

## Jornada COMPLIANCE 2024

### “Desafíos de las empresas en materia de investigaciones internas, protección de datos y competencia”.

El pasado viernes 31 de mayo tuvo lugar en el auditorio José M<sup>a</sup> Cuevas de la CEOE en Madrid, la Jornada “*Desafíos de las empresas en materia de investigaciones internas, protección de datos y competencia*” organizada por la Fundación Corell, Alsa, CMC XXI y la Asociación de abogados y economistas en compliance, a la que asistieron más de ciento cincuenta profesionales, entre directivos, oficiales de cumplimiento, profesores universitarios, abogados y auditores.



Mesa de apertura: D. Francisco Iglesias, D. Víctor Tartiere, D. Manuel Marchena y D. José M<sup>a</sup> Campos

Tras la apertura de la sesión por *D. Jose María Campos Gorriño*, responsable del



departamento legal de la CEOE, que hizo hincapié en la importancia del compliance y su formación en el seno de las empresas, y el compromiso de la CEOE con el cumplimiento legal, la sesión tenía por objeto tratar sobre los siguientes temas: la Doctrina reciente del Tribunal Supremo sobre los programas de cumplimiento y las investigaciones internas. La

Responsabilidad de los directivos en materia de Competencia, la doctrina reciente en materia de Cártel y garantías en el procedimiento, la protección de datos en relación a las investigaciones internas y la responsabilidad penal en grupos empresariales multinacionales.

En la primera de las ponencias impartida por *D. Manuel Marchena Gómez*,



Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, con el título “De los programas de cumplimiento a las investigaciones internas. Doctrina reciente del Tribunal Supremo”. Tratando de los programas de cumplimiento, insistió Marchena en que la actitud de la empresa investigada penalmente, más allá de disquisiciones doctrinales o estrategias procesales, ha de ser

colaborativa y proactiva –tema en el que luego insistiría *D. Alejandro Abascal*, magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- tratando de convencer al juez instructor de la existencia en el seno de la empresa investigada de una cultura de respeto al Derecho, cultura que se manifiesta en la existencia de un programa de prevención de delitos, que la empresa ha de empeñarse en demostrar que es real y en continua evolución. Trajeron a colación los dos magistrados la reciente sentencia 298/2024 de 8 de abril, que resulta de sumo interés por lo que respecta a lo que expresa en relación a la carga de la prueba sobre la existencia de un plan eficaz de cumplimiento en el proceso penal que en principio recae, como corresponde y no es novedad, al ser factor excluyente de la responsabilidad, en la defensa. Lo que sí es novedoso es que en la meritada sentencia el Supremo afirma que si la defensa se abstiene de proponer prueba alguna al respecto y no realiza ni siquiera un amago de aportar un plan de cumplimiento y/o demostrar que la empresa se ajustaba en su funcionamiento a cada uno de los requisitos que perfila el Código Penal, será legítimo entender acreditado que no existía tal plan de cumplimiento. Esta forma de razonar concluyó Marchena no supone invertir la carga de la prueba, sino que lo considera el alto tribunal como un problema, más bien, de máximas de experiencia y contexto procesal, para concluir que resulta impecable el razonamiento a tenor del cual si se acusa a una empresa por hechos cometidos por un directivo y su dirección letrada adopta una postura abstencionista y se limita sin más a decir que no se ha probado la inexistencia de un programa de cumplimiento adecuado, se deduzca que no se contaba con ese protocolo.

En relación a las investigaciones internas puso Marchena el énfasis en que la mismas deben de respetar el espacio de intimidad del trabajador o directivo, espacio que solo puede ser invadido partiendo de un pacto contractual, que es lícito, toda vez que la esfera de la inviolabilidad de las comunicaciones es negociable en el ámbito laboral y siempre de manera que sea imprescindible para descubrir el delito del que pueda derivarse responsabilidad para la empresa, sin excederse del mismo Así, puso de ejemplo el magistrado que si en la investigación del correo corporativo no se encuentran indicios de la actividad presuntamente delictiva no es lícito invadir el ámbito de intimidad extendiendo la investigación correo personal en una actividad prospectiva. De lo contrario un exceso en este terreno podría dar origen a un delito de violación del derecho a la intimidad del art. 197 C.P.



Mesa: D. Miguel Bordiu García-Ovies, Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y D. Santos Gandarillas, magistrado de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional

En relación al objeto de los procedimientos abiertos por la CNMYC, *D. Miguel Bordiu García-Ovies*, Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia indicó que dicho objeto se ha ido desplazando desde las prácticas colusorias a los abusos de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aunque en estos casos no se ha aplicado el art. 63.2 de la LDC. Precisamente en relación con la aplicación de este artículo que prevé que cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, *D. Santos Gandarillas magistrado de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*, se mostró bastante crítico, y reclamó un esfuerzo para huir de su aplicación automática, contraria al principio de culpabilidad que rige también el derecho sancionador administrativo, en la demostración. En su opinión resulta exigible determinar cuál ha sido en la conducta infractora la actuación del directivo y su grado de participación, dando por supuesto que, si a la empresa no se le sanciona por la aplicación de un programa de clemencia, no se puede sancionar a la persona física.

Santos Gandarillas se mostró igualmente crítico con los procesos de investigación de la Comisión, en particular con los requerimientos de información coactivos, la excesiva duración de la información reservada o las entradas y registros sin autorización judicial, todo lo cual implica un procedimiento al margen de las garantías constitucionales que debe respetar el proceso administrativo sancionador.





La última Mesa sobre protección de datos, investigaciones internas y responsabilidad penal en grupos empresariales estuvo a cargo de *Dña María del Socorro Garrido Moreno*, abogada del Estado-Jefe, en el Gabinete Jurídico de la Agencia Estatal de Protección de Datos, *Dña María Massó Moreu*, socia de Litigación Baker & McKenzie y D. Alejandro Abascal Junquera, magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Centraron su intervención los ponentes en la normativa de protección de datos de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.



Centraron su intervención los ponentes en la normativa de protección de datos de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.



Hicieron hincapié los ponentes en la importancia de no recopilar datos personales cuya pertinencia no resulte manifiesta para tratar una información específica que según el artículo 32 de la Ley. En este sentido, no deben de ser objeto de tratamiento los datos personales que no sean necesarios para el conocimiento e investigación de las acciones u omisiones a las que se refiere la Ley,

procediéndose, en su caso, a su inmediata supresión. Asimismo –añadió– deben de suprimirse aquellos datos personales que se refieran a conductas que no estén incluidas en el ámbito de aplicación de la ley y si la información recibida contuviera datos personales incluidos dentro de las categorías especiales de datos, se procederá a su inmediata supresión, sin que se proceda al registro y tratamiento de los mismos y si llegara a acreditarse que la información facilitada o parte de ella no es veraz, deberá procederse a su inmediata supresión desde el momento en que se tenga constancia de dicha circunstancia, salvo que dicha falta de veracidad pueda constituir un ilícito penal, en cuyo caso se guardará la información por el tiempo necesario durante el que se tramite el procedimiento judicial.

Por lo que respecta al plazo de conservación de los datos personales que sean objeto de tratamiento, los mismos podrán conservarse en el sistema de información únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos informados. En todo caso, transcurridos tres meses desde la recepción de la comunicación, sin que se hubiesen iniciado actuaciones de investigación, deberá procederse a su supresión, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del sistema; añadiendo Garrido que el libro registro es confidencial y reservado y solo se debe aportar a requerimiento de la autoridad competente y que las comunicaciones a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada.



Por su parte don Alejandro Abascal recordó la jurisprudencia más actual en materia de compliance, tanto del Tribunal Supremo como de la jurisprudencia menor de las Audiencias, para recordar los elementos base de la responsabilidad penal de una persona jurídica, a que hace expresa mención la aludida STS de 8 de abril de 2024: además de

un elemento nuclear positivo (comisión de un delito por quien actúa como directivo o empleado del ente) (i) , otro normativo (que se trate de uno de los delitos en que está prevista esa posible responsabilidad) (ii) y otro negativo (que no esté implantado un plan de cumplimiento eficaz que haya tenido que ser burlado para la actuación delictiva del agente) (iii) , y por último otro elemento accesorio que es pieza imprescindible: el delito, objetivamente considerado y con independencia del móvil del agente, ha de redundar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (iv).

El magistrado puso de manifiesto la importancia de los programas de cumplimiento normativo a efectos de obtener el sobreseimiento y la posibilidad de que tales programas sean valorados por el Juez instructor en la primera fase del procedimiento, y la valoración muy positiva que el Juez instructor hace de la conducta colaboradora y transparente de las personas jurídicas investigadas.

En cuanto a la responsabilidad penal en los grupos de empresa, Abascal rechazó cualquier aplicación automática del art. 130.2 del C.P. indicando que en casos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no se debe trasladar de manera automática a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida la responsabilidad penal. Trajo a colación el magistrado el Auto de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional de 30 de abril de 2019 señalando que el precepto está pensando, claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas», y no a otros supuestos, pues para que la responsabilidad se traslade será preciso acreditar que en la entidad resultante concurren los requisitos que nuestro sistema penal de personas jurídicas exige para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. No solo el hecho de referencia sino un hecho propio de la corporación, el defecto de organización, lo que pone de manifiesto, según María Massó la importancia de la due diligence en los casos de fusiones de empresas.

Por último, en cuanto a la responsabilidad penal en grupos internacionales, respondiendo a la pregunta si en todo caso la sociedad matriz debe de responder por los hechos de su filial, pusieron de manifiesto los ponentes que dicha responsabilidad debía basarse en el concepto de control y de influencia decisiva en la dirección, o en la posición de garante asumida por la matriz.

La jornada fue clausurada por *D. Víctor Tartiere*, miembro del comité de cumplimiento de Alsa y Fundación Corell, y delegado de la AEAEC en Asturias, dando las gracias a ponentes y asistentes e invitando a los mismos a un vino español.

Con la colaboración de:

