y cubre las necesidades de información que demandan los grupos de interés. Para Gallén Ortiz y Peraita de Grado (2016) el desarrollo y la publicación de la información en materia de sostenibilidad ha tenido un gran crecimiento debido a los factores institucionales que han evolucionado en cada país.

3. METODOLOGÍA

La muestra empleada en este trabajo está formada por 86 empresas cotizadas españolas del mercado continuo en junio de 2022. Las valoraciones

monetarias de los impactos ASG se han obtenido de la base de datos de Bloomberg, siendo estimadas según la metodología propuesta por Unicredit Bank (Berger, 2010). Como se ha indicado previamente en este trabajo, esta metodología trata de valorar monetariamente trece indicadores microeconómicos teniendo como resultado una estimación del coste incremental previsto en los aspectos ASG de la empresa.

TABLA 1: *Valoración monetaria de los indicadores de los impactos ASG*

	MICROINDICADORES		FACTOR PRECIO	DEFINICIONES
IMPACTO AMBIENTAL	Intensidad Energética (MWh/ventas)	x	Precio de la electricidad (EUR/MWh)	Impacto energético que ha tenido cada empresa
	Intensidad de GEI (t/ventas)	x	Precio CO2 (EUR/t)	Intensidad del impacto que componen los GEI (vapor de agua, dióxido de carbono, óxido nitroso, metano y ozono)
	Intensidad CO2 (t/ventas)	x	Precio CO2 (EUR/t)	Intensidad de la emisión de CO2 del proceso de producción industrial
	Intensidad de residuos (t/ventas)	x	Precio de los residuos (EUR/t)	Impacto de los residuos que se han generado o reducido
	Intensidad del agua (m3/ventas)	x	Precio Agua (EUR/m3)	Impacto de la extracción del agua
	Intensidad del papel (t/ventas)	x	Precio Papel (EUR/t)	Impacto en el incremento forestal o talas de árboles
IMPACTO SOCIAL	Tasa gravedad del accidente (horas/empleado)	x	Salario (EUR/horas)	Impacto de accidentes que tiene lugar en la empresa
	Rotación de los empleados (%)	x	Coste de sustitución del empleo (EUR/empleado)	Reclutamiento de empleados nuevos
	Tasa de Reemplazo de mano de obra (%)	x	Coste de Reemplazar (EUR/empleado)	Coste por jubilación y/o despido de empleados
	Cobertura de beneficios en las pensiones (x)	x	Obligación del beneficio (EUR/empleado)	Coste de la provisión de las jubilaciones de los empleados
	Tasa de contribución filantrópica (% EBITDA)	x	Tasa de beneficio fiscal de donaciones corporativas (%)	Impactos fiscales por donaciones sociales
IMPACTO GOBIERNO CORPORATIVO	Tasa provisiones ASG (%acciones)	x	ROE (%)	Impactos futuros de las provisiones ASG
	Independencia de la junta (%)	x	Miembro ejecutivo de la junta (EURmn/año)	Impacto derivado de la ausencia de vinculación política de los directivos de las empresas

Fuente: Berger (2010)

En la tabla 1 se describen estos indicadores, así como el factor precio que se aplica para obtener la estimación monetaria de cada indicador o dimensión de los impactos ASG. Cada indicador constituye una variable del estudio y se ha tenido en cuenta la valoración monetaria estimada de cada uno de ellos para el 2023. A fin de obtener información complementaria que ayude a la interpretación de los resultados, también se han revisado los informes de sostenibilidad de las empresas cotizadas españolas, correspondientes al ejercicio 2021, obtenidos de las páginas web corporativas correspondientes.

4. RESULTADOS

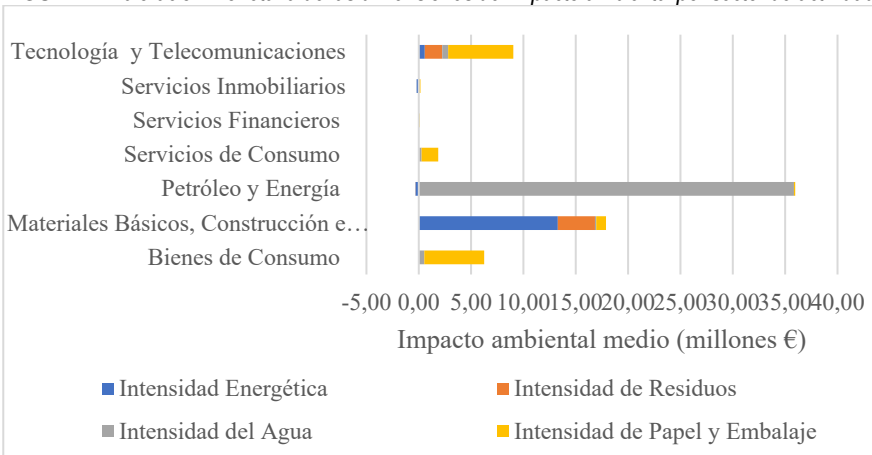
4.1. VALORACIÓN MONETARIA DEL IMPACTO AMBIENTAL A NIVEL SECTORIAL

La figura 1 muestra la media de las dimensiones del impacto ambiental en cada uno de los sectores de actividad. De las seis dimensiones que comprende la evaluación de este impacto, según se especificaba en la tabla 1, se ha tenido que prescindir en el análisis de las correspondientes a "intensidad de gases de efecto invernadero" e "intensidad de CO2", ya que figuraban con un valor "no disponible" en la base de datos, por lo que el análisis se centra en las cuatro dimensiones restantes (intensidad energética, intensidad de residuos, intensidad del agua e intensidad del papel y embalaje).

De acuerdo con la figura 1, la mayoría de las dimensiones del impacto ambiental presentan una valoración media positiva en casi todos los sectores con ciertas diferencias entre ellos. En el caso de la intensidad del agua, el mayor valor se presenta en el sector del petróleo y energía con un impacto medio de más de 35 millones de euros, pudiendo estar relacionado con la dependencia de este recurso natural por parte de las empresas para la generación de energía. Por tanto, es relevante un comportamiento responsable en el uso de este recurso escaso y, en este sentido, Iberdrola indica en su informe de sostenibilidad de 2021 (Iberdrola, 2022) incluir como objetivo principal de su plan de actuación reducir el consumo de agua en un 50% para el año 2050. En el resto de los sectores, esta dimensión tiene un impacto medio positivo inferior a 1 millón de euros, ya que, aunque no haya una dependencia tan directa

del agua en su actividad, las actuaciones en el consumo de este recurso deben ser responsables, lo que se incorpora en sus líneas estratégicas en materia de sostenibilidad.

FIGURA 1: *Valoración monetaria de las dimensiones del impacto ambiental por sector de actividad*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

La dimensión de la intensidad de papel y embalaje muestra un impacto positivo destacado en los sectores de tecnología, telecomunicaciones y bienes de consumo, superando los 5 y 6 millones de euros respectivamente. La adopción de prácticas como el uso de papel reciclado y la eliminación de facturas impresas, ejemplificado por Telefónica y la producción de materiales 100% reciclados en Inditex, contribuyen significativamente a este resultado.

La intensidad energética los sectores de materiales básicos, construcción e industria lideran con un impacto positivo promedio de 13,28 millones de euros. Esto se atribuye a la reducción de consumo energético y a los esfuerzos continuos por mejorar la eficiencia energética, destacando Aperam con un impacto de más de 300 millones de euros. Los otros sectores muestran impactos menores o negativos, especialmente el sector de petróleo y energía.

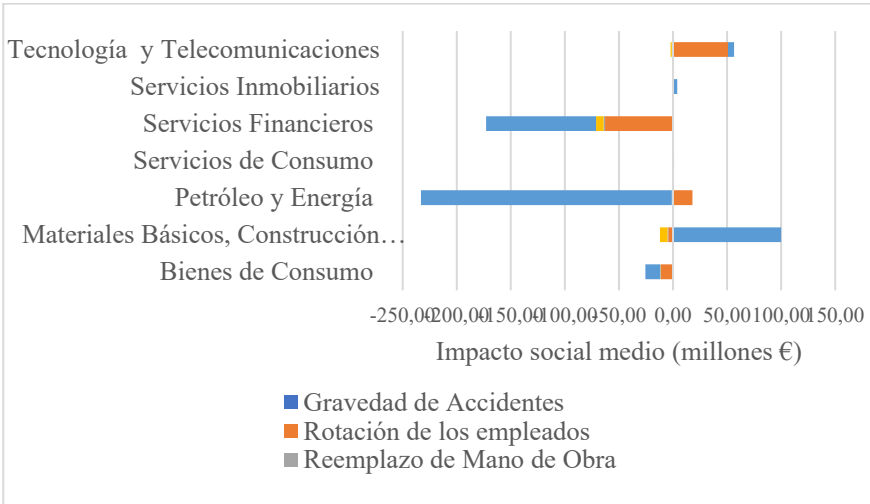
Por último, la intensidad de residuos en el sector de materiales básicos, construcción e industria también registra un valor alto, con un impacto positivo de 3,54 millones de euros. Este sector genera volúmenes

significativos de residuos, por lo que las políticas de reducción y reciclaje, como las de ArcelorMittal, que recicla más del 75% de sus residuos, tienen un impacto ambiental considerablemente positivo.

4.1. VALORACIÓN MONETARIA DEL IMPACTO SOCIAL A NIVEL SECTORIAL

Respecto a los valores medios de las cinco dimensiones del impacto social, en la figura 2 se muestra una imagen diferente a la observada en el impacto ambiental, ya que se estiman impactos negativos muy importantes en algunas de ellas.

FIGURA 2: *Valoración monetaria de las dimensiones del impacto social por sectores*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

La dimensión de contribuciones filantrópicas revela impactos significativos, tanto positivos como negativos, en diferentes sectores. El sector del petróleo y energía, así como el financiero, muestran impactos negativos de -231 y -101 millones de euros respectivamente, posiblemente debido a reducciones en los beneficios fiscales de donaciones. Iberdrola y BBVA destacan con las mayores pérdidas, mientras que el sector de materiales básicos, construcción e industria registra un impacto positivo, con ACS liderando con más de 2.000 millones de euros.

En cuanto a la rotación de empleados, los impactos varían significativamente entre sectores. El sector financiero experimenta un impacto negativo notable, mientras que el de tecnología y telecomunicaciones muestra un impacto positivo, con Telefónica sobresaliendo positivamente y Santander negativamente. Los otros sectores presentan impactos menores, con algunos positivos y otros negativos.

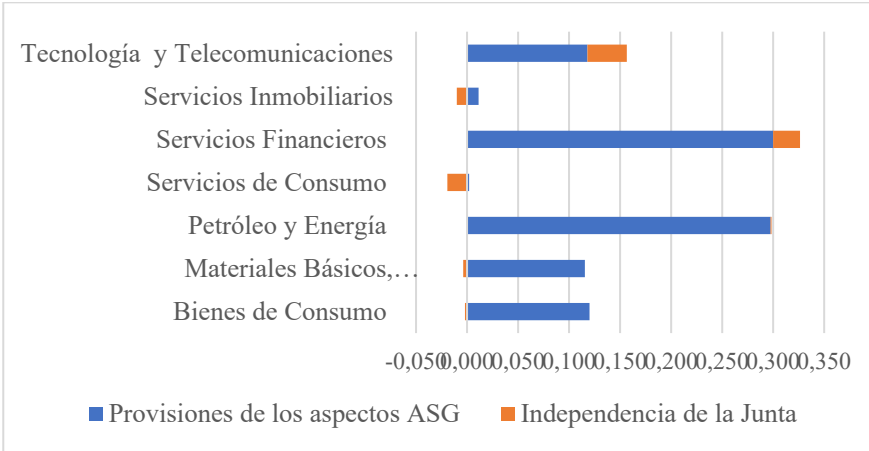
La dimensión de pensiones afecta principalmente a los sectores de servicios financieros y de materiales básicos, construcción e industria, ambos con un impacto negativo de -6 millones de euros. Este efecto se relaciona con el aumento de costes por jubilaciones y la contratación de reemplazos.

Por último, las dimensiones de gravedad de los accidentes y de reemplazo de mano de obra tienen un impacto medio muy reducido en todos los sectores, alrededor de 0,05 millones de euros y -1 millón de euros respectivamente, por lo que no se pueden apreciar en la figura 2.

4.2. VALORACIÓN MONETARIA DEL IMPACTO DE GOBIERNO CORPORATIVO A NIVEL SECTORIAL

En lo que respecta a los valores monetarios medios en las dimensiones del impacto de gobierno corporativo, como se observa en la figura 3, estos son bastante inferiores respecto a los presentados previamente en las áreas ambiental y social. La dimensión de las provisiones de los aspectos ASG está presente en los siete sectores con impacto positivo, pero con valores inferiores a 0,3 millones de euros. Esta estimación positiva puede estar relacionada con la disminución de las provisiones de los aspectos ASG, por lo que se espera que haya menos incidencias que atender en un futuro próximo. En cuanto a la independencia de la junta también está presente en todos los sectores, pero en menor medida, mostrando una valoración media negativa en cuatro de los siete sectores, con valores no superiores a -0,02 millones de euros.

FIGURA 3: *Valoración monetaria de las dimensiones del impacto de gobierno corporativo por sectores*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

4.3. RELACIÓN ENTRE LA VALORACIÓN MONETARIA DE LOS IMPACTOS ASG Y EL BAIT DE LAS EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS

En la figura 4 se presenta la valoración monetaria de impacto ambiental de cada una de las empresas en relación con su BAIT mostrando, a su vez, el sector al que pertenece. Se observa que la mayoría de las empresas (un 73%) tienen un impacto positivo estimado, el 13% un impacto negativo y el 14% un impacto nulo. Si tenemos en cuenta que, según la metodología seguida por Bloomberg para determinar el valor de los impactos ASG, esta estimación se lleva a cabo considerando los datos históricos y la tendencia que siguen esos costes en los últimos años, así como las políticas ASG propuestas por cada empresa, un valor nulo se puede interpretar como que no se espera que estas empresas vayan a hacer cambios en sus líneas de actuación que generen algún tipo de impacto.

Para una mayor percepción de la figura 4, se muestra una ampliación del gráfico para poder analizar mejor los diferentes niveles de impacto ambiental. La mayoría de las empresas presentan un impacto inferior a 5 millones de euros por lo que, a partir de esta ampliación, diferenciamos cuatro niveles de impacto:

- Impacto ambiental positivo y mayor a 5 millones de euros
- Impacto ambiental positivo y menor a 5 millones de euros
- Impacto ambiental negativo
- Impacto ambiental nulo

De acuerdo con la ampliación se observa que cuando el impacto ambiental es positivo y menor a 5 millones, la mayoría de las empresas presentan un BAIT inferior a 250 millones de euros, no observándose gráficamente una asociación lineal entre la valoración monetaria del impacto ambiental y el BAIT de las empresas. A nivel sectorial, hay cuatro sectores (bienes de consumo; materiales básicos, construcción e industria; servicios de consumo y servicios inmobiliarios) que presentan un nivel de impacto ambiental similar, ya que más del 60% de sus empresas tienen un impacto ambiental positivo e inferior a 5 millones de euros. Dentro de este rango, el sector de bienes de consumo y servicios de consumo presenta impactos más elevados que el resto de los sectores. En cambio, en el sector de materiales básicos, construcción e industria (con alguna empresa situada fuera de este rango) y el sector de servicios inmobiliarios los impactos son positivos, pero con valores más próximos a cero. En el sector de petróleo y energía el 54% de las empresas tienen un impacto negativo; al 75% de las empresas del sector de servicios financieros se le estima un impacto nulo; y el 60% de las empresas del sector de tecnología y telecomunicaciones tienen un impacto positivo previsto superior a los 5 millones de euros. Con un impacto positivo y superior a 5 millones de euros, se encuentra tan sólo el 17% del total de las empresas, correspondiendo, principalmente, a empresas del sector de bienes de consumo y de materiales básicos, construcción e industria.

Por su parte, en la figura 5 se muestra la valoración monetaria estimada del impacto social del total de las empresas en relación con el BAIT de las mismas. El 86% muestran un impacto positivo, el 12% un impacto negativo y el 2% un impacto cero. Al igual que en impacto ambiental, se ha procedido a ampliar la figura para tener una imagen más nítida. En este caso, los valores del impacto social son superiores a los del ambiental, situándose la mayoría de las empresas con un impacto social positivo inferior a los 25 millones de euros. Por lo tanto, en el gráfico ampliado, se observan cuatro niveles de impacto social:

- Impacto social positivo y mayor a 25 millones de euros
- Impacto social positivo y menor a 25 millones de euros
- Impacto social negativo
- Impacto social cero

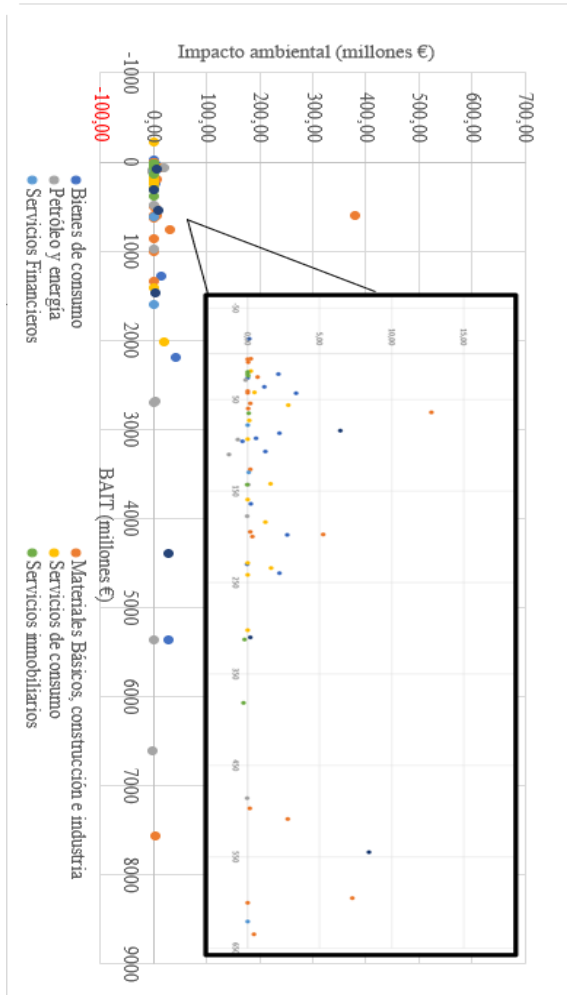
De los cuatro niveles del impacto social analizados, más del 62% de las empresas tienen un impacto inferior a 25 millones de euros, el 22% de las empresas tienen un impacto superior a 25 millones de euros, el 13% muestran impactos negativos, y sólo el 2% de las empresas se le estimaba un impacto nulo. De acuerdo con la figura 5, la mayoría de las empresas que tienen un valor monetario de este impacto inferior a 25 millones de euros tienen un BAIT inferior a 250 millones de euros. Además, con independencia del sector de actividad, no se observa gráficamente una relación lineal entre la valoración monetaria del impacto social de las empresas y su BAIT.

A nivel sectorial, todos los sectores excepto el sector de tecnología y telecomunicaciones, destacan por tener más del 50% de las empresas con un impacto inferior a 25 millones euros, distinguiéndose el sector de servicios de consumo con más del 93% de sus empresas con este nivel de impacto. Así mismo, el sector de petróleo y energía y el sector de tecnología y telecomunicaciones coinciden en tener alrededor del 40% de las empresas con un impacto superior a 25 millones de euros. Los sectores de bienes de consumo, materiales básicos, construcción e industria, y tecnología y telecomunicaciones, coinciden en tener el 20% de sus empresas con un impacto negativo. Por último, tan sólo al sector de servicios inmobiliarios tiene el 25% de las empresas no se le estima impacto alguno en esta área.

Por último, la figura 6 muestra el valor monetario del impacto de gobierno corporativo de cada una de las empresas en relación con su BAIT. En un 66% de las empresas se estima un impacto positivo, en un 16% el impacto estimado es negativo y en un 18% es cero. Este impacto, a diferencia de los dos anteriores, muestra valores monetarios mucho más pequeños, considerando los siguientes niveles del impacto de gobierno corporativo:

– Impacto de gobierno corporativo positivo y mayor a 0,10 millones de euros
– Impacto de gobierno corporativo positivo y menor a 0,10 millones de euros
– Impacto de gobierno corporativo negativo
– Impacto de gobierno corporativo cero

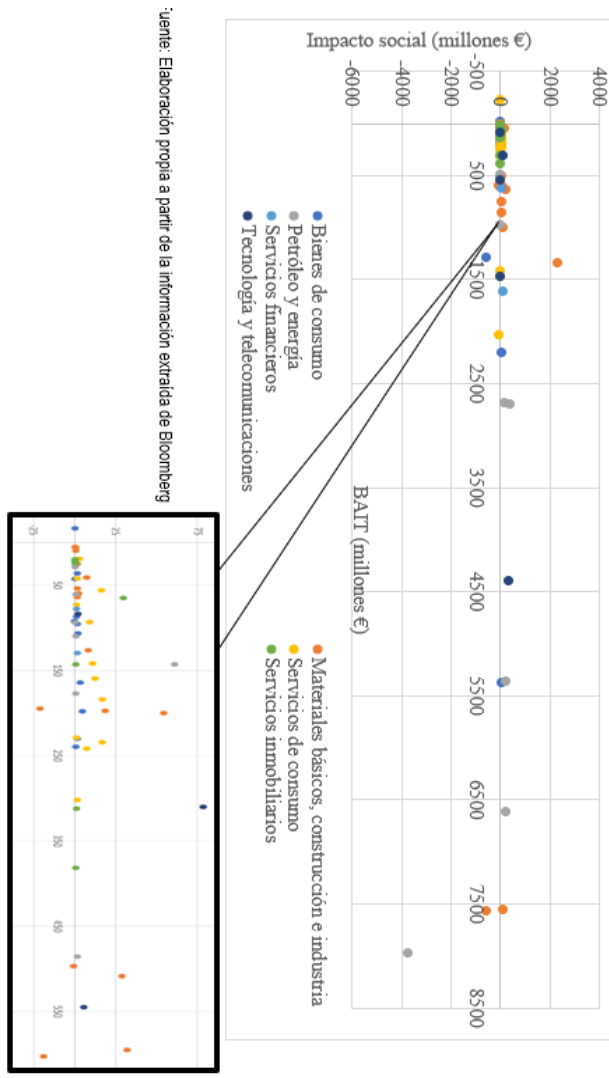
FIGURA 4: *Relación entre la valoración monetaria del impacto ambiental y el BAIT de las empresas cotizadas españolas*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

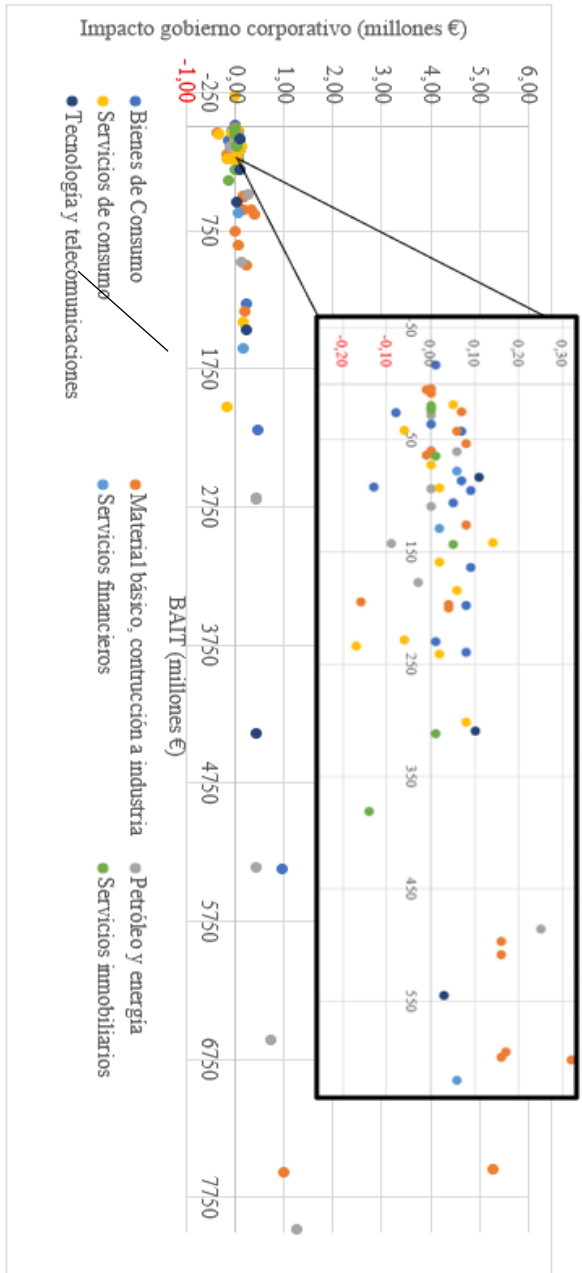
El 35% del total de las empresas tiene un impacto estimado inferior a 0,10 millones de euros, el 31% de las empresas tienen un impacto superior a 0,10 millones de euros, el 16% tienen un impacto negativo y el 15% reflejan un impacto nulo.

FIGURA 5: *Relación entre la valoración monetaria del impacto social y el BAIT de las empresas cotizadas españolas*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

Figura 6: *Relación entre la valoración monetaria del impacto de gobierno corporativo y el BAIT de las empresas cotizadas españolas*



Fuente: Elaboración propia a partir de la información extraída de Bloomberg

También en el impacto de gobierno corporativo, al igual que en el ambiental y en el social, la mayoría de las empresas presentan un BAIT inferior a los 250 millones de euros. No obstante, a diferencia de los dos aspectos anteriores, en el gráfico del impacto de gobierno corporativo se aprecia una leve tendencia creciente en la relación entre impacto y BAIT, de forma que, cuanto mayor es el volumen de beneficios, mayores son los impactos esperados en esta dimensión. A nivel sectorial, los sectores de bienes de consumo y de servicios financieros tienen más del 60% de sus empresas con un impacto inferior a 0,10 millones de euros. Por otro lado, el sector de materiales básicos, construcción e industria y, el de petróleo y energía tienen más del 40% de sus empresas con un impacto superior a 0,10 millones de euros, además el sector que más destaca dentro de este rango con más del 80% de sus empresas con este impacto es el de tecnología y telecomunicaciones. Por último, alrededor del 15% de las empresas de la mayoría de los sectores tienen un impacto negativo y cero.

5. CONCLUSIONES

Los resultados en este análisis descriptivo han mostrado cómo, dependiendo del sector al que pertenecen las empresas, varían los impactos en las diferentes dimensiones de cada aspecto ASG. Por ejemplo, en el aspecto ambiental, las empresas del sector de petróleo y energía tienen mayor impacto positivo en la intensidad del agua. El sector de materiales básicos, construcción e industria tienen un mayor impacto positivo en la intensidad de residuos e intensidad energética. Y los sectores de bienes de consumo y tecnología y telecomunicaciones tienen mayor implicación en la intensidad de papel y embalaje. Por otro lado, en el impacto social, la dimensión relacionada con las contribuciones filantrópicas tiene una valoración monetaria superior, tanto negativa como positiva, en los sectores de servicios financieros, petróleo y energía, y materiales básicos, construcción e industria. La dimensión de rotación de los empleados está presente, tanto con un impacto positivo como negativo y en menor medida, en todos los sectores excepto en el sector de servicios inmobiliarios. Por último, las dimensiones del impacto de gobierno corporativo

(provisiones ASG e independencia de la junta) están presentes en todos los sectores, destacando la correspondiente a las provisiones ASG.

Los impactos ambientales suelen ser valorados positivamente en la mayoría de las empresas, con un 73% registrando un impacto ambiental positivo. Sin embargo, los impactos sociales muestran evaluaciones más negativas, afectando negativamente el impacto total ASG de las empresas. Esto sugiere que las prácticas de gobierno corporativo y ambientales están más integradas en la gestión empresarial que las sociales. La divulgación de información ambiental y de gobierno es más extensa y clara, mientras que la medición de impactos sociales aún está en desarrollo, impulsada por iniciativas como la Taxonomía Europea (Transcendent, 2022).

Por otro lado, los resultados del análisis de la relación de la valoración monetaria de los diferentes impactos y el BAIT de cada empresa ha permitido observar gráficamente que no hay una relación lineal clara entre ambas variables en los impactos ambientales y sociales. En cambio, el impacto de gobierno corporativo presenta una ligera asociación lineal con el BAIT de las empresas, mostrando una tendencia al alza positiva. Sin embargo, el objetivo de valorar monetariamente los impactos ASG es poder integrar la información en materia de sostenibilidad en la información económico-financiera, es decir, que los valores puedan ser incluidos como una línea adicional en la cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas, de forma que se obtenga un estado financiero ajustado por impacto (Berger, 2010; Serafeim et al., 2019). De este modo, los stakeholders dispondrían de ambos tipos de información (financiera y en materia de sostenibilidad) de forma integrada, lo que puede repercutir, indudablemente, en su toma de decisiones (Berger, 2010; Liang et al., 2021; Serafeim et al., 2019). Que las empresas puedan informar de sus impactos ASG en términos monetarios supone una aportación adicional al resultado de naturaleza financiera de la empresa, de modo que, si es positivo, contribuye a que la empresa sea más atractiva para aquellos inversores que contemplan los aspectos ASG como un aspecto clave en las decisiones de inversión, y al contrario en el caso de valoraciones negativas de los impactos.

En consecuencia, se aprecia cómo la medición de los impactos ASG de las empresas es un tema de notable relevancia en el ámbito empresarial, que pone de manifiesto la importancia de implementar, por un lado, unas directrices comunes para presentar los impactos ASG por parte de las empresas y, por otro lado, el desarrollo de una metodología común que permita valorar fácilmente los impactos ASG en términos monetarios. En este trabajo se analiza la aplicación de una de las metodologías, si bien se están desarrollando también otros modelos para valorar monetariamente los aspectos ASG. Por tanto, la armonización a nivel metodológico para el cálculo del valor monetario de los impactos ASG es un aspecto relevante y necesario para facilitar la comprensión y comparación de esta información por parte de los diferentes grupos de interés.

Para finalizar, además del cumplimiento normativo, el nivel de sostenibilidad de las empresas puede tener importantes implicaciones en la competitividad de las empresas, al influir en el acceso a la financiación, ya que buena parte de la inversión pública y privada se va a canalizar con criterios de sostenibilidad, desde el punto de vista de la demanda, por cuanto la sociedad demanda cada vez en mayor medida productos y servicios ofrecidos por empresas que sean sostenibles, y desde la perspectiva de captación y retención del talento, en tanto los trabajadores valoran de forma creciente su participación en empresas que sean sostenibles.

Cabe señalar que este trabajo presenta algunas limitaciones que, a su vez, constituyen posibles futuras líneas de investigación. El análisis realizado se centra en los valores estimados para los impactos ASG de las empresas cotizadas españolas del mercado continuo, por lo que resulta de interés ampliar el campo de aplicación de la valoración monetaria de los impactos ASG a otro tipo de empresas. En este sentido, pueden constituir futuras líneas de investigación las relacionadas con el estudio de empresas no cotizadas, como pueden ser las PYMES, que constituyen el 99% del tejido empresarial español (Sánchez, 2008; Villegas Pinuer et al., 2022). A su vez, resulta de utilidad extender el análisis al entorno internacional, considerando otras empresas a nivel europeo y mundial, lo que permitirá contribuir al estudio de posibles factores contextuales asociados a los impactos ASG de las empresas. Por otra parte, dado que la metodología aplicada se basa en información

pública disponible, otra vía de investigación sería abordar la valoración monetaria de los impactos de las empresas a partir de su información interna, lo que permitiría una estimación más ajustada en la valoración de muchas de las dimensiones analizadas.

6. REFERENCIAS

Adams, C. A., Alhamood, A., He, X., Tian, J., Wang, L., & Wang, Y. (2022). The double-materiality concept: Application and issues. *Project Report. Global Reporting Initiative.* Recuperado en agosto de 2022 de: https://www.globalreporting.org/media/jrbntbyv/griwhitepaper-publications.pdf

BBVA (2022). Informe integrado anual 2022. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.bbva.com/es/sostenibilidad/

Berger, P. (2010). Environmental, Social and Governance Research. UniCredit Bank London.

Bolsas y Mercados Españoles (BME) (2019). Clasificación sectorial bursátil, descripción general y especificaciones por subsector. BME Renta Variable.

Bonilla-Priego, M. y Benítez-Hernández, P. (2017). The stakeholder engagement in Spanish hotels' sustainability reports. Spanish Accounting Review, 20(2), 157-166.

Cunha, D. R., & Moneva, J. M. (2018). La elaboración del informe de sostenibilidad: un estudio de caso. Revista brasileira de gestão de negócios, 20, 533-549.

De La Rosa Leal, M. E. (2021). El enfoque de sostenibilidad en las teorías organizacionales. TRASCENDER, CONTABILIDAD Y GESTIÓN, 6(17 mayo-agosto), 87-102. https://doi.org/10.36791/tcg.v0i17.102

Deegan, C.M., 2019. Legitimacy theory: Despite its enduring popularity and contribution, time is right for a necessary makeover. Accounting, Auditing & amp; Accountability Journal. 32, 2307-2329

Freiberg, D., Panella, K., Serafeim, G., y Zochowski, R. (2021a). Accounting for Organizational Employment Impact. Harvard Business School Accounting & Management Unit Working Paper, (21-050).

Freiberg, D., Park, D. G., Serafeim, G. y Zochowski, R. (2021b). Corporate environmental impact: measurement, data and information. Harvard Business School Accounting & Management Unit Working Paper, (20-098).

Gallén Ortiz, M. & Peraita de Grado, C. (2016). Información de responsabilidad social corporativa y teoría institucional. Intangible Capital, 12(4), 942. https://doi.org/10.3926/ic.732

Global Reporting Initiative (GRI) (2016): GRI 101: Fundamentos https://www.globalreporting.org/standards/media/1439/spanish-gri-101-foundation-2016.pdf

Grupo ACS (2022). Informe integrado anual 2021. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.grupoacs.com/sostenibilidad/informes-de-sostenibilidad/.

Grupo ArcelorMittal España (2022). Informe de Sostenibilidad 2021. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://informeanual2021.cellnextelecom.com/2021/.

Hernández Pajares, J. & Yagui Nishii, V. (2021). Análisis de información y factores de desempeño ambiental y de economía circular en empresas peruanas. Comuni@cción: Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo, 12(1), 37-52. https://doi.org/10.33595/2226-1478.12.1.481

Herrera Restrepo, J. M., Ortíz Pérez, A., Pacheco Gutiérrez, J. & Correa García, J. A. (2021). Indicadores medioambientales y Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a revelar por parte de empresas del sector químico. Revista En-contexto, 9(14), 151-184. https://doi.org/10.53995/23463279.868

Iberdrola (2022). Estado de Información no financiera. Informe de Sostenibilidad 2021. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.iberdrola.com/accionistas-inversores/informes-anuales.

Jimeno, F. J. y Redondo, M. (2022). Influencia de la calificación en criterios ESG sobre la respuesta empresarial a la pandemia. Estudio exploratorio (Tesis Doctoral). Universidad de Valladolid.

Junius, D., Adisurjo, A., Rijanto, Y. A. y Adelina, Y. E. (2020). The impact of ESG performance to firm performance and market value. Jurnal Aplikasi Akuntansi, 5(1), 21-41.

Khan, M. A. (2022). ESG disclosure and Firm performance: A bibliometric and Meta Analysis. Research in International Business and Finance, 101668

Liang, H., Fernández, D. y Larsen, M. Impact assessment and measurement with Sustainable Development Goals. (2021). 1-40. Research Collection Lee Kong Chian School Of Business. Recuperado el 5 agosto de 2022 en: https://ink.library.smu.edu.sg/lkcsb_research/6713

Miralles Quirós, M. M., Miralles Quirós, J. L. & Daza Izquierdo, J. (2021). The assurance of sustainability reports and their impact on stock market prices. Cuadernos de Gestión, 21(1), 47-60. https://doi.org/10.5295/cdg.201262mm

Nicholls, J., & Zochowski, T. (2020). Mutually Compatible, Yet Different: A Theoretical Framework for Reconciling Different Impact Monetization Methodologies and Frameworks. Yet Different: A Theoretical Framework for Reconciling Different Impact Monetization Methodologies and Frameworks (October 20, 2020).

Pitchot, E. (2020). Does integrated reporting truly address sustainability issues? A comparative analysis with sustainability Reporting (Trabajo fin de Máster). Management School- University of Liège, Belgium

Ruff, K., Nappert, P. y Graham, C. (2022). Impact valuations in social finance: emic and polyvocal stakeholder accounts. Accounting, Auditing & Accountability Journal.

Sanahuja, J. A. y Tezanos Vázquez, S. (2017). Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Política y Sociedad, 54 (2), 533-555.

Sánchez, J. R. (2008). El Mercado Alternativo Bursátil (MAB): el Mercado de las PYMES. Estrategia financiera, 251, 64-68.

SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD (SASB) (2017): SASB Conceptual Framework.

Schaltegger, S., Hörisch, J. y Freeman, R. E. (2019). Business cases for sustainability: A stakeholder theory perspective. Organization & Environment, 32(3), 191-212.

Serafeim, G. y Trinch, K. (2020): A framework for product impact-weighted accounts. Impact-Weighted Accounts Research Report, Harvard Business School Accounting & Management Unit Working Paper, (20-076).

Suchman, M.C., 1995. Managing legitimacy: strategic and institutional approaches. Academy of Management Review. 20 (3), 571-610

Telefónica (2022). Estado de Información no Financiera. Memoria anual Consolidada 2021. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.telefonica.com/es/accionistas-inversores/informacion-financiera/informe-anual-integrado-de-gestion/

Transcendet (2022). Evolución de los objetivos medioambientales y sociales en las empresas cotizadas. Recuperado el 27 de noviembre de 2022 de https://transcendent.es/objetivos-sociales-y-medioambientales/

Villegas Pinuer, F., Valenzuela Fernández, L., Llonch Andreu, J. & López Belbeze, P. (2022). Environmental sustainability and their factors in SMEs: A multiple case study of Spain and Chile. Cuadernos de Gestión, 22(1), 35-50. https://doi.org/10.5295/cdg.211370fvDeleuze, G. (2007). *Empirismo y subjetividad*. Gedisa

LA SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA REALIDAD EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES COTIZADAS[88]

CECILIO MOLINA HERNÁNDEZ
Profesor Propio Adjunto de Derecho Mercantil (Titular acreditado)
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

1. LA UNIÓN EUROPEA Y LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La Unión Europea, ante el fenómeno generado por la irrupción de la Inteligencia Artificial en la actividad económica, ha optado por dar respuesta a la necesaria armonización de la regulación de la Inteligencia Artificial con el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Cazorla, 2024). En concreto, en su Considerando número 4, justifica la oportunidad de la Inteligencia Artificial, que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales[89].

[88] Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto I+D+i *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE), liderado por Ana Belén Campuzano y del que formo parte como miembro del equipo de investigación, en el marco de los trabajos desarrollados por los investigadores de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña, en el proyecto de investigación "Hacia una nueva gobernanza en la UE: de la RSC a los factores ESG (PP2024_18)" de la convocatoria de Financiación de Proyectos de Investigación Propios 2024 financiada por la Universidad Pontificia Comillas", del que soy investigador principal junto a Abel Veiga Copo y en el Grupo de Investigación "Retos y desafíos de los criterios ESG en el entorno empresarial" (ESGEMP) dentro del Programa Interuniversitario en Cultura de la legalidad (4Trust-CM. Referencia: PHS-2024/PHHUM-65), del que también soy investigador principal.

[89] Continúa el Considerando argumentando que el uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el

Para esta norma, la Inteligencia Artificial constituye un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales[90].

No obstante, a pesar de la importancia de esta norma, no ha sido la primera vez en la que la Unión Europea ha señalado la relevancia de la Inteligencia Artificial y su necesaria regulación (Coya, 2023, p. 10-40)[91]. En concreto, la Inteligencia Artificial forma parte de la Estrategia de la Comision para la digitalización de la industria[92] y de la Estrategia renovada de política industrial de la UE[93].

Asimismo, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad», aprobado por el Pleno de 31 de mayo de 2017,

---

punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la seguridad alimentaria, la educación y la formación, los medios de comunicación, el deporte, la cultura, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, el seguimiento ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones.

90 De esta definición, se persigue la armonización con los trabajos de las organizaciones internacionales que se ocupan de la IA, a fin de garantizar la seguridad jurídica y facilitar la convergencia a escala internacional y una amplia aceptación, al mismo tiempo que se prevé la flexibilidad necesaria para dar cabida a los rápidos avances tecnológicos en este ámbito.

91 El autor hace un exhaustivo estudio de toda la legislación comunitaria sobre la Inteligencia Artificial desde el año 2016 hasta el año 2023.

92 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - *Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital*, de 19 de abril de 2016 (COM (2016) 180 final).

93 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones - *Invertir en una industria inteligente, innovadora y sostenible. Estrategia renovada de política industrial de la UE*, de 13 de septiembre de 2017 (COM (2017) 479 final).

destaca el impacto transfronterizo de la Inteligencia Artificial, para lo que recomienda que la Unión Europea desempeñe un papel de liderazgo mundial en la adopción de marcos políticos uniformes y universales para la Inteligencia Artificial, de conformidad con los valores europeos y los derechos fundamentales. Para ello, son once ámbitos para los que la Inteligencia Artificial plantea unos desafíos (ética; seguridad; privacidad; transparencia y rendición de cuentas; trabajo; educación y desarrollo de capacidades; (des)igualdad e inclusión; legislación y reglamentación; gobernanza y democracia; guerra; y superinteligencia), de forma que se sugieren una serie de recomendaciones[94].

Al hilo de este Dictamen, en enero de 2017 la Comision de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo publicó un informe incluyendo recomendaciones destinadas a la Comision Europea sobre normas de Derecho civil sobre robótica, advirtiendo que, gracias a los impresionantes avances tecnológicos de la última década, los robots ya no solo pueden realizar actividades que antes eran típica y exclusivamente humanas, sino que el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos -como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes- ha hecho que estos robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa. Por ello, como se concluye en el Considerando Z, es crucial la cuestión de la responsabilidad jurídica por los daños que pueda ocasionar la actuación de los robots (Chamorro, 2020, p. 178). A este respecto, *se destaca que la autonomía de los robots suscita la cuestión de su naturaleza y de si pertenecen a una de las categorías*

[94] En concreto, se defiende un enfoque de la Inteligencia Artificial basado en el control humano (human-in-command), la elaboración de un código deontológico para el desarrollo, despliegue y utilización de la Inteligencia Artificial, el desarrollo de un sistema de normalización para la verificación, validación y control de los sistemas de Inteligencia Artificial, la creación de una infraestructura de Inteligencia Artificial europea de fuente abierta, la determinación de cuáles son los sectores del mercado laboral que se verán influidos por la Inteligencia Artificial, la recomendación para apostar por los sistemas complementarios de Inteligencia Artificial y su creación conjunta en el lugar de trabajo, como equipos persona-máquina donde la IA sirva para complementar y mejorar la actuación humana, el desarrollo de las aplicaciones de Inteligencia Artificial que benefician a la sociedad, promueven la integración y la mejora de la vida de los ciudadanos debería promoverse y fomentarse activamente, tanto a nivel público como privado, y la prohibición de las armas autónomas.

jurídicas existentes o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas. En el marco jurídico vigente, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos y las normas que rigen la responsabilidad por una actuación que ocasiona daños se aplican a los daños ocasionados por los robots o la IA. Si bien, en el supuesto de que un robot pueda tomar decisiones autónomas, las normas tradicionales no bastarán para generar responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirán determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado. Estas circunstancias ponen de manifiesto la necesidad de contar con unos principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la IA para uso civil.

La primera aproximación acerca de una definición[95] comunitaria sobre la Inteligencia Artificial la encontramos en la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre Inteligencia artificial para Europa, de 25 de abril de 2018, estableciéndose que *el término:*

[95] Más adelante, el Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, emite el documento *Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas*, donde se aporta una aproximación acerca de la definición de la Inteligencia Artificial:

Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y en algunos casos también de hardware) diseñados por seres humanos3 que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido. Los sistemas de IA pueden utilizar normas simbólicas o aprender un modelo numérico; también pueden adaptar su conducta mediante el análisis del modo en que el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores.

La IA es una disciplina científica que incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (del que el aprendizaje profundo y el aprendizaje por refuerzo constituyen algunos ejemplos), el razonamiento automático (que incluye la planificación, programación, representación y razonamiento de conocimientos, búsqueda y optimización) y la robótica (que incluye el control, la percepción, sensores y accionadores así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciberfísicos).

> «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos. Continúa, en este sentido, señalando que los sistemas basados en la IA 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 IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas).

En definitiva, son cuantiosas las referencias que sobre la Inteligencia Artificial encontramos en el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, y como venimos sosteniendo, la preocupación por una adecuada regulación ha puesto el foco en los diversos sectores de actividad en los que se puede hacer uso de esta herramienta, a fin de lograr mayores beneficios. No obstante, circunscribiéndonos al objetivo de este trabajo, nos adentramos en el uso de la Inteligencia Artificial en el Derecho de sociedades.

2. EL DERECHO DE SOCIEDADES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El uso de los medios digitales y telemáticos en los entornos societarios, y, más recientemente, los sistemas de Inteligencia Artificial, supone en la actualidad una realidad cotidiana por parte de las sociedades de capital (Kressl, 2017, p. 9). En efecto, la actual digitalización del mundo jurídico y de los negocios, así como las medidas extraordinarias (Viera, 2021, p. 116) que debieron adoptarse con ocasión de la pandemia de la COVID-19, han afectado sobremanera a las sociedades mercantiles, si bien tristemente la legislación existente dista mucho de regular de una forma adecuada este fenómeno (Martínez Muñoz, 2024, p. 157; Veiga, 2022, p. 32).

Más allá del uso de medios digitales, a través de videoconferencias, comúnmente empleados por los órganos de gobierno y de decisión de las sociedades de capital, también nos empezamos a encontrar la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial; sin embargo, la introducción de una Inteligencia Artificial Autónoma como un ciberadministrador, lo que a día de hoy constituye una entelequia absoluta, al menos, bajo

el Derecho español (Muñoz, 2020, p. 1). A pesar de ello, en el ámbito de las entidades algorítmicas (DAOs) ya existe regulación en algunos países, tales como Estados Unidos (concretamente en los Estados de Vermont; Wyoming; Tennessee, New Jersey, South Carolina, Utah y New Hampshire), las Islas Marshall, Abu Dhabi y Malta, los cuales pueden servir de inspiración a España y a la Unión Europea (Martínez Muñoz, 2024, p. 177; Martínez Cañellas, 2024, versión electrónica). De hecho, ya encontramos en la práctica algunos ejemplos que han vencido esta primera barrera de la personalidad electrónica en los que se han nombrado a ciertos sistemas de Inteligencia Artificial como consejeros en tanto sus legislaciones societarias también lo permiten. Así, resultan ya clásicos los supuestos de VITAL en la empresa de Hong Kong DKV, el sistema Alicia-T en la firma nórdica Tieto o Einstein en la empresa Salesforce (Chamorro, 2020, p. 194).

Por esta razón, y dada la extensión de este trabajo, vamos a plantear la posible incorporación de la Inteligencia Artificial en los consejos de administración de las sociedades cotizadas españolas; al hilo de ello, abordaremos la personalidad jurídica de los ciberconsejeros, de forma que se integren en el desarrollo de las funciones propias de los representantes de una compañía, que, además, asumen un régimen de responsabilidad.

2.1. La personalidad jurídica del ciberconsejero y su incorporación en el consejo de administración

El artículo 529 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital establece que las sociedades cotizadas deberán ser administradas por un consejo de administración que estará compuesto, exclusivamente, por personas físicas.

Partimos de esta idea porque, en nuestra opinión, en la actualidad, en la legislación española, como en el resto de los países del entorno comunitario no sería posible la incorporación de un robot o de un ciberconsejero entre los integrantes del consejo de administración de una sociedad cotizada, pues, llegado el caso, si se le atribuyese la personalidad jurídica, no hay duda que se le calificaría como una persona jurídica. Ya nos encontramos con referencias del Derecho de los robots (Barrio, 2020, p. 68), definiéndose como aquel objeto mecánico que capta el exterior, procesa lo que percibe y, a su vez, actúa positivamente sobre el mundo. Las

propiedades distintivas y disruptivas de la Inteligencia Artificial autónoma en esta modalidad se resumen en las notas de "corporeidad", "impredecibilidad" e "impacto social", llegando en esta versión a justificar el nacimiento de un sector particular de desarrollo del derecho privado entorno a este protagonista. Se explica que las capacidades singulares que justifican la atribución de una "personalidad electrónica" independiente a los robots "desde el punto de vista técnico", se condensan en las aptitudes para recoger datos mediante sensores (emular sentir), de procesar los datos en bruto (emular pensar) y la de planificar y cumplir acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridas, generalmente en función de objetivos prefijados (emular actuar). El fenómeno caracterizado en estos términos justifica el nacimiento de un cuerpo regulatorio: el "Derecho de los Robots" (Muñoz, 2020, p. 4).

En este sentido, sin embargo, el Derecho español de sociedades, en lo concerniente a las sociedades de capital, permite que sean administradas, indistintamente, por personas físicas y/o jurídicas. No obstante, a día de hoy, la mayoría de las legislaciones no han reconocido la personalidad jurídica electrónica o la capacidad del robot o de la Inteligencia Artificial, algo a lo que no se ha llegado a pesar de ciertos intentos y recomendaciones[96] (Méndez, 2024, p. 51; Martínez Muñoz, 2024, p. 176). Es

[96] Resolución del Parlamento Europeo de fecha 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Así, en el considerando 59, letra f, el Parlamento pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como, crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Por otro lado, la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones a la Comisión, para un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial: «Todas las actividades, dispositivos o procesos físicos o virtuales gobernados por sistemas de IA pueden ser técnicamente la causa directa o indirecta de un daño o un perjuicio, pero casi siempre son el resultado de que alguien ha construido o desplegado los sistemas o interferido en ellos; observa, este respecto, que no es necesario atribuir personalidad jurídica a los sistemas de IA».

evidente que, más allá de las diversas opiniones a favor y en contra[97] del reconocimiento de la personalidad jurídica de los robots, se pide explorar las implicaciones de esta personalidad, siendo éste el primer paso para que los sistemas de Inteligencia Artificial pudieran integrarse como gestores en todo tipo de entidades (Chamorro, 2020, p. 195).

En este punto, conviene destacar que el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) ya ha aportado una definición sobre un sistema de Inteligencia Artificial, recogida en este trabajo con carácter previo, a la que nos remitimos. A pesar de la claridad de la definición aportada, sin duda, se encuentra en esta normativa el reconocimiento de sistemas peligrosos en el ámbito de la migración (Méndez, 2024, p. 79), generando profundas desigualdades con sectores más desfavorecidos de la sociedad cuando el uso de la Inteligencia Artificial se realiza por parte de las autoridades policiales, de control migratorio y seguridad nacional[98].

Por todo ello, sin duda, la premisa a la que se debe hacer frente, en primer lugar, es el reconocimiento de la personalidad del robot, que, llegado el momento, permitiría su incorporación como consejero o administrador de una sociedad. Más allá, y como abordaremos en los siguientes apartados de este trabajo, sin duda, el análisis de los deberes de los

---

[97] *Open Letter to the European Commission Artificial Intelligence and Robotics,* carta pública dirigida a la Comisión Europea de Inteligencia Artificial y Robótica, firmada por más de doscientos expertos europeos, procedentes de una diversidad de ámbitos que van desde el tecnológico y legal hasta el sanitario y ético, negándose al reconocimiento de la personalidad jurídica de los robots.

[98] "We welcome the European Parliament's decision to adopt a ban on abusive mass surveillance technology in today's landmark vote. However, it is essential the Parliament and EU Member States ensure that development, sale, use and export of facial recognition and other mass surveillance technologies are banned in the final AI Act during upcoming negotiations", señaló Mher Hakobyan, asesor de Amnistía Internacional para el trabajo de incidencia sobre la regulación de la inteligencia artificial.

administradores y de la responsabilidad, en el ámbito de los ciberconsejeros, puede derivar en una aplicación, *cuasi* directa, del sistema actual.

2.2. Las diversas modalidades de los sistemas de inteligencia artificial a utilizar en el ámbito societario

Las sociedades mercantiles, a lo largo del mundo, vienen implementando sistemas de Inteligencia Artificial en el órgano de administración, a modo de soporte y auxilio en sus funciones, así como para aumentar el valor empresarial (Merete et ál., 2022, p. 1709). De hecho, el avance tecnológico de los últimos años ha hecho igualmente que las sociedades mercantiles adquieran diferentes programas informáticos, *softwares*, sistemas de *Machine Learning*, robots, etc., en definitiva, distintos sistemas de Inteligencia Artificial que se han integrado en los negocios a distintos niveles: desde los departamentos de fabricación, producción y diseño hasta las áreas operativas de marketing, finanzas o recursos humanos, llegando incluso hasta la administración de la empresa (Sainz de Aja, 2023, p. 53-55).

En este sentido, el Reglamento de Inteligencia Artificial, recientemente promulgado por la Unión Europea, y del que nos hemos ocupado con anterioridad, tiene como objetivo primordial el establecimiento de una normativa armonizada para la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de Inteligencia Artificial en la Unión Europea, regulando igualmente una serie de prácticas prohibidas y distinguiendo los distintos sistemas de Inteligencia Artificial en atención al riesgo que pueden entrañar para las personas, adaptando así las obligaciones de conformidad con el alcance y la gravedad de dichos riesgos (Martínez Muñoz, 2024, p. 167).

Ocupándonos del uso de los sistemas de Inteligencia Artificial por las sociedades mercantiles, y, más concretamente, por el órgano de administración, nos encontramos con tres modelos (Armour et ál., 2019, p. 13-40; Muñoz, 2020, p. 2-3; Martínez Cañellas, 2023, p. 284-285). En primer lugar, el nivel básico de Inteligencia Artificial es la *Assisted AI* o la Inteligencia Artificial Asistida, utilizada en los procesos más sencillos, para las que un profesional se apoyaría para la realización de sus

tareas, y que, en ningún caso, puede sustituir al ser humano[99]. En segundo lugar, la *Advisory AI* o Inteligencia Artificial Asesora supone un sistema más complejo, capaz de tomar decisiones sobre la base del tratamiento masivo de datos (Gómez, 2023, p. 131-134)[100]. Por último, y en tercer lugar, la *Autonomus AI* o Inteligencia Artificial Autónoma, aún sin encuadre en el contexto empresarial actual, constituye el sistema de Inteligencia Artificial más sofisticada, pues permitiría la toma de decisiones sin intervención humana[101]. La principal causa del escaso uso de estos últimos sistemas de Inteligencia Artificial Autónoma radica en el escaso e incipiente desarrollo (Martínez Muñoz, 2024, p. 176), no garantizándose, por el momento, que el sistema posea (i) operativa autónoma; (ii) adaptación al cambio; y (iii) posibilidad de perseguir los propios fines (la llamada singularidad) (Muñoz, 2020, p. 3; Armour et ál., 2019, p. 25-29).

En todo caso, el conjunto de todas estas posibilidades, esto es, el uso de modelos y sistemas de Inteligencia Artificial en el Derecho de sociedades empieza a conocerse como *Corporate Technologies* (CorpTech), donde, además de la Inteligencia Artificial, *bigdata, blockchain* y los *smart contracts,* podrían dar fin a los problemas de gobierno corporativo en general (Enriques et ál., 2019, p. 11-14). CorpTech podría lograr la concepción de modelos retributivos que eliminarían los conflictos de intereses de los miembros de los órganos de gobierno de las sociedades; a través de CorpTech se lograría acelerar los mecanismos de formación

---

[99] Por ejemplo, programas habilitados para la toma de notas, la transcripción de la voz, la preparación de horarios, la elaboración de cuadros de mando, etc., tareas todas ellas muy elementales sobre las que un profesional se apoyaría para realizar sus tareas.

[100] Su función principal es asesorar a un ser humano en un proceso complejo de toma de decisión, como una *due diligence*, ofreciendo así un grado mayor de concreción y especificidad para los proyectos empresariales.

Layne Thompson, director de Servicios ERP Services de una entidad tecnológica norteamericana, señaló que *More often than not, managers think of what they're doing as requiring judgment, discretion, experience, and the capacity to improvise, as opposed to simply applying rules. And if one of the potential promises of machine learning is the ability to help make decisions, then we should think of technology as being intended to support rather than replace [managers],* extraído de Kolbjørnsrud, V., Amico, R. y Thomas, R. J. (2016, 2 de noviembre). How Artificial Intelligence Will Redefine Management. Harvard Business Review. https://bit.ly/4heGZVc

[101] Aprende sola y es capaz de muchas cosas, estando actualmente en desarrollo continuo y permanente.

de precios en los mercados, de tal manera que no serían necesarias las estrategias comerciales; las votaciones e iniciativas de los socios basadas en CorpTech podrían también disminuir la apatía de los socios; la labor de supervisión del accionariado activo podría ser asumida por elementos del CorpTech. Si bien, la observación de estas profecías que comparan nuestro presente real y aparentemente erróneo con ideas aún irreales o alternativas idealizadas, han conducido a algunos autores a describir este fenómeno como una falacia del nirvana tecnológica (Chamorro, 2020, p. 177; Enriques et ál., 2019).

3. EL ESTATUTO DEL CIBERCONSEJERO: DEBERES Y RESPONSABILIDAD

3.1. La debida diligencia del ciberconsejero

El artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital analiza el deber de diligencia del administrador[102]. Más allá del desempeño del cargo y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores (García, 2015 p. 368-369)[103], el ciberconsejero, sin duda, podría perfectamente, en su caso, cumplir este primer requerimiento. Asimismo, en el desarrollo de sus funciones, debe todo consejero, subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa. Por tanto, en sentido estricto, se espera del administrador que sea un

[102] Es cierto que el alcance de este derecho por parte de todo administrador de una sociedad podría ser infinitamente superior. Tomamos como referencia, nunca así reflejado por nuestro legislador, la propuesta del informe Aldama sobre esta cuestión, según el cual: *En cualquier caso, los deberes de diligencia deberían incluir: dedicar con continuidad el tiempo y esfuerzo necesarios para seguir de forma regular las cuestiones que plantean la administración de la sociedad; participar activamente en el órgano de administración y en sus Comisiones o tareas asignadas; oponerse a los acuerdos contrarios a la ley, a los estatutos o al interés social; instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime pertinente; solicitar la información que estime necesaria para completar la que se le haya suministrado.*

[103] La autora señala que tras una primera versión de la Ley de sociedades de capital, desapareció la expresión de representante leal por la de ordenado empresario y, a su parecer, podrían haberse empleado otros términos, tales como gestor o administrador, que denotarían la cualificación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

gestor prudente, actuando con cuidado, dedicación, previsión y pericia (Quijano, 1985, p. 224).

Además, otra de las manifestaciones del deber de diligencia, es la prevista en el artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud de la cual se establece que los administradores han de tener la dedicación adecuada y deben adoptar todas las medidas necesarias para la buena dirección y control de la sociedad. En este punto, respecto de las sociedades cotizadas, nos encontramos con el artículo 529 *quáter* de la Ley de Sociedades de Capital, donde se establece que los consejeros deben asistir personalmente a las sesiones que se celebren[104]. Esta interrelación entre el deber de asistencia y el deber de diligencia de los administradores se plasma en el Principio 13 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, donde se valora que la selección de los consejeros, en cualquier caso, debe garantizar que se efectúa teniendo en cuenta su disponibilidad para el desarrollo del cargo que asume desde su nombramiento. Sin duda alguna, la incorporación del ciberconsejero entre los integrantes del órgano de administración de una sociedad, cotizada o no, garantizaría su presencia e intervención en todas y cada una de las sesiones.

Por último, en el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones, tal y como se establece en el artículo 225.3 de la Ley de Sociedades de Capital[105]. Como sucedía con anterioridad, el alcance del derecho de información, por parte de los administradores, es muy amplio, pues, tal y como se deduce del contenido, podrá recabar toda la información necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, se ha limitado, pues antes se refería a la marcha de la sociedad, por lo que ahora, entendemos, no podría solicitar información sobre

[104] En el mismo sentido literal, el principio 14 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores determina que el consejo de administración se reunirá con la frecuencia necesaria para el correcto desarrollo de sus funciones de administración y supervisión y con la presencia de todos o una amplia mayoría de sus miembros.

[105] El reconocimiento expreso de este aspecto, en el contexto del deber de diligencia, se incorpora en nuestro ordenamiento a finales de 2014.

cuestiones que no se circunscriben a sus tareas, como podría ser la cliente, los secretos empresariales, entre otros (Enciso, 2019, p. 227-232).

En lo concerniente a la regulación específica de las sociedades cotizadas, y, más concretamente, a la información a la que pueden tener acceso los consejeros, el artículo 529 *quinquies* señala que todo consejero deberá *contar previamente y con suficiente antelación con la información necesaria para la deliberación y la adopción de acuerdos sobre los asuntos a tratar*. En este sentido, como se puede apreciar, a priori, esta solicitud de información podría ser muy amplia, pero lo cierto es que debiera adaptarse a las circunstancias de cada consejero, en atención a los parámetros de diligencia exigidos, los conocimientos y experiencia por los que fue designado consejero y, fundamentalmente, la decisión empresarial a tomar (Guerrero, 2014, p. 159).

No obstante, la amplitud de información a la que pueden acceder todos los consejeros se limita, en la regulación propia de las sociedades cotizadas, por dos razones. En primer lugar, la solicitud de información no sería posible, tal y como se recoge en el precepto, cuando el consejo de administración se constituya o se convoque por razones de urgencia. Ciertamente, entendemos que estas dos cuestiones recaerán sobre el presidente y el secretario del consejo de administración, porque deberán justificar las razones de urgencia que motiven la convocatoria o celebración del consejo de administración. Y, en segundo lugar, no entendido como un límite, y sí como un control, la información estará garantizada por parte del presidente del consejo de administración, auxiliado por el secretario. A nuestro entender, esta previsión es bastante generalista, pues les bastaría al presidente y al secretario del consejo de administración con la facilitación de los medios para hacer llegar la información a los consejeros, pero esto no tiene por qué garantizar que se haga efectiva la entrega de la información (Mateu de Ros, 2015, p. 121).

En el caso del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, nos encontramos tres recomendaciones sobre la información a facilitar a los consejeros, estrechamente ligadas con la preparación, formación y asesoramiento que pudieran recibir por el hecho de ostentar su cargo

dentro del consejo de administración de la sociedad cotizada en cuestión (Molina, 2020, p. 272-274).

En primer lugar, la Recomendación 29 del citado Código prevé el asesoramiento necesario que pudieran necesitar los consejeros en el ejercicio de su cargo. En este sentido, la sociedad debe establecer los cauces adecuados en relación a este asesoramiento y, además, cuando sea necesario, tendrá que sufragar el asesoramiento externo que requiera cualquier consejero. A este respecto, hemos encontrado, en relación a la información y confidencialidad, un tratamiento distinto en los reglamentos de consejos de administración de sociedades cotizadas.

A continuación, en segundo lugar, la Recomendación 31 es, a nuestro parecer, la que reproduce la normativa sobre este derecho de recabar y el derecho de exigir información por parte de los consejeros, tanto en el régimen general de las sociedades de capital, como en el régimen específico de las sociedades cotizadas. Por un lado, de forma acertada, esta recomendación redunda en la posibilidad que tienen todos los consejeros de recabar la información que estimen necesaria para poder conocer en detalle todos los asuntos a tratar en cada reunión del consejo. Pero, por otro lado, el segundo párrafo de esta recomendación, bajo nuestro entendimiento, puede acarrear numerosos problemas. Si bien mantiene las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital, prevé que cuando por razones de urgencia, se deban tomar decisiones que no constaran en el orden del día, se requerirá aprobación de la mayoría de los consejeros. Quizá, en ocasiones, esta medida pueda provocar situaciones en las que los propios consejeros no lleguen a determinar si la aparente urgencia determina la necesidad de aprobar determinadas cuestiones. No obstante, y ahí sí que hay un acierto, siempre en consonancia a la responsabilidad solidaria de los consejeros, salvo cuando alguno de ellos desconociera la conducta lesiva o estuviera en contra, la propia recomendación exige que estas circunstancias se recojan en acta. Por tanto, entendemos que el incumplimiento del deber de diligencia, en estos casos, recaerá sólo en aquellos consejeros que hubieran determinado la incorporación de un asunto a deliberar en el consejo, en atención a las razones de urgencia ya mencionadas.

Por último, en tercer lugar, al hilo de la información, pero sin necesidad de que ningún consejero deba recabar información, la Recomendación 32 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas determina que los consejeros deben periódicamente ser informados de los movimientos en el accionariado y de la opinión que los accionistas significativos, los inversores y las agencias de calificación tengan sobre la sociedad y su grupo.

Sin duda alguna, un sistema de Inteligencia Artificial Autónoma podría merecer la condición de administrador, el cual debería conocer todas las actividades concernientes al objeto social para buscar el cumplimiento del interés social (Chamorro, 2020, p. 185-198). Este concepto, siempre discutido entre corrientes contractualistas e institucionalistas, se vería así "automatizado" por la Inteligencia Artificial, pues podría introducirse en su algoritmo los distintos intereses y fines a conseguir. Es decir, dependería de la programación que se diera a la Inteligencia Artificial al no poder quedar abierto o indeterminado este extremo. Ahora bien, cabría plantearse si esta automatización evitaría los tradicionales conflictos de interés, al menos los externos, tales como los existentes entre sociedad y acreedores o, más actual, entre sociedad y medio ambiente (Martínez Muñoz, 2024, p. 178)[106]. Ciertamente, si la programación del algoritmo consiguiese sortear este tipo de conflictos y que la máquina optase siempre por adoptar la mejor decisión para el interés social teniendo igualmente en cuenta el interés del resto de

[106] No obstante, la posible sustitución del factor humano en el órgano de administración requiere un esfuerzo previo de claridad en la definición de la política de la sociedad, del interés concreto prevalente hacia el cual la Inteligencia Artificial debe orientar sus decisiones en el desarrollo del objeto social. Lógicamente, esta cuestión es de una importancia clave y de una dificultad extrema en tanto habrá de ser el programador el que establezca esos intereses, los cuáles habrán debido serles comunicados por los socios y/o gestores humanos, existiendo consecuentemente ese conflicto de interés en origen que se transmitirá al sistema de Inteligencia Artificial. Es decir, el conflicto de interés se podrá introducir como sesgo en la programación del algoritmo y hacer que esté presente en cada decisión futura que se tome.

Obsérvese cómo el estado actual de la técnica pone de manifiesto que la Inteligencia Artificial no ha alcanzado todavía una singularidad plena y sigue siendo objeto de Derecho en lugar de sujeto de Derecho. Se trata de una herramienta, de un instrumento que puede ayudar, y mucho, a la toma de decisiones, pero sin poder sustituir al facto humano. Los conflictos de interés están en la esencia del Derecho de Sociedades precisamente porque hay una disparidad de intereses, tantos como personas, no pudiendo eliminarse ni tan siquiera con la automatización del interés social al existir aquéllos en los sesgos del sistema.

stakeholders se alcanzaría un éxito rotundo en materia de gobernanza corporativa (Portellano, 2024, p. 182-183).

Sin embargo, más allá del contenido del deber de diligencia, nos encontraríamos que, por el contrario, aún siendo imperativo, no sería de aplicación el deber de lealtad al ciberconsejero. Sin duda, el sistema de Inteligencia Artificial es un sistema un sistema imparcial y carente de sentimientos, carente de sesgos "personales" y, por ello, actuaría insistentemente en la búsqueda del interés social, en atención a su programación, salvo los sesgos introducidos por el propio programador que podrían viciar todo el sistema (Muñoz, 2020, p. 9). Por tanto, la ausencia de sentimientos e intereses es una ventaja muy importante que hace a la Inteligencia Artificial no caer en ciertas conductas desleales ni conflictos de interés, debilidades humanas en su mayoría, gestionando consecuentemente la sociedad como el representante más fiel posible (Meijomil, 2023). Así, el ciberadministrador cumpliría con todas y cada una de las obligaciones del artículo 228 de la Ley de Sociedades de Capital en la medida en que no ejercitaría sus facultades para fines distintos de los preprogramados en su algoritmo, guardaría secreto de todas las informaciones, no recibiría instrucciones de terceros más allá de lo que estuviera ya grabado en su programa y evitaría toda situación de conflicto, pues sería muy complicado que la misma pudiera darse (Martínez Muñoz, 2024, p. 179).

3.2. La actuación responsable del ciberconsejero

En atención al planteamiento del régimen de los deberes de los administradores, aplicables, en su caso, a los ciberconsejeros, nos referimos, en este momento, el régimen de responsabilidad que podría exigírsele por el incumplimiento de los deberes legales, así como por los daños que, por su actuación, provoquen a la sociedad, a los socios o a terceros.

La importancia de la incorporación de un ciberconsejero en el seno de un órgano de administración de una sociedad mercantil radica, por un lado, en la cantidad de actividades que, debido a su desarrollo, puede llevar a cabo. De esta forma, el ciberconsejero podría, en base a los sistemas de Inteligencia Artificial, establecer controles de costes o de ratios de cara a la situación de solvencia de la sociedad, elaboración de

presupuestos, control de inventarios, predicción de ventas futuras sobre la base de algoritmos, identificación de ineficiencias en procesos de producción, implementación de *chatbots* y asistentes virtuales para mejorar la atención al cliente, segmentación de mercados y preparación de campañas de marketing *ad hoc*, análisis del rendimiento de los empleados para una gestión de recursos humanos más eficiente, automatización del cumplimiento de regulación y normativa, así como de los diferentes contratos de la sociedad (López-Lapuente, 2023, p. 253-256), desarrollo de nuevos productos, elaboración de propuestas de inversión para nuevos socios, etc. (Merete et ál., 2022, p. 1716). Igualmente, la Inteligencia Artificial puede hacer que se tenga en cuenta la información sobre buenas prácticas de otras empresas para así adaptarlas a la propia sociedad, por ejemplo, en materia de retribución de administradores, así como comparar diferentes parámetros con los competidores, como la inversión en gastos de Investigación + Desarrollo (I+D) o la cuota de mercado (Enriques et ál., 2019, p. 46; Martínez Muñoz, 2024, p. 168).

No obstante, más allá de la labor que puede aportar, en este momento, a la sociedad en la que un ciberconsejero sea integrante del órgano de administración, se encuentra en la atribución de la personalidad jurídica necesariamente para que, llegado el caso, sea sujeto responsable.

La solución, en este caso, estriba en dos posibilidades. En primer lugar, la atribución de la responsabilidad, de forma directa, al ciberconsejero. En este caso, si el sistema de Inteligencia Artificial se ha consolidado sin sesgos, los riesgos derivados de la actuación del ciberconsejero podrían quedar bajo la protección de la discrecionalidad empresarial. A tenor del artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

No obstante, el garante de la decisión discrecional por parte del ciberconsejero, en este momento, no es total (Petrin, 2019, p. 983)[107]. Por este motivo, en segundo lugar, la atribución de la responsabilidad de los actos y decisiones realizados por el ciberconsejero podría recaer, como en el supuesto del administrador persona jurídica, en el representante, que, en este caso, correspondería al fabricante. En consonancia con el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, la responsabilidad correspondería al proveedor o, más concretamente, al operador. Además, en esta misma línea, se manifiesta la UNESCO, en su Recomendación relativa al buen gobierno y los sistemas de Inteligencia Artificial[108].

En cualquier caso, los sistemas de Inteligencia Artificial pueden ser considerados como información, incluso necesaria, para la toma de decisiones por parte del Consejo de Administración o, bien, como un instrumento o protocolo para la toma de decisiones por parte de este. Sin perjuicio de los matices de ambas consideraciones, lo cierto es que el responsable de la decisión es siempre el Consejo integrado por consejeros personas físicas, de modo que no sufre alteración alguna el centro de imputación jurídica de la decisión ni la atribución de responsabilidades por ello. En estos casos, el Consejo de Administración debe realizar una valoración sobre el resultado o propuesta de decisión presentada por el sistema de Inteligencia Artificial, de tal forma que la decisión adoptada es en todo caso una decisión del Consejo y sobre el mismo recae su responsabilidad (Cazorla, 2024).

---

[107] Para el autor, la inteligencia emocional, la creatividad y el juicio ético solo lo tienen los seres humanos

[108] Los Estados Miembros deberían velar por que los mecanismos de gobernanza de la IA sean inclusivos, transparentes, multidisciplinarios y multilaterales (lo que incluye la posibilidad de atenuar y reparar daños más allá de las fronteras) y cuenten con múltiples partes interesadas. En particular, la gobernanza debería incluir aspectos de previsión y dispositivos eficaces de protección, seguimiento de los efectos, aplicación y reparación.

Los Estados Miembros deberían alentar a las entidades públicas, las empresas del sector privado y las organizaciones de la sociedad civil a que incorporen a diferentes partes interesadas a su gobernanza en materia de IA y consideren la posibilidad de añadir una función de responsable independiente de la ética de la IA o algún otro mecanismo para supervisar las actividades relacionadas con la evaluación del impacto ético, las auditorías y el seguimiento continuo, así como para garantizar la orientación ética de los sistemas de IA.

4. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La Inteligencia Artificial, con un desarrollo necesariamente ético y sostenible, supone un avance tecnológico que puede ofrecer numerosas ventajas a los ciudadanos, las empresas y la sociedad en su conjunto. Sin duda alguna, la Unión Europea, en los últimos años, ha apostado y apuesta por impulsar esta tecnología como mecanismo para potenciar la economía digital de Europa, pero, poco a poco, consolidando una normativa segura y fiable para la implementación de estos mecanismos en diversos sectores de actividad.

En concreto, en el ámbito de las sociedades de capital, la Inteligencia Artificial también podría encontrar aplicación. Uno de los problemas, constatados en este trabajo, deviene de la necesaria atribución de personalidad a los sistemas de Inteligencia Artificial que, llegado el momento, se empleen como ciberconsejeros. En concreto, en conexión con el deber de recabar información que corresponde al administrador, es innegable que se trata de herramientas que pueden contribuir a una eficaz adopción de decisiones en determinados casos. Por esta razón, consideramos que la Inteligencia Artificial, sin sesgos, y preparada específicamente para el desarrollo del interés social concreto de una entidad, resultaría imprescindible en el proceso de adopción de determinadas decisiones estratégicas y de negocio, y que, por parte del resto de administradores, valoren los resultados alcanzados y apliquen las medidas oportunas.

Más allá de las dudas concernientes a la incorporación de un ciberconsejero a un órgano de administración de una sociedad, y que, además, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos actualmente se restringe esta posibilidad, se encuentran supuestos de designación de algún sistema de Inteligencia Artificial en los que el administrador persona jurídica es una sociedad que presta servicios de esta naturaleza. Es innegable que esta circunstancia arroja riesgos inherentes, derivados de la propia tecnología, y, en líneas generales, el ejercicio del cargo de administrador requiere de un conjunto de cualidades mucho más amplias, propias de una persona física, pero la transformación digital avanza con tanta fuerza que la inserción de la Inteligencia Artificial en el seno de la administración de una sociedad mercantil requerirá en breve que la

legislación se adapte en la medida de lo necesario para dar cabida a esta circunstancia, al tiempo que la precisión y la seguridad jurídica sean garantes inherentes y fundamentales.

5. REFERENCIAS

Armour, J., Eidenmueller, H. (2019). Self-Driving Corporations?. *European Corporate Governance Institute – Law Working Paper,* 475, 1-44. https://bit.ly/4hdT8tt

Barrio Andrés, M. (2018). Hacia una personalidad electrónica para los robots. *Revista de Derecho Privado*, Año 102, 2, 89-107.

Cazorla González-Serrano, L. (2024, 17 de diciembre). Inteligencia artificial, consejos de administración de sociedades cotizadas y buen gobierno corporativo. *La Ley Mercantil*. https://bit.ly/4bQSlxs

Chamorro Domínguez, C. (2020). La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el seno del órgano de administración de las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades,* 59 (II), 173-206.

Coya Payeras, M. (2023). Las iniciativas de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial: de la persona electrónica, al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos. *Revista de Derecho Civil,* vol. X, núm. 2, especial, 3-40.

Enciso Alonso-Muñumer, M. (2019). El deber/derecho de información del administrador. En A. Cohen y B. González (Dirs.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales* (pp. 715-745). Tirant lo Blanch.

Enriques, L., Zetzsche, D. (2019). Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy. *European Corporate Governance Institute – Law Working Paper,* 457, 1-58. https://bit.ly/4heVGaU

García Mandaloniz, M. (2015). Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (artículos 225 y 226 de la ley de sociedades de capital. En A. Martínez-Echevarría (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores* (pp. 357-426). Aranzadi.

Gómez Sancha, S. (2023). Inteligencia Artificial. En M. Barrio Andrés (Dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía* (pp. 125-142). Wolters Kluwer.

Guerrero Trevijano, C. (2014). *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*. Aranzadi.

Kolbjørnsrud, V., Amico, R. y Thomas, R. J. (2016, 2 de noviembre). How Artificial Intelligence Will Redefine Management. Harvard Business Review. https://bit.ly/4heGZVc

Kressel, H. (2017). *Competing for the future: how digital innovations are changing the world*. Cambridge University Press.

López-Lapuente Gutiérrrez, L. (2023). La automatización de contratos. En M. Barrio Andrés (Dir.), *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía* (pp. 245-261). Wolters Kluwer.

Martínez Cañellas, A. (2024). Sociedades mercantiles administradas por inteligencia artificial: DAOS y entidades algorítmicas autónomas en Derecho español. *La Ley Mercantil,* 112, versión electrónica.

Martínez Cañellas, A. (2023). Inteligencia Artificial y Derecho de Sociedades, una primera aproximación. En I. Herbosa y D. Fernández de Retana (Coords.), *Derecho e Inteligencia Artificial. El jurista ante los retos de la era digital* (pp. 271-292). Aranzadi.

Martínez Muñoz, M. (2024). El órgano de administración y su actuación a través de medios digitales. El ciberadministrador. En C. Molina Hernández (Dir.), *La transformación digital de las empresas* (pp. 157-186). Atelier.

Mateu de Ros Cerezo, R. (2015). *Práctica de gobierno corporativo: la reforma de la Ley de sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno*. Aranzadi.

Meijomil González, A. (2023). *Deber de lealtad y responsabilidad de los administradores.* Aranzadi.

Méndez Serrano, M. M. (2024). Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?. *Derecho Privado y Constitución*, 44, 51-89.

Merete Enholm, I., Papagiannidis, E., Mikalef, P., Krogstie, J. (2022). Artificial Intelligence and Business Value: a Literature Review. *Information Systems Frontiers*, 24, 1709-1734.

Molina Hernández, C. (2020). La incorporación de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas. *Revista de Derecho Mercantil,* 317, 243-280.

Muñoz Pérez, A. F. (2020). La inteligencia artificial (IA) autónoma en el órgano de administración. *Revista de Derecho de Sociedades*, 60 (III), 1-16 (versión electrónica).

Portellano Díez, P. (2024). Decisiones financieras, inteligencia artificial y business judgement rule. En M. Fuentes Naharro y M. T. Martínez Martínez (Dirs.), *Gobierno Corporativo. Digitalización y Sostenibilidad* (pp. 179-186). Universidad Complutense de Madrid.

Quijano, J. (1985). *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*. Universidad de Valladolid.

Sainz De Aja Tirapu, B. (2023). Contratando soluciones de inteligencia artificial. Algunas consideraciones prácticas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 62, 52-70.

Veiga Copo, A. B. (2022). *Seguro y tecnología. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro*. Civitas.

Viera González, A. J. (2021). El consejo de administración telemático. En J. Rábago y S. Martínez Garrido (Dirs.), *Digitalización de sociedades* (pp. 113-129). Wolters Kluwer.

COMPORTAMIENTO ÉTICO DE LOS ANALISTAS FINANCIEROS EN LOS MERCADOS DE VALORES

IGNACIO LÓPEZ DOMÍNGUEZ
Universidad Complutense de Madrid

INÉS MARTÍN DE SANTOS
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE ÉTICA Y SU SIGNIFICADO EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

Aunque no es el objeto de este trabajo el realizar un estudio etimológico de lo que significa la palabra "ética", pues sería algo realmente complejo -existirían tantas definiciones como personas se atrevieran a definirla-, sin embargo, sí que es interesante acotar el término para saber, si quiera a grandes rasgos, el entorno en el que vamos a desarrollar las siguientes ideas.

Según el Diccionario de la Lengua Española, en su vigésima segunda edición, la segunda acepción del término "ética" es: Recto, conforme a la moral.

Por lo tanto, lo aconsejable es comprobar el significado de "moral", que, para la misma fuente, en su primera acepción, nos encontramos: Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. También la tercera acepción resulta de interés para nosotros: Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. *Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo*.

En relación con la anterior, el significado de "virtud moral", es: Hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por la sola bondad de la operación y conformidad con la razón natural.

Integrando los anteriores conceptos al ámbito en el que nos vamos a centrar, los mercados financieros, podríamos acotar que el comportamiento ético en dichos mercados supone que todos los que actúan en los mismos persiguen su propio beneficio, pero sin aprovecharse del resto de actuantes.

La verdad es que las relaciones entre ética y mercados son, cuando menos, problemáticas. Está claro que los mercados en general, el financiero en particular realiza una función económica muy importante, esto es la canalización del dinero de los ahorradores a quienes desean financiar sus actividades; pero no es menos cierto que cumple también una función ética y social, pues no sólo contribuye al interés particular, sino que responde del bien común.

Pero para que se logre ese bien común de personas y grupos que forman la sociedad, se exige una organización de la actividad económica que facilite a todos la obtención de los recursos necesarios para su desarrollo y, por tanto, las normas de actuación. El propósito de las normas y códigos éticos es establecer los estándares y valores de acuerdo con los cuales las acciones humanas son consideradas buenas o malas.

La ética se refiere a la persona, a su conducta y actuación, tanto en el plano individual como formando parte de un grupo, empresa o institución donde desarrolla su actividad (las empresas son las personas que trabajan en ella). El comportamiento moral se refiere a los individuos, no a las instituciones. Pero está claro que la actuación de las personas determina en último término la reputación de la empresa donde trabajan.

La búsqueda de ese comportamiento ético ha derivado en otras expresiones más actuales o de moda: "gobierno corporativo", "transparencia corporativa", que siguen las mismas o parecidas finalidades.

2. AGENTES QUE INTERVIENEN EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

En los mercados financieros, sean del tipo que sean, operan gran cantidad de agentes, cada uno con sus intereses y objetivos, diferentes pero

relacionados, que, a grandes rasgos, se pueden clasificar en los siguientes grupos:

- **Inversores:** no existe un único perfil del inversor sino multitud de clasificaciones, cada una de ellas haciendo hincapié en diferentes características, que condicionan sobremanera tanto su forma de actuar en los mercados como su protección frente a comportamientos no deseados. Según su capacidad financiera y de información o conocimientos, podríamos clasificarles en:

- Inversores institucionales o grandes inversores: son organizaciones -bancos, cajas, compañías de seguros, etc.- que invierten su dinero o el de terceros a través de fondos de inversión, pensiones, etc. Disponen de servicios de estudios, amplia información recibida con rapidez y sistemas de información, análisis y gestión. Cuentan con la ventaja de poder ejercer, en ocasiones, una influencia sobre el precio, ya que suelen tener ciertos porcentajes de acciones de las sociedades cotizadas y operan con gran volumen de efectivo.
- Inversores particulares o pequeños inversores: tienen menos información que los grandes inversores y basan sus decisiones en la información financiera proporcionada por la prensa, televisión, etc. Son inversores que colocan en el mercado pequeñas cantidades de ahorro.

- **Emisores de títulos**: siempre personas jurídicas; empresas cotizadas en el caso del mercado bursátil, o cualquier tipo de empresa, financiera y no financiera, en el caso del resto de emisiones de valores.

- **Mediadores:** La Ley 37/1998, de reforma de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores contempla a las denominadas Empresas de Servicios de Inversión: sociedades de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de carteras. Siendo considerados servicios de inversión los siguientes:

- La recepción, transmisión y ejecución de órdenes por cuenta de terceros.

- La gestión de carteras de inversión.
- La actuación por cuenta propia en los mercados de valores.
- La mediación en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores

Como se puede comprobar, entre las anteriores actuaciones se encuentra tanto la posibilidad de jugar el papel de broker (Agencias) como de dealer (Sociedades).

Por la parte que nos ocupa, señalar que el código de conducta de los intermediarios del mercado de valores se basa en los siguientes aspectos:

- Se dará absoluta prioridad al interés del cliente. Si se diera la circunstancia de surgir un conflicto de intereses entre los distintos clientes no se deberá favorecer a ninguno de ellos en particular.

- No se provocará una evolución artificial de las cotizaciones en beneficio propio o ajeno.

- Nunca se debe multiplicar innecesariamente -sin beneficio para el cliente- el número de transacciones.

- No se podrá atribuir a sí mismo uno o varios valores cuando tenga un cliente que los haya solicitado en idénticas o mejores condiciones.

- No se podrá anteponer la venta de valores propios a los de sus clientes, en el caso de que uno de ellos haya ordenado vender un valor en idénticas o mejores condiciones.

- Si dispone de "información privilegiada" deberá de abstenerse de realizar, ya sea de forma directa o indirecta, cualquier tipo de operación sobre los valores a los que se refiera, así como comunicarla a terceros, o recomendar la compra o venta de dichos valores.

- **Analistas Financieros**: Este conjunto de profesionales de los mercados financieros son los responsables de verter al mercado sus opiniones acerca de la previsible evolución de los activos que cotizan en dichos mercados. Por ello, su actuación

es seguida por muchos inversores. Hay una gran cantidad de clasificaciones según se atienda al método de análisis empleado (fundamentales y técnicos), o si desarrollan su actividad en el seno de una empresa (los mediadores vistos en el punto anterior), o desligados de cualquier empresa (independientes). Es precisamente este colectivo el objeto de análisis en este capítulo.

- **Supervisores**: En gran medida son los encargados de generar confianza en el sistema. Podríamos distinguir entre los públicos y los privados

- Privados: nos referimos a los departamentos, comisiones o comités de cada uno de los mercados (recordemos que los mercados no son otra cosa de sociedades anónimas cuyo objeto de negocio es ofrecer una plataforma de negociación de los activos financieros admitidos a negociación). Las sociedades rectoras de cada mercado son las primeras interesadas en velar por el correcto funcionamiento y la transparencia del mercado. Por lo tanto, el papel que desempeñan es el de vigilantes, dejando la capacidad de sanción, en su mayoría a los organismos públicos.

- Públicos: Se trata de organismos de carácter público entre cuyos objetivos se encuentran la protección del pequeño inversor y el velar por que los precios de los mercados se determinen de forma transparente, para lo cual supervisan que todos los agentes que actúan en el mercado lo hagan en igualdad de condiciones y de acuerdo con las normas establecidas. En el sistema financiero español, y relacionados con los mercados de valores, los organismos supervisores públicos son:

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV): es el organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos. Fue creada por la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, que supuso una profunda reforma de este segmento del sistema financiero español. Las Leyes 37/1998 y 44/2002 han venido a actualizar la anterior, estableciendo un marco regulador adaptado a las exigencias de la Unión

Europea, propicio para el desarrollo de los mercados de valores españoles en el entorno europeo, e incorporando nuevas medidas para la protección de los inversores. El objetivo de la CNMV es velar por la transparencia de los mercados de valores españoles y la correcta formación de precios, así como la protección de los inversores. La CNMV, en el ejercicio de sus competencias, recibe un importante volumen de información de y sobre los intervinientes en los mercados, gran parte de la cual está contenida en sus Registros Oficiales y tiene carácter público. La acción de la Comisión se proyecta principalmente sobre las sociedades que emiten u ofrecen valores para ser colocados de forma pública, sobre los mercados secundarios de valores, y sobre las empresas que prestan servicios de inversión y las instituciones de inversión colectiva. Sobre estas últimas, así como sobre los mercados secundarios de valores, la CNMV ejerce una supervisión prudencial, que garantiza la seguridad de sus transacciones y la solvencia del sistema.

La CNMV ejercerá las siguientes funciones:

- a) La supervisión e inspección de los mercados de valores.
- b) La supervisión e inspección de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de aquellos mercados.
- c) El ejercicio sobre tales personas de la potestad sancionadora.
- d) Las demás funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico vigente.

El Banco de España (BdE): El inicio de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria el 1 de enero de 1999 y la constitución del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central Europeo (BCE), ha supuesto una redefinición de algunas de las funciones que tradicionalmente venían desarrollando los bancos centrales nacionales de los países participantes en la zona del euro. En este contexto, mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre y la Ley 12/1998, de 28 de abril, ha sido necesario modificar la Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio), con el objetivo de garantizar la plena integración del Banco de España en el SEBC, reconociéndose, entre otros extremos,

las potestades del BCE en la definición de la política monetaria de la zona del euro (y su ejecución por el Banco de España) y sus facultades en relación con la política de tipo de cambio. La ley también reconoce que el Banco de España, como parte integrante del SEBC, queda sometido a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE) y a los Estatutos del SEBC. En el ejercicio de las funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC, el Banco de España se ajustará a las orientaciones e instrucciones emanadas del BCE.

Funciones como miembro del SEBC

Desde el 1 de enero de 1999 el Banco de España participa en el desarrollo de las siguientes funciones básicas atribuidas al SEBC:

- Definir y ejecutar la política monetaria de la zona del euro, con el objetivo principal de mantener la estabilidad de precios en el conjunto dicha zona.
- Realizar las operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del Artículo 109 del Tratado de la Unión Europea, así como poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas del Estado.
- Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos en la zona del euro.
- Emitir los billetes de curso legal.

Funciones como Banco Central Nacional

Respetando las funciones que emanan de su integración en el SEBC, la Ley de Autonomía otorga al Banco de España el desempeño de las siguientes funciones:

- Poseer y gestionar las reservas de divisas y metales preciosos no transferidas al Banco Central Europeo.
- Promover el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero y, sin perjuicio de las funciones del BCE, de los sistemas de pagos nacionales.

– Supervisar la solvencia y el cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito, otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida de acuerdo con las disposiciones vigentes.

– Poner en circulación la moneda metálica y desempeñar, por cuenta del Estado, las demás funciones que se le encomienden respecto a ella.

– Elaborar y publicar las estadísticas relacionadas con sus funciones y asistir al BCE en la recopilación de la información estadística necesaria.

– Prestar los servicios de Tesorería y agente financiero de la Deuda Pública.

Asesorar al Gobierno, así como realizar los informes y estudios que resulten procedentes.

– **Empresas de Servicios**: En este grupo agrupamos otro conjunto de empresas y personas que desarrollan su actividad estrechamente relacionada con los mercados financieros y que, por tanto, su actuación puede influir en mayor o menor medida tanto en los inversores como en los propios activos negociados. Nos referimos a:

– Empresas de Auditoría: La llamada auditoría financiera determina si los estados financieros preparados por la empresa se rigen y cumplen con las normas de contabilidad de general aceptación por cada país. La auditoría financiera tiene como objetivo el examen de los estados financieros por parte de un contador público diferente del que preparo la información contable, con la finalidad de establecer su razonabilidad, dando a conocer los resultados de su análisis, a fin de incrementar la utilidad que la información posee. El informe o dictamen que presenta el contador público independiente otorga fe pública a la confiabilidad de los estados financieros y, por consiguiente, de la credibilidad de la gerencia que los preparó. Una auditoría de estados financieros no se circunscribe solo a

una verificación de documentos en la contabilidad, sino que tiene un mayor alcance por cuanto comprueba si los documentos que llegan a la contabilidad para ser registrados y sintetizados en los estados representan fielmente las operaciones efectuadas en todas las áreas de la entidad como compras, producción, ventas, tesorería, etc.

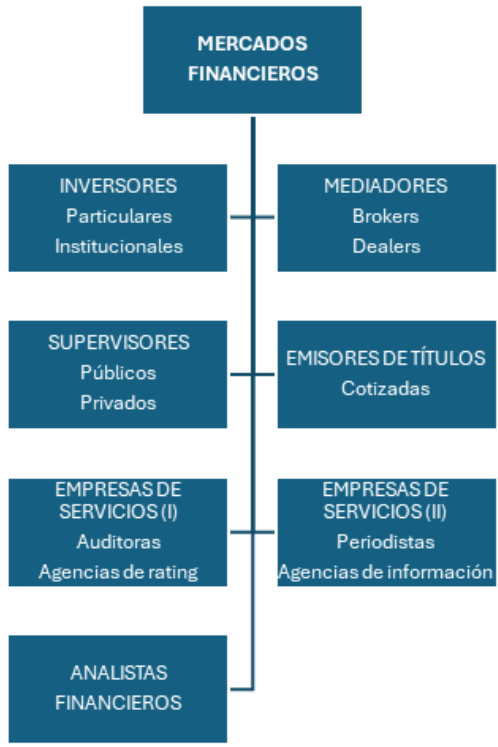
- Agencias de Calificación Crediticia: son entidades especializadas en el análisis de valores y empresas. Sus conclusiones sobre la capacidad de una compañía para hacer frente a sus obligaciones financieras, a corto y largo plazo, se plasman en el "rating". El 'rating' es un instrumento que permite a los inversores valorar el riesgo de crédito de un emisor, o de una emisión concreta, en relación con una escala de calificaciones predeterminada. Estas calificaciones se expresan con una nomenclatura que puede combinar letras, mayúsculas y minúsculas, números y signos; aunque varían de una agencia a otra, en general la mejor calificación se expresa como AAA. Algunas de estas agencias independientes son: Moody´s Investors Service, Standard and Poors o Fitch Ratings.

- Periodistas: las personas o entidades encargadas de transmitir las informaciones sobre todo lo que acontece en los mercados financieros, de forma independiente y objetiva. De la forma en que transmitan esa información, depende en gran medida la actuación de gran cantidad de inversores.

- Agencias de Información Financiera: aunque se podría englobar en el anterior apartado, en esta ocasión nos referimos a las empresas que se encuentran especializadas en la comercialización de información financiera en tiempo real. Ejemplos de ellas serían Reuters o Bloomberg.

Los anteriores actuantes en los mercados financieros se recogen de forma esquemática en la siguiente figura.

FIGURA 1. *Agentes que operan en los mercados financieros*



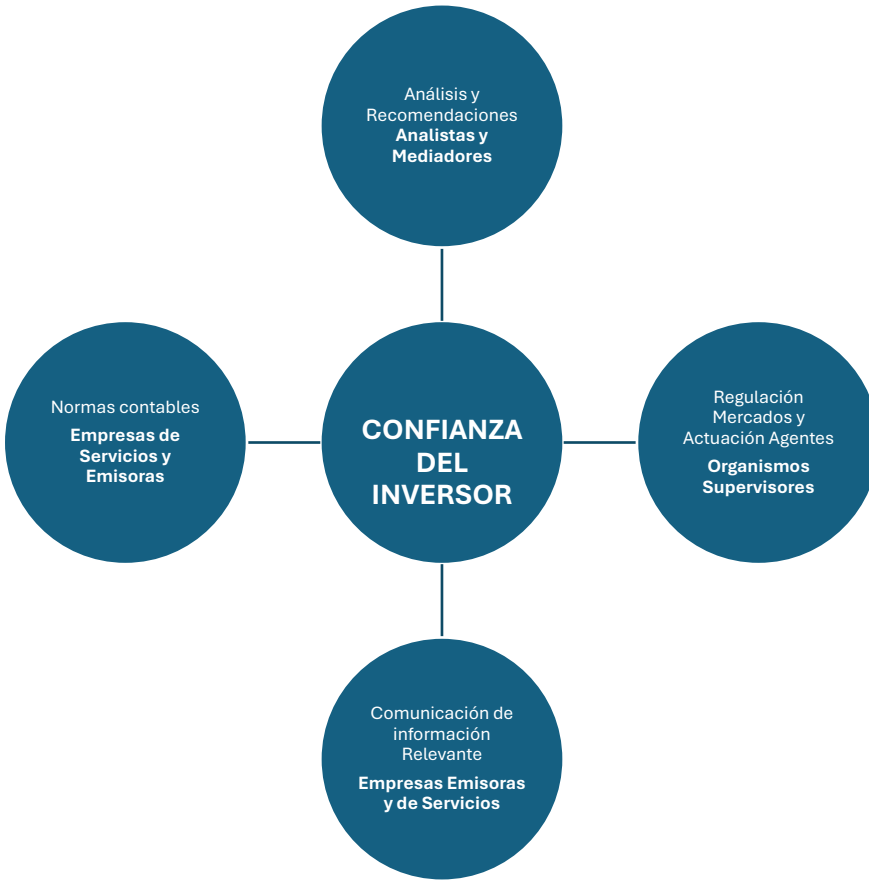
Fuente: Elaboración propia

Se podría hablar bastante sobre cada uno de los agentes señalados con anterioridad, sin embargo, dados los objetivos del presente capitulo, nos centraremos en la actuación de los analistas financieros, aunque, como es lógico por su relación con el resto de los agentes, se mencionará dicha relación cuando sea necesario.

En cualquier caso, todos estos actuantes, de una u otra forma influyen en la confianza del inversor. Por ejemplo, las empresas emisoras de títulos a través de la comunicación de información relevante; los organismos supervisores a través del control y cumplimiento de la regulación de todos los agentes; las auditoras, comprobando el cumplimento de las prácticas contables y de valoración; por supuesto los analistas, a través de sus recomendaciones.

Estos factores condicionantes de la confianza del inversor se recogen sumariamente en la siguiente figura.

Figura 2. Factores condicionantes de la confianza del inversor



Fuente: Adaptado de Blanco, F.: "Asimetrías en la comunicación con inversores", en Economistas, nº 101, 2004.

3. ACTUACIONES NO AJUSTADAS A LA ÉTICA POR PARTE DE LOS ANALISTAS

La historia de los mercados financieros se encuentra jalonada de episodios que han hecho reducir, y en momentos puntuales incluso hacer desaparecer por completo, la necesaria confianza de todos los que

operan en los citados mercados. Ninguno de los grupos de agentes señalados con anterioridad se ha librado de realizar comportamientos que nada tienen que ver con la ética: todos en mayor o menor medida han intentado influir en la cotización de los valores, de acuerdo con sus posibilidades, para manejarlos según sus intereses y conveniencia.

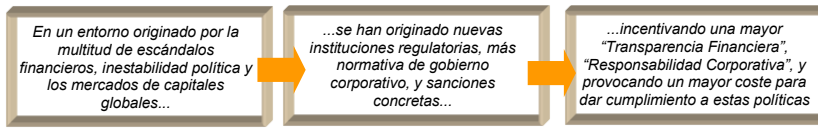
Esos diferentes episodios de escándalos financieros, aunque originados principalmente en el mercado norteamericano, pero con claros ejemplos también en España, normalmente se encuentran relacionados con: malas prácticas de gobierno corporativo, falta de transparencia informativa e, incluso, conflictos de intereses (precisamente los factores identificados como condicionantes de la confianza del inversor. Véase en este sentido la figura 2 anterior), han dañado la confianza en gestores, organismos supervisores, firmas de auditoría y mediadores financieros.

Los escándalos financieros de Enron, Parmalat, o en nuestro país, Gescartera y Forum - Afinsa, entro otros, aunque con características, causas y efectos completamente diferentes, son sólo escasos ejemplos de lo afirmado en el anterior párrafo.

Y es que el mercado de valores está siempre bajo sospecha. La eterna labor de supervisión realizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) luce muy poco. El propio ya expresidente del organismo, Manuel Conthe, ha reconocido en multitud de ocasiones la existencia de sospechas por el posible uso de información privilegiada en gran cantidad de operaciones. Por citar sólo algunos ejemplos: Riofisa, Fadesa, Urbis, Rumasa, Bankia o, más recientemente Abengoa.

Este entorno, cada vez con más escándalos contables, o con el mismo número pero que son más conocidos y de forma más rápida transmitidos a escala internacional, ha provocado la aparición de nuevos organismos, tanto de iniciativa pública como privada, cuyo objetivo es proporcionar, según el caso, más cantidad de normas, leyes o recomendaciones conducentes a conseguir una mayor transparencia en el mercado. Como una de las consecuencias de este proceso, las empresas están adoptando estándares de gobierno corporativo, lo que está repercutiendo en mayores costes (más normas de obligado cumplimiento, más costes de su plasmación).

FIGURA 3. *Evolución del gobierno corporativo*



Fuente: Fernández Puertas, E.: Conferencia "*Gobierno Corporativo y Transparencia Financiera: implicaciones y aplicación práctica*", en el marco del Congreso Nacional de Finanzas y Tesorería. Madrid, 18 de octubre de 2006

4. ANALISTAS FINANCIEROS Y PRÁCTICA PROFESIONAL

En abril de 2002, el ECOFIN solicitó de la Comisión Europea la creación del "Forum Group on Financial Analysts" con el encargo de elaborar un informe sobre "Los Analistas Financieros: Mejores prácticas para un Mercado Financiero Único Europeo".

Este trabajo se entregó en septiembre de 2003 y se abrió un plazo, que finalizó el 30 de noviembre de 2003, para que cualquier persona o entidad interesada pudiera aportar sugerencias al informe.

La Comisión ha sistematizado todas las sugerencias, agrupadas en un informe llamado "Summary Responses" que recoge y glosa las 33 respuestas recibidas desde 10 sectores profesionales diferentes de 8 países de la U.E. (entre ellos España): Bancos de Inversión, Casas de Análisis, Emisores, Gestoras de fondos, personas físicas, etcétera.

Existe un grado muy alto de acuerdo acerca de la bondad de la metodología utilizada por el Forum Group que formula 5 principios básicos y 31 recomendaciones, incluyendo la definición precisa de lo que es realmente Análisis Financiero, distinguiéndolo de otro tipo de información y del análisis sobre renta fija.

Dichos Principios son:

1. Claridad
2. Competencia profesional e integridad personal
3. Adecuación al mercado e integridad de este
4. Evitar, prevenir y gestionar los conflictos de interés
5. Revelar los conflictos de interés (punto en el que se hace hincapié).

Tras este informe, la Comisión Europea tomará la decisión de si se legisla específicamente algo más en la materia o si son ya suficientes las actuales Directivas de "Servicios Financieros" y "de Abuso de Mercado".

Son públicas las recomendaciones del llamado "Forum Group", sobre la adopción de medidas destinadas a mejorar la calidad del análisis financiero, y en particular el bursátil, desde la perspectiva de un mercado de capitales integrado europeo.

El organismo español, Instituto Español de Analistas Financieros, ha colaborado en su redacción, a través de la presencia en el grupo de uno de sus miembros, Ignacio Gómez Montejo, presidente de la Comisión de Práctica Profesional del IEAF, quien ha actuado como portavoz del Instituto y de los analistas financieros españoles en general en los debates.

Por la diversidad de puntos de vista, países de origen y procedencia profesional de sus miembros, el Informe cubre un amplio espectro de temas en los que considera que conviene efectuar recomendaciones prácticas dirigidas a los diversos partícipes en los mercados financieros, recomendaciones que pueden no ser traducibles en acciones regulatorias directas sino que, en muchos casos, van encaminadas a definir principios y normas de procedimiento (best practices) que progresivamente deberían convertirse en usos generalmente aceptados en Europa.

Parece que hay un cierto consenso en la idea de que eso sería suficiente y, en principio, no habría que trasladarlo a derecho positivo.

Y por lo que se refiere al otro aspecto clave: La disyuntiva de si el "Estatuto del Analista" debe ser regulado (como en USA y la antigua AIMR, hoy CFA Institute) o bien autorregulado, parece que, en Europa, el consenso se decanta más bien por la autorregulación.

El Instituto Español de Analistas Financieros, uno de los organismos que más se preocupa por estas cuestiones en nuestro país, suscribe plenamente y hace suyas las conclusiones del Informe, y en particular los principios y recomendaciones concretos que en él se recogen. Esta entidad considera que el buen análisis bursátil es una pieza clave para la correcta formación de los precios en los mercados y la adecuada asignación de recursos en la economía, su tasa de crecimiento y, en definitiva,

para el bienestar general de los ciudadanos y que, por tanto, es un "bien social" en cuya excelencia y transparencia todos estamos interesados.

El IEAF anima a todos los partícipes en los mercados financieros españoles –a los analistas en primer lugar, pero también a los emisores, reguladores y sociedades y agencias de valores– a asumir el espíritu del Informe, a contribuir con sus opiniones y aportaciones a su mejor y más completa difusión y, lo que es más importante, a adoptar sus recomendaciones en la medida que les conciernan, aun reconociendo que en muchos casos éstas ya se vienen practicando por la mayoría de los agentes involucrados.

5. ÉTICA Y CONFIANZA EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

Para conseguir que las conductas sean éticas y se genere confianza, la economía ha adoptado dos líneas de trabajo. Una viene dada por las normas sociales: La sociedad provee de normas y valores, y quien no las cumple recibe un castigo psicológico, queda aislado del grupo, es lo que se denomina presión social.

La segunda línea sería la del capital-reputación: Otorgar un valor económico a la reputación; si este es positivo, las personas van a confiar y a honrar la confianza. Si la conducta buena continúa, se acumula la reputación y se logra ser merecedor de confianza.

Los mercados se basan en la confianza por varias razones. Una fundamental viene dada por la función que realizan de canalizar fondos monetarios desde quienes ahorran hacia quienes invierten. Los ahorradores entregan su dinero al mercado perdiendo así el control del destino final de lo que invierten. Por lo tanto, se genera un contrato implícito en el que se existe el compromiso de velar por el buen fin de las inversiones.

Se identifican dos tipos de mecanismos que ayudarían a generar confianza en los mercados: los mecanismos formales y los mecanismos informales. Dentro de los formales se encontraría la protección legal que daría apoyo a la autorregulación de los mercados. En cuanto a los informales, la confianza se generaría a través de los contratos implícitos que funcionan por la presión que ejerce la sociedad.

6. LA ACTUACIÓN DE LOS ANALISTAS FINANCIEROS

Ya hemos señalado la importancia del papel de los analistas en la confianza de los inversores en los mercados financieros. Estos agentes no han estado exentos de polémicas y escándalos por su actuación poco ética, fundamentalmente por la existencia de los llamados "conflictos de intereses".

Coffee (2006) destaca varios conflictos frecuentes de interés que pueden perturbar la capacidad de un analista para manifestar públicamente lo que verdaderamente piensa:

1. Deseo de no enemistarse con un cliente

En la página 252 de su libro, Coffee cita el texto de la circular interna que en 1992 dirigió a todos los profesionales de Morgan Stanley uno de sus principales directivos: "Como parte de una estrategia comercial sensata, Morgan Stanley no hace nunca comentarios negativos o controvertidos sobre nuestros clientes".

2. Deseo de mantener acceso preferente a información procedente de la sociedad objeto de análisis

Con independencia de la preocupación por la información privilegiada, la mayoría de los organismos supervisores prohíben que las sociedades cotizadas puedan proporcionar cualquier información relevante con carácter selectivo, para evitar que, a cambio de esa información selectiva, se consigan mejores conclusiones en sus análisis.

3. Deseo de no perjudicar a los clientes institucionales, que suelen tener posiciones largas cuantiosas sobre los valores objeto de análisis y pueden sufrir pérdidas si un análisis adverso hace que pierdan valor.

A tales conflictos de interés se añade otro fenómeno que priva de genuina independencia a los analistas: el espíritu gregario, basado en que, desde la perspectiva de un profesional, participar en un error colectivo tiene menos repercusión personal adversa que equivocarse a solas, pues siempre se nos juzga en términos comparativos respecto a nuestros colegas.

Numerosos estudios realizados en los últimos años han cuestionado la objetividad de las predicciones y recomendaciones realizadas por los

analistas empleados en los departamentos de investigación de los bancos de inversión. La idea dominante postula que las relaciones de banca corporativa incentivan el optimismo de las recomendaciones por dos motivos: Primero, porque las empresas prefieren una cobertura optimista y para generarla, prometen a las entidades concederles como compensación contratos de aseguramiento de ofertas públicas de venta o de suscripción, que les pueden suponer importantes ingresos. Alternativamente, el optimismo de las recomendaciones podría deberse a la presión ejercida por la propia entidad sobre sus analistas para incrementar, además, las posibilidades de éxito en la ejecución de la operación.

Dada esta situación, para mejorar el funcionamiento de los mecanismos de mercado que controlan, supervisan y analizan las empresas emisoras existirían tres mecanismos:

a) Normas legales que disciplinan la función de análisis

Esas reglas están contenidas en la Unión Europea en la Directiva sobre Abuso de Mercado, transpuesta en España recientemente por el Real Decreto 1333/2005 (cuyo Capítulo IV está íntegramente dedicado a la "Presentación Imparcial de las recomendaciones de inversión y de los conflictos de interés").

Como botón de muestra de sus muchos preceptos, me referiré tan sólo al principio contenido en el art.12, a tenor del cual "cualquier persona que elabore una recomendación hará constar todas las circunstancias que puedan razonablemente poner en peligro su objetividad".

El citado Capítulo del Real Decreto se aplica exclusivamente a los analistas financieros, no a otras profesiones. Pero contiene principios deontológicos que, por analogía se los debieran aplicarse de forma voluntaria muchos otros profesionales (por ejemplo, los juristas y consultores que escriben en la prensa económica, quienes, con frecuencia, sin revelar los intereses profesionales suyos o de sus empresas, toman partido público a favor de tesis que favorecen a sus clientes).

b) Formulación de códigos deontológicos por las asociaciones profesionales, con estricta exigencia a sus asociados de que los cumplan. Por ejemplo, el papel desempeñado por la Fundación de Estudios Financieros en España.

c) Desempeño de ciertos cometidos incómodos respecto a grandes sociedades no por profesionales individuales, sino por los órganos asociativos y representativos de sus asociaciones.

7. ENTORNO LEGISLATIVO

Por lo señalado en el apartado anterior, parece que las únicas alternativas para conseguir un mercado ético y transparente se basan en la regulación, ya sea a través de entes públicos, con capacidad ejecutiva, bien a través de autorregulación, mediante recomendaciones.

En este momento resulta interesante analizar brevemente el entorno legislativo actual en el que nos encontramos en estas cuestiones. La normativa y las recomendaciones que tratan estos aspectos se encuentran recogidas de forma resumida en el cuadro siguiente.

CUADRO 1. *Legislación y recomendaciones sobre Transparencia y Gobierno Corporativo*

ÁMBITO	NORMATIVA Y RECOMENDACIONES
Internacional - USA	❖ Ley "Sarbanes Oxley Act" en EE.UU. ❖ Revisión en 2004 de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE ❖ International Accounting / Financial Reporting Standards (IAS / IFRS)
Europa - UE	❖ Plan de Acción para modificar el Derecho de Sociedades y el Gobierno Corporativo: ❖ Octava Directiva del Parlamento Europeo, aprobada por el Consejo de la Unión el 29 de abril y publicada el 9 de junio, que entró en vigor el 29 de Junio, relativa al control legal de las cuentas anuales y consolidadas y que regula la profesión de auditoría en Europa. ❖ Otras iniciativas: Informes relativos a gobierno corporativo y transparencia: informe Winter que inspirará el Plan de Acción sobre Derecho de Sociedades de la UE, Informe Cromme (Alemania), Informe Higgs y Smith (Reino Unido), Informe Vienot (Francia), etcétera. ❖ Directiva MiFID I (2004/39/CE) de la Unión Europea. ❖ Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión. ❖ Directiva MiFID II (2014/65/CE) de la Unión Europea.

España	❖ Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero ❖ Ley 26/2003 de 17 de julio para fomentar la transmisión de información al mercado, más conocida como "Ley de Transparencia" y desarrollada a partir del "Informe Aldama" ❖ Orden ministerial ECO/3722/2003 y la posterior Circular de la CNMV 1/2004 ❖ Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas ❖ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. ❖ 2014: Nueva circular de INVERCO (8 de abril) sobre la Aplicación de Criterios Medioambientales, Sociales y de Gobierno Corporativo (AGS) en la política de inversión de las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC). ❖ 2015: Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014. ❖ 2018: Transposición de la normativa MiFID II al ordenamiento jurídico español (octubre).

Fuente: Elaboración propia

La ética en el sector financiero español ha cobrado una relevancia significativa en los últimos años, especialmente tras la crisis financiera global.

En el contexto específico de los analistas financieros, el Instituto Español de Analistas Financieros (IEAF) ha desempeñado un papel crucial. En junio de 2005, el IEAF actualizó su Código de Ética y Conducta Profesional, estableciéndolo como obligatorio para sus miembros. Esta actualización demuestra el compromiso del sector por mantener altos estándares éticos y adaptarse a las cambiantes demandas del mercado y la sociedad.

El estudio aborda varios aspectos clave del comportamiento ético de los analistas financieros:

1. Transparencia en las recomendaciones: La transparencia es fundamental para mantener la confianza de los inversores. Los analistas deben proporcionar información clara y precisa sobre sus métodos de análisis y posibles conflictos de interés.

2. Gestión de conflictos de interés: Este es un área particularmente sensible. Los analistas deben ser capaces de identificar y gestionar adecuadamente los conflictos de interés para mantener su integridad profesional.

3. Integridad en el análisis: La objetividad y la rigurosidad en el análisis son cruciales. Los analistas deben resistir presiones externas que puedan comprometer la calidad de su trabajo.

4. Cumplimiento normativo: El estudio examina cómo los analistas se adhieren a las regulaciones existentes, incluyendo las normas del IEAF y las directrices de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

5. Formación continua: La complejidad del mercado financiero requiere una actualización constante de conocimientos, incluyendo aspectos éticos. Actualmente, la formación del asesor financiero es muy técnica y deberíamos ir un paso más allá. Es esencial que se formen en finanzas conductuales tanto para ser conscientes de sus propios sesgos como para intentar minimizar los de sus clientes.

El estudio también analiza la percepción de los inversores sobre la ética de los analistas. Esta percepción es crucial, ya que influye directamente en la confianza en los mercados financieros. Se explora cómo los escándalos éticos recientes han afectado esta percepción y qué medidas se están tomando para restaurar la confianza.

Además, se examina el impacto de las nuevas tecnologías en la ética del análisis financiero. La creciente importancia de la inteligencia artificial y el big data en el análisis financiero plantea nuevos desafíos éticos que deben ser abordados.

El estudio concluye con recomendaciones para fortalecer la conducta ética en el análisis financiero. Estas incluyen la mejora de los programas de formación ética, el establecimiento de sistemas de evaluación continua, y el refuerzo de los mecanismos de supervisión.

8. CONCLUSIONES

Resulta complicado terminar con una única conclusión la cuestión del comportamiento ético de los analistas en los mercados financieros. Lo que parece evidente es que su actuación es uno de los pilares de la

confianza de los inversores en dicho mecanismo del mercado. Aunque no el único.

Parece también evidente que esta actuación de los analistas, si bien no en la inmensa mayoría de los casos, resulta "interesada" y que, para conseguir cumplir los principios de transparencia e igualdad, se hace necesaria la regulación y el control de su actuación.

En este proceso nos encontramos inmersos en la actualidad, no sólo a nivel nacional sino a escala internacional.

La labor de regulación no ha acabado aquí, y la misma ha de complementarse con las recomendaciones o autorregulación que las diferentes asociaciones de profesionales existen, como el mejor camino para que los inversores recuperen la confianza perdida.

Pero atención, los analistas no son los únicos actuantes en los mercados financieros, repetimos, y sólo con un comportamiento ético por parte de todos ellos, comenzando por los poderes públicos, esa confianza en el mecanismo de mercado será repuesta.

En resumen, este estudio proporciona una visión integral del estado actual de la ética en el análisis financiero en España, destacando tanto los avances logrados como los desafíos pendientes. Su objetivo final es contribuir a la mejora de las prácticas éticas en el sector, fortaleciendo así la confianza de los inversores y la integridad del mercado financiero español.

9. REFERENCIAS

Blanco, F.: "Asimetrías en la comunicación con inversores", en Economistas, nº 101, 2004.

Coffee, J. (2006). Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance. Oxford University Press, 2006.

Fernández Puertas, E.: Conferencia "Gobierno Corporativo y Transparencia Financiera: implicaciones y aplicación práctica", en el marco del Congreso Nacional de Finanzas y Tesorería. Madrid, 18 de octubre de 2006.

López Domínguez, I. (2008). Ética y Legalidad en los Negocios. Difusión Jurídica. Capítulo 7, Comportamiento ético de los analistas financieros en los mercados de valores (pags. 265 – 314).

SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA Y DIGITALIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA JUNTA GENERAL: PROBLEMÁTICA EN LA JUNTA TELEMÁTICA[109]*

MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ
Profesora de Derecho Mercantil y Negociación
IE Law School / IE University

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ÁMBITO DE ESTUDIO

La junta telemática es objeto de estudio en este trabajo, pero no de una manera tradicional en el sentido de profundizar en la figura y en las repercusiones que la inteligencia artificial y la digitalización tienen en la misma, si no desde el punto de vista de las repercusiones que la digitalización de uno de los órganos más importantes de las sociedades de capital tiene en el ámbito de la sostenibilidad corporativa y de la ética empresarial.

En la actualidad, la normativa sobre sostenibilidad afecta a las sociedades de capital en todos los aspectos. Ya la anteriormente llamada responsabilidad social corporativa aludía a la necesidad de que las empresas, las sociedades, miraran por las repercusiones y el impacto que su actividad producía en la sociedad. Así aparece la llamada ASG (ESG) en cuanto a impacto que la actividad empresarial tiene en el medioambiente, en el ámbito social y en el ámbito del gobierno corporativo. Es en este último ámbito donde nos situamos. La pregunta de investigación que tratamos de resolver es si la digitalización de la junta general, esto

* Este trabajo se realiza en el seno del Proyecto de Investigación Proyecto I+D+i *Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial* PID2021-125466NB-I00 (financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE) y del que es Investigadora Principal Ana Belén Campuzano Laguillo.

es, que la junta general se celebre de forma telemática tiene alguna repercusión sobre la sostenibilidad y la ética empresarial.

Para responder a la pregunta anterior, estudiaremos la normativa sobre sostenibilidad corporativa y trataremos de verificar si esa digitalización de la junta favorece la sostenibilidad, es indiferente o puede menoscabarla.[110]

De la normativa aprobada en materia de sostenibilidad, nos centramos en dos Directivas fundamentalmente que son las que tratan en mayor medida el gobierno corporativo y que son: la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, (CSDDD) y la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD)[111].

La Directiva sobre diligencia debida obliga a conseguir ésta desde distintas actuaciones teniendo en cuenta que los "Principios Rectores de las Naciones Unidas" establecen que las empresas deben evitar vulnerar los derechos humanos y abordar los efectos adversos en estos derechos que hayan causado, a los que hayan contribuido o a los estén vinculadas sus propias operaciones, las de sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas. No obstante lo anterior, el concepto de diligencia debida se amplió al ámbito no solo medioambiental sino también de gobernanza. Es aquí donde analizamos si esta diligencia debida se encuentra afectada por la digitalización de la junta general o no.

Además, la Directiva CSRD que trata fundamentalmente de la obligación de presentar determinada información sobre sostenibilidad de las empresas, en el considerando 76 establece que, con arreglo al artículo 6

[110] Para un estudio en profundidad de las consecuencias de la digitalización en la sostenibilidad y gobernanza aplicados a la junta general, vid., Galeote Muñoz, P., (2023), Corporate digitalization in the european context: going one step futher, *Advocatus*, Lima.

[111] Sobre estas Directivas, hay que destacar que el.26 de febrero de 2025 se ha aprobado una propuesta de medidas o paquete Ómnibus que simplifican las obligaciones contenidas en estas directivas en materia de sostenibilidad y que habrá que analizar cómo quedan.

de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los Estados miembros están obligados a asegurarse de que los accionistas de las empresas cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión, actuando de forma individual o colectiva, tengan derecho a incluir puntos en el orden del día de la junta general. Además, se establece que cuando estos derechos estén supeditados a la condición de que el accionista o los accionistas pertinentes posean una participación mínima en la sociedad, esta participación mínima no ha de exceder del 5 % del capital social. Por lo que se refiere a la verificación de la presentación de información sobre sostenibilidad, los accionistas han de poder ejercer también los derechos establecidos en el artículo 6 de la Directiva 2007/36/CE, a fin de presentar proyectos de resolución para adopción a la junta general que exijan, en primer lugar, que un tercero acreditado que no pertenezca a la misma sociedad o red de auditoría que el auditor legal o la sociedad de auditoría que realice la auditoría legal, elabore un informe sobre determinados elementos de la presentación de información sobre sostenibilidad y, en segundo lugar, que dicho informe se ponga a disposición de la junta general.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a analizar lo que es junta telemática y sus repercusiones siempre desde la perspectiva de la sostenibilidad corporativa.

2. DIGITALIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL: LA JUNTA TELEMÁTICA

También fue la pandemia del COVID la que marcó un punto de inflexión en la regulación del modo y lugar donde se pueden celebrar las juntas generales[112]. No obstante, ya desde la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, se establecía que los estatutos de las sociedades de capital podían permitir la asistencia a la junta por medios telemáticos[113].

---

112 *Vid*., por todos, García Mandaloniz, M. (2020), *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada*, Dykinson, pp. 254-258, cuando expone la existencia ya en 2020 de las juntas exclusivamente telemáticas en sociedades cotizadas estadounidenses.

113 Si bien la Ley 26/2003, de 17 de julio reformó los artículos 105 y 106 de la Ley de Sociedades Anónimas permitiendo que el accionista pudiera ejercer su derecho de voto por, entre

En este sentido, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se establece el estado de alarma, fue seguido de otros como el Real Decreto 34/2020, de 17 de noviembre, que estableció, entre otras previsiones, que se permitían la celebración de juntas telemáticas durante todo el año 2021 aunque no existiera previsión estatutaria al respecto. Posteriormente, la Ley 5/2021, de 12 de abril[114], establece que las sociedades de capital pueden excepcionalmente y, debido a las circunstancias, convocar y celebrar juntas exclusivamente telemáticas.

Así llegamos a la redacción actual del artículo 182 y del artículo 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital actual. Si bien el artículo 182 introduce la novedad de que la asistencia telemática a la junta es posible en todas las sociedades de capital y no solo en las sociedades anónimas[115], de más calado es la introducción del artículo 182 bis que habla por primera vez de juntas exclusivamente telemáticas; se permite que en estatutos se prevea que puede acordarse la asistencia telemática a una junta. Si bien la doctrina venía pronunciándose ya a su favor[116], por primera vez la Ley lo reconoce. Igualmente, el artículo 521 de la Ley de Sociedades de Capital hace lo mismo respecto a las sociedades cotizadas.

2.1. Presupuestos de la junta telemática y la junta exclusivamente telemática

otros, medios electrónicos siempre que se asegurara la identidad del sujeto que ejerce ese derecho.

[114] Ley 5/2021, de 5 de abril que introdujo otras modificaciones que aquí no son objeto de estudio como el mecanismo del voto doble o acciones de lealtad, entre otras. En este sentido, *vid*., Fernández Larrea, I., "El mecanismo del voto doble en las sociedades cotizadas; las acciones de lealtad", *La Ley Mercantil*, 75, 2020.

[115] En este sentido destacamos que el artículo 182 se refería exclusivamente a las sociedades anónimas con lo que dejaba fuera a las sociedades limitadas, si bien la doctrina consideraba que no había motivo para la exclusión de éstas y la DGRN, en su denominación de ese momento, ya lo admitía como posible en la Resolución de 19 de febrero de 2012. Coincidimos con Fernández Larrea, I., (2024), La junta telemática, Molina Hernández, C., (Dir.), *La transformación digital de las empresas*, nota 24, p. 131.

[116] Así Alfaro, J., (2021), "Las juntas celebradas a distancia", *Almacen de Derecho*, https://bit.ly/4hTx9t4 y Álvarez Royo-Villanova, S., (2021), "Juntas telemáticas previstas en estatutos, una reforma conveniente aunque innecesaria", *Blog Fundación Hay Derecho*, https://bit.ly/41jKyn0 entre otros.

2.1.1. Posibilidad establecida en estatutos

De la regulación normativa actual deducimos que la junta telemática puede ser de dos tipos: junta híbrida telemática y junta exclusivamente telemática. La junta híbrida aparece regulada en el artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital y la junta exclusivamente telemática en el artículo 182 bis. La junta híbrida permite que el accionista o el socio elija, previa previsión estatutaria al respecto[117], si quiere asistir telemáticamente o no mientras que, en la junta exclusivamentetelemática, es la propia sociedad a través de su órgano de administración y previa previsión estatutaria también, la que decide convocar la junta de esta manera. En la primera, existe junta física pero determinados socios deciden asistir por medios telemáticos y en la segunda no existe junta física y todos los "asistentes" están conectado por medios telemáticos.

Observamos ya la primera diferencia en cuanto al origen de la decisión; en la primera es en el socio o accionista de manera individual el que lo decide, en la segunda es el órgano de administración el que puede decidir que sea así o bien la junta ha podido indicar al órgano de administración correspondiente el que se convoque de esta manera. Esto va a traer consecuencias importantes en las conclusiones de este trabajo.

[117] Como expone García Mandaloniz, M. (2020), op.cit., p. 258, "En el modelo virtual propiamente dicho, (…) no habría espacio para mermas ni retrasos. No habría necesidad de anticipar las propuestas ni las instrucciones como tampoco de posponer las respuestas a las cuestiones, salvo que se requirieran averiguaciones adicionales para unas correctas contestaciones. ¿Habría necesidad de incluir, desde el momento fundacional o tras un acuerdo de modificación de los estatutos, una cláusula estatutaria que previera la posibilidad de celebrar una junta general completamente virtual? Podría pensarse que se necesitaría para tratar de minorar la "posibilidad de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta realizada totalmente por medios electrónicos por algún accionista", como piensan Leach Ros, B.; Pérez Pueyo, A. (2019), La identificación del accionista en los supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos, ya personalmente o a través de representante, en Rodríguez Artigas, F. (et al.) (Dir.), Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados, T. I., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 265; citando a: Fernández del Pozo, L., Vicent Chuliá, F., (2020), Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación, RDM, núm. 237, p. 267. Podría convenir a estos efectos prácticos, pero debería no tener que necesitarse una cláusula estatutaria previsora y no se necesitaría si se regulase expresamente en la legislación de sociedades de capital (para anónimas y limitadas); con la única necesidad de que hubiera garantía de la identificación del socio y de la seguridad de la comunicación electrónica".

Creemos, con parte de la doctrina, que no añade nada la Ley cuando en el artículo 182 bis establece que, si los estatutos lo prevén, el órgano de administración puede autorizar las juntas exclusivamente telemáticas; son los administradores los que convocan normalmente, luego nada se añade. Distinto sería que no se hubieran introducido este tipo de juntas virtuales solo si los estatutos lo prevén y sí como una forma más de celebración de junta general. No sería necesaria la previsión estatutaria y sí que los administradores decidieran la forma presencial, virtual o híbrida que tiene en cada caso la junta[118].

Más relevante aún parece ser lo establecido en el apartado 2 del artículo 182 bis cuando señala que la modificación estatutaria que prevea la convocatoria de las juntas virtuales[119] deberá ser aprobada por socios que representen al menos dos tercios del capital presente o representado. Quizá sea este punto el que más crítica ha suscitado en la doctrina de este precepto y es obvio. Se tratan por igual a las sociedades anónimas y a las limitadas cuando las normas que rigen la adopción de acuerdos en unas y otras no son las mismas.

La redacción del artículo no puede ser calificada si no de error en este punto, en el sentido que puede conllevar diferencias no deseadas entre estos tipos societarios; simplemente apuntamos y nos remitimos a la doctrina más autorizada al respecto de que esa mayoría de al menos dos tercios de capital presente o representado altera la diferencia existente a la hora de adoptar acuerdos entre sociedades anónimas y sociedades limitadas[120]. Somos de la opinión de que hubiera sido suficiente con exigir en limitadas un *quorum* de asistencia mínimo *ex* artículo 199.2

---

[118] *Vid*., por todos, García Valdecasas, J. A., (2021), "¿Hacia Juntas Generales totalmente telemáticas?", https://bit.ly/3QBb3iX

[119] Coincidimos con Álvarez Royo-Villanova, S., que la "forma de convocar la junta telemática será la ordinaria. (…) Aunque el artículo 173 LSC exige que el sistema garantice "la recepción del anuncio por todos los socios", en realidad ningún sistema (tampoco el correo certificado, que es el sistema más común de convocatoria por escrito) puede en sentido estricto "asegurar" la recepción, que depende de la voluntad del destinatario. (…) También es posible pactar en estatutos otros medios telemáticos como remisión por mensajes telefónicos como SMS o Whatsapp" en Las juntas totalmente telemáticas previstas en los estatutos, El Notario, https://bit.ly/43emrZM

[120] *Vid*., por todos, Martín Martín, A. J., (2021), Junta de sociedad limitada exclusivamente telemática, *Notarios y Registradores*, https://bit.ly/4khA2VX

de la Ley de Sociedades de Capital y luego esa mayoría de dos tercios de socios presentes o representados.

2.1.2. Identificación de los asistentes

Para ambas modalidades la Ley exige que los sujetos que van a intervenir en la junta de forma telemática se identifiquen por estos medios telemáticos. Y decimos sujetos porque la Ley no solo habla de socios. No se añade mucho más, salvo para la exclusivamente telemática el que se tenga en cuenta el estado de la técnica y las circunstancias de la sociedad, en especial el número de socios. Hasta aquí podemos deducir que se trata de una disposición abierta en la que caben varias posibilidades, pero donde son los administradores los que deben decidirlo.

Además, es necesario tener en cuenta aquellos sujetos que deben utilizar estos medios telemáticos y que, en las juntas híbridas, son todos aquellos que quieran participar de esta manera, mientras que en las exclusivamente telemáticas están sujetos los socios y los representantes de estos, por lo que otros sujetos presentes en la junta podrían utilizar otros medios que fueran los tradicionales. En este punto consideramos que si bien, literalmente leyendo el precepto, otros sujetos en las exclusivamente telemáticas podrán utilizar otros medios, no alcanzamos a imaginarnos esa situación puesto que la junta es exclusivamente telemática, por lo que al final otros sujetos deberán utilizar esos medios telemáticos[121], ya que si no fuera este el caso estaríamos ante una junta híbrida y no exclusivamente telemática.

En cuanto a qué medios de identificación son posibles, tratando de contemplar el estado de la técnica del momento, se nos ocurren los diferentes medios:

[121] Algunos consideran aquí que algunos sujetos diferentes de los socios y sus representantes podrían incluso acudir a la junta físicamente y utilizar los medios tradicionales. Solo se nos ocurre que algunos de estos sujetos acudan presencialmente al domicilio social donde habrá una pantalla en la que se estará desarrollando la junta de forma telemática exclusivamente y ahí se identificarían. No se nos ocurre otro caso. Si el presidente de la junta y el secretario estuvieran en esa sala física y el resto conectados a ellos, estaríamos ante una junta híbrida y no exclusivamente telemática. *Vid*., Fernández Larrea, I., (2024), La junta telemática, p. 138.

En primer lugar podemos analizar las técnicas de reconocimiento facial[122]. Parece indudable que el establecimiento en la sociedad de sistemas de reconocimiento facial ayudaría a cumplir el requisito pretendido ya que las mismas parecen difícilmente alterables. Se trataría de que los socios tuvieran una especie de software que les reconociera su cara y que se identificara en ese momento al socio pudiendo entrar en la reunión o junta virtual solo si se pasa ese reconocimiento. Parece que las grandes desventajas que puede acarrear este sistema de identificación es el coste que puede suponer para la sociedad de capital en cuestión y, más grave aún el potencial riesgo de vulneración de la privacidad y/o la protección de datos aun mediando el consentimiento oportuno. No obstante, mediando el consentimiento del socio y utilizando softwares como los que ya utilizan gran cantidad de entidades no debería plantear mayor problema.

En segundo lugar podemos pensar en la posibilidad de que los socios actúen por medio de DNI electrónico, firma digital o algún sistema de doble autenticación similar al sistema Clave que utiliza la administración. Parece que sería el sistema más sencillo de todo, puesto que son sistemas de fácil acceso a todos y en principio, de fácil implementación en la sociedad. La gran mayoría de juntas telemáticas que se realizan utilizan este sistema de identificación y autenticación del socio. Como he apuntado unas líneas más arriba, somos de la opinión de que establecer un sistema de doble autenticación similar al de los comercios puede ayudar.

En tercer lugar, la más sofisticada hoy en día puede ser la tecnología blockchain[123]. Dado el estado de la técnica, creemos que el blockchain puede ser el sistema que mayores garantías ofrece en cuanto a asegurar la identidad del socio, su legitimación el ejercicio del derecho de voto. Han sido ya varias las experiencias llevadas a cabo en juntas generales

[122] *Vid*., Cotino Hueso, L., (2023), Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos, Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Derecho Público de la inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

[123] *Vid*., Muñoz Pérez, A. F., (2023), Consideraciones sobre la gobernanza en las estructuras DTL y el blockchain, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm 68, pp. 11-29.

con blockchain[124] y la seguridad es absoluta si bien su utilización es más probable en sociedades cotizadas que en sociedades pequeñas o limitadas; por cantidad de factores, pero sobre todo por la infraestructura tecnológica que requiere y el coste elevado que lleva asociado. Ahora bien, la cadena de bloques asegura que quien se encuentra ahí solo puede ser uno y que las órdenes dadas son inmutables e inalterables, luego es el mejor sistema para garantizar que la asistencia es por el socio y que es el que es y que el voto es ése y solo ése. Hoy día también se apunta al respecto al problema que puede plantearse cuando un error sucede ya que las cadenas de bloqueos no pueden modificarse.

Por supuesto podría haber otros procedimientos como sistemas de reconocimiento de huellas digitales o de voz etc., pero creemos que los anteriores pueden resultar los más importantes.

2.2. Ejercicio de los derechos del socio en las juntas híbridas y exclusivamente telemáticas

2.2.1. Asistencia a la junta y derechos relacionados

El derecho de asistencia a la junta obviamente, en este tipo de juntas, queda condicionado por los medios telemáticos e informáticos que se utilizan. No podemos determinar concretamente por qué medios telemáticos debe ejercerse este derecho de asistencia por lo que será todo aquel dentro de lo que el estado de la técnica permita que cumpla con los requerimientos legales vistos y que no suponga la presencialidad para el que lo ejerce de esa manera[125], siempre que permitan la identificación del sujeto.

Si bien para las juntas híbridas nos remitimos a lo anterior, mayores especificidades deben añadirse en cuanto a las exclusivamente

---

[124] *Vid*., Park, S. Y., Kim, M. S., Chun K., (2022), Understanding Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) as a Reaction to Corporate Governance Problem, *Smatoos Business Review* y Vriyasitavat, W., Da Xu, L., Sapsom-boon, A., Dihman, G., Hoonsopon, D., (2022) Building trust of blockchain-based internet-of-thing services using public key infrastructure, *Enterprise Information Systems*, https://doi.org/10.1080/17517575.2022.2037162

[125] *Vid*., por todos, Campuzano, A. B., (2024), El ejercicio telemático de los derechos del socio: la asistencia a la junta por medios telemáticos, Molina Hernández, C., (Dir.), *La transformación digital de las empresas*, pp. 116 y ss.

telemáticas y a las sociedades cotizadas. Respecto a las juntas exclusivamente telemáticas es necesario que se asegure que todos los asistentes a la reunión puedan participar por medios de comunicación a distancia apropiados complementados con la posibilidad de que se puedan mandar mensaje escritos durante la reunión.

Es aquí donde en las juntas exclusivamente telemáticas se da un paso cualitativo respecto a las híbridas porque se establece que estos mensajes deben permitir el ejercicio del derecho de palabra, información, propuesta y voto en tiempo real. Éste es, en nuestra opinión, el verdadero salto cualitativo que se produce en la regulación de las juntas exclusivamente telemáticas. Se permite el ejercicio en tiempo real de todos los derechos del socio, lo que aporta grandes ventajas y es coherente con la naturaleza de estas juntas pero que tiene inconvenientes para algún tipo de socio que esté sufriendo, por ejemplo, la brecha digital, como veremos más adelante.

Aparecen, por tanto, otros derechos relacionados con la asistencia como son el derecho de palabra, derecho de información, derecho de propuesta y derecho de voto en tiempo real, que queda claro cómo se debe ejercer en las juntas exclusivamente telemáticas.

No obstante, en cuanto a las juntas híbridas, será el socio el que voluntariamente decida asistir y ejercer esos derechos igualmente de forma telemática, si bien aquí el artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el derecho de intervención y el derecho a proponer los acuerdos de aquel socio que quiera puede estar condicionado a que los administradores indiquen que debe ejercerse con anterioridad a la celebración de la junta[126]. Además, se establece que el derecho de información que los socios que intervengan de forma telemática ejerciten durante la junta tendrá respuesta en la propia junta o dentro de los siete días siguientes; algo que se aplica también a las

[126] Somos de la opinión de que no es adecuado el que se exija que estos derechos se ejerzan con carácter previo a la junta puesto que el estado de la técnica permite la intervención en tiempo real; damos la razón por tanto a Fernández Larrea, I., (2024), La junta telemática, *op. cit*. p. 153 y 154.

juntas exclusivamente telemáticas pues, al no referirse, a ello se aplica lo establecido para la junta híbrida.

En relación a las sociedades cotizadas, se regula la participación a distancia que permite la participación y el voto directamente o por medio de delegación por correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que quede establecido en los estatutos de la sociedad y se garantice la identidad del sujeto que participa o vota así como la seguridad de las comunicaciones electrónicas. Por su parte, el artículo 521 de la Ley de Sociedades de Capital establece que, de acuerdo con lo establecido en estatutos, el reglamento de la junta general podrá regular el ejercicio de tales derechos y, en concreto, para las juntas exclusivamente telemáticas, además de remitirse al artículo 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital, añade que los accionistas podrán delegar o ejercitar de forma anticipada el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el orden del día mediante cualquiera de los medios que recoge el artículo y el acta de la reunión debe ser levantada por notario; especialidades éstas, por tanto, de las sociedades cotizadas.

Además de todo lo anterior, debemos considerar que este derecho de asistencia viene condicionado en estas juntas telemáticas porque la convocatoria haya reflejado el hecho de esta posibilidad o bien en las exclusivamente telemáticas el que vaya a realizarse así. En este sentido, en las juntas híbridas, la convocatoria de la junta deberá establecer los plazos, formas y modo de ejercicio de los derechos de los socios. Los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdo que vayan a formular las personas que asisten telemáticamente se remitan con anterioridad a la constitución de la junta, pudiendo producirse las respuestas a los socios o sus representantes en el momento de la junta o bien por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta.

En la exclusivamente telemática, el derecho de asistencia a la junta viene determinado porque la convocatoria así lo establezca remitiéndose en lo demás a lo establecido en para la junta híbrida.

3. PROBLEMÁTICA QUE SE PLANTEA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA

Teniendo en cuenta todo lo anterior y lo que supone en cuanto a digitalización de la junta general, se trata ahora de ver en qué medida esa digitalización cumple, fomenta o no llega a cumplir los estándares de sostenibilidad establecidos en la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, (CSDDD) y la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD).

En este sentido, debemos tener en cuenta que la sostenibilidad corporativa nos sitúa en el ámbito de la gobernanza o lo que es lo mismo en el impacto que las actuaciones de las empresas tienen en su gobierno corporativo. Podemos considerar que los aspectos que nos hacen reflexionar de la regulación de la junta general hibrida y la junta exclusivamente telemática son los siguientes:

El origen de la decisión

En la junta híbrida es el socio el que decide que quiere asistir y ejercer sus derechos de socio de manera telemática, mientras que en la exclusivamente telemática son los administradores los que en la convocatoria establecen que se celebrará de manera telemática. Una primera reflexión a este respecto nos lleva a considerar que la digitalización en la junta favorece la posibilidad de que los socios acudan por medios telemáticos que, de otra manera, no podrían asistir. No obstante, cabe plantearnos las consecuencias que puede tener para un socio cuando se convoca de manera exclusivamente telemática el que no tenga acceso a esos medios o incluso no tenga la pericia necesaria para manejarse de manera digital. Aparece la llamada brecha digital con todas las desventajas que puede tener, sobre todo, para minoritarios a los que se les puede estar “condenando” a no acudir.

En este sentido, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (CSRD), en los artículos 19 bis y 29 bis establece la información sobre sostenibilidad que debe incluirse en el informe y, en concreto, establece que se incluya "c) una descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta a las cuestiones de sostenibilidad" además de otros aspectos. Parece que puede chocar con la regulación de la junta exclusivamente telemática en la que los administradores pueden decidir que la junta se celebre así mermando entonces la capacidad de determinados socios que, normalmente, serán los minoritarios y que puede renunciar al ejercicio de sus derechos de socio en la junta por falta de medios o de pericia para manejar esos medios.

Somos de la opinión de que la solución pasa por, en las exclusivamente telemáticas, habilitar una sala en el domicilio social de la junta en la que exista una pantalla con acceso a la junta virtual de tal forma que estos socios puedan acudir a verlo allí.[127] Nos parece una buena manera de mitigar la posible brecha digital aún existente y con la que hay que contar. Juntas exclusivamente telemáticas con esta posibilidad fomentan e impactan positivamente en la gobernanza de la sociedad. Creemos que la aplicación del artículo 182 bis sin más no cumple con los estándares de una buena gobernanza. Además, según la Directiva (CSRD), la información sobre sostenibilidad debe incluir lo relativo a la diligencia debida en materia de sostenibilidad que aparece regulada en la Directiva (CSDDD). Si bien esta Directiva no afecta a la regulación como tal de la junta general, cuando la misma distingue lo que cubre la diligencia debida en cuanto a actividades *upstream* y actividades *downstream*, creemos que la diligencia debida debe incluir también la facilitación del ejercicio de derechos en los órganos de las sociedades. El origen de las decisiones se encuentra en la junta general y si

[127] Somos de la opinión de García Mandaloniz, M. (2020), *op.cit*., p. 258 y Gallego Córcoles, A., (2019), El blockchain en la junta general, Muñoz Pérez, A. F., (Dir.), *Revolución digital, derecho mercantil y token economía*, Madrid, Tecnos.

aminoramos derechos de minoritarios debería hacerse reflejar en la información sobre diligencia debida.

El ejercicio de los derechos del socio

En materia del ejercicio de los derechos del socio, de nuevo nos encontramos con la diferencia entre juntas híbridas y telemáticas.

Los derechos de intervención y propuesta en las juntas híbridas hemos visto que deben ejercerse con anterioridad a la constitución de la junta si el socio decide asistir por medios telemáticos y así lo han establecido los administradores en la convocatoria. Como hemos señalado más arriba, no entendemos la razón de esta posible exigencia cuando los medios telemáticos actuales permiten la intervención directa. En las juntas exclusivamente telemáticas se reconoce que el socio puede ejercer sus derechos de manera directa por medios telemáticos.

Plantea problemas también, sin duda, el derecho de información ejercido por los socios de forma telemática, tanto en juntas híbridas como exclusivamente telemáticas, ya que pueden tener respuesta en directo en la propia junta o durante los siete días siguientes. Somos de la opinión de que el retraso en la respuesta puede redundar en minorar el control de los minoritarios de nuevo puesto que será fácil eludir cuestiones que se hagan en tiempo real y remitir una respuesta más sencilla después. Además, no debemos olvidar que son medios telemáticos que favorecen la rapidez y el acceso a las reuniones, por lo que no tiene sentido que disponiendo de esos medios se retrase la respuesta. De nuevo, la solución de una reunión física a la que cada uno pueda conectarse o no por medios telemáticos, solucionaría este tema[128].

Finalmente, en cuanto a sociedades cotizadas, creemos que merece atención que se exija que el acta de estas reuniones sea levantada por notario y qué es lo que ocurriría si en las híbridas o en la exclusivamente telemáticas se exigiera la referida acta notarial.

En este sentido, hemos de mencionar los medios de los que dispone el notario para intervenir en juntas telemáticas, por ejemplo, mediante

[128] Gallego Córcoles, A., (2019), *op. cit.*

videoconferencia. Es el artículo 17 ter de la Ley del Notariado el que establece que el notario puede intervenir por medio de videoconferencia para una serie de actos entre los que se encuentra las actas de junta general y las de referencia en sentido estricto. El notario competente será el que lo sea del domicilio social puesto que se establece en el artículo 182 bis apartado 6 que la junta exclusivamente telemática se considerará celebrada en el domicilio social con independencia de dónde se halle el presidente de la junta[129].

4.- PROPUESTA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA EN LA REGULACIÓN DE LA JUNTA TELEMÁTICA

Finalmente, visto todo lo anterior, consideramos que la digitalización de la junta general trae grandes ventajas para el funcionamiento del día a día de las sociedades. La distancia física hace que se disuada a muchos socios de la presencia en la junta general en el domicilio social de la sociedad, que era lo habitual. Hoy día, la posibilidad de que el socio pueda asistir a la misma con medios telemáticos favorece mucho la presencia de estos lo que redunda positivamente en materia de gobernanza y, por tanto, los aspectos de sostenibilidad corporativa[130].

Además, la posibilidad de intervenir en tiempo real y de votar de este modo también ayuda a que el ejercicio de los derechos del socio se potencie, siempre que cuente con los referidos medios y con la pericia necesaria.

Ahora bien, lo anterior no debe desconocer que también existen desventajas nacidas precisamente de esa digitalización. En sociedades cerradas, la junta exclusivamente telemática, puede "condenar" a todos los socios a utilizar medios telemáticos de los que pueden no disponer, pero, sobre todo, pueden no tener la pericia ni la seguridad necesarias para utilizarlos. Además, aunque decidan utilizarlos, su derecho de intervención en la misma no se ejerce de la misma manera que si la junta

[129] Álvarez Royo-Villanova, S., (2021), *op.cit.* entre otros.

[130] Molina Hernández, C., (2024), La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas del cambio del tejido empresarial actual en España, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 70, pp. 91-122.

fuera presencial. El hecho de que se pregunte en la junta exclusivamente telemática supone que la gestión y la administración pueden no estar sujetas al mismo control que si todos estuvieran presentes físicamente. Sin duda alguna, la asistencia virtual no ejerce el mismo control sobre la gestión que la presencial[131].

Por otra parte, en la junta telemática y en la exclusivamente telemática, los socios que deciden ejercer su derecho de intervención pueden ser compelidos por los administradores a que lo ejerzan con anterioridad a la celebración de la junta y pueden ser contestados hasta siete días después de la celebración de la misma. Consideramos que esto puede suponer una alteración en el ejercicio de los derechos del socio si tenemos en cuenta que los medios telemáticos lo que favorecen es la inmediatez y no conseguimos adivinar el motivo de esta postergación a la contestación de las preguntas.

Somos favorables a la digitalización de la junta general en las sociedades de capital, pero consideramos que determinados aspectos de la regulación deben ser cambiados. Todos ellos hacen referencia a lo dicho anteriormente. En la junta híbrida regulada en el artículo 182 de la Ley de Sociedades de capital, el último inciso debía ser eliminado, en el sentido de que las preguntas o propuestas realizadas por medios telemáticos deban ser respondidas en ese mismo momento; debido al menor control que puede suponer la no presencialidad sobre los gestores, ya que pueden de manera más sencilla no contestar a todo lo formulado cuando se está de manera virtual, nos parece adecuado el exigir que se conteste en tiempo real.

En cuanto a la junta exclusivamente telemática regulada en el artículo 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital sugerimos mayores cambios. El hecho de que sean los administradores los que decidan en cada ocasión si celebrar la junta exclusivamente telemática creemos que es un exceso. Se podrían delimitar los casos concretos en los que los administradores pueden convocar así.

---

131 Gallego Lanau, M. (2022), La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital, *Monografía núm. 51*, Revista de Derecho de Sociedades.

Igualmente, por lo dicho anteriormente, apoyamos derogar el apartado 5 del artículo 182 bis por lo que solo se permitiría una respuesta en vivo o en tiempo real a las preguntas o propuestas realizadas durante la junta.

Finalmente, proponemos mejorar la redacción del apartado 2 del artículo 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto a que se trata por igual a las sociedades anónimas y a las limitadas respecto a la modificación estatutaria por la que se autorice la realización de juntas exclusivamente telemáticas. Creemos que, respecto a las sociedades limitadas, se debería haber tenido en cuenta que su régimen de convocatoria de junta, en presencial tradicional, es diferente e igual debería haber sido en juntas virtuales o telemáticas.

Terminamos siendo optimistas en cuanto a la digitalización y sus efectos en la junta general; son muchas las ventajas y, a nuestro juicio, compensan las desventajas que la propia regulación puede traer. Llamamos la atención sobre una serie de ajustes en los preceptos en aras a conseguir un impacto positivo en materia de gobernanza de las sociedades de capital lo que obviamente redundará en su diligencia debida (Directiva CSDDD) que deberá incluirse en los informes sobre sostenibilidad que poco a poco van a irse exigiendo a las sociedades de capital (Directiva CSRD).

5. CONCLUSIONES

- La digitalización de la junta general tiene consecuencias e implicaciones en la sostenibilidad corporativa de las sociedades y, en concreto, en su gobernanza.
- De la normativa aprobada en materia de sostenibilidad, fundamentalmente las Directivas que tratan en mayor medida el gobierno corporativo son: la Directiva (UE) 2024/1760 (CSDDD) y la Directiva (UE) 2022/2464 (CSRD).
- Son los artículos 182 y 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital los que regulan la junta híbrida telemática y la junta exclusivamente telemática, respectivamente. La junta híbrida es aquella en la que existe la junta física realizada de manera presencial pero algunos socios han decidido acudir a ella de

manera y por medios telemáticos. Sin embargo, la junta exclusivamente telemática es aquella en la que los administradores tienen la posibilidad de convocarla de esa manera de tal forma que todos ellos asisten de manera virtual.

– Si bien tanto una como otra tiene ventajas enormes para las sociedades de capital, también debemos tener en cuenta las desventajas y medir el impacto que éstas tienen en materia de sostenibilidad corporativa: de gobernanza.

– Como ventajas más importantes se encuentra el aumento de potenciales socios que pueden asistir obviando la distancia; la posibilidad de facilitar el proceso de intervención en tiempo real como todas aquellas ventajas que nos trae la digitalización.

– No obstante lo anterior, el objetivo de este trabajo es tratar de analizar las desventajas que esa digitalización puede traer y si existe manera de mitigarla de tal forma que podamos conseguir afirmar que la digitalización, en sede de junta general, viene a impactar de manera positiva en la sostenibilidad corporativa.

– Como desventajas o amenazas más importantes nos encontramos con que se deja en el órgano de administración la decisión de que la junta sea exclusivamente telemática, pudiendo quedar el socio a merced de que pueda intervenir a distancia o no; cosa que no ocurre en la junta híbrida telemática en la que es el socio el que decide intervenir así o acudir presencialmente.

– La existencia de brecha digital puede hacer que socios sin medios digitales adecuados o bien sin la pericia necesaria para ello, no puedan acudir a una junta exclusivamente telemática. Piénsese que ello puede ser utilizado por el órgano de administración para conseguir que determinados socios no intervengan en directo.

– En ambos formatos digitales, los administradores pueden decidir que las preguntas y propuestas realizadas en la junta se contesten en los siete días posteriores a la celebración de la junta. Parece que esto no cohonesta bien con la inmediatez que se trata de perseguir con estos medios telemáticos.

– Igualmente, en la junta exclusivamente telemática no nos parece adecuado que los porcentajes de presentes y representados necesarios en la junta que apruebe la modificación de estatutos necesaria sea igual para sociedades anónimas que para sociedades limitadas. Creemos que debe establecerse una regulación diferente para sociedades limitadas.

– Por todo ello proponemos una serie de reformas en los referidos preceptos que tratan de mitigar los efectos anteriores. Igualmente recomendamos que, al igual que sucede con la mayoría de sociedades cotizadas, se celebre siempre en el domicilio social la junta física o al menos que se habilite una sala con alguien presente de tal forma que se de la posibilidad a todos los socios de ejercer sus derechos que debe ser el fin último de la regulación. El gobierno corporativo, la gobernanza hoy día, trata de proteger a las minorías y de conseguir el máximo de transparencia en todas las actuaciones que llevan a cabo las sociedades. Con este objetivo en mente, parece que podemos utilizar lo ventajoso de la regulación para que la sostenibilidad corporativa salga favorecida. Como en el resto de las actividades y regulaciones, la innovación hoy día es manejar contextos híbridos donde lo analógico conviva con lo mejor de lo digital, sin que esto sustituya todo lo bueno de aquello.

8. REFERENCIAS

Adelsalam, O., Chantziaras, A., Batten, J. A., Ahmet Faruk Aysan, A., (2021), Major shareholders' trust and market risk: Substituting weak institutions with trust, 66 Journal of Corporate Finance https://doi.org/10.1016/j.jcorpfin.2020.101784.

Alfaro, J., (2021), "Las juntas celebradas a distancia", Almacen de Derecho, https://bit.ly/4hTx9t4

Álvarez Royo-Villanova, S., (2021), "Juntas telemáticas previstas en estatutos, una reforma conveniente aunque innecesaria", Blog Fundación Hay Derecho, https://bit.ly/41jKyn0

Las juntas totalmente telemáticas previstas en los estatutos, El Notario, https://bit.ly/43emrZM

Campuzano, A. B., (2024), El ejercicio telemático de los derechos del socio: la asistencia a la junta por medios telemáticos, Molina Hernández, C., (Dir.), La transformación digital de las empresas, Atelier.

Cotino Hueso, L., (2023), Reconocimiento facial automatizado y sistemas de identificación biométrica bajo la regulación superpuesta de inteligencia artificial y protección de datos, Balaguer Callejón, F. (Coord.), Derecho Público de la inteligencia artificial, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Fernández del Pozo, L., Vicent Chuliá, F., (2020), Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación, Revista de Derecho Mercantil, núm. 237.

Fernández Larrea, I., (2024), La junta telemática, Molina Hernández, C., (Dir.), La transformación digital de las empresas, nota 24, p. 131.

(2020) "El mecanismo del voto doble en las sociedades cotizadas; las acciones de lealtad", La Ley Mercantil, 75.

Galeote Muñoz, P., (2023), Corporate digitalization in the european context: going one step futher, Advocatus, Lima, https://doi.org/10.26439/advocatus2023.n043.6427

Gallego Córcoles, A., (2019), El blockchain en la junta general, Muñoz Pérez, A. F., (Dir.), Revolución digital, derecho mercantil y token economía, Madrid, Tecnos.

Gallego Lanau, M., (2022), La junta exclusivamente telemática en las sociedades de capital, Monografía núm. 51, Revista de Derecho de Sociedades.

García Mandaloniz, M. (2020), Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada, Dykinson.

García Valdecasas, J. A., (2021), "¿Hacia Juntas Generales totalmente telemáticas?", https://bit.ly/3QBb3iX

Lafarre, A., y Van Der Elst, Ch., (2018), Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism, 390 ECGI Working Paper.

Leach Ros, B.; Pérez Pueyo, A. (2019), La identificación del accionista en los supuestos de ejercicio del derecho de voto por medios electrónicos, ya personalmente o a través de representante, en Rodríguez Artigas, F. (et al.) (Dir.), Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados, T. I., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

Martín Martín, A. J., (2021), "Junta de sociedad limitada exclusiva mente telemática", https://bit.ly/4khA2VX

Molina Hernández, C., (Dir.), (2024), La transformación digital de las empresas, Atelier.

(2024), La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas del cambio del tejido empresarial actual en España, Revista de Derecho de Sociedades, núm. 70.

Muñoz Pérez, A. F., (2023), Consideraciones sobre la gobernanza en las estructuras DTL y el blockchain, Revista de Derecho de Sociedades, núm 68

Park, S. Y., Kim, M. S., Chun K., (2022), Understanding Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) as a Reaction to Corporate Governance Problem, Smatoos Business Review.

Recalde Castells, A., (2023), Asistencia telemática y juntas telemáticas, Nieto Carol, U., (Dir.), La digitalización en el derecho de sociedades, Tirant lo Blanch.

Recalde Castells, A., y Juste Mencía, J. (2021), Asistencia telemática a la junta y juntas exclusivamente telemáticas tras la Ley 5/2021 (art. 182 y 182 bis LSC), Revista de Derecho de Sociedades, núm. 62.

Sharma, D., Sharma, V., y Yadav, A., (2022) Interface of competition Law & Block-chain technology: a global perspective, 25 Journal of legal, ethical and regulatory issues, 1-7.

Vriyasitavat, W., Da Xu, L., Sapsom-boon, A., Dihman, G., Hoonsopon, D., (2022) Building trust of blockchain-based internet-of-thing services using public key infrastructure, Enterprise Information Systems, https://doi.org/10.1080/17517575.2022.2037162

Werbach, K. D., (2017), Trust, But Verify: Why the blockchain needs the Law, Berkeley Technology Law Journal https://doi.org/10.15779/Z38H41JM9N

ÉTICA EMPRESARIAL, VALORES Y LIDERAZGO

IGNACIO MANZANO
Universitat Abat Oliba CEU

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es revisar el concepto de ética empresarial en sentido amplio, sus distintos enfoques, la necesidad de valores y su impacto en las empresas, así como la influencia que tiene el liderazgo en su aplicación.

La ética empresarial ha sido definida e interpretada de diferentes formas, lo cual, aunque todos podemos estar de acuerdo con el concepto en genérico, su materialización entraña una serie de variantes en su aplicación. En primer lugar, podríamos definir la ética empresarial como aquel conjunto de normas y valores por los que una empresa se guía a la hora de llevar a cabo su actividad. Estamos hablado de valores compartidos, tema que abordaremos más adelante.

En orden a precisar con mayor profundidad el concepto de ética empresarial, comenzaremos primero por conocer que entendemos por ética. Según la RAE, se entiende por ética el *"conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida"*. Para profundizar en lo que entendemos por ética empresarial, podemos acudir a la European Business Ethic Network (EBEN) cuya misión es "*promover la ética y la excelencia en las empresas, aumentar la conciencia sobre los desafíos éticos en el mercado global y permitir el diálogo sobre el papel de las empresas en la sociedad*".[132] En este sentido, ampliaríamos el concepto al inferir que la ética empresarial versa sobre las prácticas de los negocios en las que se implican las normas y valores

[132] https://eben-net.online/

de los individuos, de las empresas y de la sociedad. Por tanto, tenemos una primera relación directa entre ética empresarial y valores.

2. ORÍGENES DE LA ÉTICA EMPRESARIAL

Antes de continuar con el desarrollo indicado, creo necesario hacer una breve reseña histórica referente a la aparición y evolución de la ética empresarial. Los primeros orígenes de la ética empresarial los encontramos en Estados Unidos en la década de 1970 por el escándalo de escuchas ilegales entre partidos políticos, fue el denominado *Watergate.* Este caso provocó una pérdida de confianza en las empresas y en el Gobierno de los EEUU. No obstante, no fue ésta la opinión imperante en el mundo de los negocios en aquella época, como lo manifestó el Premio Novel de Economía de 1976, Milton Friedman al establecer en su artículo de 1970 que la responsabilidad social de las empresas era incrementar su beneficio.[133] A pesar de ello, la ética de los negocios (Business Ethics) va ganando adeptos y llega a Europa, de tal forma que en 1987 se crea la European Busines Ethics Network (EBEN) adelantándose a casos de escándalos conocidos como Enron, Parmalat y WorldCom, que dieron lugar a un fuerte impulso al colocar la ética empresarial junto a los resultados empresariales y los valores de las empresas. Es ya en este siglo XXI cuando cada vez más va tomando peso en las organizaciones el concepto amplio de ética empresarial.

Llegados a este punto, cabe preguntarse ¿por qué surge y se potencia el concepto de ética empresarial? Es aquí donde la respuesta no es únicamente para evitar situaciones de casos de corrupción, estafas, abuso de poder, deslealtad, fraudes, sobornos, etc. Es cierto que una de las razones principales es evitar acciones que van contra las actuaciones éticas, pero también ha influido considerablemente la globalización con el aumento del tamaño de las empresas, la deslocalización, y la cada vez más importante reputación corporativa e imagen de la empresa. Además de las razones por las cuales surge y se potencia la ética empresarial, la propia existencia de dicho concepto en las empresas tiene un papel

[133] Friedman, M. (1970): The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits, NY-Times Magazine.

relevante en el desarrollo de su actividad, tal que facilita la motivación de los empleados a través de los valores éticos, lo cual impacta en la actitud y, por tanto, en el rendimiento, además de ser un foco de atracción de talento, y, por qué no decirlo, también de retención de este. Otro de los factores positivos es el refuerzo de la cultura empresarial con dichos valores consiguiendo con ello un elemento diferenciador de la competencia. Todo ello nos lleva al tercer elemento que se beneficia de la ética empresarial, me refiero a la imagen corporativa, a la reputación de la empresa que genera confianza entre los "stakeholders" (clientes, proveedores, empleados, accionistas, entidades financieras, etc.). Y, por tanto, a concluir que el disponer de una acertada ética empresarial es el mejor antídoto para evitar casos de corrupción.

3. VALORES Y ÉTICA EMPRESARIAL

Como indicaba al inicio, la ética empresarial tiene que ver con valores. Sin entrar en detalle en cuanto a los valores, podemos percibir que algunos de ellos serán comunes para la gran mayoría de organizaciones, pero es evidente que cada empresa tendrá sus peculiaridades, su propia cultura empresarial, y, por tanto, los valores en los que se sustenta. Por ello, la ética empresarial tiene un impacto directo en la toma de decisiones, tanto es así que en la medida que podemos concebir una empresa como algo más que un negocio, entendiendo la empresa como una comunidad de personas, podemos inferir que la toma de decisiones en la compañía impactará tanto en el interés de los empleados (impacto interno) como en clientes, proveedores, accionistas, competidores, etc. (impacto externo).

Uno de los casos más destacados en el mundo empresarial donde se produjo un grave problema de falta de ética fue el caso de Enron Corporation[134] que quebró en 2001 con una trayectoria relevante en el mercado energético americano de más de 15 años. Fue creada en 1985 y desarrolló una cultura empresarial muy competitiva y agresiva,

[134] El escándalo de Enron Corp. ha dado lugar a la película para la televisión estadounidense *"The Crooked E: The Unshredded Truth About Enron" -La verdad sobre el caso Enron-,* dirigida por Penelope Spheeris y estrenada en el año 2005. Trata el crecimiento, el fraude y posterior caída de la empresa.

focalizada en maximizar beneficios, y, como se comprobó posteriormente, en ocultar las deudas, provocando en 2001 un gran escándalo donde se constató la inexistencia de beneficios, inversores estafados, y la falta de ética empresarial. ¿Cuándo traiciona Enron la ética empresarial? Ello se produce en el momento en que decidió *"ocultar los verdaderos registros financieros con números maquillados, engañando la confianza de las personas. Con el objetivo de revelar datos que fueran más positivos de lo que en realidad eran, Enron vendió una imagen de empresa rentable y exitosa, con ganancias elevadas y sin deudas, cuando la realidad era bien diferente".*[135] De casos como el de Enron es preciso aprender e intentar evitarlos, por ello se potencia la necesidad de la ética empresarial, tanto a nivel de códigos éticos o de conducta como con leyes que lo prevengan e intenten evitar. Así fue como la ética empresarial ha ido tomando mayor relevancia y, tal es así que el caso concreto de Enron dio lugar a la publicación de la Ley Sarbanes Oxley orientada a prevenir este tipo de fraudes.

Con el ejemplo de Enron (y podríamos citar varios más), se pone de manifiesto que la aplicación de la ética empresarial es del todo imprescindible y obliga a la empresa a mantenerse dentro de los límites de la legalidad, preservando y/o mejorando su reputación y su imagen, elementos ambos muy valorados por accionistas e inversores. Pero adicionalmente al aspecto reputacional, nos encontramos con el propio funcionamiento interno de las empresas en cuanto a la gestión de sus empleados, y de esto saben mucho los directores de recursos humanos que han de mantener un equilibrio en las plantillas procurando la motivación y también reteniendo el talento. Cada vez más las nuevas generaciones son más sensibles a los aspectos éticos, hecho que se puso de manifiesto con la generación "millennials" y generaciones posteriores.

En el caso de los empleados, es muy relevante destacar lo que se establece en los códigos de conducta referente a los canales de denuncia, a través de los cuales, empleados y terceros relacionados con la empresa pueden informar de conductas faltas de ética, ilícitas e irregulares como las del

[135] https://blog.wearedrew.co/caso-de-estudio/caso-enron-la-importancia-de-la-etica-empresarial.

caso Enron o similares. El canal de denuncias está recogido en el caso español en la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en la cual se establece que la finalidad de la norma es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma.[136]

4. LA ÉTICA DE KANT Y DE ARISTÓTELES

Nos hemos referido con anterioridad a la aparición de la ética empresarial en los Estados Unidos en la década de 1970, pero si seguimos profundizando en el concepto de ética en la historia encontramos distintos enfoques de lo que ha de ser la ética, así pues, podemos identificar a la ética de influencia de Kant que considera que esa forma de actuar que hemos indicado ha de estar recogida en unos códigos detallados en los cuales se establecen y fijan las normas universales de actuación. Es aquí donde encontramos el origen de los actuales códigos éticos o de conducta que tienen la mayoría de las empresas.

En los códigos éticos o de conducta actuales encontramos una serie de criterios de actuación y valores que se fomentan en las organizaciones como los recogidos a continuación:

- Respeto a la legalidad: desarrollar la actividad profesional cumpliendo estrictamente con la legalidad vigente en cada momento y en cada lugar donde ésta sea llevada a cabo.
- Ética e Integridad: mantener, en todos los casos, un comportamiento honesto y ético, evitando y rechazando sin dudar cualquier forma de corrupción. Respetar y fomentar los valores profesionales de la empresa.
- Respeto por las personas y por las culturas: aceptar y respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por

[136] Esta ley incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019.

las Naciones Unidas, así como el resto de los convenios y tratados que emanan de dicha declaración.

- Responsabilidad: asumir las responsabilidades y actuar conforme a ellas, dirigiendo todo el esfuerzo y compromiso para cumplir los objetivos.
- Transparencia: difundir información adecuada, fiel, veraz y contrastable, tanto interna como externamente.
- Compromiso con la calidad y la excelencia: ofrecer los productos y servicios de la mayor calidad posible.
- Trabajo en equipo: trabajar juntos para un objetivo común, aplicando los criterios de actuación y valores propios de la cultura empresarial.
- Confidencialidad: tratar la información de los "*stakeholders*", clientes, proveedores, socios comerciales, accionistas y empleados con la máxima discreción y privacidad.
- Responsabilidad social: preocupación por la labor social y el entorno en el que se opera, cooperando con las autoridades y las administraciones públicas.

Por otra parte, y con una visión totalmente diferente, para el pensamiento griego encabezado por Aristóteles, el comportamiento ético ha de estar basado en una serie de virtudes que han acabado convirtiéndose en costumbre. Por tanto, no se trata de manuales o códigos, sino de forma de actuar. En este sentido, aplicando este criterio a las empresas, serán los accionistas y sus representantes en los órganos de gobierno los que promoverán la ética empresarial con su ejemplo poniendo de manifiesto y aplicando los valores éticos de la cultura empresarial. Aunque la visión del pensamiento griego exige la necesidad de un fuerte arraigo en el comportamiento de los líderes con su ejemplaridad, en el mundo actual, con unas empresas globalizadas, con una separación de la propiedad (accionistas) y la gestión (directivos) en muchos casos, con cambios constantes y a gran velocidad, se hace necesario que dicho comportamiento ético ejemplar vaya acompañado de unos códigos de

conducta que lo recojan, regulen y puedan ser comunicados a toda la organización.

Llegado este punto, podemos distinguir motivaciones externas con relación a la ética empresarial que se sustentan en la legislación, en los códigos de conducta, en la formación y la ejemplaridad, y, por otra parte, motivaciones internas como pueden ser el orgullo de pertenencia, la vocación, etc.[137]

Pero sea por falta de motivaciones externas o internas, la no aplicación de una ética empresarial sólida y bien fundamentada en valores puede llevar a la toma de decisiones que se alejen de las buenas prácticas que han de regir los negocios, e incluso derivar en la búsqueda de vías de actuación o "atajos"[138] para conseguir unos objetivos empresariales que en principio son lícitos pero que la vía por la cual se desean alcanzar no lo es. Este efecto puede ser de forma intencionada y en algunos casos, próxima al delito, mientras que en otros casos se debe a comportamientos perversos generados por la toma de decisiones. En este último caso, podemos poner como ejemplo la estructura de incentivos que una empresa tiene establecida para alcanzar los objetivos empresariales y que rigen en la retribución variable de los empleados a los que se les aplica. Si los objetivos sólo se focalizan en el corto plazo nos podemos encontrar que se estén alcanzando los mismos sin tener en cuenta criterios éticos, y ejemplo de ello lo tenemos con equipos comerciales que han vendido (o "colocado") productos financieros en clientes que realmente no sabían el riesgo que corrían ni tampoco se les explicó con el detalle necesario. Es lo que en algunos casos se ha dado en llamar "*la cultura del bonus*"[139] que focaliza todos los esfuerzos en el corto plazo.

Afortunadamente, las empresas han evolucionado en relación con los objetivos de los directivos, de forma que no sea única y exclusivamente

[137] Valls, C. (2023). Cuando nadie nos ve. ABE 2ª Ed.

[138] Martínez-Falero, B. (2023) La excelencia y la ética sin atajos. ABE 2ª Ed.

[139] Thomas, Dr. Rosamund M. (2011) "Ethics -or the lack of etichs- in the Global Financial Crisis 2007-2010, en Thomas, Dr. Rosamund M. (Coord): Teaching Ethics. Business Ethics. St. Bury Edmunds (UK): Ethics International Press, Ltd. pp 47-88.

la creación del valor para el accionista su misión[140], sino que también se tengan en cuenta los intereses del resto de los "*stakeholders*". En este sentido, Hart y Zingales (2017) proponen el establecimiento de mecanismos de gobernanza empresarial mediante los cuales los accionistas puedan transmitir a los directivos de su empresa sus preferencias sociales y consecuentemente ésta adopte medidas con un impacto social positivo, aunque puedan suponer una pérdida de rentabilidad[141]. Con esta nueva visión, nos encontramos que la ética empresarial se aplica también al medio ambiente, ya sea para reducir el impacto energético, emisiones de gases, ruido o producción de desechos, siendo uno de los valores básicos de la ética empresarial la sostenibilidad. La creencia actual es que aquellas empresas que no sean sostenibles tendrán dificultades para su continuidad, así como para captar y retener talento.

En relación con la sostenibilidad podemos indicar que es uno de los valores básicos de las empresas actuales, y para alcanzar los objetivos de un comportamiento empresarial ético y sostenible es preciso que las organizaciones sean conscientes y estén preparadas para desarrollar las siguientes áreas:

- Cumplimiento normativo ("*Compliance*"): cumplir con toda la legislación vigente, así como con las restricciones impuestas.
- Responsabilidad social: hace referencia al impacto directo que tienen las decisiones que toma la empresa en la sociedad, tanto a corto como a largo plazo.
- Cultura empresarial ética: se fundamenta en los valores éticos y que la organización tiene asumidos como propios.
- Gobierno corporativo: estructurar los órganos de gobierno en base a los valores éticos y fomentando la ejemplaridad. En el caso español podemos seguir los códigos de buen gobierno a

[140] Esta tendencia se separa de la planteada por Milton Friedman en 1970 cuyo enfoque estaba basado en la maximización del beneficio para el accionista.

[141] Hart, O. y Zingales, L. (2017): Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value, Journal of Law, Finance, and Accounting, 2: 247–274.

través de los informes Olivencia (1998), Aldama (2003) y Conthe (2006).

– Liderazgo y reputación: liderazgo basado en los valores de la empresa, de la marca, de la organización, haciendo que sea reconocida positivamente por todos los "*stakeholders*", manteniendo y mejorando su reputación.

En todas estas áreas deberán imperar una serie de valores como son la honestidad, la transparencia, el respeto, la equidad, la responsabilidad, la justicia y el cuidado del medio ambiente. Estamos, por tanto, refiriéndonos a un comportamiento ético desde el punto de vista empresarial.

5. LIDERAZGO Y VALORES

La ética empresarial no surge de forma espontánea, sino que es fruto de la creación de una cultura empresarial fraguada en el tiempo y en la que el liderazgo ha tenido su influencia. No estamos, por tanto, ante un compendio o manual de criterios de actuación y valores definidos, sino que va mucho más allá, en su aplicación en la toma de decisión de las empresas, en el seguimiento de estas, y en la observancia de su cumplimiento.

En cualquier organización, el liderazgo supone una constante adaptación a los cambios, y aún más en nuestro entorno actual donde la velocidad de los cambios es cada vez mayor por los avances tecnológicos que dan lugar a nuevas situaciones. Ello nos obliga a ser muy rigurosos en la gestión de los cambios teniendo siempre presente su impacto en la ética empresarial y en los valores de la empresa.

Por lo que respecta a la gestión del cambio, nos encontramos con varios modelos: Kotter (1995 y 2912), Galpin (1996), Lewin (1947), ADKAR (2006), etc. Entre todos ellos podemos encontrar coincidencias siendo el modelo de liderazgo de gestión de cambio de Kotter[142] uno de los que más se adapta a la situación actual, ya que, con sus ocho pasos o fases, intenta controlar y liderar el cambio desde el establecimiento de un sentido de urgencia, pasando por conseguir una coalición ganadora, una

[142] Kotter, J.P. (2012). Leading Change. Harvard Business Review Press. Boston, Massachusetts.

vez se ha establecido la visión y ha sido comunicada, buscar las "*quick wins*" para finalmente conseguir anclar el cambio en la organización y estar preparados para el siguiente cambio.

En todos estos procesos, hay un valor fundamental de quien ejerce el liderazgo como es la ejemplaridad, "dar ejemplo". Con ello se consigue que un comportamiento ético y con valores sólidos se impregne en la organización y forme parte de la cultura empresarial. Estamos refiriéndonos, por tanto, a valores que deben estar presentes en la toma de decisiones y en las acciones que se lleven a cabo por la empresa.

De todos es conocido que las empresas pasan por periodos complicados de crisis, riesgos, incertidumbres, y es en esos momentos cuando se observa la importancia de los valores. Es cuando el compromiso y la implicación en el proyecto han de surgir con fuerza para dar continuidad al proyecto o transformarlo en uno evolucionado o nuevo. En esta situación el liderazgo con aplicación de los valores es clave para conseguir superar la situación. Ejemplo de ello lo tenemos en numerosas empresas que han conseguido superar con éxito los periodos de crisis teniendo que desarrollar en muchos casos dualidad de negocios (tradicional y nuevo) con opiniones y enfoques distintos dentro de la empresa, pero cuyo éxito ha estado marcado por los valores que han sido aplicados al desarrollo de los negocios.

En la situación actual, nos encontramos en el mundo empresarial con la tendencia que marcan las tecnologías y, de lo que podemos llamar el mundo digital, con cambios exponenciales donde coexisten múltiples tecnologías disruptivas con un elevado potencial para cambiar las reglas del juego de los negocios y a gran velocidad. Actualmente, las distancias y las barreras geográficas van desapareciendo a medida que la globalización avanza, de tal forma que en un primer momento se basó en los movimientos de bienes y servicios, para incluir posteriormente los movimientos de capitales, y actualmente con los contenidos digitales. Las distancias y barreras geográficas se han empequeñecido de forma abismal, llegando, por tanto, a un mundo altamente globalizado.

Estamos ante un cambio de paradigma provocado por la digitalización que consiste en el proceso de codificar la información en formato digital

para poder reproducirla y difundirla a un coste marginal cercano a cero. En este sentido, Mesenbourg (2001, p. 2) ya nos indicaba que "*El crecimiento, la integración y la sofisticación de la tecnología de la información y las comunicaciones está cambiando nuestra sociedad y economía. Los consumidores ahora usan rutinariamente las redes de computadoras para identificar vendedores, evaluar los productos y servicios, comparar precios y ejercer influencia en el mercado. Las empresas utilizan las redes de manera aún más extensa para llevar a cabo y rediseñar los procesos de producción, racionalizar procesos de adquisición, llegar a nuevos clientes y gestionar las operaciones internas.*" A todo ello tenemos que añadir la influencia que las redes sociales, más allá de los medios de comunicación tradicionales, tienen en la percepción que los clientes, consumidores, proveedores, y "stakeholdres" en general tienen de los comentarios y valoraciones que se realizan en ellas. Es en este punto donde encontramos un posible riesgo que puede y debe ser compensado con la aplicación de criterios éticos sólidamente comunicados y practicados por las empresas. Ante esta nueva situación con cambios de paradigma en los negocios, el liderazgo y valores son el elemento fundamental para la continuidad de los negocios con un componente ético que los haga sostenibles en el tiempo.

Aunque podríamos definir muchos tipos de liderazgo en la literatura económica y empresarial, no nos hemos de referir única y exclusivamente al liderazgo de la alta dirección de las empresas, sino también a la de los mandos intermedios que contribuyen a transmitir la información de arriba a abajo y que generan compromiso en los equipos. La alta dirección ha de tener una visión estratégica, con valores transmitiendo su visión con pasión y ejemplaridad, de tal forma que el resto de la organización asuma el compromiso y actúe en su ámbito en la dirección marcada y aplicando los valores de la cultura empresarial.

En Estados Unidos aparece a finales de los años 90 la dirección por valores[143] como una nueva forma de liderazgo estratégico, consistente en liderar las empresas a través de la identificación de los valores fundamentales que han de estar incluidos en los objetivos marcados, y que han de

[143] Blanchard, K., O'Connor, M. (1996). Managing by Values. Ed. Pfeiffer Wiley.

ser seguidos por todos los miembros de la organización. Esto ha supuesto un paso más en el desarrollo de la ética empresarial basada en valores.

La aplicación de valores a la gestión empresarial nos ha de llevar a alcanzar la "excelencia empresarial", y en este sentido, la Asociación para la Búsqueda de la Excelencia[144] ha establecido seis valores que contribuyen a ello y que destacan:

- Compromiso: Responsabilidad, Lealtad, Calidad, Cumplimiento.
- Esfuerzo: Superación, Ambición, Ilusión, Exigencia, Coraje.
- Ética: Honestidad, Sinceridad, Transparencia, Veracidad, Integridad.
- Humildad: Ejemplaridad, Prudencia, Modestia, Aprendizaje.
- Sostenibilidad: Constancia, Solidaridad, Generosidad.
- Respeto: Educación, Equidad, Tolerancia, Flexibilidad,

Para alcanzar la excelencia empresarial es preciso disponer de un liderazgo claro, definido y fuerte, que sepa dar ejemplo, y que aplique las normas y los valores que conforman la cultura empresarial, consiguiendo con ello una ética empresarial que le haga diferenciarse a otras organizaciones.

La aplicación de valores a la gestión es fundamental, de hecho, siempre he pensado que "una empresa sin valores no tiene futuro". Puede tener excelentes resultados a corto plazo, pero no tiene futuro, y ejemplos de ello ha habido muchos en la historia, algunos de ellos los hemos comentado anteriormente.

La aplicación de los valores a la gestión empresarial tiene relación directa con la visión de la empresa o más concretamente con la de sus directivos para la consecución de objetivos. Uno de los problemas más graves que tienen los principales directivos es su visión cortoplacista. No digamos ya de las cotizadas con la presión del mercado en cuanto a su valor de cotización y seguimiento por parte de los inversores. El

[144] https://www.abexcelencia.org/abe/

enfoque excesivo en el corto plazo suele ser contario a una visión a largo plazo que sea sostenible. Ya sé que, como decía Keynes, "a largo plazo todos muertos", y que el corto plazo es importante, ya que sin él no hay largo plazo, pero hemos de saber hacia dónde queremos ir, tener la meta definida (aunque se vaya ajustando con el tiempo) y ejecutar en el corto plazo todo aquello que no sea contrario con la meta que nos hemos fijado. Todo ello con valores y un liderazgo excelente.

6. CONCLUSIONES

La ética empresarial es imprescindible en el mundo de los negocios, para lo cual los códigos éticos o de conducta con sus guías de actuación, sus principios y valores, y sus canales de denuncia son un elemento fundamental. El concepto de ética empresarial no sólo debe estar recogido en manuales, sino que ha de ser público y conocido por todos los que tienen intereses en la empresa, por los *"stakeholders"*. Dado el alto nivel de internacionalización y de globalidad de los negocios, es imperativo que las organizaciones trasladen sus códigos y estándares éticos a todos los lugares donde operan. Adicionalmente a ello, las empresas han de facilitar formación a sus empleados, y sus líderes han de dar ejemplo en sus acciones y decisiones, evitando cualquier falta de ética que vaya contra los valores que forman parte de la cultura empresarial.

El cambio de paradigma que se origina con la aplicación de las tecnologías, en algunos casos disruptivas, al mundo empresarial, no nos ha de hacer dejar atrás el comportamiento ético que ha de regir en las empresas y el de sus líderes basado en los valores que configuran la ética empresarial que ha de formar parte indispensable de la cultura empresarial.

Ética empresarial y valores están directamente relacionados, de forma que uno no se entiende sin el otro. La aplicación de la ética y los valores ha de hacer posible una gestión eficiente y óptima de las empresas, cuyo objetivo debe estar encaminado a conseguir la excelencia, que incluye otros objetivos intermedios.

7. REFERENCIAS

Blanchard, K., O'Connor, M. (1996). Managing by Values. Ed. Pfeiffer Wiley.

Friedman, M. (1970): The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits, NYTimes Magazine

Hart, O. y Zingales, L. (2017): Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value, Journal of Law, Finance, and Accounting, 2

Kotter, J.P. (2012). Leading Change. Harvard Business Review Press. Boston, Massachusetts

Martínez-Falero, B. (2023) La excelencia y la ética sin atajos. ABE 2ª Ed.

Mesenbourg, T.L. (2001), Measuring the Digital Economy. US Bureau of the Census.

Thomas, Dr. Rosamund M. (2011) "Ethics -or the lack of etichs- in the Global Financial Crisis 2007-2010, en Thomas, Dr. Rosamund M. (Coord): Teaching Ethics. Business Ethics. St. Bury Edmunds (UK): Ethics International Press, Ltd.

Valls, C. (2023). Cuando nadie nos ve. ABE 2ª Ed.

https://eben-net.online/ Consultado el 30/01/2025

https://blog.wearedrew.co/caso-de-estudio/caso-enron-la-importancia-de-la-etica-empresarial. Consultado el 3/01/2025

https://www.abexcelencia.org/abe/ Consultado el 12/12/2024

SOSTENIBILIDAD Y DILIGENCIA DEBIDA: LA ÉTICA EMPRESARIAL A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1760, DE 13 DE JUNIO DE 2024

MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO
Universidad Pontificia Comillas

1. INTRODUCCIÓN

La ética empresarial se refiere al conjunto de principios y normas que guían el comportamiento de una empresa, e incluye el compromiso de realizar prácticas responsables en todos los aspectos de sus operaciones y en sus relaciones con terceros. Dentro de los principios éticos que deben regir la conducta interna y las prácticas de las compañías se encuentra el compromiso con la sostenibilidad[145] y la reducción de la huella ambiental (Desjardins, 2007, p. 3).

Una organización sostenible, en sentido amplio, es aquella capaz de gestionar sus recursos actuales para satisfacer sus necesidades económicas sin agotarlos y sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Por tanto, la sostenibilidad de la organización representa un ideal que puede alcanzarse con la ayuda de una estrategia de desarrollo basada en tres pilares: desarrollo económico, responsabilidad social y compromiso medioambiental (Păunescu, 2021, p.57).

La modificación de las prácticas comerciales y productivas de las compañías pueden contribuir a reducir el impacto negativo de las empresas en el medio ambiente natural e incluso convertir a las empresas en una fuerza central para permitir la restauración ambiental, traduciendo idealmente «la creación de valor social y

[145] Sequeira Martín (2021, p.36), advierte la dificultad de que el término sostenibilidad carezca de un preciso concepto jurídico en sentido estricto, pese a su uso reiterado en las normas de muy diversos sectores del ordenamiento.

ambiental en ganancias económicas y ventaja competitiva para la empresa» (Bocken et al., 2014, p. 54-55).

La preocupación por la implicación de las empresas en la protección del medio ambiente no es nueva, en los últimos años la Unión Europea (en adelante, UE) ha aprobado importantes normas en materia de sostenibilidad empresarial, dentro del denominado Pacto Verde Europeo[146], establecido en 2019, y que instaura una serie de medidas enfocadas a situar a la UE en el camino hacia una transición ecológica, con el fin último de alcanzar la neutralidad climática en el territorio de la Unión para el año 2050[147].

El Pacto Verde Europeo es la contribución de la UE al Acuerdo de París[148], ratificado por todos sus miembros[149] y que fijó el objetivo de mantener el calentamiento global en un máximo de + 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales[150].

En consonancia con estos compromisos, la UE ha aprobado una serie de normas que regulan de responsabilidad empresarial en la protección

---

146 Los principales objetivos del Pacto Verde Europeo son: la reducción drástica de los gases de efecto invernadero hasta conseguir la neutralidad climática para 2050; establecer un modelo económico de economía circular, reduciendo la generación de residuos; una industria más limpia, más sostenible y eficiente desde el punto de vista energético; un plan para restaurar la naturaleza; la implementación de prácticas agrícolas más sostenibles y; un plan para que la transición ecológica sea justa e inclusiva que ayude a las personas que se ven más afectadas.

147 Objetivos recogidos en el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE), 401/2009 y (UE) 2018/1999. *DOUE*, núm. 243, de 9 de julio de 2021. En esta disposición la Unión se comprometió jurídicamente a alcanzar la neutralidad climática antes de 2050 y a reducir las emisiones en, al menos, un 55 % antes de 2030.

148 Aprobado en la 21.ª Conferencia de las Partes de la Convención de Naciones Unidas, más conocida como Cop-21, el 12 de diciembre de 2015.

149 Instrumento de ratificación del Acuerdo de París, *BOE*, núm. 28, de 2 de febrero de 2017. Adicionalmente, la UE había comprometido a cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (en adelante, ODS), adoptados por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas en 2015, que incluyen el objetivo de promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible. Adicionalmente, los acuerdos internacionales en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de los que son partes la Unión y los Estados miembros, tales como el Pacto de Glasgow para el Clima.

150 Conclusiones de la reunión del Consejo Europeo, de 20 de junio de 2019, en la que se adopta la Agenda Estratégica de la UE para el periodo 2019-2024. https://bit.ly/3FnleoJ

del medio ambiente, imponiendo a las compañías deberes de información sobre sostenibilidad y obligaciones para fomentar actuaciones concretas en materia de vigilancia, protección y reparación de los daños que puedan producir sus actividades en el medio ambiente[151].

En este contexto, el 13 de junio de 2024 se aprobó la Directiva (UE) 2024/1760[152], sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en adelante, Directiva CSDDD)[153]. Con la aprobación de esta Directiva se ha establecido un estándar europeo obligatorio de conducta empresarial en materia de sostenibilidad, y se sigue una tendencia que abandona el uso de instrumentos carentes de fuerza jurídica vinculante -*soft law*-[154]. Se defiende la necesidad del carácter vinculante de estas disposiciones, ya que resulta relevante para alcanzar su efectividad, la seguridad jurídica y el mantenimiento de unas condiciones equitativas de competencia entre las empresas de la UE (Ortiz-Arce Vizcarro, 2024, p. 157).

Así, como sostiene Vázquez Albert (2024, p.446), en materia de sostenibilidad este fenómeno de solidificación normativa, que supone el paso de *soft law* a *hard law,* viene impulsado por una decidida estrategia política dirigida al efectivo cumplimiento de los mencionados objetivos de desarrollo sostenible, pues, se pone en cuestión la efectividad del *soft law* para conseguir que un número significativo de empresas desarrollen las acciones requeridas para alcanzar los objetivos propuestos.

Todo ello, sin perjuicio de que en la práctica se ha podido constatar que el nivel de cumplimiento voluntario de las normas no vinculantes -*soft law*- puede resultar significativo por la importancia reputacional que

---

151 Tapia Hermida (2023) analiza los efectos de la eclosión regulatoria en materia de sostenibilidad.

152 Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. *DOUE*, núm. 1760, de 5 de julio de 2024.

153 Por sus siglas en inglés Corporate Sustainability Due Diligence Directive.

154 Además de la Directiva CSDDD, podemos referirnos, entre otras, a la Directiva (UE) 2022/2464, de 14 de diciembre de 2022, relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, *DOUE*, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022; o al Reglamento (UE) 2020/852, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, *DOUE*, núm. 198, de 22 de junio de 2020.

tienen estas medidas y su eventual impacto financiero[155], especialmente entre empresas de mayor envergadura (Del Vals Talens, 2023; Martínez-Echevarría y García de Dueñas, 2022; Portellano Díez, 2024)[156].

En definitiva, se reconoce la necesidad de una implicación de las empresas en la lucha contra el cambio climático, por lo que la responsabilidad de su conservación ya no recae únicamente sobre los Estados, sino que las empresas y sus gestores deben asumir responsabilidades en la adopción de medidas efectivas para la conservación del medioambiente, el respeto a los derechos humanos y la buena gobernanza. Las empresas se convierten en actores principales y destinatarios de la estrategia de sostenibilidad asumida por los poderes públicos (Vázquez Albert, 2024, p.446).

Como analizaremos en el presente trabajo, la tramitación y aprobación de la Directiva CSDDD no ha estado exenta de dificultades (Márquez Carrasco et al., 2024) y, como consecuencia de ello, el texto definitivo aprobado difiere de la propuesta inicial presentada[157]. Las modificaciones incorporadas en el texto final de la Directiva CSDDD son, en buena medida, consecuencia de la preocupación expresada por muchos

[155] Se ha demostrado que la adhesión a estándares empresariales responsables genera numerosos beneficios, como una buena reputación de marca, mayores ingresos por ventas, fidelización de clientes, reducción de costos operativos, retención de empleados y mayor productividad, muchas empresas manufactureras están adoptando rápidamente estrategias y medidas destinadas a garantizar la sostenibilidad y la responsabilidad con las partes interesada (Alhouti y D'Souza, 2018, p.277; Panwar et al., 2016, p.578).

[156] Al respecto, puede verse el Informe de 2024 del Pacto Mundial sobre Sostenibilidad en las empresas del IBEX 35, análisis 2023, que refleja los avances empresariales en la integración y reporte en materia de gobernanza de las empresas del IBEX 35, poniendo de manifiesto que el 100% de las empresas cuentan con un código ético, y el 97% de los Consejos; el 86% de los ejecutivos/as cuentan con una remuneración vinculada al desempeño en relación con cuestiones de sostenibilidad. Sin embargo, sólo el 14% de las empresas indica que parte de su inversión empresarial actual está alineada con los ODS. Asimismo, el 89% de las empresas del IBEX 35 cuenta con una comisión o comité específico de sostenibilidad; el 71% de las empresas desarrolla productos o servicios alineados con este ámbito y el 66% ofrecen formación en materia de sostenibilidad a sus proveedores. Por último, cabe destacar que prácticamente la totalidad (97%) de las empresas del IBEX 35 verifican por un tercero la información comunicada. Informe disponible en: https://bit.ly/3QSaQb5.

[157] Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. https://bit.ly/3DrVAPc

Estados miembros en relación con la posible pérdida de competitividad de las empresas europeas, principalmente en aquellos sectores de la economía en las que tienen que competir con empresas de terceros países que no se encuentran sujetas a regulaciones análogas.

Es evidente que las mencionadas preocupaciones no se han visto disipadas de forma definitiva, a pesar de que, el texto definitivo de la Directiva rebaja algunas exigencias respecto a la propuesta inicial. Prueba de ello es que la Comisión Europea presentó, el pasado 28 de febrero de 2025, el primer paquete de propuestas para la simplificación de las normas sobre sostenibilidad e inversiones de la UE (en adelante, paquete ómnibus)[158], que incluye dos propuestas de directiva por las que se modifican la Directiva CSRD[159] y la Directiva CSDDD y se aplaza la aplicación de los requisitos de información de la Directiva CSRD y el plazo de transposición y de aplicación de la Directiva CSDDD, un proyecto de acto delegado por el que se modifican los actos delegados en materia de Taxonomía y dos propuestas de reglamento por las que se modifican el Reglamento del Mecanismo de ajuste en frontera por carbono[160] y el Reglamento InvestEu[161].

De acuerdo con lo indicado en la propuesta, este primer paquete tiene como objetivo simplificar y reducir la carga administrativa y los costos de cumplimiento para las empresas. En lo que respecta a la Directiva CSDDD, el paquete ómnibus persigue simplificar los requisitos de diligencia debida para que las empresas eviten complejidades y costes innecesarios; aumentar la armonización de los requisitos de diligencia debida para garantizar unas condiciones de competencia equitativas en toda la UE; eliminar las condiciones de responsabilidad civil de la UE,

---

158 Propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 y (EU) 2024/1760 en lo que respecta a ciertos requisitos de informes de sostenibilidad corporativa y diligencia debida. bit.ly/4iNO0NS

159 Directiva 2014/95/UE.

160 Reglamento (UE) 2023/956, de 10 de mayo de 2023 por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono. *DOUE*, núm. 130, de 16 de mayo de 2023

161 Reglamento (UE) 2021/523, de 24 de marzo de 2021 por el que se establece el Programa InvestEU y se modifica el Reglamento (UE) 2015/1017. *DOUE*, núm. 107, de 26 de marzo de 2021.

preservando al mismo tiempo el derecho de las víctimas a una indemnización completa por los daños causados por el incumplimiento de las normas pertinentes; y dar a las empresas más tiempo para prepararse con el fin de cumplir los nuevos requisitos aplazando un año la aplicación de los requisitos de diligencia debida en materia de sostenibilidad.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

2.1. Criterios de aplicación directa

En lo que respecta al ámbito de aplicación de Directiva, lo primero que hay que tener en cuenta es que el sujeto obligado debe estar comprendido en la definición de «empresa» que recoge el artículo 3.1. y que, además, tendrá que cumplir los criterios establecidos en algunos de los supuestos enunciados en el artículo 2, que analizaremos a continuación.

En primer lugar, el artículo 2 establece un criterio general para la determinación del ámbito subjetivo de aplicación, quedando sujetas a las obligaciones de diligencia debida las empresas constituidas con arreglo a las normas de alguno de los países miembros de la UE[162], siempre que superen un volumen neto de negocios a nivel mundial de 450 millones de euros en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero y que empleen a una media de más de mil trabajadores. Asimismo, los deberes de diligencia debida se aplican a empresas constituidas en terceros estados[163], sin embargo, en este caso no se tendrá en cuenta el número de trabajadores empleados y, para la estimación de la cifra de negocios antes señalada sólo se tomarán como referencia los resultados obtenidos por la empresa en el territorio de la Unión en el ejercicio financiero precedente al último ejercicio financiero.

---

[162] Existe diversidad de criterios en los Estados miembros respecto a la determinación de la ley que rige la constitución de la sociedad, dado que algunos han seguido el criterio de la sede real o efectiva, correspondiente al lugar de la administración central, como ocurre en el caso de España, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, *BOE*, núm. 161, de 3 de julio de 2010.

[163] De este modo se limita el fraude de ley que pudiera cometerse por aplicación del criterio referido al lugar de constitución, puede verse al respecto Ortiz-Arce Vizcarro (2024, p. 156, nota 33).

Respecto a la configuración del criterio general, es necesario recordar que, en el texto aprobado de la Directiva se redujeron los umbrales de aplicación en comparación con la propuesta inicial presentada. La propuesta inicial contemplaba las obligaciones de diligencia debida para empresas con más de 500 empleados y un volumen de negocios neto superior a 150 millones de euros, pero, como explica Reyes Palá (2024, p.2), la Directiva se encontró con dificultades en el proceso de tramitación y el texto no obtuvo la mayoría necesaria para su aprobación en el Consejo, lo que obligó a elevar el umbral de exenciones a su aplicación respecto al inicialmente previsto[164].

Otro cambio significativo, en lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, se produjo con la eliminación de la obligación de diligencia debida para las empresas de menor tamaño comprendidas en sectores considerados de «alto riesgo» que recogía la propuesta inicial, se trataba de empresas que, aunque no alcanzaran los umbrales generales, quedarían sujetas siempre y cuando contaran con más de 250 trabajadores y un volumen de negocios neto superior a 40 millones euros en el último ejercicio financiero y que al menos 20 millones euros se hubieran generado en uno o varios de los sectores considerados de «alto riesgo»[165]. Por tanto, excluido el enfoque sectorial y atendiendo estrictamente al texto definitivo aprobado, el criterio general se aplica únicamente a empresas de mayor tamaño, de acuerdo con los umbrales a los que nos hemos referido al inicio de este apartado – mil empleados y 450 millones de euros-.

[164] La reducción de los umbrales se debió a la posición del Consejo de la Unión Europea, que propuso aumentar el umbral de empleados y volumen de negocios, en atención a la preocupación de algunos Estados miembros por los efectos que la Directiva podría tener en la pérdida de competitividad de las empresas europeas, especialmente en sectores donde las empresas europeas compiten con empresas de terceros países que no estarían sujetas a regulaciones similares (Asensio Gallego, 2024).

[165] De acuerdo con la propuesta, entre los «sectores de riesgo» estaban incluidos: la industria de fabricación de textiles, cuero y productos afines y comercio mayorista de textiles; la agricultura, silvicultura, pesca, fabricación de productos alimenticios y comercio mayorista de materias primas agrícolas, animales vivos, madera, alimentos y bebidas; o sectores relacionados con la extracción de recursos minerales, con independencia de su lugar de extracción de recursos naturales, fabricación de productos básicos de metal y el comercio mayorista de dichos recursos.

Volviendo al ámbito de aplicación directa de la Directiva CSDD, en segundo lugar, nos encontramos con que se considera sujeto obligado por la Directiva a la matriz última de un grupo, si alcanza las cifras indicadas en el criterio general, en los estados financieros consolidados correspondientes al ejercicio anterior al último ejercicio financiero[166].

En tercer lugar, las obligaciones de la Directiva también resultan de aplicación a empresas que formen parte de una red de colaboración empresarial, siempre que reúnan las condiciones a las que se refiere el artículo 2.c). En concreto, se trata de que empresas que hayan celebrado acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando dichos acuerdos garanticen una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes, y cuando dichos cánones asciendan a más de 22,5 millones de euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o deberían haberse aprobado estados financieros anuales, y siempre que la empresa (o la matriz del grupo)[167] haya tenido un volumen de negocios mundial neto superior a 80 millones de euros en el último ejercicio para el que se hayan aprobado[168].

---

[166] Ver arts. 2.1.c) y 2.2.b) Directiva CSDDD. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2, cuando la empresa matriz última tenga como actividad principal la tenencia de acciones en filiales operativas y no participe en la toma de decisiones de gestión, operativas o financieras que afecten al grupo o a una o más de sus filiales, podrá quedar exenta del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Directiva, no obstante, la aplicación de esta exención está sujeta a la condición de que una de las filiales de la matriz última establecida en la Unión sea designada para cumplir las obligaciones establecidas en los arts. 6 a 16 y 22 de la Directiva en nombre de la matriz última, incluidas las obligaciones de esa última con respecto a las actividades de sus filiales y, en tal caso, se tendrá que dotar a la filial designada de todos los medios y la autoridad jurídica necesarios para cumplir dichas obligaciones de manera efectiva, en particular para garantizar que la filial designada obtenga de las empresas del grupo la información y los documentos pertinentes para cumplir las obligaciones de la empresa matriz última en virtud de la Directiva.

[167] Por lo que respecta a esas empresas matrices últimas, debe cumplir las obligaciones de la Directiva la empresa matriz última o, en su lugar, en caso de que esta tenga como actividad principal la tenencia de acciones en filiales operativas y no participe en la toma de decisiones de gestión, operativas o financieras que afecten al grupo o a una o varias de sus filiales, debe cumplirlas una filial operativa establecida en la Unión, con arreglo a las condiciones previstas en la propia en la Directiva.

[168] En el caso de empresas matrices de terceros estados la facturación comprendida para el cálculo se circunscribe a la cifra de negocios obtenida en el territorio de la Unión.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que la Directiva CSDDD excluye del ámbito de aplicación a los «FIA» o fondos de inversión alternativa[169] y de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 2009/65/CE[170], aunque cumplan los requisitos antes mencionados.

Cuando una empresa cumpla las condiciones establecidas en algunos de los criterios anteriores, la Directiva sólo se aplicará si las condiciones se cumplen en dos ejercicios consecutivos y dejará de aplicarse cuando dichas condiciones dejen de cumplirse en cada uno de los dos últimos ejercicios pertinentes[171].

Por otro lado, en lo que respecta a las pequeñas y medianas empresas (pymes)[172], tanto la propuesta inicial como en el texto final aprobado, la Directiva las excluye de su ámbito subjetivo de aplicación. Sin embargo, aunque en principio no aparecen como sujetos obligados[173], eventualmente podrían verse afectadas si forman parte de la cadena de suministro o de actividades de otras empresas incursas en el ámbito de la aplicación de la Directiva ya que, como veremos a continuación, la Directiva CSDDD impone la aplicación indirecta del deber de diligencia debida[174].

---

169 Tal y como se define en el art. 4.1.a) de la Directiva 2011/61/UE, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos. *DOUE*, L 174/1, de 1 de julio de 2011. https://bit.ly/41SHdN6

170 Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). *DOUE*, L302/30, de 17 de noviembre de 2009.

171 Cfr. art. 2.5 Directiva CSDDD.

172 Definidas en el art. 3.1.i) Directiva CSDDD como: una microempresa o una pequeña o mediana empresa, independientemente de su forma jurídica, que no forme parte de un gran grupo, conforme a las definiciones del artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 7 de la Directiva 2013/34/UE.

173 El Considerando 69 de la Directiva CSDDD justifica su exclusión con el objetivo de mitigar la carga financiera o administrativa que pesa sobre las mismas. No obstante, se anima a las empresas cuyos socios comerciales sean pymes a «ayudarlas a cumplir las medidas de diligencia debida y a aplicar requisitos justos, razonables, no discriminatorios y proporcionados con respecto a las pymes».

174 En particular, las empresas de menor tamaño sujetas a la obligación de elaborar informes de sostenibilidad conforme a la Directiva CSRD, ya que deberán informar de estos sistemas de gestión respecto de los riesgos identificados como significativos en el análisis de doble materialidad – materialidad financiera y materialidad de impacto- al que se refiere la norma.

2.1. Criterios de aplicación indirecta

Tal y como establece el artículo 1.1.a), el objeto de la Directiva comprende las obligaciones de las empresas no sólo respecto a sus propias actividades, sino también en relación con los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales comprendidos en las cadenas de actividades.

De conformidad con la definición de «cadenas de actividades» que establece el artículo 3.1.g), se encuentran incluidas en la misma: (i) las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones anteriores de una empresa relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de esa empresa, incluido el diseño, extracción, abastecimiento, fabricación, transporte, almacenamiento y suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o el servicio; y actividades de los socios comerciales de eslabones posteriores de una empresa relacionadas con la distribución, transporte y almacenamiento de un producto de esa empresa, cuando los socios comerciales llevan a cabo esas actividades para la empresa lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre[175].

De este modo, la Directiva CSDDD establece deberes de diligencia debida para detectar, prevenir y mitigar los efectos adversos para el medioambiente y los derechos humanos que puedan producirse no solamente por la actuación directa de las grandes empresas comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, sino también los

[175] En cambio, no se considera incluida en la cadena de actividades la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821, por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, *DOUE*, núm. 206, de 11 de junio de 2021; o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto. Asimismo, el considerando 26 de la Directiva CSDDD señala que, en el caso de las empresas financieras reguladas, la definición del término "cadena de actividades" no debe incluir a los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena que reciben sus servicios y productos. Por lo tanto, por lo que se refiere a las empresas financieras reguladas, la Directiva sólo se aplica a los eslabones anteriores de su cadena de actividades, no a los posteriores.

que puedan causarse como resultado de la actuación de otras empresas que sean socios comerciales directos o indirectos de las mismas y se integren en su cadena de actividades, tanto en las fases previas -aguas arriba- como en las posteriores del procesos productivo o de la prestación de los servicios -aguas abajo-.

Por tanto, se plantea una regla que, por un lado, impone el régimen de diligencia debida a empresas de gran tamaño, pero que no desconoce el hecho innegable de que los perjuicios al medio ambiente y a los derechos humanos también pueden ser provocados por empresas de menor envergadura, las cuales de modo indirecto estarían avocadas a su cumplimiento en su calidad de socios comerciales (Portellano Díez, 2024)[176].

En consecuencia, la diligencia debida que se exige de los sujetos directamente obligados por la Directiva comprende también detección, integración y supervisión de las actividades desarrolladas sus socios comerciales (artículo 8). Para ello, las empresas obligadas deberán proveer un código de conducta al que deberá sujetarse no sólo la propia empresa, sino también sus filiales y sus socios comerciales.

En este sentido, las empresas matrices incluidas en el ámbito de aplicación Directiva deben asumir obligaciones de diligencia debida también en nombre de sus filiales incluidas o en el ámbito de aplicación para garantizar su cumplimiento eficaz (artículo 6). Sin perjuicio de que las filiales estén sujetas al ejercicio de las competencias de la autoridad de control y asimismo estén sujetas al régimen de responsabilidad civil previsto en la propia Directiva[177]. En todo caso, la empresa matriz última

[176] De modo que habrá empresas que, aunque en principio no se encuentren comprendidas en el ámbito subjetivo previsto en el artículo 2, pero que, al serlo a los efectos de presentación de información sobre sostenibilidad, deberán recabar y comunicar información sobre su cadena de actividades. A estos efectos deberá tenerse en cuenta la Directiva 2022/2464, de 14 de diciembre por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, *DOUE*, núm. 322, de 16 de diciembre de 2022; y Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, *DOUE*, L 330/1, de 15 de noviembre de 2014. Al respecto puede verse: Palá Laguna (2023, p. 609) y Escribano Gamir (2023, p. 1967).

[177] El Considerando 21 de la Directiva CSDDD aclara que: «Si la empresa matriz cumple las obligaciones en materia de lucha contra el cambio climático en nombre de la filial, esta debe observar dichas obligaciones de conformidad con el plan de mitigación del cambio climático de

seguirá siendo responsable solidaria junto con la filial designada en caso de que esta última incumpla sus obligaciones establecidas en la Directiva (artículo 2.3 *in fine*).

En línea con lo anterior y, como ya hemos adelantado, la Comisión Europea ha presentado el paquete ómnibus que persigue, entre otras cosas, la simplificación de la Directiva CSDDD. En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo del deber de diligencia, la propuesta mantiene el alcance del deber de diligencia para empresas de gran tamaño, según lo previsto en el artículo 2, sin embargo, en lo que respecta al alcance de la cadena de actividades, el paquete ómnibus propone que sólo se incluyan a los proveedores directos (Tier 1 o de nivel 1), por consiguiente, cuando se trate de relaciones comerciales, las empresas, tras haber trazado sus cadenas de actividades, estarían obligadas a llevar a cabo evaluaciones en profundidad únicamente en lo que concierne a los socios comerciales directos.

No obstante, de acuerdo con el paquete ómnibus, las empresas deberán mirar más allá de sus relaciones comerciales directas cuando dispongan de «información plausible» o verosímil que sugiera un impacto adverso a nivel de un socio comercial indirecto[178]. Además, la propuesta de la Comisión también establece que, independientemente de si la empresa obligada dispone de información plausible sobre socios comerciales indirectos, deberá solicitar garantías contractuales de un socio comercial directo que garantizará el cumplimiento del código de conducta de la empresa estableciendo las garantías contractuales correspondientes con sus propios socios comerciales, de modo que el socio comercial directo

---

la empresa matriz, adaptado en función de su modelo de negocio y su estrategia». Además, recuerda que, si la filial no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, dado que no tiene obligación de diligencia debida, corresponderá la empresa matriz cubrir las operaciones de la filial como parte de sus propias obligaciones de diligencia debida. Asimismo, si las filiales están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero la empresa matriz no lo está, deben seguir estando autorizadas a compartir recursos e información en el interior del grupo de empresas. No obstante, las filiales deben ser responsables del cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en virtud de Directiva.

[178] Por información plausible entiende información de carácter objetivo que permita a la empresa concluir que existe una probabilidad razonable de que la información sea cierta. Este puede ser el caso cuando la empresa en cuestión ha recibido una denuncia o está en posesión de información, por ejemplo, a través de informes creíbles de los medios de comunicación o de ONG, informes de incidentes recientes, o a través de problemas recurrentes en determinados lugares sobre actividades perjudiciales probables o reales a nivel de un socio comercial indirecto.

deberá responder la aplicación del código de conducta por parte de los socios con los que a su vez contrata.

3. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, la Directiva entró en vigor el 26 de julio de 2024, de conformidad con lo previsto en su artículo 38, y los Estados miembros tienen dos años para realizar la transposición a la normativa nacional, a más tardar el 26 de julio de 2026. En lo que respecta a su transposición, es importante tener en cuenta que el paquete ómnibus recoge la propuesta de posponer un año el límite para transponer la Directiva hasta 2027, asimismo, el texto se refiere a la posibilidad de restringir a los Estados miembros la introducción en el derecho nacional de normas más estrictas para hacer frente a los impactos en derechos humanos y medio ambiente por parte de las empresas, de modo que, de aprobarse la propuesta, la Directiva constituiría el límite máximo de cumplimiento exigible.

Por otro lado, en lo que respecta a los plazos de implementación, según lo dispuesto en el artículo 37, la aplicación de los deberes de diligencia debida debe llevarse a cabo en tres fases, debiendo las empresas obligadas sujetarse al siguiente calendario:

- En 2027, las empresas constituidas en la UE, comprendidas en el artículo 2.1 a) y b), que superen 5.000 personas trabajadoras y 1.500 millones de euros volumen de negocios mundial neto (art. 37.1 a y c). Asimismo, empresas de terceros estados, con actividades en la UE, de conformidad con los previsto en el art. 2.2 a) y b), y que superen 1.500 millones de euros en su volumen de negocios neto en el territorio de la UE;

- En 2028, empresas de la UE, comprendidas en el artículo art. 2.1 a) y b), que superen los 3.000 trabajadores y un volumen de negocios mundial neto superior a los 900 millones de euros (art. 37.1 b). También, las empresas de terceros estados con actividades en el territorio de la UE, comprendidas en el artículo art. 2.2.a) y b), con un volumen de negocios neto en la UE superior a 900 millones de euros (art. 37.1.d).

– Finalmente, en 2029, deberán aplicar las medidas de diligencia debida todas las demás empresas, tanto aquellas constituidas en la UE que superen los 1.000 empleados y volumen de negocios mundial superior a 450 millones de euros (arts. 2.1 a y b), como las de terceros países, con ese mismo volumen de negocios en el territorio de la UE (art. 2.2 a y b), y las relativas a franquicias (arts. 2.1 c y 2.2 c).

La aplicación de este calendario podría verse afectado si finalmente se aprueba el paquete ómnibus presentado por la Comisión, dado que el mismo propone posponer un año la aplicación de la Directiva para las empresas afectadas de modo que, de aprobarse el mismo, la primera fase daría comienzo en el año 2028.

De acuerdo con la Comisión, este retraso se justifica en la necesidad de reducir las cargas administrativas de las empresas por lo que, para alcanzar dicho objetivo, en primer lugar, debe adelantarse al 26 de julio de 2026 el plazo de la Comisión para la adopción de directrices generales de diligencia debida y; en segundo lugar, aplazarse hasta el 26 de julio de 2028 el plazo de aplicación de la Directiva para el primer grupo de empresas, ya que este intervalo de dos años debería proporcionar a las empresas tiempo suficiente para tener en cuenta las orientaciones prácticas y las mejores prácticas incluidas en las directrices de la Comisión a la hora de aplicar las medidas de diligencia debida.

4. LAS OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

La Directiva CSDDD conlleva la imposición nuevas obligaciones de diligencia que las empresas deben acatar, estas obligaciones afectan a dos ámbitos de actuación: por un lado, el ambiental y, por otro, la defensa y protección de los derechos humanos[179].

[179] Todo ello, sin perjuicio de las obligaciones en materia de derechos humanos, laborales y sociales, protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático que se establecen en otros actos legislativos de la Unión (Considerando 17 Directiva CSDDD).

La Directiva CSDDD tiene por objeto garantizar que las empresas que operan en el mercado interior contribuyan al desarrollo sostenible y a la transición hacia la sostenibilidad de las economías, mediante la detección, prevención, mitigación, eliminación, minimización y reparación de los efectos adversos reales o potenciales para los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las propias operaciones de las empresas, las operaciones de sus filiales y sus socios comerciales en las cadenas de actividades de las empresas, así como garantizando que los afectados por el incumplimiento de este deber tengan acceso a la justicia y a vías de recurso[180].

Asimismo, la norma contempla la responsabilidad que deriva del incumplimiento de estas obligaciones, estableciendo una relación de causalidad entre el incumplimiento de las nuevas obligaciones y la responsabilidad civil por los daños causados a los patrimonios de las personas físicas y jurídicas afectadas (Tapia Hermida, 2024).

La Directiva establece un procedimiento de diligencia debida que comprende seis etapas definidas en la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable[181], que incluye medidas de diligencia debida para que las empresas detecten y aborden los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente. Dicho procedimiento comprende seis etapas que analizaremos a continuación:

(1) La primera obligación supone el deber de integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión de riesgos de la empresa y elaborar, previa consulta a los empleados y sus representantes, una política de diligencia debida específica que incluya un código de conducta y una descripción de los procesos para implementarla[182].

[180] Considerando 16 Directiva CSDDD.

[181] La Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable es un marco jurídico reconocido internacionalmente que establece medidas prácticas de diligencia debida para ayudar a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan las repercusiones reales y potenciales en sus operaciones, cadenas de valor y otras relaciones comerciales. Disponible: bit.ly/4bvQUEG

[182] Art. 7 Directiva CSDDD.

(2) Detección y evaluación de efectos adversos reales y potenciales (art. 8), la principal obligación se centra el en enfoque de riesgos, para ello, las empresas deben crear un inventario de los posibles efectos adversos propios, de sus filiales y socios comerciales en atención a una escala de probabilidad y gravedad, lo que requiere un efectivo intercambio de información entre todas las empresas implicadas[183] y que permitirá priorizar los efectos adversos reales y potenciales detectados (artículo 9)[184]. La actividad desarrollada en esta fase del proceso es esencial porque determina el alcance de la obligación de debida diligencia, dado que la misma es exigible respecto de los riesgos que la empresa haya podido identificar y, también, respecto de los que tendría que haber identificado (Asencio Gallego, 2024).

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que el alcance de esta obligación se puede ver afectada por la propuesta de simplificación de la Directiva, incluida en el paquete ómnibus. En primer lugar, porque en ella se plantea que las obligaciones de diligencia debida se limiten a las operaciones propias de la empresa, las de sus filiales y las de sus socios comerciales directos sólo hasta el Ter1 (nivel 1)[185]. En consecuencia, en lo que respecta a las relaciones comerciales, tras un mapeo de sus cadenas de actividades, las empresas estarían obligadas a realizar una evaluación exhaustiva únicamente a nivel de socios comerciales directos[186].

---

[183] Una vez realizado el inventario se adoptará una evaluación de los efectos adversos, mediante informes independientes, mecanismos de notificación y procedimiento de reclamaciones.

[184] Cuando la empresa no pueda prevenir, mitigar, eliminar o minimizar el alcance de todos los efectos adversos reales y potenciales detectados al mismo tiempo en toda su extensión, debe dar prioridad a los efectos adversos en función de su gravedad y probabilidad (Considerando 44).

[185] Portellano Díez (2024) manifestaba su inquietud por la amplitud del alcance de las obligaciones de diligencia debida a los socios comerciales indirectos, y de que no se haya tenido en cuenta el criterio de la Propuesta de la Comisión respecto a las situaciones en las que no se prevea que la relación contractual no sea o no se prevea que vaya a ser duradera o, aunque represente una parte insignificante o accesoria de la cadena de actividades.

[186] Al mismo tiempo, la propuesta reconoce que pueden existir situaciones en las que las empresas deban mirar más allá de su socio comercial directo, concretamente cuando dispongan de información plausible que sugiera un impacto adverso a nivel de un socio comercial indirecto. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando la estructura de la relación comercial carece de justificación económica y sugiere que se optó por excluir del ámbito de la empresa a un proveedor, por lo demás directo, con actividades perjudiciales; o tenga conocimiento de incidentes pasados que hayan involucrado al proveedor. En estos casos, se debe exigir a las

En segundo lugar, porque en el paquete ómnibus se establece que, a la hora de cartografiar la cadena de actividades para identificar los impactos adversos, las grandes empresas deben limitar las solicitudes de información a la información especificada en las normas de uso voluntario a que se refiere el artículo 29 *bis* de la Directiva 2013/34[187], a menos que necesiten información adicional para llevar a cabo el mapeo y no puedan obtener esa información de ninguna otra manera razonable, todo ello, con el fin de limitar el efecto de goteo de solicitudes de información en las pequeñas y medianas empresas.

(3) Obligación de prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales, lo que supone que, una vez identificados los riesgos, debe de implantarse un sistema adecuado para su prevenir sus efectos, mitigarlos y eliminarlos a través de la toma de medidas que pueden comprender acciones tales, como: la elaboración de un plan de acción preventiva, la obtención de garantías contractuales, la colaboración con otras empresas[188], o el incremento de las inversiones para la mejora de los procesos productivos o de las infraestructuras (artículos 10 y 11).

En lo que se refiere a la respuesta frente a los efectos adversos detectados en la cadena de actividades, la propuesta del paquete ómnibus también se recoge un cambio que afecta a la relación entre la empresa obligada y los socios comerciales, ya que se contempla que las empresas puedan suspender la relación comercial mientras continúa trabajando con el proveedor, en aquellos casos en los que las operaciones comerciales de dicho proveedor estén vinculadas a impactos adversos graves y la empresa haya agotado sin éxito todas las medidas de diligencia debida para abordar dichos impactos. En este supuesto, de acuerdo con lo previsto en la propuesta, la suspensión de la relación con el socio

empresas que evalúen la situación con mayor profundidad. Si la evaluación confirma la probabilidad o la existencia del impacto adverso, este se considerará identificado.

[187] Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. *DOUE*, I 182/19, de 29 de junio de 2013.

[188] La colaboración entre empresas debe respetar el derecho de la Unión en materia de competencia, tal y como prevé el art. 10.2.f) Directiva CSDDD.

comercial podría servir para encontrar una solución y debería utilizarse, de ser posible, cualquier influencia adicional derivada de la suspensión.

(4) Supervisar, evaluar la eficacia de las medidas (artículo 15). Una vez implantado el sistema, las empresas deben supervisar su aplicación y la eficacia de las medidas de diligencia debida adoptadas. Estas evaluaciones deben comprobar que se detecten de forma adecuada los efectos adversos, que se aplican las medidas de diligencia debida y que realmente se han prevenido o eliminado los efectos adversos. Además, se debe establecer y mantener un procedimiento de reclamación que, entre otros, habilite a potenciales víctimas, sindicatos u organizaciones civiles a presentar quejas.

Cabe señalar que, de acuerdo con la Directiva CSDDD esta política debe ser revisada anualmente, sin embargo, el paquete ómnibus propone la modificación del contenido del artículo 15 por lo que, de aprobarse la modificación, la obligación de actualización de la política de diligencia debida podría verse incrementado a 5 años o cuando haya motivos razonables para creer que las medidas ya no son adecuadas o efectivas[189].

(5) Obligación de comunicar (artículo 16). Forma parte del requisito de diligencia debida comunicar a nivel externo información pertinente sobre las políticas de diligencia debida, los procesos y las actividades realizadas para detectar y abordar los efectos adversos reales o potenciales, incluidos los resultados y las conclusiones de dichas actividades.

(6) Reparación (artículo). Los efectos adversos causadas por las empresas obligadas deben repararse. De conformidad con la definición prevista en el artículo 3.1.t), la reparación conlleva devolver a los afectados a una situación equivalente o lo más similar posible a la que habrían

[189] De acuerdo con la propuesta, este cambio reducirá significativamente las cargas no solo para las empresas incluidas en el ámbito de aplicación, sino también para sus socios comerciales, a menudo pymes, que corren el riesgo de ser objeto de solicitudes de información (detallada) en el marco de estos ejercicios de supervisión. Al mismo tiempo, la propuesta reconoce que las relaciones comerciales, y los riesgos e impactos derivados de las actividades que abarcan, pueden evolucionar con el tiempo, a veces incluso en un plazo breve. Además, las medidas adoptadas para abordar los impactos potenciales o reales podrían resultar inadecuadas o ineficaces, según la experiencia adquirida con su implementación, y podrían surgir indicios de ello antes de la fecha de la próxima evaluación periódica, por lo tanto, la empresa deberá realizar evaluaciones ad hoc en estas situaciones.

tenido de no haberse producido el efecto adverso real, incluso mediante una compensación financiera o no financiera proporcionada por la empresa y, en su caso, el reembolso de los costes soportados por las autoridades. La administración debe mantener un sistema de control para investigar, tomar medidas y verificar que se ha producido la reparación.

Por otro lado, la reparación de los efectos adversos requiere la colaboración constructiva con las «partes interesadas» quienes, además, de acuerdo con la Directiva, deberán ser tenidas en cuenta en otras fases del proceso diligencia debida (artículo 13.3). A este respecto, el paquete ómnibus propone limitar el concepto de «parte interesada» a los trabajadores, sus representantes, comunidades cuyos derechos o intereses son (en caso de impactos adversos reales) o podrían ser (en caso de impactos adversos potenciales)[190] «directamente» afectados por los productos, servicios y operaciones de la empresa, sus filiales y sus socios comerciales, además, propone restringir las etapas del proceso de diligencia debida que requieren su participación.

Por otro lado, el artículo 37 de la Directiva CSDDD prevé que los Estados miembros sancionen a las empresas por el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida a las que nos hemos referido en este aparatado. Dichas sanciones deberán ser determinadas por cada estado y no deberían ser inferiores al 5 % del volumen de negocios mundial neto de la empresa. En este aspecto, la el paquete ómnibus sustituye el apartado cuarto del artículo 27, en lo que respecta a la imposición de sanciones pecuniarias como parte de la ejecución pública de la ley, la enmienda propuesta por la Comisión supone la retirada del índice máximo y no lo vincula al volumen de negocios, de acuerdo con esta propuesta, la Comisión publicará orientaciones para ayudar a los estados a determinar las sanciones[191].

---

[190] De acuerdo con el paquete ómnibus, esto incluye, por ejemplo, a las personas o comunidades en el vecindario de las plantas operadas por los socios comerciales cuando se ven directamente afectadas por la contaminación (por ejemplo, un derrame de petróleo o emisiones nocivas), o a los pueblos indígenas cuyo derecho a las tierras o recursos se ve directamente afectado por cómo un socio comercial adquiere, desarrolla o utiliza de otro modo la tierra, los bosques o las aguas.

[191] La Comisión recuerda que el objetivo de esta disposición era garantizar la igualdad de condiciones en la Unión, evitando que los Estados miembros establecieran un límite que socavara la eficacia y el efecto disuasorio de las multas impuestas a las empresas bajo su jurisdicción. Sin embargo, dado que lo dispuesto en el art. 27. 4º ha generado confusión,

Al mismo tiempo, el paquete ómnibus plantea modificar el artículo 29 de la Directiva en lo relativo a la responsabilidad civil, suprimiendo el régimen de responsabilidad específico para toda la UE.

5. EL EJERICIO DEL DEBER DE DILIGENCIA

Los sujetos obligados por la Directiva -las empresas- deben atender a sus obligaciones para para alcanzar las finalidades perseguidas por la Directiva, así, los objetivos de Derecho Público se trasladan al ámbito privado. El ejercicio del deber de diligencia afecta a la organización y desarrollo de la actividad societaria, ya que sus gestores deberán atender no sólo al «interés social» en el sentido del Derecho de sociedades y las obligaciones inherentes al desempeño de sus obligaciones[192], sino que se convierten en garantes de un propósito superior de Derecho público, incluso más allá de las fronteras de la Unión[193].

Las empresas se ven abocadas no sólo a controlar el desarrollo de sus propias actividades, sino también la de sus sociedades dependientes y las de terceros con quienes desarrolla relaciones comerciales y a responder por ellas en caso de que se produzcan daños. En lo que respecta a la relación de los sujetos obligados con sus socios comerciales, la ejecución de las obligaciones de diligencia se hace efectiva a través de mecanismos contractuales, como la adhesión al código de conducta o la prestación de garantías, de modo que estos instrumentos cuyo propósito es regular los intereses entre las partes se convierten en instrumentos al servicio de intereses generales.

---

considera que es necesario para aclarar la situación, que sea la propia Comisión la encargada de la elaboración de directrices sobre multas, en colaboración con los Estados miembros y prohibiendo a los Estados miembros establecer un límite de multas.

[192] Todo ello a pesar de que se ha eliminado del texto definitivo de la Directiva la referencia al «deber de diligencia de los administradores», el cual aparecía en la propuesta inicial. Al respecto puede verse, Cohen Benchetrit (2023, p.81); Del val Talens (2023, p. 127) y Recalde Castells (2023, p. 187)

[193] Portellano Díez (2024), hace una intensa reflexión sobre el hecho de que la UE haya actuado en solitario en el propósito de alcanzar los objetivos relativos a la protección de los derechos humanos y el medio ambiente, y que no se hayan hecho esfuerzos para procurar el compromiso de otros países para legislar en el mismo sentido de la Directiva.

6. CONCLUSIONES

La Directiva 2024/1760 se enfrenta al reto de equilibrar la competitividad de las empresas europeas con la necesidad de cumplir con los objetivos de sostenibilidad perseguidos por la UE. El éxito en la implementación de la Directiva dependerá, en gran medida, de que los ambiciosos objetivos de la Unión en materia de sostenibilidad resulten compatibles con la realidad de los mercados, en un contexto confuso y de confrontación geopolítica y comercial.

La viabilidad de la Directiva, tal y como ha sido aprobada, se ha replanteado con la propuesta de simplificación normativa -paquete ómnibus- que busca reducir la carga administrativa y los costos de cumplimiento, proporcionando más tiempo y flexibilidad a las empresas para adaptarse a las nuevas obligaciones. Esto incluye, entre otras, la limitación de la diligencia debida a proveedores directos y la eliminación de condiciones de responsabilidad civil.

La Directiva (UE) 2024/1760 puede marcar un hito en la regulación de la sostenibilidad empresarial, estableciendo un marco legal que puede servir de modelo para futuras normativas en otras regiones. Sin embargo, habrá que esperar para conocer el destino definitivo de estas y otras normas que se han visto sujetas a revisión por el paquete ómnibus.

7. REFERENCIAS

Alhouti S., D'Souza G. (2018). Benefits of corporate social responsibility. Journal of Consumer Marketing, 35, 3: 277-286.

Asencio Gallego, A. (2024). La diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Entre la Propuesta de Directiva y la Directiva UE 2024/1760. Revista de Derecho del Mercado de Valores, 35, segundo semestre de 2024.

Bocken, N. M., Short, S.W., Rana P., Evans S. (2014). A literature and practice review to develop sustainable business model archetypes. Journal of Cleaner Production, 65, 42-56.

Cohen Benchetrit, A. (2023). Sostenibilidad y diligencia debida en la agenda europea. En Cohen Benchetrit, Muñoz Paredes (dirs.), Deberes de los administradores de las sociedades de capital, Cizur Menor, 81-102.

Del Val Talens, P. (2023). El deber de los administradores de velar por la reputación de la sociedad. En Cohen y Muñoz Paredes (dirs.), Deberes de los administradores de las sociedades de capital, Cizur Menor, 127-156.

Desjardins, J. R. (2007). Business, ethics, and the environment: imagining a sustainable future. Pearson Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ.

Escribano Gamir, C. (2023). Algunas reflexiones en torno a la RSC, la sostenibilidad, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre presentación de información en materia de sostenibilidad por parte de las empresas, y su adaptación al derecho español. En García-Cruces y Bercovitz Rodríguez-Cano (Coords.), De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, 1967-1997.

Jones, C., Parker, M., Bos, R. (2005). For Business Ethics. Routledge. Abingdon, Oxon.

Márquez Carrasco, C., Marullo, C., Schönfelder, D. (2024). Adopción de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: relevancia para España y las empresas españolas. Revista española de empresas y derechos humanos, 3, julio 2024. DOI: https://doi.org/10.69592/3020-1004-N3-JULIO-2024-ART-1

Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (2022). El gobierno corporativo por medio de la reputación. En Martínez-Echevarría (dir.), Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación, Cizur Menor.

OCDE (2018). Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable. https://bit.ly/4ibZwma

Ortiz-Arce Vizcarro, S. (2024). Nuevos horizontes para la UE en la Directiva Due Diligence: derechos humanos, medio ambiente y rendición de cuentas corporativa en las cadenas de valor. Revista española de empresas y derechos humanos. 3, julio 2024, p. 145-165. DOI: https://doi.org/10.69592/3020-1004-N3-JULIO-2024-ART-6

Pacto Mundial (2024). Sostenibilidad en las empresas del IBEX 35: análisis del 2023. https://bit.ly/3QSaQb5

Palá Laguna, R. (2023). El nuevo informe de sostenibilidad y el gobierno corporativo, en Peñas Moyano (Coord.), Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal. Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González, Valladolid. Ediciones Universidad de Valladolid (EdUVa), 601-610.

Palá Laguna, R. (2024, 7 de agosto). Exclusiones de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Análisis GA_P. https://bit.ly/3FpSGei

Panwar R., Nybakk E., Hansen E., Pinkse J. (2016). The effect of small firms' competitive strategies on their community and environmental engagement. Journal of Cleaner Production, 129: 578-585.

Păunescu, C-F. (2021). The business ethics - sustainability - Corporate social responsibility triptych. Annals of the University of Petroşani, Economics, 21(2), 57-66.

Portellano Díez, P. (2024). Nessun Dorma: el verdadero ámbito de aplicación personal. De la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares (1). Revista de Derecho de Sociedades, 72, diciembre de 2024.

Recalde Castells, A. J. (2023). La propuesta de directiva sobre diligencia debida (due diligence) de las empresas en materia de sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. En Cohen y Muñoz Paredes (dirs.), Deberes de los administradores de las sociedades de capital, Cizur Menor, 157-182.

Sequeira Martín, A. (2021). El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad, y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas. Revista de derecho de sociedades, 61, 33-90.

Tapia Hermida, A. J. (2023). Decálogo europeo de la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Diario La Ley, 10248, 15 de marzo de 2023.

Tapia Hermida, A. J. (2024). La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. La Ley mercantil, 119, diciembre 2024.

Vázquez Albert, D. (2024). Sostenibilidad y deber de diligencia de empresas y administradores de soft law a hard law. En Martín de Vidales, Sanz Bayón y Peinado Gracia (dirs.), Deberes de los administradores de las sociedades de capital. Repensando las transposiciones. Tirant lo Blanch, 441-482.

SOSTENIBILIDAD Y TRANSPARENCIA EN LAS FUNDACIONES VALENCIANAS: UNA APRECIACIÓN CRÍTICA

ANA COLOMER SEGURA
Departamento De Filosofía Del Derecho Y Política
Facultat De Dret, Universitat De València
Orcid: 0009-0001-0773-2680

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Las entidades sin fines de lucro desempeñan un papel fundamental en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ya que contribuyen de manera significativa a la cohesión social, la equidad y la defensa de los derechos humanos. Este es el mensaje principal del informe *Las ONG ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible* de la Red Española de Pacto Mundial, en el cual se destaca el "protagonismo decisivo" de estas entidades para la consecución de los ODS (p. 5). El informe también enfatiza la necesidad de "identificar y medir este impacto" con el fin de evaluar el desempeño de las entidades sin fin de lucro y definir estrategias a largo plazo (p. 7).

Dentro de este marco, las fundaciones de la Comunidad Valenciana asociadas a la Asociación Española de Fundaciones (AEF) constituyen un grupo clave dentro del tercer sector, cuya realidad y desafíos deben ser analizados de manera pormenorizada y rigurosa[194].

[194] La AEF constituye la asociación española con mayor membresía de fundaciones y más relevancia a nivel tanto autonómico como estatal. El listado oficial de fundaciones de la Comunitat Valenciana contiene 749 fundaciones inscritas. La muestra de nuestro estudio incluye, como se ha indicado, únicamente aquellas fundaciones valencianas asociadas a la AEF (83 en total). Se reconoce, por tanto, que el universo de fundaciones inscritas en la Comunidad Valenciana es mucho mayor, por no hablar de las numerosas fundaciones de competencia estatal de las cuales muchas realizan actividades en la Comunidad Valenciana, así como de otras entidades sin fin de lucro con diferente forma jurídica, como las asociaciones.

Este trabajo se centra en un análisis detallado de las fundaciones incluidas en la muestra, bajo la premisa de que el examen de su situación actual en términos de transparencia, financiación e impacto constituye un primer paso esencial para la demanda y construcción de organizaciones verdaderamente responsables y sostenibles.

Los objetivos son, fundamentalmente, analizar y evaluar el nivel de transparencia, rendición de cuentas e impacto social y económico de la muestra, examinar la relación entre las distintas variables e identificar áreas de mejora para fortalecer la sostenibilidad en las fundaciones valencianas.

2. ANÁLISIS DE LAS FUNDACIONES VALENCIANAS

Las fundaciones de la Comunidad Valenciana se encuentran regidas por sendas leyes estatal y autonómica. A nivel estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, las define como "organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general" (art. 2.1) y establece las bases generales para su constitución, organización y funcionamiento. La norma reconoce la libertad de actuación de las fundaciones dentro de los fines de interés general que declaren en sus estatutos (art. 3), permitiendo una gran flexibilidad en la gestión de su patrimonio y en la forma de desarrollar sus actividades (art. 23). En materia de supervisión, las fundaciones deben rendir cuentas anualmente ante el protectorado correspondiente, incluyendo una memoria de actividades y los estados financieros (art. 25).

En el ámbito autonómico, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, sigue una estructura similar, regulando aspectos como la creación, funcionamiento y control de las fundaciones de competencia autonómica. Esta norma también otorga a las fundaciones una amplia capacidad de autogestión, con obligaciones de transparencia y rendición de cuentas similares a las establecidas en la legislación estatal. Se exige la presentación de cuentas anuales y

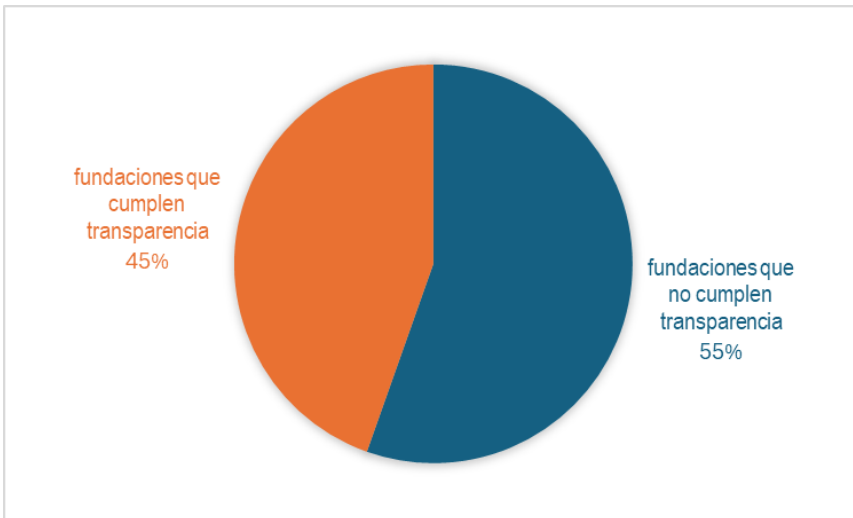
Todas ellas configurarían diferentes muestras que podrían dar lugar a estudios relacionados. En este sentido, es de destacar el documento *Análisis de la contribución económica y social de las fundaciones españolas* (2023) de la propia AEF, el cual, en todo caso, tienen poco peso las fundaciones valencianas.

memorias de actividad ante el Protectorado de la Generalitat Valenciana (art. 29), pero, al igual que en el marco estatal, el nivel de intervención administrativa se mantiene en un grado moderado, sin imponer limitaciones excesivas a su operatividad.

2.1. Transparencia

De la muestra analizada, únicamente el 47% de las fundaciones cumple unos requisitos de transparencia económica que hemos fijado en ofrecer una memoria económica que cumpla los siguientes parámetros: 1) pública: accesible directamente a través de la página web de la entidad; 2) actualizada: se han analizado memorias de máximo tres años de antigüedad; 3) concreta: que contenga cifras reales, no únicamente porcentajes (figura 1)[195].

FIGURA 1. *Cumplimiento del requisito de transparencia económica.*



Fuente: elaboración propia[196]

[195] Un elemento que aporta mayor calidad y fiabilidad a las memorias económicas es el hecho de ofrecer las cuentas anuales auditadas. Del total de la muestra, un 18% publica un informe de auditoría (o, dicho de otro modo, el 41% de las fundaciones que cumplen el requisito de transparencia ofrecen las cuentas auditadas).

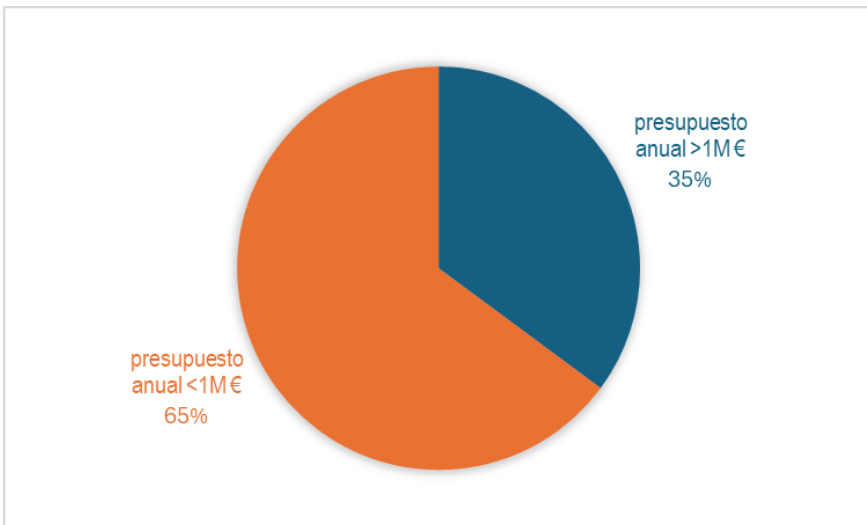
[196] Todas las figuras son de elaboración propia.

Probablemente, la mayoría de las fundaciones que no proveen de información económica son de pequeño tamaño. Esto se puede deducir de otros datos, como el aspecto y contenido de sus páginas web, su actividad en redes sociales o el tipo de proyectos que llevan a cabo, así como su alcance y difusión. En todo caso, de la información analizada se puede inferir que no hay una diferencia sustancial en cuanto al tamaño a la hora de informar de las cuentas, aunque sí parece ser necesaria una estructura mínima.

2.2. Presupuesto

Analizando los presupuestos de las fundaciones de las cuales se han podido obtener datos, el presupuesto medio de esta muestra se encuentra en 2.1 millones (en adelante M) €/año, pero las variaciones son tan grandes (desde 4.000 € hasta 23 M €) que conviene hacer una mirada más detallada. Así, observamos que un 35% de las fundaciones funciona con más de un millón de euros anuales, y un 65% con menos (figura 2).

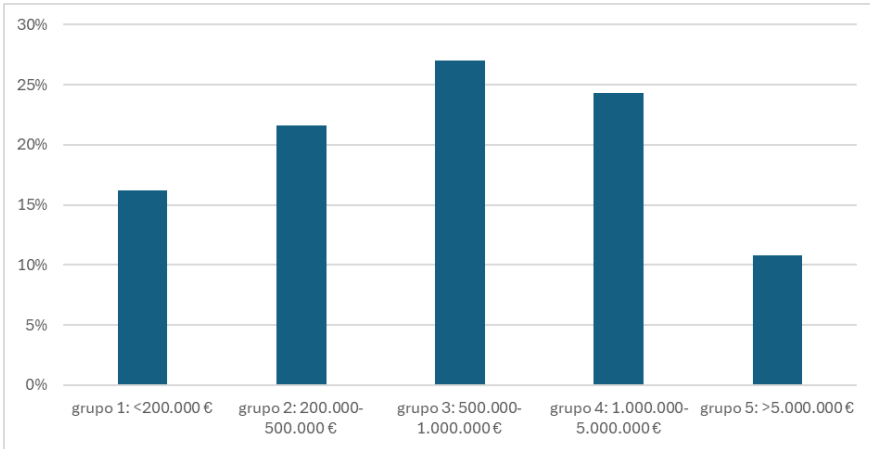
FIGURA 2. *Presupuestos anuales I (dos grupos)*



De las fundaciones del primer grupo (en azul), las cifras oscilan entre el millón y los 23 M €, con una media de 5.4 M €/año. De estas, un 76% no supera los 10 M € de presupuesto. En cuanto a las fundaciones del segundo grupo (en naranja), la media de ingresos anuales es de 350.000 €, superando el 87% de las mismas los 100.000 €/año.

Para observar más en detalle, se han dividido las fundaciones con datos económicos en cinco grupos: 1) aquellas con presupuestos inferiores a los 200.000 € anuales (el 16% de las fundaciones); 2) con presupuestos entre 200.000 y 500.000 € anuales (el 22%); 3) entre 500.000 y 1 M € (el 27%); 4) entre 1 M y 5 M € (el 24%), y 5) con presupuestos superiores a los 5 M € anuales (el 11%) (figura 3).

FIGURA 3. *Presupuestos anuales II (cinco grupos)*



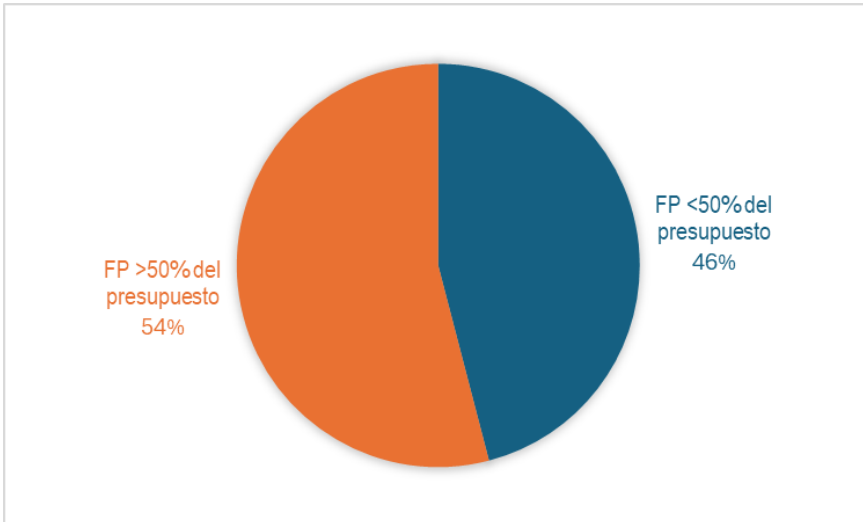
Los dos grupos con mayor cantidad de fundaciones son el tercero y el cuarto, con cierta representación en todos los grupos, lo que da cuenta de la diversidad de las fundaciones en este aspecto, pues no hay un único grupo que destaque especialmente sobre todos los demás, aunque las fundaciones muy grandes son una clara minoría.

2.3. Ingresos y gastos

El 81% de las fundaciones estudiadas cuentan con algún tipo de financiación pública[197], representando esta, dentro de este grupo de fundaciones, una media de un 63% sobre el total del presupuesto.

Volviendo a la muestra total de fundaciones que cumplen con el requisito de transparencia (las señaladas en naranja en la figura 1), podemos dividirlas en dos grandes grupos: un 46% de las fundaciones depende de la financiación pública en menos de la mitad de su presupuesto anual, mientras que para el 54% de las fundaciones, las subvenciones públicas suponen más de la mitad de sus ingresos (figura 4).

FIGURA 4. *Peso de la financiación pública (FP) sobre el presupuesto anual de las fundaciones I (dos grupos)*

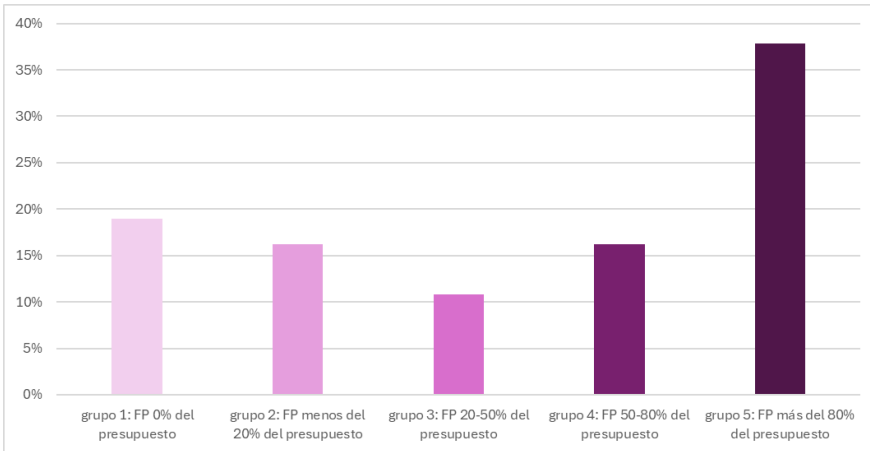


Pasamos a dividir las fundaciones en cinco grupos: 1) aquellas que no cuentan con ninguna financiación pública (el 19%); 2) aquellas en las

[197] En cuanto a las subvenciones públicas, en ocasiones se pueden distinguir con facilidad, pero en otras están mezcladas en un apartado de título "subvenciones, donaciones y legados". En algunas memorias económicas este ítem está desglosado y en otras no. Esto dificulta saber si los ingresos corresponden solo a subvenciones públicas o tienen origen privado. En el caso de no estar detalladas, se las ha considerado subvenciones públicas.

que la financiación pública supone menos del 20% del presupuesto anual (el 16%); 3) aquellas en las que el peso de la financiación pública oscila entre el 20% y el 50% del presupuesto (el 11%); 4) aquellas en las que el peso de la financiación pública oscila entre el 50% y el 80% del presupuesto (el 16%), y aquellas dependientes en más de un 80% de la financiación pública (el 38%) (figura 5).

FIGURA 5. *Peso de la financiación pública (FP) sobre el presupuesto anual de las fundaciones II (cinco grupos).*



Es de señalar también que, entre las fundaciones que dependen en más de un 80% de la financiación pública, para más de la mitad este ítem supone más del 95% de los ingresos (figura 6).

Es decir, de los cinco grupos enunciados señalados en la figura 5, el más numeroso lo componen aquellas fundaciones con financiación pública superior al 80% de sus presupuestos, y, dentro de ellas (figura 6), para más de la mitad, esta supone más del 95%.

Si cruzamos los datos del peso de la financiación pública junto con los presupuestos medios, observamos que aquellas fundaciones que dependen de las subvenciones públicas en menos de un 50% (el 46% de fundaciones señalado en la figura 4) manejan un presupuesto medio de 3.8

M €, trabajando algo más de la mitad (el 58%) con presupuestos inferiores al millón de euros anuales.

FIGURA 6. *Peso de la financiación pública (FP) sobre el presupuesto anual de las fundaciones III (fundaciones dependientes en más de un 80% de la financiación pública).*

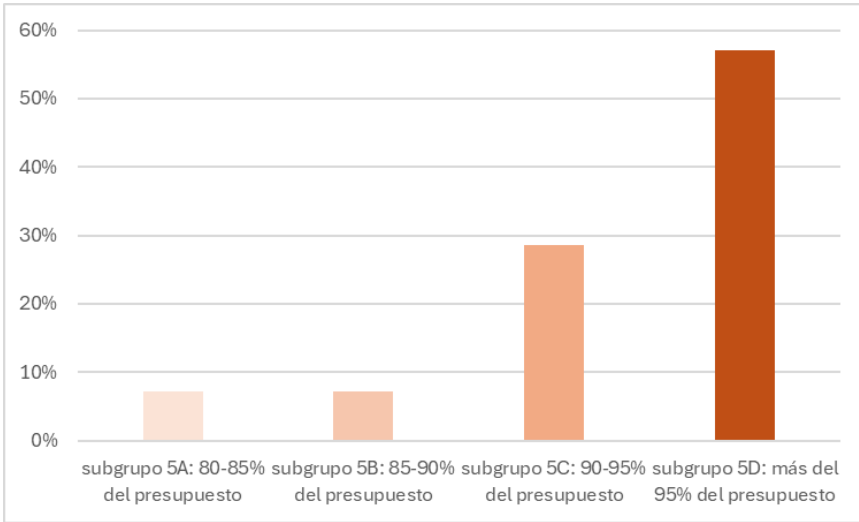
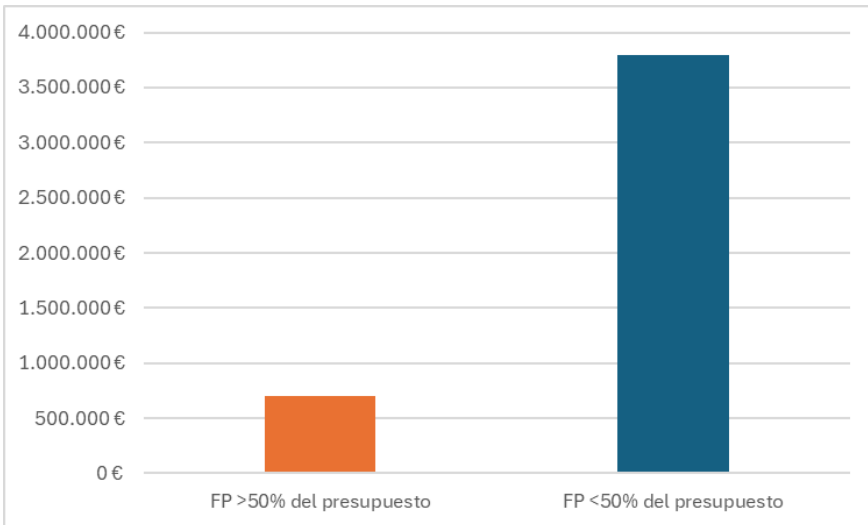


FIGURA 7. *Presupuesto medio anual según peso de la financiación pública I (dos grupos)*

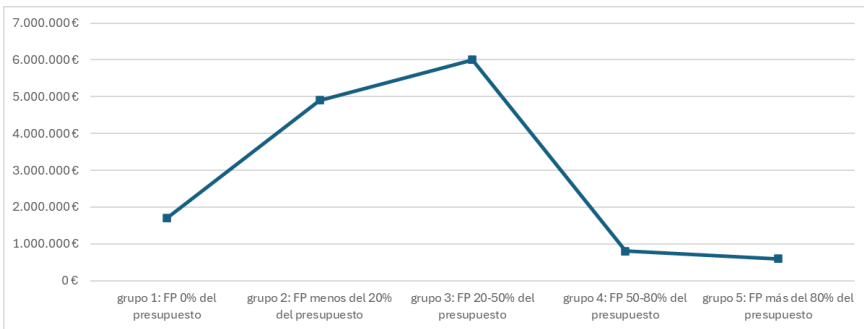


Por su parte, el 54% restante (las fundaciones que obtienen más de la mitad de sus ingresos de las subvenciones públicas) maneja un presupuesto medio de 700.000 €, funcionando un 70% de ellas con presupuestos inferiores al millón de euros anuales, y un 40% de las mismas con presupuestos inferiores a los 500.000 € anuales (figura 7).

Por tanto, inicialmente se observan diferencias al cruzar el peso de la financiación pública junto con los presupuestos medios: las fundaciones de mayor presupuesto parecen depender en menor medida de la financiación pública.

Volviendo a los cinco grupos mostrados en la figura 5, el grupo 1 (fundaciones que no cuentan con ninguna financiación pública) maneja un presupuesto medio de 1,7 M €/año; el grupo 2 (hasta 20% de financiación pública en el presupuesto anual), de 4,9 M €; el grupo 3 (entre el 20% y el 50%), con un presupuesto medio de 6 M €; el grupo 4 (entre el 50% y el 80%), con un presupuesto 800.000 €/año, y el grupo 5 (aquellas dependientes en más de un 80% de la financiación pública) trabaja con un presupuesto de 600.000 €/año de media (figura 8).

FIGURA 8. *Presupuesto medio anual según peso de la financiación pública II (cinco grupos)*

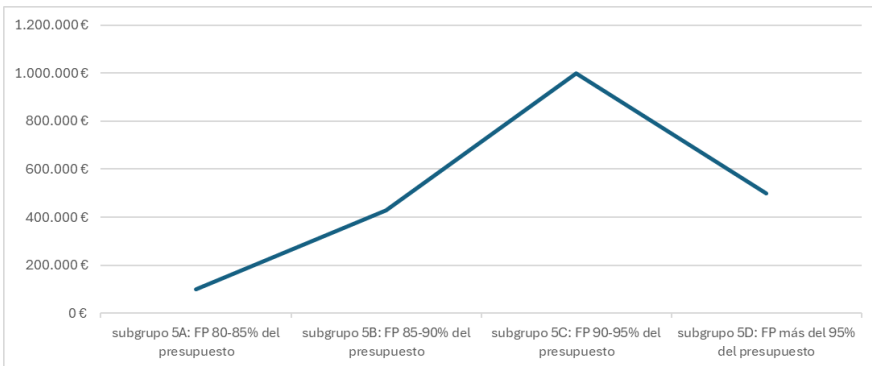


De estos datos, aunque conviene tener en cuenta que son variados y la muestra no tiene un gran volumen, sí se observa una tendencia general hacia más financiación pública cuanto menores son los presupuestos anuales, aunque también es cierto que en la muestra se encuentran entidades nada dependientes de la financiación pública y de pequeño tamaño. Con las cautelas indicadas, el manejo de un mayor presupuesto sí parece inclinar a las organizaciones a una cierta mayor independencia

de los fondos públicos. Ahondando en este aspecto, si se observan los datos desde un prisma complementario, encontramos que, para las fundaciones con presupuestos superiores a los 5 M €/año, el peso de la financiación pública es de una media del 20% con respecto al total del presupuesto. Por otro lado, para las fundaciones con presupuestos inferiores a los 500.000 €/año, el peso de la financiación pública es de una media del 48% con respecto al total del presupuesto. Estos datos avalan la afirmación anterior: que hay una tendencia general, aun con excepciones y casos particulares, a una mayor independencia de la financiación pública ligada a la mayor cantidad de fondos disponibles. Esto se suele deber a que las fundaciones grandes pueden llegar a más público y contar con un gran número de personas que se asocian con una cuota regular, diversificando así sus fuentes de financiación.

Una mirada más de cerca a aquellas fundaciones dependientes en más de un 80% de la financiación pública (figura 9) confirma, al menos en parte, la observación general que apuntábamos, así como la necesidad de tomarla con mesura, pues no se observa una tendencia completamente regular, pero sí se constata la presencia de entidades de menor presupuesto entre aquellas con gran dependencia de la financiación pública, no superando ningún grupo el millón de euros de media de ingresos anuales.

FIGURA 9. *Presupuesto medio anual según peso de la financiación pública III (fundaciones dependientes en más de un 80% de la FP).*



En cuanto a los gastos, en general, las fundaciones muestran un volumen equilibrado de gastos respecto de los ingresos. Así, el 81% de las fundaciones muestran un resultado de la actividad positivo (figura 10).

FIGURA 10. *Resultado de la actividad de las fundaciones*

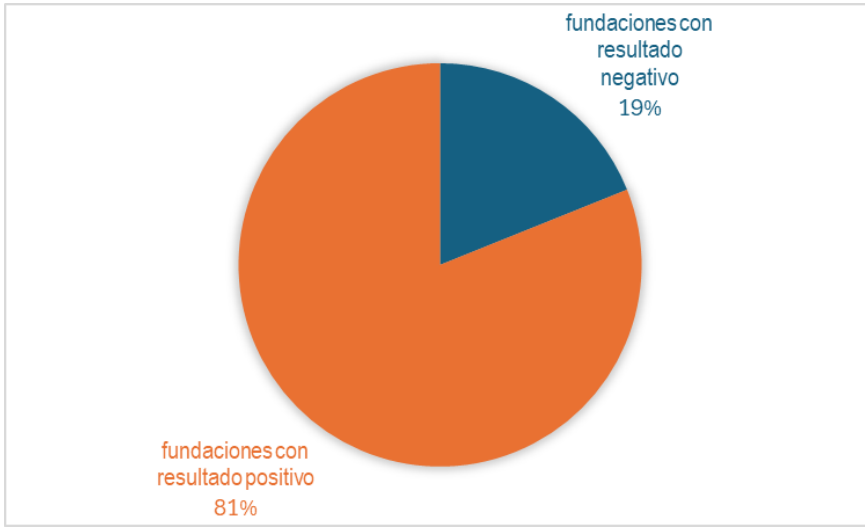
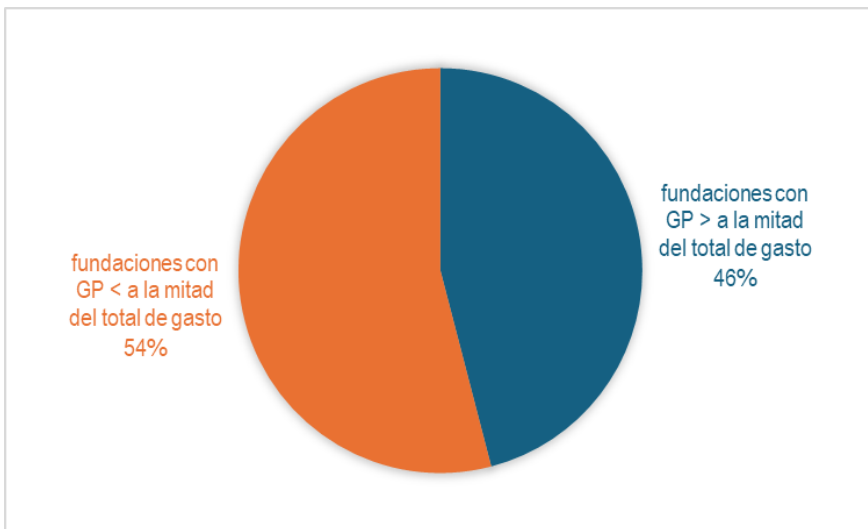


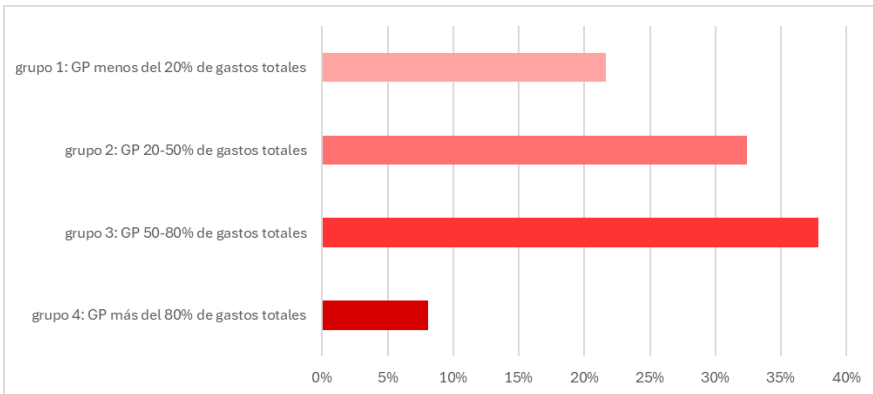
FIGURA 11. *Fundaciones según el peso de los gastos de personal (GP) sobre el total del gasto I (dos grupos)*



En cuanto a los gastos de personal, suelen ser el apartado que ocupa la mayor parte del presupuesto de las fundaciones. Son una ligera mayoría las fundaciones que dedican menos del 50% de sus gastos a los gastos de personal (figura 11). De media, dedican el 43% de su presupuesto a gastos de personal.

Para ahondar en el análisis, hemos dividido las fundaciones en cuatro grupos: 1) aquellas en que la media de gastos de personal es menor al 20% del gasto total (el 22% de las fundaciones); 2) aquellas en que la media de gastos de personal oscila entre el 20% y el 50% del total (el 32% de las fundaciones); 3) las que tienen una media de gastos de personal correspondiente a entre un 50% y un 80% del gasto total (el 38% de las fundaciones), y 4) las fundaciones con una media de gastos de personal superior al 80% del gasto total (el 8% de las fundaciones) (figura 12).

FIGURA 12. *Fundaciones según el peso de los gastos de personal (GP) sobre el total del gasto II (cinco grupos).*

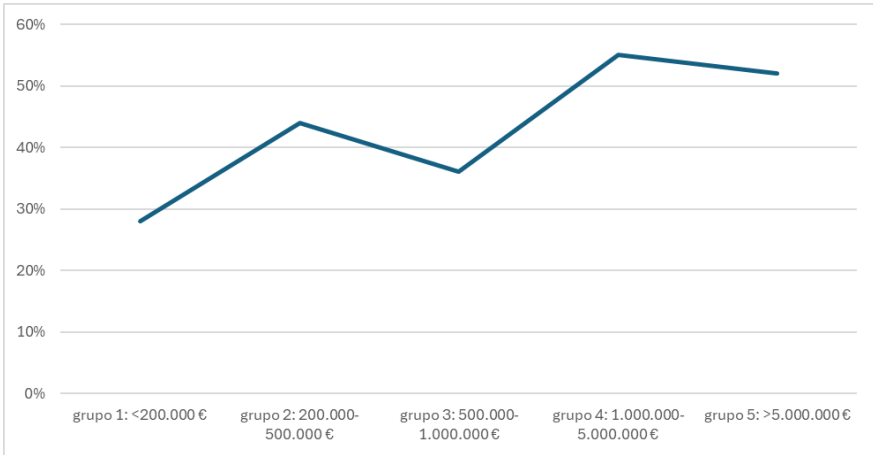


El grueso de las fundaciones (el 70%) lo ocupan entidades que dedican entre un 20% y un 80% de su presupuesto a gastos de personal, con una ligera preeminencia de aquellas que dedican más de un 50%. El grupo de fundaciones con un gran peso de gastos de personal es minoritario (menos de un 10% de las fundaciones).

Volviendo a la división de la figura 3, esto es, de las fundaciones en cinco grupos según sus presupuestos anuales, y cruzando los datos de

la media de gastos de personal respecto del presupuesto total, obtenemos algunos resultados de interés (figura 13).

FIGURA 13. *Media del peso de los gastos de personal y presupuestos anuales*



Encontramos que las fundaciones de mayor presupuesto, las de los grupos 4 y 5, tienen de media unos gastos de personal superiores al 50%; las de mediano tamaño, en los grupos 2 y 3, rondan el 40%, y esta proporción cae al tratarse de fundaciones pequeñas (grupo 1). La razón, con toda probabilidad es que, en el caso de las fundaciones del grupo 1, se trata de entidades poco profesionalizadas, que funcionan casi enteramente con voluntariado, una realidad que va cambiando conforme estas crecen, se estructuran, contratan a personas con dedicación completa, etc. Sin embargo, a partir de un cierto tamaño (grupo 5), parece observarse una leve tendencia contraria, pues entidades con mucha relevancia y capacidad de sensibilización pueden llegar a manejar grandes presupuestos sin requerir un gran crecimiento de sus gastos de personal.

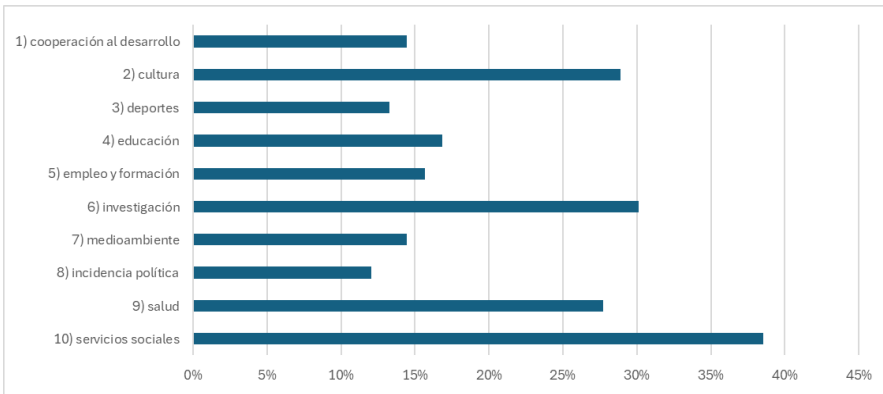
2.4. Ámbito de actuación

Pasamos a observar los ámbitos de actuación de las fundaciones de acuerdo con el tipo de actividad que desarrollan. De este modo, distinguimos estos 10 grupos: 1) cooperación al desarrollo, 2) cultura, 3)

deportes, 4) educación, 5) empleo y formación, 6) investigación, 7) medioambiente, 8) incidencia política, 9) salud, 10) servicios sociales.

Como es de suponer, a menudo una misma fundación realiza trabajos en más de uno de estos ámbitos (únicamente un 24% de las entidades se dedica exclusivamente a uno; el restante 76% lo hace a dos o más), por ello la suma de porcentajes supera el 100% (figura 14).

FIGURA 14. *Ámbito de actuación de las fundaciones*



Encontramos que el grueso de las fundaciones se dedica a los servicios sociales (lo cual abarca un amplio rango de actuaciones), la cultura, la investigación o la salud. En menor medida se dedican a la incidencia política, el medioambiente o la cooperación al desarrollo.

En cuanto al cumplimiento del requisito de transparencia descrito al inicio del trabajo, lo cumplen en mayor medida las entidades dedicadas a la incidencia política (el 80%), la educación (el 71%) y la investigación (64%). Las que cumplen el requisito en menor medida son las dedicadas a los servicios sociales (el 34%) y la cultura (el 29%) (figura 15).

Analizando los presupuestos medios de las fundaciones según la actividad a la que se dedican, nos encontramos los siguientes resultados (figura 16), recordando que ya no nos estamos basando en el total de la muestra, sino en aquellas entidades que cumplen con el requisito de transparencia indicado en la figura 1 (un 45% del total).

FIGURA 15. *Cumplimiento de la transparencia según ámbito de actuación*

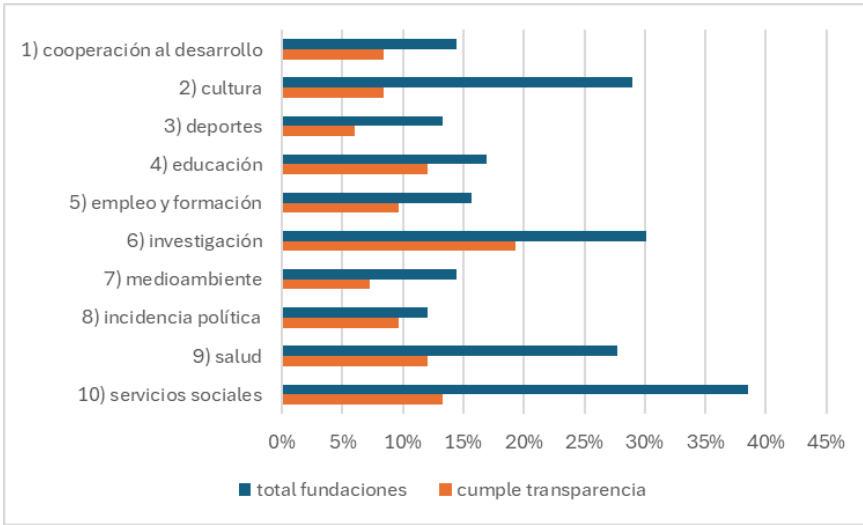
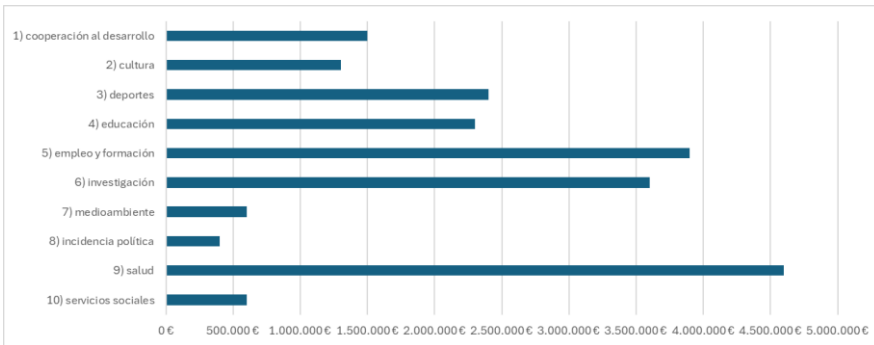


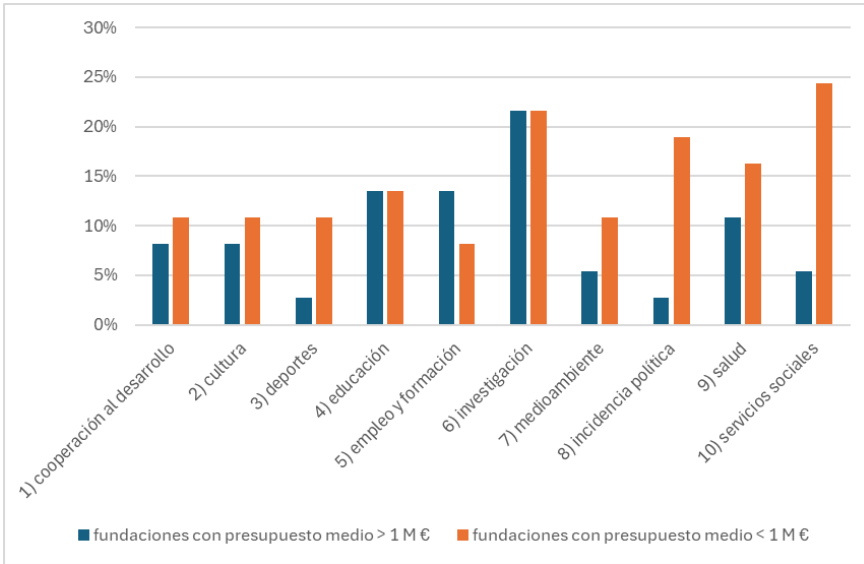
FIGURA 16. *Presupuesto medio por ámbito de actividad*



En el caso de los ámbitos de actuación 7, 8 y 10 (medioambiente, incidencia política y servicios sociales), los presupuestos se mantienen por debajo de los 600.000 €/año de media. Los ámbitos de investigación y empleo y formación se acercan a los 4 M €/año, y, por su parte, la salud es el único ámbito en el que se superan los 4.5 M €/año de presupuesto medio.

Seguimos con el cruce de datos entre ámbito de actividad y presupuestos (figura 17).

FIGURA 17. *Ámbito de actividad y presupuestos*

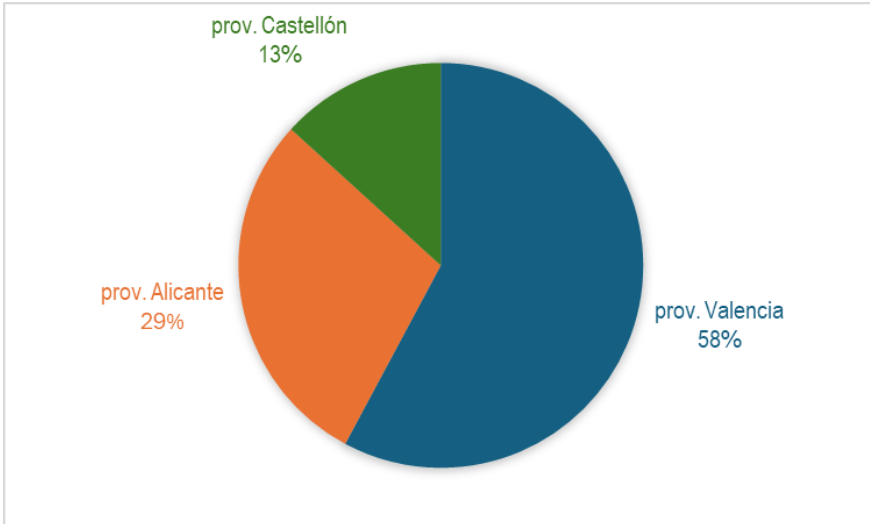


Recordando que muchas entidades se dedican a más de un tipo de actividad (por ello los porcentajes suman más de cien), encontramos bastante representación de fundaciones de ambos tipos en casi todos los ámbitos. Únicamente en los servicios sociales, la incidencia política y los deportes (y, en menor medida, en el medioambiente) se encuentra un número mucho mayor de entidades con presupuestos inferiores al millón de euros. Esto, en gran medida, concuerda con los datos de la figura 16, donde se observaban los menores presupuestos en los servicios sociales, la incidencia política y el medioambiente. Los datos de los deportes se deben a que, en este ámbito, hay una sola entidad que maneja un gran presupuesto (superior a 10 M €), mientras que la mayoría son de tamaño relativamente pequeño (entre 200.000 y 800.000 €).

2.5. Localización y alcance geográfico

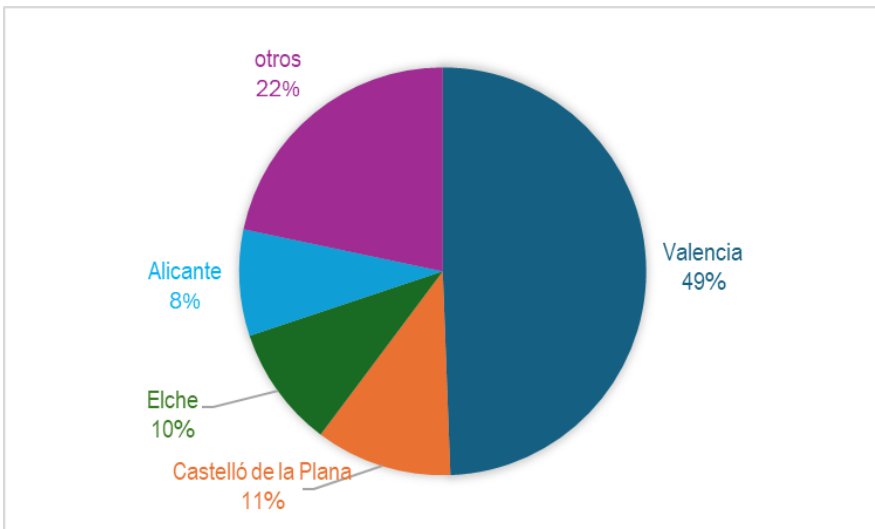
Primeramente, es interesante observar la localización de las diversas fundaciones de la muestra (figuras 18 y 19).

FIGURA 18. *Localización de las fundaciones I (provincia de la sede central)*



Encontramos que cerca del 60% de las fundaciones se encuentra en la provincia de Valencia, mientras que Alicante contiene alrededor de una tercera parte, y Castellón, poco más del 10%.

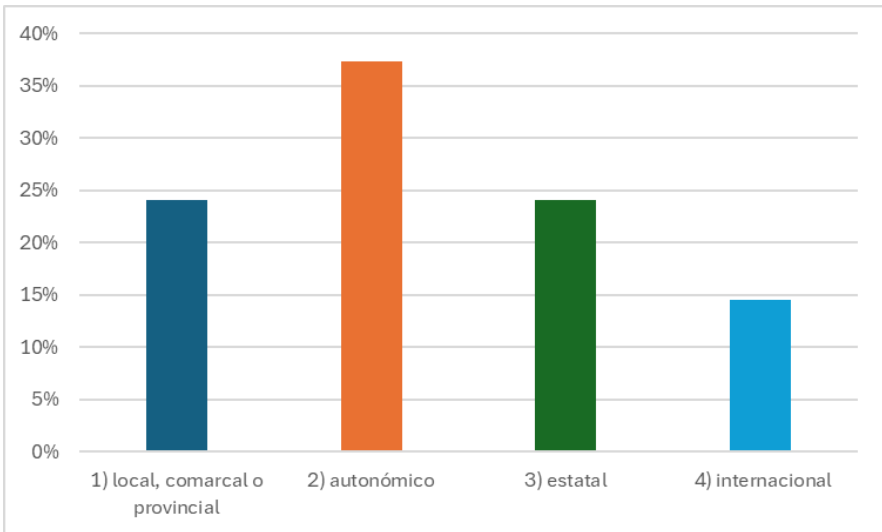
FIGURA 19. *Localización de las fundaciones I (ciudad de la sede central)*



Los datos arrojan que no en todos los casos las capitales de provincia absorben la mayor parte del tejido fundacional. Mientras que Valencia ciudad contiene el 85% de las fundaciones radicadas en la provincia de Valencia, y Castelló de la Plana, el 81% de las de su provincia, la ciudad de Alicante es ligeramente superada por Elche en número de fundaciones de la provincia de Alicante, contando cada una de estas localidades con una tercera parte de las fundaciones de dicha provincia[198].

Complementariamente, conviene observar el ámbito geográfico de actuación de la muestra total de fundaciones, para, posteriormente, cruzar los datos de las diferentes figuras. Así, se ha dividido a las fundaciones en cuatro grandes grupos: 1) aquellas de alcance local, comarcal o provincial (el 24% de la muestra), 2) de alcance autonómico (el 37%), 3) de alcance estatal (el 24%) y 4) de alcance internacional (el 14%) (figura 20).

FIGURA 20. *Alcance geográfico de las fundaciones*



[198] En el apartado "otros" se recogen las localidades que son sede de dos fundaciones como máximo. Se trata de las localidades de l'Albir, Alboraia, Alcoi, Elda, Gandia, L'Alfàs del Pi, Ontinyent, Paterna, Quart de Poblet, Rocafort, San Juan, Sant Vicent del Raspeig, Torrent, Vall d'Uixó, Vila-Real y Villena.

Se observa una presencia mayor de las fundaciones dedicadas a actividades circunscritas al propio país (el 86% de la muestra), frente a una minoría que se dedica a actividades con alcance internacional.

En el cruce de los datos entre la provincia de la sede central (figura 18) y el alcance geográfico de las fundaciones (figura 20), se observan los siguientes resultados (figura 21):

FIGURA 21. *Alcance geográfico según provincia*

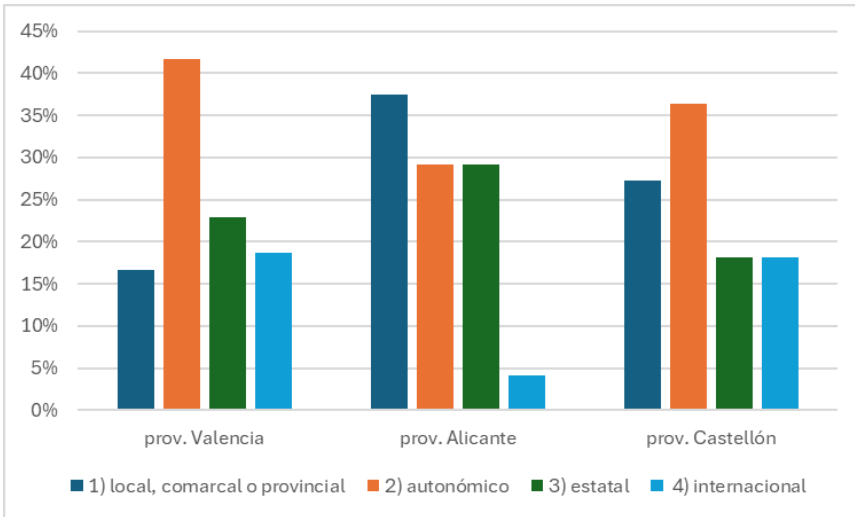
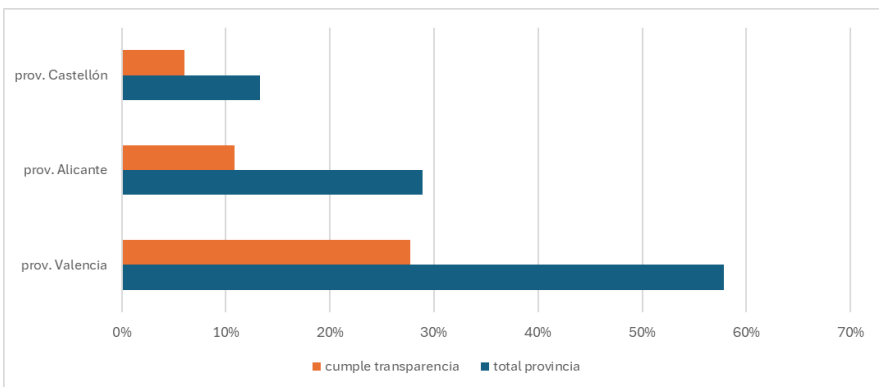


FIGURA 22. *Transparencia por provincia*

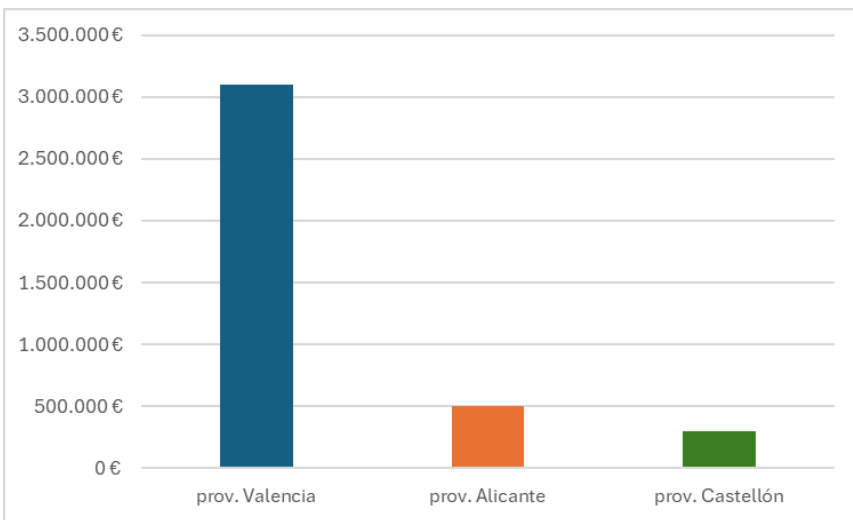


En las provincias de Valencia y Castellón, el grupo más numeroso lo ocupan las fundaciones con alcance autonómico (el 42% y el 36% del total de cada una de las provincias, respectivamente), mientras que, en Alicante, el grupo más grande de fundaciones tiene una vocación estatal (el 38% del total de las fundaciones de la provincia). Por su lado, las fundaciones con vocación internacional quedan en minoría en Castellón y Alicante, representando menos de un 20% y de un 5% respectivamente, mientras que en Valencia las fundaciones con vocación local son las menos numerosas (un 17%).

Se ofrece un último nivel de análisis consistente en observar el cumplimiento de la transparencia económica según la provincia de la sede de las fundaciones (figura 22) y, dentro de las entidades que cumplan este requisito, sus presupuestos medios, también haciendo un desglose por provincia (figura 23).

En la figura 1 se apuntaba que el 45% de las fundaciones de la muestra total cumplen el requisito de transparencia; los datos desglosados en provincias arrojan que, mientras que las entidades de las provincias de Castellón y Valencia cumplen en una ligera mayor medida que la media (48% y 45.4% respectivamente), las fundaciones de Alicante solo cumplen en un 38%.

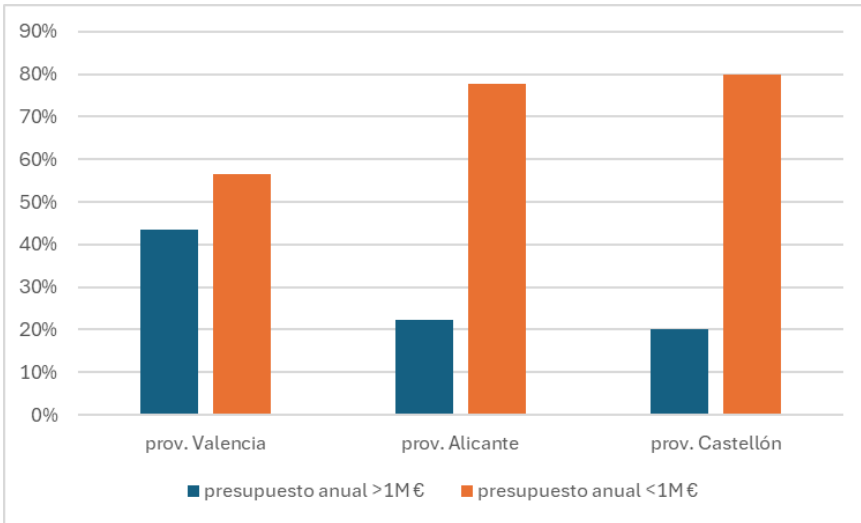
Figura 23. *Presupuesto por provincia I (presupuesto medio).*



Por otro lado, al inicio del trabajo apuntábamos que el presupuesto medio de las fundaciones analizadas es de 2.1 M €/año. Los datos desglosados por provincia arrojan los siguientes resultados (figura 23).

Encontramos que el presupuesto medio de las fundaciones de la provincia de Valencia, con 3.1 M €/año, es muy superior al de las de Alicante y Castellón, con 500.000 y 300.000 €/año respectivamente. En esta línea, encontramos que todas las fundaciones con presupuestos superiores a los 5 M €/año (correspondiente al 10% de la muestra) tienen su sede en la ciudad de Valencia.

FIGURA 24. *Presupuesto por provincia II (dos grupos)*



En la figura 2, observábamos que el 65% de las entidades trabaja con presupuestos inferiores al millón de euros anuales, mientras que el 35% lo hace con presupuestos superiores a esta cantidad. Desglosando por provincia, observamos que esta división general se mantiene para las tres, aunque en Alicante y Castellón la proporción de entidades pequeñas es mucho mayor (un 78% y un 80% de las fundaciones de cada provincia tiene presupuestos inferiores al millón de euros). Por su parte, en Valencia ambos grupos se encuentran rondando el 50% de las entidades de esa provincia.

Por tanto, en cuanto a la localización y el alcance geográfico de las fundaciones estudiadas, aun con la diversidad que se ha observado, sí se puede describir una cierta centralización de las actividades en la provincia de Valencia y en su capital, la cual concentra no solo el mayor número de entidades, sino que estas son en general las de más envergadura, y, además, las que cumplen en mayor medida los requisitos de transparencia económica.

2.6. Otros aspectos

Junto con todo lo apuntado, se ha observado que numerosas fundaciones cuentan con algunos mecanismos de control e información, a través de los cuales muestran su compromiso a la hora de identificar y medir sus diversos impactos. Así, del total de la muestra, el 91% ofrece algún tipo de información en ítems tales como políticas de calidad y/o medioambiente, planes de actuación, de igualdad y/o de sostenibilidad, códigos éticos y/o de buen gobierno, o protocolos y/o canales de prevención de acoso y/o denuncias[199].

Agregado a esto, resulta de interés el trabajo de entidades independientes, como la Fundación Lealtad, la Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo o la Fundación Haz, las cuales analizan variables de transparencia, gobernabilidad y responsabilidad con el entorno de las fundaciones y otras entidades sin fin de lucro, otorgando, en su caso, un sello de calidad[200]. Por su parte, la propia AEF ofrece una herramienta de autoevaluación a las fundaciones asociadas, un recurso que

[199] Esta es una cifra que, paradójicamente, se reduce al 72% cuando se toman únicamente las entidades que cumplen con los criterios de transparencia económica fijados en este trabajo. Esto nos habla de la heterogeneidad y la dificultad de comparación y medición del nivel de compromiso de las entidades, pues hay algunas con gran cantidad de información disponible respecto de algunos parámetros de sostenibilidad, pero sin las cuentas anuales publicadas, y viceversa. En todo caso, del total de la muestra, el porcentaje baja al 65% si se identifican fundaciones que ofrecen información en al menos dos de los parámetros (cantidad que cae al 32% al tomar las entidades que cumplen con la transparencia económica).

[200] En cuanto al sello "dona con confianza" de la Fundación Lealtad, únicamente un 2% de las fundaciones analizadas lo tiene, al igual que el sello de la CONGDs, mientras que solo un 1% ha obtenido el de la fundación HAZ.

puede resultarles útil a la hora de desarrollar su labor bajo parámetros de sostenibilidad y transparencia.

3. REFLEXIÓN FINAL: PASOS EN SOSTENIBILIDAD

El propósito de este trabajo ha sido analizar con detalle algunos aspectos de tipo económico y organizacional de las fundaciones valencianas.

Hemos partido de enfoques descriptivos, para ir constatando que la transparencia es tanto un requisito básico como una asignatura pendiente para una parte importante de la muestra. Solo mediante el acceso público a la información, tanto financiera como no financiera, es posible evaluar la viabilidad y el impacto de las fundaciones valencianas. En este sentido, la sostenibilidad no puede entenderse sin una base de datos accesible y verificable que garantice la rendición de cuentas.

Entendemos que un factor esencial para lograr entidades sostenibles es que estas sean transparentes, estables y que realicen un trabajo auténticamente en beneficio del interés general. La sostenibilidad, sin duda, va mucho más allá de la transparencia y la estabilidad económica, pues supone un reto amplio que implica la consideración de todos los impactos económicos, medioambientales y sociales de las organizaciones. Pensamos que este trabajo puede constituir un buen punto de partida, pues, a partir del análisis crítico de los datos económicos, es posible avanzar hacia mediciones más amplias y exigentes.

Solo con un compromiso real con la transparencia y la rendición de cuentas será posible construir organizaciones más responsables y sostenibles.

4. REFERENCIAS

Asociación Española de Fundaciones (AEF), base de datos de fundaciones asociadas (muestra): https://bit.ly/3FseIgx. Consultado el 15 de marzo de 2025 (en adelante, esta es la fecha de consulta de todas las páginas web).

Asociación Española de Fundaciones, herramienta de autoevaluación. Disponible en: https://bit.ly/4iR7Is0.

Asociación Española de Fundaciones. (2023). *Análisis de la contribución económica y social de las fundaciones españolas*. Disponible en: https://bit.ly/43N0cdn.

Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo, sello de transparencia y buen gobierno. Disponible en: https://bit.ly/3FH7C7Z

Fundación Haz, sello de transparencia. Disponible en: https://bit.ly/3FxAX4T

Fundación Lealtad, sello Dona con Confianza. Disponible en: https://fundacionlealtad.org/

Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es-vc/l/1998/12/09/8/con

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2002/12/26/50/con

Listado oficial de fundaciones inscritas en la Comunitat Valenciana: https://bit.ly/43Lh2JB

Red Española de Pacto Mundial. (2019). *Las ONG ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Disponible en: http://bit.ly/3DHVaV2

LAS ACCIONES RESCISORIAS CONCURSALES EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022: SUPUESTOS REINTEGRABLES

MARTÍN GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Universidad de Salamanca

1. LA REINTEGRACIÓN DE ACTIVOS EN EL CONCURSO: SU IMPORTANCIA

1.1. GENERALIDADES

La reintegración de la masa activa es un mecanismo de seguridad encaminado a la recuperación de determinados bienes que han sido extraídos del patrimonio del deudor en condiciones irregulares durante un período inmediatamente anterior a la declaración del concurso. Es habitual este hecho, que viene marcado por diversos motivos. En muchas ocasiones, la proximidad de la insolvencia constriñe al deudor y le aboca a adoptar decisiones críticas, fruto de su necesidad urgente por obtener liquidez. Se produce una venta apresurada de sus bienes, creyendo que es la mejor opción posible para dirimir su situación de crisis. Otros supuestos encierran una intención más perversa, ocasionando disposiciones patrimoniales con el único fin de perjudicar a los acreedores.

Las acciones rescisorias concursales conforman la vía más adecuada para recuperar aquellos activos que han salido de la masa[201]. Reportan, además, una utilidad correlativa, pues la recomposición de la masa es

[201] En este sentido, autores como García-Cruces González, J. A. [(2014), "Presupuesto y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»", en García-Cruces González, J. A. (Dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 31-76, pp. 32-34] la masa activa del concurso puede entenderse en un doble sentido. Por una parte, la denominada "masa de hecho" entendida como el conjunto de bienes y derechos de los cuales el deudor ostenta una facultad para detentarlos; y, por otra, la "masa de derecho", compuesta por el patrimonio que, sin estar en posesión del concursado, tenga éste su titularidad o debiera tenerla.

lo que permitirá una mejor satisfacción de los créditos concursales. La propia jurisprudencia ha manifestado, en ciertas ocasiones, la ayuda que brindan estas acciones para la buena marcha del procedimiento[202].

Antes de entrar en la materia, procede indicar que únicamente abordaremos las clases de actos rescindibles en la Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia de 7 de diciembre de 2022 (PRINSOLV)[203]. Prescindiremos, por razones de la extensión máxima permitida para este trabajo, de los efectos dimanantes del ejercicio fructífero de las acciones rescisorias; en tal caso, dejaremos su análisis para un trabajo posterior.

1.2. Régimen vigente de la rescisión en el TRLC: presupuestos

De conformidad con nuestro régimen vigente de reintegración: "Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta" (art. 226 TRLC). La referencia de "acto rescindible" es entendida en sentido amplio; contratos, negocios o declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonial[204], ocasionado por la pérdida de un bien y por la falta de contravalor adecuada de la prestación realizada por el tercero[205]. El daño es piedra angular para el ejercicio próspero de la acción rescisoria, con independencia de que exista o no una intención fraudulenta en el acto rescindible[206], que arrojará en otra sede consecuencias adicionales[207]. Además, no es necesario que el

[202] STS de 30 de abril de 2014 (RJ 2014/2907).

[203] Bruselas, 7.12.2022; COM (2022) 702 final; 2022/0408 (COD)

[204] Sancho Gargallo, I. (2024), "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 62, pp. 51-82, p. 56.

[205] STS de 26 de octubre de 2016 (RJ 2016/5359).

[206] La STS de 27 de octubre de 2010 (RJ 2010/7608).

[207] No cabe olvidar que las disposiciones patrimoniales fraudulentas tienen repercusiones importantes para el concurso en la sección de calificación (arts. 442-444 TRLC).

acto haya generado o agravado la insolvencia, ni haya ocurrido estando la sociedad concursada en estado de insolvencia[208].

Un daño que ha de ser probado por quien ejercite la acción (art. 229 TRLC), en este caso la administración concursal (art. 231 TRLC) o, subsidiariamente y cuando proceda, los acreedores (art. 232 TRLC); todo ello, salvo las presunciones de daño que configura la ley en los arts. 227-228 TRLC.

En segundo lugar, nuestra normativa concursal establece otro límite a los actos que son objeto de la rescisión. El denominado "período sospechoso" constituye en sí mismo otro presupuesto necesario de naturaleza temporal. Un plazo unitario aplicable a cualquier acto rescindible. Por tanto, las operaciones que excedan -hacia atrás- del límite bianual del 226 TRLC, no serán reintegrables por vía de la acción del citado precepto; todo ello sin perjuicio de poder ejercitar otras acciones de análoga finalidad (art. 238 TRLC)[209]. En todo caso, únicamente son reintegrables los actos perjudiciales realizados antes de la declaración del concurso y no durante su tramitación[210]; tampoco son reintegrables los actos descritos en el art. 230 TRLC.

2. LAS ACCIONES RESCISORIAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2022: SUPUESTOS

2.1. Aspectos generales de la reforma

La PRINSOLV aparece -al objeto de la materia que nos ocupa- para proteger de manera eficaz el valor de la masa del concurso respecto de los actos jurídicos perjudiciales para los acreedores y que hayan sido perfeccionados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. La PRINSOLV pretende abarcar cualquier comportamiento humano con efectos jurídicos-patrimoniales negativos[211]; una novedad en este respecto reside

[208] STS de 24 de julio de 2014 (RJ 2014/4590).

[209] Dispone el art. 238.1 TRLC: "Declarado el concurso, también podrán impugnarse mediante el ejercicio de cualesquiera otras acciones que procedan conforme al derecho general los actos del deudor anteriores a la fecha de la declaración".

[210] STS de 23 de marzo de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1051).

[211] Considerandos 5 y 6 PRINSOLV.

en que la conducta objeto de rescisión puede ser de naturaleza activa o pasiva. El art. 2 f) PRINSOLV establece que el acto jurídico podrá consistir en una omisión; aspecto, éste, que no contempla los arts. 226 y ss. TRLC; no obstante, bajo el régimen de la ley concursal de 2003, la doctrina incluía los actos omisivos perjudiciales[212]. La PRINSOLV se basa en el principio de igualdad de trato de los acreedores, ya que no supone ninguna diferencia significativa que éstos sufran un perjuicio como consecuencia de una acción o de la pasividad de la parte afectada[213].

Para alcanzar estos objetivos, la PRINSOLV se concibe como una directiva de mínimos. La propuesta marca unos parámetros básicos para que los estados miembros puedan: 1) bien asumir el contenido de la futura norma europea, regulando las disposiciones relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos jurídicos perjudiciales en los mismos términos en ella establecidos; o 2) establecer una protección superior (art. 5 PRINSOLV). No obstante, esta disposición de mínimos resulta algo difícil de conciliar con algunos extremos, como, por ejemplo, en lo relativo a determinados actos que no pueden ser objeto de reintegración al amparo de los arts. 6.3 y 7.2 PRINSOLV, pues si la intención del legislador europeo es facilitar la ineficacia de toda operación dañina para la masa, no procede considerar estos preceptos de mínimos; serían, en tal caso, de trasposición en sus términos precisos.

En segundo lugar, la directiva menciona múltiples mecanismos para efectuar la reintegración, más allá de la mera rescisión, como puede ser la vía de la ineficacia a través de la nulidad o la anulación, o bien de la mera inoponibilidad de los actos jurídicos perjudiciales; de modo que los países pueden articular los regímenes que mejor consideren para la recuperación de bienes y derechos sustraídos ilícitamente de la masa o

---

212 Así lo expuso León Sanz, F., [(2004) "Comentario al art. 71 LC", en Rojo Fernández-Río, Á. (Dir.); y Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Madrid, pp. 1301-1321, p. 1305], quien hacía referencia a la renuncia voluntaria del deudor sobre un crédito que tuviera a su favor, o de una reclamación frente a un tercero.

213 Dispone el Considerando 6 PRINSOLV que "es indiferente que un deudor renuncie activamente a un crédito frente a su deudor o que permanezca pasivo y acepte la prescripción de dicho crédito. Otros ejemplos de omisiones que pueden ser objeto de acciones revocato-rias son la omisión de impugnar una sentencia desfavorable u otras resoluciones de órganos jurisdiccionales o autoridades públicas, o la omisión de registrar un derecho de propiedad intelectual e indus-trial".

en condiciones perjudiciales. Como bien es sabido, nuestro sistema (español) invoca la rescisión con forma principal para deshacer tales operaciones, y así se mantiene hasta ahora como el medio más adecuado para ello[214]; no obstante, también abre la puerta a la vía de la ineficacia contractual u otras formas de protección patrimonial (art. 238 TRLC).

En tercer lugar, respecto a la forma de contemplar la reintegración, la PRINSOLV prescinde de un plazo general y único para concertar períodos de sospecha, que son variables según la naturaleza del acto reintegrable y su concreta finalidad. En este punto, merece indicar que la propuesta de norma encuadra en tres categorías las conductas, según su gravedad y que examinamos en los siguientes epígrafes.

2.2. Actos reintegrables

2. 2.1 Actos sospechosos realizados en beneficio de un acreedor o un grupo de ellos

El art. 6.1 PRINSOLV hace referencia a la reintegración de actos jurídicos que beneficien a un acreedor o a un grupo de acreedores mediante

> "(…) la satisfacción, la constitución de garantías o de cualquier otra forma puedan declararse nulos si han sido perfeccionados: a) en los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, a condición de que el deudor no haya podido pagar sus deudas vencidas; o b) tras la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia (…)". Se trata de disposiciones patrimoniales de naturaleza unilateral que, en la práctica, predominan en momentos muy próximos a la declaración del concurso.

[214] También nuestra doctrina científica consideró más acertado el uso de la rescisión que el de la nulidad o anulabilidad para la recomposición de la masa por reintegración. En esta línea, expuso Vargas Benjumea, I., (2008, *La acción de reintegración concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 29-30) la rescisión permite una mayor operatividad, pues la nulidad o la anulabilidad exigen que el negocio tenga un vicio o defecto de origen que afecte a su validez, lo que hace más improbable su ejercicio; en cambio, la rescisión actúa sobre actos válidamente constituidos, pero afectados por una causa externa que permite rescindir sus efectos. Vid.: Fuentes Devesa, R. (2022), "Reintegración de la masa activa, en Gallego Sánchez, E. (Dir.), *Derecho concursal y preconcursal*, Triant, lo Blanch, Valencia, pp. 1247-1303, p. 1248; Vivero de Porras, C. (2016), "Las acciones de reintegración", en Campuzano Laguillo, A. B. (Dir.); y Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.), *El derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, pp. 585-626, p. 591.

Pese a que la norma infiere en estos actos unilaterales, lo cierto es que el deudor los adopta motivado o presionado por acreedores que, también desesperadamente, buscan eludir el concurso alcanzando una solución apresurada. En el mejor de los casos, intentan obtener el cobro anticipado del crédito y, con ello, lesionar la *par conditio creditorum*. Como norma general, todo pago no debido o, aun debido, no siendo exigible, constituye un acto reintegrable; salvo, claro está que resulte vencido y exigible al tiempo de su satisfacción[215]. Un supuesto que deriva en un daño seguro (*iuris et de iure*) al amparo del vigente art. 227 TRLC si la deuda carece de garantía real; pues lo habitual en estos casos es que el crédito tuviera la consideración en el concurso como ordinario o subordinado. En tales casos, la satisfacción prematura del mismo equivale a obtener una satisfacción similar a la de un crédito contra la masa cuando lo que procedía era asumir una espera mayor (y, en la realidad práctica, no poder llegar a cobrar).

Paralelamente a la satisfacción de crédito, la PRINSOLV incluye los actos de constitución de garantías En sede de reintegración, el legislador español y la jurisprudencia se han centrado en las de naturaleza real, pues implican una disminución, siquiera sea cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado[216]. Dentro de las múltiples posibilidades, las garantías otorgadas para respaldar una deuda de tercero reflejan un acto de disposición a título gratuito cuando no resultan coetáneas a aquélla, y onerosas en caso de ser contextuales; aquí, el perjuicio aflora en ausencia de ventaja económica que compense el sacrificio patrimonial derivado del gravamen[217]. También son reintegrables los actos consistentes en la sustitución de garantías originarias, calificadas de más débiles (reserva de dominio), por otras consistentes (hipoteca)[218].

Ahora bien, no todo pago o garantía realizados en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso deviene en la revocabilidad del acto, pues

[215] STS de 26 de octubre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7265).

[216] STS de 30 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2014:1954).

[217] STS de 30 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2014:1954).

[218] STS de 4 de noviembre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4723).

procede acreditar un hecho adicional. En preciso demostrar que el acreedor satisfecho conocía o debía haber conocido que no podía pagar en ese momento sus deudas o que se había presentado una solicitud de concurso. Presume el art. 6.2 II PRINSOLV el conocimiento de la insolvencia del deudor cuando el acreedor sea una persona estrechamente vinculada a aquél[219]; entendemos que su alcance es relativo (*iuris tantum*) pues según el caso (un familiar cercano) podría perfectamente suceder que no estuviera al tanto de lo que ocurre si, por ejemplo, recibe el pago con una justificación razonable (paga porque ha cobrado otra deuda anterior, ha venido en ligera mejor fortuna, ha obtenido financiación, etc.).

Por otro lado, el art. 6.3 PRINSOLV prohíbe dejar sin eficacia los actos que, reuniendo las condiciones de reintegrabilidad apuntadas, cumplan alguna de las siguientes condiciones.

En primer lugar, que se actos jurídicos realizados directamente a cambio de una contraprestación justa en beneficio de la masa del concurso [art. 6.3 a) PRINSOLV], una previsión que ya contempla, de alguna manera, nuestra normativa vigente (art. 230 1.º TRLC). Estas disposiciones no suponen un daño patrimonial -o no lo suficientemente relevante-, que es uno de los presupuestos más sustanciales de la reintegración. Es posible observar que la norma no hace mención expresa a los actos ordinarios, no distingue entre éstos y los de naturaleza extraordinaria o trascendente. La razón responde al hecho de que el daño económico no está ligado, necesariamente, a los parámetros regulares o habituales del

[219] Cabe recordar que los arts. 282-283 TRLC enumeran a las personas especialmente relacionadas con el concursado. En caso de persona física, lo será el cónyuge, pareja de hecho o persona de análoga relación afectiva o de convivencia en los dos años anteriores; ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o su cónyuge, pareja de hecho, así como los cónyuges de aquéllos; las personas jurídicas controladas por el concursado o las personas anteriormente indicadas, así como sus administradores de hecho o de derecho y las sociedades que pertenezcan al mismo grupo. En el caso de concursado persona jurídica, los socios personalmente de las deudas sociales, administradores, de derecho o de hecho, liquidadores y los directores generales con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; también las sociedades del mismo grupo y sus socios comunes cuando tuvieran, al menos, un cinco por ciento del capital de la otra sociedad si fuera cotizada, y un diez por ciento si no lo fuera.

tráfico[220] -como ocurre con el actual 230 TRLC-, sino a la mera reducción del valor patrimonial que conllevan -en mayor o menor grado-.

Por otro lado, la PRINSOLV también impide la rescisión de los pagos realizados por instrumento cambiario (letra de cambio o cheque) cuando la legislación aplicable deniegue los créditos del beneficiario derivados de estos contra otros deudores de letras o cheques, como los endosantes, el librador o el librado si deniega el pago del deudor [art. 6.3 b) PRINSOLV]. Esta disposición, no expresamente regulada en nuestro Derecho, tiene como principal finalidad proteger la seguridad jurídica cuando no existan otros obligados cambiarios en vía de regreso o por aval prestado[221].

En último lugar, el art. 6.3 c) PRINSOLV impide la reintegración de los actos jurídicos que no estén sujetos a acciones revocatorias de conformidad con la Directiva 98/26/CE y la Directiva 2002/47/CE. La primera de estas directiva -y más antigua- establece en su art. 9 la protección de las garantías establecidas en el marco de un sistema de pagos y liquidación de valores, que fue traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores. Respecto de la segunda, se refiere a los acuerdos de compensación y garantías financieras, protegidos de la reintegración concursal por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la

---

220 Pons Albentosa, L. (2012), "Las acciones de reintegración a la masa activa en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (aspectos generales, novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, casos especiales y experiencias en derecho comparado)", en Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.); y Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *La reintegración de la masa*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 53-85, p. 64.

221 Sancho Gargallo, I., "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", cit., p. 70. Complementariamente, consúltese el último inciso del art. 6 PRINSOLV: *"(…) el importe abonado en la letra o el cheque sea restituido por el último endosante o, en caso de que este último haya endosado la letra por cuenta de un tercero, por dicho tercero, si el último endosante o el tercero sabían o deberían haber sabido que el deudor no estaba en condiciones de pagar sus deudas vencidas o que se había presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en el momento del endoso o de haberlos cedido. Este conocimiento se presumirá si el último endosante o el tercero fueran una parte estrechamente vinculada al deudor".*

contratación pública[222]. No obstante, esta protección [art. 6.3 c) PRINSOLV] ya está regulada por los apartados 4 y 5 del art. 230 TRLC.

2.2.2 Actos jurídicos sin contraprestación o con una contraprestación manifiestamente inadecuada

El art. 7 PRINSOV se refiere a los actos que nuestra ley reconoce, en términos generales, como reintegrables: los que ocasionan un daño a la masa por su naturaleza gratuita o, siendo onerosos, lo sean en concepto de una contraprestación inadecuada (a la baja). Tales actos podrán ser reintegrados cuando se hayan producido en el año inmediatamente anterior a la declaración de concurso. Respecto del ámbito temporal, procede mencionar que la disciplina española ofrece un régimen más protector respecto de la PRINSOLV, pues duplica el tiempo del período sospechoso (art. 226 TRLC). Si bien, aunque el inicio del cómputo comienza -al igual que en nuestra normativa- desde la solicitud de concurso, el art. 7.3 PRINSOLV resuelve un conflicto no previsto hasta ahora: la existencia de múltiples solicitudes. En este caso, la propuesta aboga por la opción más favorecedora para los acreedores: tomar en consideración -a efectos del cómputo- la primera de las solicitudes presentadas.

Respecto de los actos a título gratuito, se trata de aquellos realizados por el deudor con un tercero, quien realiza una prestación en favor de este último sin recibir nada a cambio[223]. El rango del precepto incluye las donaciones, aunque sean condicionadas o remuneratorias, aunque no las onerosas[224]; la cesión de crédito realizada por el deudor en beneficio de un tercero si el adquirente lo recibe sin resultar obligado a entregar una prestación a la otra parte[225]; la renuncia incondicional a un derecho de crédito[226];

---

[222] Vid.: art. 15.4 Real Decreto-ley 5/2005.

[223] Pulido Begines, J. L.; y Puerto Cabrera, L. (2020), "Comentario al art.227 TRLC", en Peinado García, J. I. (Dir.); y Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo II, Sepin, Madrid, pp. 251-259, p. 253; y León Sanz, F. (2004), "Comentario al art. 71 LC", cit., p. 1309.

[224] Rodríguez Achútegui, E. (2014), "Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa", en García-Cruces González, J. A., *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 77-111, p. 100; y STS de 29 de julio de 2005 (RJ 2005/6562).

[225] Gallesio-Piuma, M. E. (1992), *L'azione revocatoria fallimentare*, Cedam, Padova, pág. 227.

[226] León Sanz, F. (2004), "Comentario al art. 71 LC", cit., p. 1309.

la prestación de garantías en favor de una deuda ajena; o, en algunos casos, el legado como una disposición patrimonial mortis causa[227].

Quedan excluidos los obsequios y donaciones de valor simbólico (art. 7.2 PRINSOLV). Esta excepción es acorde a lo prescrito por el art. 227 TRLC. Se trata de las denominadas "liberalidades de uso", que se efectúan con motivo de alguna costumbre social y en virtud de determinadas personas con las que el deudor guarda una especial relación[228]. Los ejemplos son muy variados: regalos que se realizan en favor del concebido o del recién nacido, pequeños presentes que se efectúan por razón de alguna fiesta o evento importante en favor de su anfitrión, regalos de cumpleaños o por causa del matrimonio o compromiso matrimonial (regalo de pedida). En todo caso, la sustancia de este acto reposa un uso social generalizado[229] que, además, resulta de escaso valor o simbólico[230]; de lo contrario no podrían considerarse como tales a efectos de la reintegración[231]. Además, debe realizarse en los términos más estrictos de la libertad del donante, y no para retribuir una prestación anterior que el beneficiario entregó al deudor ahora insolvente[232], como ocurre, por ejemplo, con las gratificaciones que entrega el empresario o empleador al trabajador no previstas en el contrato de trabajo[233].

Respecto de los actos onerosos con contraprestación manifiestamente inadecuada, el art. 7.1 PRINSOLV debe interpretarse en un sentido muy concreto. No se refiere a disposiciones donde se observa un mero

---

227 De esta opinión: Quatraro, B.; e D'Amora, S., *Il curtatore fallimentare*, Tomo I, Giuffré Editore, Milano, 1999, pág. 1249.

228 Pasquini, A. (2013), "Comentario articoli 64-66", en Alberti, M., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Cedam, Padova, pp. 378-390, p. 384.

229 Sandulli, M. (2010), "Articolo 64. Atti a titolo gratuito", en Nigro, A.; SanDulli, M.; Santorio, V., *La legge fallimentare dopo la riforma*, Tomo I, Giappichelli Editore, Torino, pp. 888-900, p. 892.

230 Pulido Begines, J. L.; y Puerto Cabrera, L. (2020), "Comentario al art.227 TRLC", cit., p. 256.

231 Rodríguez Achútegui, E. (2014), "Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa", cit., p. 102.

232 Pasquini, A. (2013), "Comentario articoli 64-66", cit., pág. 384. En sentido contrario, D'Arrigo, C. (2012), "Atti a titolo gratuito e pagamenti anticipati", en PANZANI, N. (Dir.), *Il falliemtno e le altre procedure concorsuali*, Tomo II, Wolters Kluwer, pp. 87-110, p. 107.

233 Verde, F.; Alessi, G.; Benicasa, B.; Curcio, M.; Manzanella, B.; e Sarzana, C. (1980), *Nuovo commentario teorico-pratico alla legge fallimentare, Vol. IV.*, Edipen, Novara, p. 1882.

desequilibrio, sino que éste debe ser notable. La doctrina se refiere a este adjetivo como tan desproporcionadamente inferior que ponga en evidencia el hecho de pretender beneficiar a la otra parte en perjuicio de la generalidad de los acreedores[234].

2.3. Actos perjudiciales para los acreedores realizados de mala fe

El último grupo de actos reintegrables que aborda la PRINSOLV son las denominadas operaciones realizadas de mala fe o en fraude de acreedores. Constituye el elenco de supuestos que revisten una mayor gravedad, razón por la cual extiende el período sospechoso a cuatro años desde la primera solicitud de concurso presentada (art. 8 PRINSOLV). El plus que caracteriza estos actos descansa en la existencia de un *consilium fraudis* concurrente en el propio deudor al tiempo de realizarlos; respecto del tercero, no exige esa intención -aunque podría ocurrir-, basta simplemente que acepte colaborar con aquél sabiendo sus verdaderas intenciones. Así lo establece el art. 8.1 b) PRINSOLV: *"(...) declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios"*. Un conocimiento que el precepto presume cuando la otra parte interviniente en el acto es una persona estrechamente vinculada al deudor. Se trata de un requisito principal de este acto: un conocimiento de tercero sobre el perjuicio posterior que la operación ocasionará a la futura masa concursal al minorar el valor de los activos afectos al pago de los acreedores[235].

No obstante, la doctrina considera que la única forma de compatibilizar un régimen de reintegración basado estrictamente en el perjuicio (objetivo), con otro apoyado en la culpa (subjetivo), sería regular, por un lado y de manera general, los supuestos de rescindibilidad basado en el perjuicio; y otro especial, basado en el fraude[236].

---

[234] Sancho Gargallo, I. (2024), "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", cit., p. 71.

[235] Sancho Gargallo, I. (2024), "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", cit., p. 75.

[236] Sancho Gargallo, I. (2024), "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", cit., pp. 75-76

3. BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)

D'Arrigo, C. (2012), "Atti a titolo gratuito e pagamenti anticipati", en PANZANI, N. (Dir.), *Il falliemtno e le altre procedure concorsuali*, Tomo II, Wolters Kluwer, pp. 87-110.

Fuentes Devesa, R. (2022), "Reintegración de la masa activa, en Gallego Sánchez, E. (Dir.), *Derecho concursal y preconcursal*, Triant, lo Blanch, Valencia, pp. 1247-1303.

García-Cruces González, J. A. (2014), "Presupuesto y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio»", en García-Cruces González, J. A. (Dir.), *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 31-76.

León Sanz, F., [(2004) "Comentario al art. 71 LC", en Rojo Fernández-Río, Á. (Dir.); y Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas, Madrid, pp. 1301-1321.

Pons Albentosa, L. (2012), "Las acciones de reintegración a la masa activa en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (aspectos generales, novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, casos especiales y experiencias en derecho comparado)", en Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.); y Beltrán Sánchez, E. (Dir.), *La reintegración de la masa*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 53-85.

Pulido Begines, J. L.; y Puerto Cabrera, L. (2020), "Comentario al art.227 TRLC", en Peinado García, J. I. (Dir.); y Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.), *Comentarios al arti-culado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo II, Sepin, Madrid, pp. 251-259.

Rodríguez Achútegui, E. (2014), "Las presunciones absolutas de perjuicio para la masa activa", en García-Cruces González, J. A., *La reintegración en el concurso de acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 77-111

Sancho Gargallo, I. (2024), "Reflexiones sobre la armonización de las acciones de reintegración", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 62, pp. 51-82.

Verde, F.; Alessi, G.; Benicasa, B.; Curcio, M.; Manzanella, B.; e Sarzana, C. (1980), *Nuovo commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Vol. IV., Edipen, Novara

Vivero de Porras, C. (2016), "Las acciones de reintegración", en Campuzano Laguillo, A. B. (Dir.); y Sanjuán y Muñoz, E. (Dir.), *El derecho de la insolvencia*, Tirant lo Blanch, pp. 585-626.